



---

## Ausarbeitung

---

**Das Urteil des EuGH vom 6. März 2018 in der Rs. C-284/16 (Slowakische Republik/Achmea BV) und seine Übertragung auf Investor-Staats-Schiedsmechanismen in andere völkervertraglichen Konstellationen**

**Das Urteil des EuGH in der Rechtssache C-284/16 vom 6. März 2017 in der Rechtssache C-284/16 (Slowakische Republik/Achmea BV) und sein Übertragung auf Investor-Staat-Schiedsmechanismen in anderen völkervertraglichen Konstellationen**

Aktenzeichen: PE 6 - 3000 - 59/18  
Abschluss der Arbeit: 17. April 2018  
Fachbereich: PE 6: Fachbereich Europa

---

Die Arbeiten des Fachbereichs Europa geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Arbeiten des Fachbereichs Europa geben nur den zum Zeitpunkt der Erstellung des Textes aktuellen Stand wieder und stellen eine individuelle Auftragsarbeit für einen Abgeordneten des Bundestages dar. Die Arbeiten können der Geheimschutzordnung des Bundestages unterliegen, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab der Fachbereichsleitung anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen. Diese Ausarbeitung dient lediglich der bundestagsinternen Unterrichtung, von einer Weiterleitung an externe Stellen ist abzusehen.

---

## Inhaltsverzeichnis

<b>1.</b>	<b>Einleitung und Fragestellung</b>	<b>4</b>
<b>2.</b>	<b>Das Urteil des EuGH in der Rechtssache C-284/16 (Slowakische Republik/Achmea B.V.)</b>	<b>5</b>
2.1.	Ausgangsverfahren und Vorlagefragen	5
2.2.	Entscheidungsgründe	6
2.2.1.	Autonomie des Unionsrechts, Art. 267 und Art. 344 AEUV	6
2.2.2.	Beantwortung der Vorlagefragen	8
2.2.3.	Urteilswirkung	11
<b>3.</b>	<b>Rechtliche Auswirkungen des Urteils auf andere Konstellationen von Investor-Staat-Schiedsbestimmungen</b>	<b>11</b>
3.1.	Allgemeine Erwägungen hinsichtlich der Übertragbarkeit	11
3.2.	Andere Intra-EU-BITs	12
3.2.1.	Zur Übertragbarkeit des Achmea-Urteils	13
3.2.2.	Zu den Rechtsfolgen	13
3.3.	Ersetzung der Intra-EU-BITs durch ein unionsweites Investitionsschutzabkommen unter den EU-Mitgliedstaaten	15
3.4.	Mitgliedstaatliche BITs mit Drittstaaten	17
3.4.1.	Zur Übertragbarkeit des Achmea-Urteils	17
3.4.2.	Zu den Rechtsfolgen	19
3.5.	Schiedsbestimmungen in EU-Freihandelsabkommen und multilateraler Investitionsgerichtshof	20
3.5.1.	Allgemeine Erwägungen bezüglich der Übertragbarkeit des Achmea-Urteils	20
3.5.2.	Insbesondere CETA	22
3.5.3.	Insbesondere multilateraler Investitionsgerichtshof	24

## 1. Einleitung und Fragestellung

Am 6. März 2018 entschied der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) in der Rechtssache C-284/16, dass eine Investor-Staat-Schiedsbestimmung in einem Investitionsschutzabkommen (sog. BIT<sup>1</sup>), welches zwischen zwei Mitgliedstaaten geschlossen wurde (sog. Intra-EU-BIT), die Autonomie des Unionsrechts beeinträchtigt.<sup>2</sup> Die Artikel 267 und 344 AEUV seien dahin auszulegen, dass sie einer Bestimmung wie in dem streitgegenständlichen Intra-EU-BIT entgegenstehen.<sup>3</sup>

Das Verfahren vor dem EuGH betraf ein zwischen der Slowakischen Republik und den Niederlanden geltendes Investitionsschutzabkommen.<sup>4</sup> Das Urteil des Gerichtshofs erging auf Vorlage des Bundesgerichtshofs (BGH), der darüber zu befinden hat, ob ein auf Grundlage dieses Abkommens bzw. der darin enthaltenen Schiedsbestimmung ergangener Schiedsspruch nach § 1059 Abs. 2 der Zivilprozessordnung (ZPO) aufzuheben ist.<sup>5</sup> Sowohl der BGH<sup>6</sup> als auch der im Verfahren vor dem EuGH zuständige Generalanwalt<sup>7</sup> sahen in der Schiedsbestimmung keinen Verstoß gegen das Unionsrecht.

Der Fachbereich wird ersucht, die Übertragung des EuGH-Urteils in der Rechtssache *Achmea* auf Investor-Staats-Schiedsbestimmungen in anderen völkervertraglichen Konstellationen zu erörtern. Neben anderen Intra-EU-BITs sollen mitgliedstaatliche BITs mit Drittstaaten sowie Schiedsmechanismen in EU-Freihandelsabkommen unter besonderer Berücksichtigung von CETA und dem dort vorgesehenen Schiedsgerichtshof betrachtet werden. Der Vollständigkeit halber werden

---

<sup>1</sup> Die Abkürzung steht für „*Bilateral Investment Treaty*“.

<sup>2</sup> EuGH, Urt. v. 6.03.2018, Rs. C-284/16 (Slowakische Republik/Achmea B.V.), insbesondere Rn. 59. Die deutsche Sprachfassung des Urteils ist auf den Seiten des EuGH online abrufbar unter <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=199968&pageIndex=0&doclang=de&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=616212> (letztmaliger Abruf am 19.04.18) – im Folgenden: EuGH, Achmea.

<sup>3</sup> EuGH, Achmea (Fn. 2), Rn. 60. Siehe zu den Urteilswirkungen im Vorabentscheidungsverfahren unten unter 2.2.3, S. 10 f., und 3.1., S. 11 f.

<sup>4</sup> Vgl. EuGH, Achmea (Fn. 2), Rn. 2, 6.

<sup>5</sup> Vgl. den Aussetzungs- und Vorlagebeschluss des BGH vom 3.03.2016, Az. I ZB 2/15, online abrufbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=d446a61dd74ddd8d4e82d7a39e0205a7&nr=74612&pos=0&anz=1> (letztmaliger Abruf am 19.04.18). Mit der Endentscheidung des BGH ist nach telefonischer Auskunft des Gerichts erst in der zweiten Jahreshälfte 2018 zu rechnen.

<sup>6</sup> EuGH, Achmea (Fn. 2), Rn. 24, 36 ff., 46 ff.

<sup>7</sup> Generalanwalt (GA) *Wathelet*, Schlussanträge vom 19.09.2017 in der Rs. C-284/16 (Slowakische Republik/Achmea B.V.), Rn. 273. Die deutsche Sprachfassung des Urteils ist auf den Seiten des EuGH online abrufbar unter <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=194583&pageIndex=0&doclang=de&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=160351> (letztmaliger Abruf am 19.04.18) – im Folgenden: GA *Wathelet*, Schlussanträge.

die u. a. von Deutschland ins Spiel gebrachte Ersetzung der Intra-EU-BITs durch ein unionsweites BIT sowie der geplanten multilateralen Investitionsgerichtshof in die Betrachtung einbezogen.

Im Folgenden wird zunächst das Urteil des EuGH dargestellt und analysiert (2.). Sodann sind die rechtlichen Auswirkungen bzw. die Übertragbarkeit seiner Aussagen auf die genannten Konstellationen von Investor-Staat-Schiedsbestimmungen zu erörtern (3.).

## **2. Das Urteil des EuGH in der Rechtssache C-284/16 (Slowakische Republik/Achmea B.V.)**

### **2.1. Ausgangsverfahren und Vorlagefragen**

Die streitgegenständliche Schiedsbestimmung sah ein ad-hoc zu bildendes, aus drei Personen bestehendes Schiedsgericht vor, welches sein eigenes Verfahren unter Anwendung der Schiedsordnung der UNCITRAL<sup>8</sup> festzulegen hatte.<sup>9</sup> Zu urteilen hatten die Schiedsgerichte u. a. auf Grundlage des geltenden Rechts der betroffenen Vertragspartei sowie den Bestimmungen des BITs und anderer erheblicher Abkommen zwischen den Vertragsparteien, wobei ihre Entscheidungen endgültig und für die Streitparteien bindend waren.

Im Ausgangsfall wurde diese Schiedsbestimmung durch ein niederländisches Unternehmen in Anspruch genommen. Gegenstand der Schiedsstreitigkeit war ein Gesetz der Slowakischen Republik aus dem Jahr 2006, mit welchem die Ausschüttung von Gewinnen aus dem privaten Krankenversicherungsgeschäft verboten wurde und das auch das betreffende niederländische Unternehmen erfasste.<sup>10</sup> Dieses sah in dem Gesetz einen Verstoß gegen das BIT und leitete 2008 ein entsprechendes Schiedsverfahren ein. Als Schiedsort wurde Frankfurt (Main) bestimmt, so dass auf das Schiedsverfahren an sich, einschließlich einer Überprüfung des Schiedsspruchs, das deutsche Recht anwendbar wurde, insbesondere die §§ 1025 ff. ZPO. Die im Lauf des Verfahrens von der Slowakischen Republik geltend gemachte Einrede der Unzuständigkeit wegen Unvereinbarkeit eines derartigen Verfahrens mit Unionsrecht wies das Schiedsgericht zurück. Kurze Zeit nachdem das mit dem streitigen Gesetz eingeführte Gewinnausschüttungsverbot vom slowakischen Verfassungsgerichtshof für nichtig erklärt wurde, wurde auch die Slowakische Republik durch das Schiedsgericht zur Zahlung von Schadensersatz verurteilt.

Hiergegen erhob die Slowakische Republik erfolglos Klage auf Aufhebung des Schiedsspruchs beim Oberlandesgericht Frankfurt am Main. Der anschließend als Rechtsmittelinstanz angerufene BGH wandte sich an den EuGH und fragte u. a., ob Art. 344 AEUV oder – falls dies nicht der Fall

---

<sup>8</sup> Die Abkürzung UNCITRAL steht für *United Nations Commission on International Trade Law* – Kommission der Vereinten Nationen für internationales Handelsrecht, siehe unter [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org) (letztmaliger Abruf am 19.04.18). Die UNCITRAL Arbitration Rules (2010) sind verfügbar unter: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arbrules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf> (letztmaliger Abruf am 19.04.18).

<sup>9</sup> Der vollständige Wortlaut der Schiedsbestimmung ist in EuGH, Achmea (Fn. 2), Rn. 4, wiedergegeben. Siehe zum betreffenden BIT die Rn. 3, 6. Vgl. auch die ausführlichen Ausführungen zum Inhalt des BIT sowie zum Ausgangsverfahren bei GA *Wathelet*, Schlussanträge (Fn. 7), Rn. 7 ff., Rn. 17 ff.

<sup>10</sup> Siehe zum Sachverhalt im Ausgangsverfahren EuGH, Achmea (Fn. 2), Rn. 6 ff.

sei – Art. 267 AEUV der Anwendung einer Schiedsbestimmung wie der hier einschlägigen entgegenstehe.<sup>11</sup>

In welchem Umfang Unionsrecht tatsächlich Gegenstand des betreffenden Schiedsverfahrens gewesen ist und ob es zu einer Auslegung oder Anwendung von EU-Recht kam, lässt sich auf Grundlage der zugänglichen Dokumente (Urteil, Schlussanträge, Aussetzungs- und Vorlagebeschluss) nicht mit Sicherheit sagen. Allerdings erlauben sie den Schluss, dass das Unionsrecht weder den Prüfungsmaßstab für den Verstoß gegen das BIT bildete, noch den Prüfungsgegenstand darstellte.<sup>12</sup> Vielmehr wurde es – in Gestalt der Niederlassungs- und/oder Kapitalverkehrsfreiheit – wohl zur Auslegung des streitbefangenen nationalen Rechts herangezogen und insoweit ausgelegt bzw. angewendet.<sup>13</sup>

## 2.2. Entscheidungsgründe

Der EuGH beantwortet die ihm vorgelegten Fragen nach der Auslegung von Art. 267 und 344 AEUV zusammen und in zwei Schritten. Zunächst setzt er auf abstrakte Weise die beiden Vertragsbestimmungen ins Verhältnis zum Grundsatz der Autonomie des Unionsrechts (2.2.1.).<sup>14</sup> Im Lichte der dazu getroffenen Aussagen wendet der Gerichtshof sich im zweiten Schritt dann der eigentlichen Beantwortung der Vorlagefragen zu (2.2.2.).<sup>15</sup>

### 2.2.1. Autonomie des Unionsrechts, Art. 267 und Art. 344 AEUV

Bei der Autonomie des Unionsrechts handelt es sich um einen ungeschriebenen Rechtsgrundsatz aus der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs, an dessen Maßstab regelmäßig die unionsrechtliche Zulässigkeit von Abkommen geprüft wird, mit denen sich die EU völkervertraglich vereinbarten Rechtsschutzmechanismen unterwirft.<sup>16</sup> In der vorliegenden Rechtssache erfolgt die

---

<sup>11</sup> Die dritte Vorlagefrage betraf einen möglichen Verstoß gegen das allgemeine Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit gemäß Art. 18 Abs. 1 AEUV, vgl. hierzu auch BGH (Fn. 5); Rn. 69 ff. Da der Gerichtshof bereits einen Verstoß gegen Art. 267 und Art. 344 AEUV feststellte, verzichtete er auf die Beantwortung der dritten Frage, vgl. EuGH, *Achmea* (Fn. 2), Rn. 22, 23, 61.

<sup>12</sup> Vgl. *GA Wathelet*, Schlussanträge (Fn. 7), Rn. 177, 178.

<sup>13</sup> BGH (Fn. 5), Rn. 31 f.; EuGH, *Achmea* (Fn. 2), Rn. 21 im Hinblick auf die vom EuGH zugrunde gelegte Widergabe der BGH-Ausführungen, siehe ferner Rn. 42.

<sup>14</sup> Vgl. EuGH, *Achmea* (Fn. 2), Rn. 32 bis 37 sowie 38.

<sup>15</sup> Vgl. EuGH, *Achmea* (Fn. 2), Rn. 38 bis 60.

<sup>16</sup> Vgl. hierzu *Pechstein/Kubicki*, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV, 2017, Art. 19 EUV, Rn. 36 ff., mit Nachweisen aus der Rechtsprechung. Zuletzt vor allem im Gutachten v. 18.12.2014, *Avis 2/13* (EMRK-Beitrittsvertrag). Dieses Gutachten zitiert der Gerichtshof in sämtlichen Randnummern des abstrakten Maßstäbeteils seiner Ausführungen, vgl. EuGH, *Achmea* (Fn. 2), Rn. 32 bis 36. Siehe zur Autonomie des Unionsrechts auch *Engel*, *Das Investor-Staat-Streitbeilegungssystem auf dem unionsrechtlichen Prüfstand*, *SchiedVZ* 2017, S. 291 (296 ff.). Vgl. auch *Thym*, *Todesstoß für autonome Investitionsschutzgerichte*, *VerfBlog*, 2018/3/08, online abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/todesstoss-fuer-autonome-investitions-schutzgerichte/> (letztmaliger Abruf am 19.04.18).

Anwendung dieses Rechtsgrundsatzes zum ersten Mal hinsichtlich einer Investor-Staat-Schiedsbestimmung, die zwischen zwei Mitgliedstaaten Geltung beansprucht.<sup>17</sup>

Nach dem Verständnis des EuGH speist sich die Autonomie des Unionsrechts, die sowohl gegenüber dem nationalen Recht als auch dem Völkerrecht gelte, vor allem aus der vertraglichen Zuständigkeitsordnung der EU sowie aus den besonderen Merkmalen des EU-Rechts (autonome vertragliche Quelle, unmittelbare Wirkung, Anwendungsvorrang).<sup>18</sup> Von zentraler Bedeutung für diese Autonomie ist die Kontrolle über die Auslegung und Anwendung des Unionsrechts<sup>19</sup> – diese obliegt letztverbindlich nach Art. 19 Abs. 1 EUV dem Gerichtshof. In diesen Kontext ordnet der EuGH sowohl Art. 344 AEUV als auch Art. 267 AEUV ein.

Aus der erstgenannten Vertragsbestimmung folge, dass Mitgliedstaaten die Autonomie des Unionsrechts (auch) nicht durch völkerrechtliche Übereinkünfte beeinträchtigen dürfen.<sup>20</sup> Denn Art. 344 AEUV verpflichte die Mitgliedstaaten, Streitigkeiten über die Auslegung oder Anwendung der Verträge nicht anders als hierin vorgesehen zu regeln<sup>21</sup> – also nur im Rahmen der vertraglich vorgesehenen Rechtsschutzverfahren.

Zu diesen Verfahren gehören aus Sicht des Gerichtshofs letztlich auch solche vor nationalen Gerichten, da diese neben dem Gerichtshof Teil des unionalen Gerichtssystems seien und auch sie die volle Anwendung des Unionsrechts zu gewährleisten hätten.<sup>22</sup> Hierbei kommt nach Ansicht des EuGH dem Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV entscheidende Bedeutung zu: es sei nämlich „*das Schlüsselement des so gestalteten Gerichtssystems*“, da es über den dadurch ermöglichten Dialog zwischen nationalen Gerichten und Gerichtshof nicht nur die einheitliche Auslegung und damit Kohärenz des EU-Rechts sichere, sondern hierdurch zugleich auch seine Autonomie und seine besonderen Merkmale gewährleiste.<sup>23</sup>

Wohl mit Blick auf den Umstand, dass es sich um eine zwischen Mitgliedstaaten vereinbarte Schiedsbestimmung handelt, verweist der EuGH in seinem Maßstäbe-Teil noch auf den ungeschriebenen Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens zwischen den Mitgliedstaaten sowie das Prinzip der loyalen Zusammenarbeit zwischen der EU und den Mitgliedstaaten nach Art. 4 Abs. 3 EUV.<sup>24</sup>

---

<sup>17</sup> Vgl. BGH (Fn. 5), Rn. 22.

<sup>18</sup> Vgl. EuGH, Achmea (Fn. 2), Rn. 32, 33.

<sup>19</sup> Vgl. EuGH, Achmea (Fn. 2, Rn. 32, 35 ff.

<sup>20</sup> EuGH, Achmea (Fn. 2), Rn. 32.

<sup>21</sup> Vgl. EuGH, Achmea (Fn. 2), Rn. 32.

<sup>22</sup> Vgl. EuGH, Achmea (Fn. 2), Rn. 35 f.

<sup>23</sup> Vgl. EuGH, Achmea (Fn. 2), Rn. 37 (Hervorhebung durch Verfasser).

<sup>24</sup> EuGH, Achmea (Fn. 2), Rn. 34.

### 2.2.2. Beantwortung der Vorlagefragen

Aus diesen Vorgaben heraus formuliert der Gerichtshof drei Prüfungspunkte zur Beantwortung der beiden Auslegungsfragen nach Art. 267 und Art. 344 AEUV: Zu prüfen sei erstens, ob die betreffenden Schiedsstreitigkeiten einen Bezug zum Unionsrecht haben können. Ist das der Fall, sei zu untersuchen, ob entweder, zweitens, die Schiedsgerichte als Teil des unionalen Gerichtssystems selbst vorlageberechtigt sind oder, drittens, die von ihnen behandelten Fragen des Unionsrechts eventuell anschließend zum Gegenstand eines Vorabentscheidungsverfahrens gemacht werden können.<sup>25</sup> Diese Prüfungsfolge lässt erkennen, dass es dem Gerichtshof für den Schutz der Autonomie des Unionsrechts entscheidend darauf ankommt, in Fragen der Auslegung und Anwendung des EU-Rechts wenigstens über das Verfahren nach Art. 267 AEUV eingebunden zu sein.<sup>26</sup>

Für den ihm vorgelegten Fall sieht der EuGH diese Anforderung als nicht erfüllt an und stellt abschließend eine Beeinträchtigung der Autonomie des Unionsrechts durch die streitgegenständliche Schiedsbestimmung fest.<sup>27</sup> Art. 267 und Art. 344 AEUV seien so auszulegen, dass sie der Bestimmung in dem Intra-EU-BIT entgegenstehen.<sup>28</sup>

Im Hinblick auf die hier erfragten Urteilsauswirkungen auf andere Vertragskonstellationen mit Schiedsgerichtsmechanismen ist im Folgenden kurz auf die Ausführungen des EuGH zu den einzelnen Prüfungsschritten einzugehen.

Der erforderliche Bezug der Schiedsstreitigkeit zum Unionsrecht ergibt sich für den EuGH vorliegend bereits aus dem Umstand, dass das Schiedsgericht sowohl das nationale Recht der Streitparteien als auch die zwischen ihnen geschlossenen „erheblichen“ Abkommen anzuwenden habe und beide Rechtsquellen (auch) das Unionsrecht als Teil des *in* als auch *zwischen* den beiden Mitgliedstaaten geltenden Rechts erfassen.<sup>29</sup> Dabei stellt der Gerichtshof klar, dass es für den Bezug der Schiedsstreitigkeit zum so erfassten Unionsrecht nicht erforderlich sei, dass dieses den Prüfungsmaßstab für den mitgliedstaatlichen Investitionsverstoß bilde.<sup>30</sup> Es genüge, dass das Schiedsgericht das Unionsrecht „gegebenenfalls [...] auszulegen oder sogar anzuwenden [habe].“<sup>31</sup> Hieraus folgt, dass es für den Bezug der Schiedsgerichtsbarkeit zum Unionsrecht nach Ansicht des EuGH offenbar ausreicht, dass letzteres potentiell zum Gegenstand der Auslegung

---

<sup>25</sup> Vgl. EuGH, Achmea (Fn. 2), Rn. 50.

<sup>26</sup> Vgl. dazu auch Pechstein/Kubicki (Fn. 16), Art. 19 EUV, Rn. 53.

<sup>27</sup> EuGH, Achmea (Fn. 2), Rn. 59.

<sup>28</sup> EuGH, Achmea (Fn. 2), Rn. 60.

<sup>29</sup> EuGH, Achmea (Fn. 2), Rn. 40, 41.

<sup>30</sup> Vgl. EuGH, Achmea (Fn. 2), Rn. 40.

<sup>31</sup> Vgl. EuGH, Achmea (Fn. 2), Rn. 42 vgl. auch Rn. 55 („Rechtstreitigkeiten [...], die die Anwendung oder Anwendung des Unionsrechts betreffen können.“ In der Sache verweist der EuGH „insbesondere“ auf die Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit, vgl. Rn. 42. Siehe dazu auch unten unter 3.2., S. 12 f.



oder Anwendung durch das Schiedsgericht werden kann, ohne selbst Prüfungsmaßstab oder Prüfungsgegenstand im Hinblick auf den Verstoß gegen das BIT sein zu müssen.

Dass das Schiedsgericht keine vorlageberechtigte Einrichtung im Sinne des Art. 267 AEUV ist und auch nicht zum „*Gerichtssystem der Union*“ gehört, folgt für den EuGH insbesondere aus dem Ausnahmecharakter der im Abkommen vorgesehenen Schiedsgerichtsbarkeit.<sup>32</sup> Dies unterstreicht der Gerichtshof an späterer Stelle erneut, in dem er ausführt, dass durch die Schiedsbestimmung Rechtstreitigkeiten der Zuständigkeit der eigenen Gerichte und damit dem unionalen Rechtsschutzsystem entzogen würden.<sup>33</sup>

Entscheidende Bedeutung kommt daher vorliegend dem dritten Prüfungspunkt zu – der nachgelagerten Kontrolle durch mitgliedstaatliche Gerichte und der Möglichkeit eines Verfahrens nach Art. 267 AEUV.<sup>34</sup> Hier stellt der EuGH zunächst auf die Endgültigkeit des Schiedsspruchs und den Umstand ab, dass das Schiedsgericht selbst über das Verfahren bestimmt, insbesondere über die Wahl seines Sitzes, der zugleich das auf die gerichtliche Überprüfung des Schiedsspruchs anwendbare Recht festlegt.<sup>35</sup> Erst diese Wahl habe sodann im konkreten Fall eine gerichtliche Überprüfung des Schiedsspruchs am Maßstab des deutschen Rechts ermöglicht.<sup>36</sup>

Sodann geht der Gerichtshof auf die beschränkte gerichtliche Überprüfung des Schiedsspruchs nach § 1059 Abs. 2 ZPO ein.<sup>37</sup> In diesem Zusammenhang nimmt er Bezug auf seine Rechtsprechung zur Handelsschiedsgerichtsbarkeit, in deren Rahmen er eine nur beschränkte gerichtliche Überprüfung von Schiedsgerichtsprüchen als zulässig erachtet hat.<sup>38</sup> Eine Übertragung auf die Kontrolle von Investor-Staats-Schiedsbestimmungen wie der vorliegenden lehnt er u. a. deshalb ab, weil die Handelsschiedsgerichte auf einer privatautonomen Vereinbarung beruhen.<sup>39</sup>

Anschließend stellt der EuGH fest, dass die streitgegenständliche Schiedsbestimmung es „*ausschließen kann, dass über diese Streitigkeiten, obwohl sie die Auslegung oder Anwendung des Unionsrechts betreffen könnten, in einer Weise entschieden wird, die die volle Wirksamkeit des Unionsrechts gewährleistet.*“<sup>40</sup> Ob diese Feststellung allein in der Endgültigkeit des Schiedsspruchs und der in den Händen des Schiedsgerichts liegenden Rechtswahl im Hinblick auf seine Überprüfung begründet liegt oder ob es zusätzlich auch auf die sich im konkreten Fall ergebende

---

<sup>32</sup> EuGH, Achmea (Fn. 2), Rn. 45.

<sup>33</sup> EuGH, Achmea (Fn. 2), Rn. 55.

<sup>34</sup> EuGH, Achmea (Fn. 2), Rn. 50 ff.

<sup>35</sup> EuGH, Achmea (Fn. 2), Rn. 51.

<sup>36</sup> EuGH, Achmea (Fn. 2), Rn. 52.

<sup>37</sup> EuGH, Achmea (Fn. 2), Rn. 53.

<sup>38</sup> EuGH, Achmea (Fn. 2), Rn. 54 f.

<sup>39</sup> EuGH, Achmea (Fn. 2), Rn. 55.

<sup>40</sup> EuGH, Achmea (Fn. 2), Rn. 56.

beschränkte gerichtliche Überprüfbarkeit ankam, lässt sich der Formulierung des EuGH nicht entnehmen. Im Hinblick auf den zweiten Aspekt könnte daraus jedoch geschlossen werden, dass eine – ggf. auch obligatorische – Überprüfung von Schiedssprüchen jedenfalls dann nicht ausreicht, wenn sie in nur beschränktem Umfang erfolgt.

Zu erwähnen ist ferner, dass der EuGH im Anschluss an die zitierte Verneinung des dritten Prüfungspunktes noch darauf hinweist, dass es für die Union zwar nicht unzulässig ist, sich völkervertraglich vereinbarten Gerichtssystemen zu unterwerfen, „*sofern die Autonomie der Union und ihrer Rechtsordnung gewahrt bleibt [...]*“<sup>41</sup> Unter welchen Voraussetzungen dies möglich wäre und ob insoweit die gleichen Maßstäbe gelten, wie hinsichtlich des streitgegenständlichen Intra-EU-BITs, wird vom Gerichtshof zwar nicht weiter ausgeführt. Er betont jedoch die Unterschiede im Vergleich zum Ausgangsverfahren: Erstens ergebe sich die Unterwerfung aus einem Abkommen zwischen Mitgliedstaaten. Zweitens sei sie geeignet, den Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens zwischen den Mitgliedstaaten sowie die durch das Verfahren nach Art. 267 AEUV gewährleisteten besonderen Merkmale des Unionsrechts zu verletzen und sei daher mit dem Prinzip der loyalen Zusammenarbeit nicht zu vereinbaren.<sup>42</sup> Auf diese Weise verarbeitet der EuGH noch die beiden im abstrakten Teil neben der Autonomie des Unionsrechts erwähnten Rechtsgrundsätze für die Beantwortung der Vorlagefragen. Da der Gerichtshof erst danach die Beeinträchtigung der Autonomie des Unionsrechts feststellt und abschließend auf die Vorlagefragen antwortet<sup>43</sup>, stellt sich die Frage, welches Gewicht hierbei dem Verstoß gegen den Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens und das Loyalitätsgebot zukommt.

Davon unabhängig ist unter Berücksichtigung der Schlussanträge des Generalanwalts und des Vorlagebeschlusses des BGH der Schluss erlaubt, dass sich der EuGH jedenfalls für den innerunionalen Kontext sehr entschieden gegen das dem BIT zugrunde liegende ad-hoc-Schiedssystem gewandt hat.<sup>44</sup> Denn sowohl der Generalanwalt als auch der BGH sahen darin im Ergebnis keinen Verstoß gegen Art. 267 und Art. 344 AEUV: der Generalanwalt u. a. deshalb, weil er die betreffenden Schiedsgerichte als vorlageberechtigt im Sinne des Art. 267 AEUV qualifizierte;<sup>45</sup> der BGH, v. a. wegen der bei der Vollstreckung möglichen nachgelagerten gerichtlichen Kontrolle von Schiedssprüchen und der sich daran knüpfenden Möglichkeiten eines Vorabentscheidungsverfahrens.<sup>46</sup> Bei beiden Gesichtspunkten gelangt der EuGH zu einer anderen Bewertung, obgleich die Bejahung eines dieser beiden Punkte seinem grundsätzlichen Anliegen entsprochen hätte, in

---

<sup>41</sup> EuGH, Achmea (Fn. 2), Rn. 57.

<sup>42</sup> EuGH, Achmea (Fn. 2), Rn. 58.

<sup>43</sup> EuGH, Achmea (Fn. 2), Rn. 59 f.

<sup>44</sup> Vgl. insoweit auch *Thym* (Fn. 16).

<sup>45</sup> GA *Wathelet*, Schlussanträge (Fn. 7), Rn. 84 ff. Nicht thematisiert wurde hierbei vom GA allerdings die Frage, ob und inwieweit Schiedsgerichte nicht nur vorlageberechtigt sind, sondern auch zu einer Vorlage im Sinne des Art. 267 Abs. 3 AEUV verpflichtet sein können.

<sup>46</sup> Vgl. BGH (Fn. 5), Rn. 53.

eine ggf. erforderliche Auslegung und Anwendung des Unionsrechts über das Instrument des Art. 267 AEUV einbezogen werden zu können.

### 2.2.3. Urteilswirkung

Ungeachtet der offenen Fragen im Zusammenhang mit den Erwägungsgründen bestehen keine Zweifel hinsichtlich des Auslegungsergebnisses: Die streitige Schiedsbestimmung ist mit Art. 267 und Art. 344 AEUV unvereinbar. Auslegungsurteile wie das vorliegende – hier in Bezug auf das Primärrecht nach Art. 267 Abs. 1 Buchst. a AEUV – binden unmittelbar nur die im nationalen Ausgangsverfahren entscheidenden mitgliedstaatlichen Gerichte<sup>47</sup>, hier also v. a. den als Rechtsmittelinstanz zuständigen BGH in Bezug auf das bei ihm anhängige Beschwerdeverfahren über die Aufhebung des Schiedsspruchs nach § 1059 Abs. 2 ZPO. Aufgrund des Verstoßes gegen die genannten Vertragsbestimmungen ist die Schiedsvereinbarung als ungültig anzusehen, so dass der Schiedsspruch im nun fortgesetzten nationalen Ausgangsverfahren nach § 1059 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a ZPO aufzuheben sein dürfte.<sup>48</sup>

## 3. Rechtliche Auswirkungen des Urteils auf andere Konstellationen von Investor-Staat-Schiedsbestimmungen

### 3.1. Allgemeine Erwägungen hinsichtlich der Übertragbarkeit

Wie soeben ausgeführt, bindet das Auslegungsurteil in der Rechtssache *Achmea* unmittelbar nur die im Ausgangsverfahren entscheidenden mitgliedstaatlichen Gerichte. Eine derartige Bindung für andere Konstellationen und andere Verfahren („erga omnes“) besteht nicht.<sup>49</sup> Allerdings ist die in diesem Urteil durch den EuGH vorgenommene Auslegung der Art. 344 und 267 AEUV als solche allgemein verbindlich und insoweit auch für andere Konstellation und Verfahren maßgeblich. Man spricht insoweit von einer eingeschränkten „erga-omnes-Wirkung“.<sup>50</sup>

---

<sup>47</sup> Wegener, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 267 AEUV, Rn. 49, mit Nachweisen aus der Rechtsprechung.

<sup>48</sup> Vgl. BGH (Fn. 5), Rn. 13, 14, 16, insb. 79 ff.

<sup>49</sup> Anders hingegen für Vorlageentscheidungen, in denen der EuGH über die Gültigkeit von sekundärem Unionsrecht zu entscheiden hat, vgl. Art. 267 Abs. 1 Buchst. b Var. 2 AEUV. Siehe dazu Wegener, in: Calliess/Ruffert (Fn. 47), Rn. 50.

<sup>50</sup> Vgl. etwa Karpenstein, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 234 AEUV (50. Ergzlfg. 2013), Rn. 104.

Vorliegend dürften das Urteil und seine Aussagen auch in ihrer allgemeinen Verbindlichkeit von grundlegender Bedeutung sein, die über den entschiedenen Fall hinausreicht.<sup>51</sup> Denn erstens entschied der EuGH die Rechtssache in der Besetzung als Große Kammer,<sup>52</sup> zweitens enthält die Entscheidung einen abstrakten Teil, der, drittens, die Autonomie der Rechtsordnung in den Mittelpunkt der rechtlichen Erwägungen stellt und nicht allein die Vertragsbestimmungen, auf die das Auslegungsersuchen zielte. Und viertens gelangt der EuGH in allen entscheidungserheblichen Aspekten zu einer anderen Bewertung als der Generalanwalt in seinen Schlussanträgen.

Dessen ungeachtet ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Auslegung von Unionsrecht in einem Vorabentscheidungsurteil immer im Hinblick auf einen konkreten Fall erfolgt. Weisen andere Konstellationen Unterschiede auf, kann nicht ausgeschlossen werden, dass der EuGH die einschlägigen Vorschriften insoweit in anderer Weise auslegen und zu anderen Ergebnissen gelangen würde. Hieraus folgt, dass die Erörterung der rechtlichen Auswirkungen eines Auslegungsurteils für andere Fälle immer durch ein Moment der rechtlichen Prognose gekennzeichnet ist. Eine abschließende Beurteilung der im Folgenden zu betrachtenden Konstellationen ist daher nicht möglich.

### 3.2. Andere Intra-EU-BITs

Von Relevanz dürfte das EuGH-Urteil in der Rechtssache *Achmea* vor allem für andere Intra-EU-BITs sein, da diese Konstellationen per se vergleichbar sind: Es handelt sich um bilaterale, zwischen EU-Mitgliedstaaten bestehende Abkommen über Investitionsschutz, die ein Investor-Staatschiedsverfahren vorsehen. Die Auslegung der Art. 267 und Art. 344 AEUV dürfte jedenfalls dann zu gleichen Ergebnissen führen, nämlich einer Unvereinbarkeit mit den beiden genannten Vertragsbestimmungen sowie der dahinterstehenden Autonomie des Unionsrechts, wenn die betreffenden Schiedsbestimmungen den gleichen oder einen weitgehend vergleichbaren Inhalt aufweisen.<sup>53</sup> Denn in diesen Fällen wären die drei vom EuGH herausgearbeiteten und seinem Urteil zugrunde gelegten Prüfungspunkte in gleicher Weise zu beantworten. Entscheidend ist mithin die Ausgestaltung der jeweiligen Schiedsbestimmung im Einzelfall, deren Betrachtung aufgrund der Vielzahl der Abkommen und Sprachfassungen vorliegend nicht geleistet werden kann.<sup>54</sup>

---

<sup>51</sup> Siehe etwa Müller, RIW-Kommentar zu EuGH, Rs. C-284/16 (Slowakische Republik/Achmea), RIW 2018, S. 204 ff.

<sup>52</sup> Die Große Kammer ist mit 15 Richtern besetzt, wobei der Präsident des Gerichtshofs den Vorsitz führt, vgl. Art. 16 Abs. 2 EuGH-Satzung (Protokoll Nr. 3 zu den Verträgen). In der Regel wird der Gerichtshof in Kammern mit drei oder fünf Richtern tätig, vgl. Art. 16 Abs. 1 EuGH-Satzung.

<sup>53</sup> Vgl. Hindelang, The Limited Immediate Effects of CJEU's Achmea Judgement, VerfBlog, 2018/3/09, online abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/the-limited-immediate-effects-of-cjeus-achmea-judgement/> (letztmaliger Abruf am 19.04.18); Thym (Fn. 16); Müller (Fn. 51), RIW 2018, S. 204 ff.

<sup>54</sup> Sackmann, Im Schatten von CETA und TTIP: Zur Verfahrenstransparenz in Intra-EU-Investitionsschiedsverfahren, SchiedsVZ 2015, S. 15 (17), spricht mit Verweis auf Angaben der EU-Kommission von 190 Intra-EU-BITs. Siehe dort auch zur Relevanz von Intra-EU-Verfahren.

### 3.2.1. Zur Übertragbarkeit des Achmea-Urteils

In der Regel dürften die Schiedsbestimmungen sich jedoch sowohl hinsichtlich des durch die Schiedsgerichte anwendbaren Rechts als auch bezüglich ihrer Einrichtung und Funktionsweise sowie der anwendbaren Schiedsordnungen gleichen. Somit werden diese Bestimmungen regelmäßig Schiedsstreitigkeiten ermöglichen, die im Sinne des EuGH erstens einen ausreichenden Bezug zum Unionsrecht aufweisen und zweitens von Schiedsgerichten entschieden werden, die nicht vorlageberechtigt und Teil des unionalen Gerichtssystems sind, ohne dass drittens eine ausreichende nachgelagerte Kontrolle durch mitgliedstaatliche Gerichte einschließlich eventueller Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV gewährleistet ist.

Ersteres ergibt sich vor allem daraus, dass grenzüberschreitende Investitionen innerhalb der EU regelmäßig den Anwendungsbereich der Niederlassungs- oder Kapitalverkehrsfreiheit berühren.<sup>55</sup> Diese beiden Grundfreiheiten können dann – ebenso wie in der Schiedsstreitigkeit, die dem *Achmea*-Urteil zugrunde lag<sup>56</sup> – potentiell zur Auslegung des nationalen Rechts, das am Maßstab des betreffenden Intra-EU-BITs zu messen wäre, herangezogen werden.

Dass die Schiedsbestimmungen anderer Intra-EU-BITs sodann im Hinblick auf die Schiedsgerichte und deren Funktionsweise Vorkehrungen oder Ergänzungen beinhalten, die den Ausnahmecharakter beseitigen und eine Qualifizierung als mitgliedstaatliches Gericht im Sinne des Art. 267 AEUV aus Sicht des EuGH rechtfertigen, erscheint mit Blick auf die obige Deutung der allgemeinen Zielrichtung des Urteils wenig wahrscheinlich.<sup>57</sup> Gleiches gilt für die alternativ mögliche nachgelagerte Kontrolle der Schiedssprüche durch mitgliedstaatliche Gerichte als dritter Prüfungspunkt des EuGH im *Achmea*-Urteil.

### 3.2.2. Zu den Rechtsfolgen

Soweit eine Vergleichbarkeit der Schiedsbestimmungen besteht und im Lichte des *Achmea*-Urteils von einer Unvereinbarkeit mit Art. 267 und Art. 344 AEUV auszugehen ist, stellt sich die Frage nach den Rechtsfolgen für die betroffenen Abkommen zum einen und für auf ihrer Grundlage ggf. laufende bzw. potentiell mögliche Schiedsverfahren zum anderen.

Im Hinblick auf die bestehenden Intra-EU-BITs ist dabei zunächst auf die seit 2015 anhängigen Vertragsverletzungsverfahren hinzuweisen, die die Kommission gegen fünf Mitgliedstaaten mit

---

<sup>55</sup> Siehe hierzu *Korte*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 47), Art. 49 AEUV, Rn. 35, sowie *Bröhmer*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 47), Art. 63 AEUV, Rn. 18 ff.

<sup>56</sup> EuGH, *Achmea* (Fn. 2), Rn. 21.

<sup>57</sup> Siehe oben unter 2.2.2., S. 7 ff. aE.

Blick auf die von ihnen geschlossenen Intra-EU-BITs eingeleitet hat.<sup>58</sup> Ungeachtet des weiteren Fortgangs dieser Verfahren greift für Abkommen zwischen EU-Mitgliedstaaten, die im Widerspruch zum Unionsrecht stehen, zwar die Rechtsfolge der Unanwendbarkeit der betreffenden Bestimmungen.<sup>59</sup> Dies hilft in der Regel jedoch nur im Einzelfall und vor allem dann, wenn die Anwendung der betreffenden Bestimmung vor mitgliedstaatlichen Stellen im Raum steht, die unmittelbar an das Unionsrecht gebunden sind (siehe dazu sogleich). Die Existenz der Investitionsschutzabkommen als Rechtsgrundlage für derartige Schiedsverfahren wird hierdurch jedoch rechtlich nicht berührt. Abhilfe bietet hier der Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit nach Art. 4 Abs. 3 AEUV, nach dessen UAbs. 2 die Mitgliedstaaten alle geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zur Erfüllung ihrer unionsrechtlichen Verpflichtungen ergreifen müssen. Zwar verfügen die Mitgliedstaaten in der Regel über einen Ermessensspielraum hinsichtlich der zu ergreifenden Maßnahmen.<sup>60</sup> Vorliegend könnte sich das Loyalitätsgebot jedoch auf eine gegenseitige Pflicht der betreffenden Mitgliedstaaten zur alsbaldigen Aufhebung bzw. Beendigung entsprechender Verträge reduzieren.<sup>61</sup>

Auf welche Weise dies erreicht werden kann, ob bilateral oder durch ein unionsweit abgestimmtes Vorgehen, ist sodann eine politische Frage, die zwischen den betroffenen Mitgliedstaaten und der Kommission geklärt werden dürfte. In Richtung eines unionsweit abgestimmten Vorgehens weist ein Vorschlag zur Ersetzung der bilateralen Intra-EU-BITs aus dem Jahre 2015 hin, den mehrere Mitgliedstaaten, zu denen auch Deutschland gehört, unterbreitet haben (siehe dazu unter 3.3.).<sup>62</sup>

Schwieriger zu bestimmen sind die Rechtsfolgen für laufende oder zukünftige Schiedsverfahren. Denn vorliegend sind nur die betreffenden Mitgliedstaaten unmittelbar an das Unionsrecht bzw.

---

<sup>58</sup> Siehe dazu Europäische Kommission, Pressemitteilung IP/15/5198 v. 18.06.2015, online abrufbar unter [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-15-5198\\_de.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5198_de.htm) (letztmaliger Abruf am 19.04.18). Die betreffenden Verfahren sind noch anhängig, siehe online unter [http://ec.europa.eu/atwork/applying-eu-law/infringements-proceedings/infringement\\_decisions/index.cfm?lang\\_code=EN&typeOfSearch=true&active\\_only=0&non-com=0&r\\_dossier=&decision\\_date\\_from=&decision\\_date\\_to=&DG=FISM&title=&submit=Search](http://ec.europa.eu/atwork/applying-eu-law/infringements-proceedings/infringement_decisions/index.cfm?lang_code=EN&typeOfSearch=true&active_only=0&non-com=0&r_dossier=&decision_date_from=&decision_date_to=&DG=FISM&title=&submit=Search) (letztmaliger Abruf am 19.04.18).

<sup>59</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 10.11.1992, Rs. C-3/91 (Exportur), Rn. 8; EuGH, Urt. v. 20.05.2003, Rs. C-496/00 (Ravil), Rn. 37; EuGH, Urt. v. 08.09.2009, Rs. C-478/07 (Budějovický Budvar), Rn. 98. Vgl. auch BGH (Fn. 5), Rn. 85.

<sup>60</sup> Vgl. *Von Bogdandy/Schill*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 50), Art. 4 EUV (51. Ergzlfg. 2013), Rn. 63.

<sup>61</sup> Für eine derartige Verpflichtung spricht auch ein Erst-Recht-Schluss aus dem Vergleich mit dem hier nicht anwendbaren Art. 351 Abs. 2 AEUV. Danach müssen Mitgliedstaaten bei Abkommen mit Drittstaaten im Fall einer Unvereinbarkeit des Abkommens mit den Verträgen „*alle geeigneten Mittel an[wenden], um die festgestellten Unvereinbarkeiten zu beheben.*“ Hierzu zählt auch die Kündigung und andere Maßnahmen, die von den Verpflichtungen des Vertrags befreien, soweit sie völkerrechtskonform ausgeübt werden können, vgl. *Kokott*, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 351 AEUV, Rn. 15 f. Eine derartige Verpflichtung dürfte erst recht bestehen, wenn die Vertragspartei nicht ein Drittstaat ist, sondern ein in gleicher Weise aus dem Unionsrecht gebundener Mitgliedstaat.

<sup>62</sup> Es handelt sich hierbei um das „Non-paper“ von Österreich, Finnland, Frankreich, Deutschland und den Niederlanden zum Thema der Intra-EU-BITs, online abrufbar auf den Seiten des Bundesministeriums für Wirtschaft (BMWi) unter <https://www.bmwi.de/Redaktion/EN/Downloads/intra-eu-investment-treaties.pdf?blob=publicationFile&v=2> (letztmaliger Abruf am 19.04.18).

hierbei an die Auslegung der Art. 267 und Art. 344 AEUV gebunden. Der klagende Investor ist aus diesen Vorschriften nicht verpflichtet.<sup>63</sup> Zwar kann sich auch dieser nach der Rechtsprechung des EuGH nicht auf ältere völkerrechtliche Verpflichtungen der Mitgliedstaaten berufen, die im Widerspruch zum Unionsrecht stehen.<sup>64</sup> Soweit die Streitigkeiten aber nicht vor unmittelbar an das Unionsrecht gebundenen mitgliedstaatlichen Gerichten ausgetragen werden, sondern – wie hier – vor Schiedsgerichten, die ihren Geltungsgrund im Völkervertragsrecht der Mitgliedstaaten finden und nur über dieses mittelbar an das Unionsrecht, zugleich aber auch an andere (Völker-)Rechtsquellen gebunden sind, ist die Durchsetzung dieser Rechtsprechung eben nicht in der gleichen Weise gewährleistet. Vor diesem Hintergrund dürfte es auch hier entscheidend auf den Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit ankommen. Aus diesem könnte insoweit die mitgliedstaatliche Verpflichtung folgen, auf die Nichteinleitung oder Beendigung eines Schiedsverfahrens hinzuwirken, letzteres etwa – wie auch im *Achmea*-Schiedsverfahren geschehen<sup>65</sup> – durch Erhebung entsprechender Unzuständigkeitseinreden im Verfahren. Werden Schiedsverfahren durch Schiedsspruch abgeschlossen, so könnten die Mitgliedstaaten verpflichtet sein, etwaige Rechtsbehelfe im Rahmen des Vollstreckungsverfahrens zu ergreifen, um die Aufhebung des Schiedsspruchs zu betreiben, soweit dies auf Grundlage des dann anwendbaren Rechts möglich ist. Denn dieses muss aufgrund der freien Rechtswahl der Schiedsgerichte nicht zwingend einer mitgliedstaatlichen Rechtsordnung entspringen.<sup>66</sup>

### 3.3. Ersetzung der Intra-EU-BITs durch ein unionsweites Investitionsschutzabkommen unter den EU-Mitgliedstaaten

Nach einem gemeinsamen Vorschlag von fünf Mitgliedstaaten (Österreich, Finnland, Frankreich, Deutschland und den Niederlanden) soll die von der Kommission betriebene Aufhebung der In-

---

<sup>63</sup> Eine unmittelbare Verpflichtung unionsan- bzw. -zugehöriger natürlicher bzw. juristischer Personen aus dem primären Unionsrecht besteht nur in wenigen Fällen, etwa im Bereich des Kartellrechts nach Art. 101 AEUV sowie eingeschränkt im Rahmen der Grundfreiheiten. Siehe zu letzterem *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 47), Art. 34-36 AEUV, Rn. 111 ff.

<sup>64</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 08.12.1981, verb. Rs. 180/80 u. 266/80 (Crujeiras Tome und Yurrita), Rn. 80, auf das auch der BGH (Fn. 5), verweist, Rn. 85.

<sup>65</sup> Siehe EuGH, *Achmea* (Fn. 2), Rn. 11.

<sup>66</sup> So prognostizieren etwa mit Schiedsstreitigkeiten vertraute Anwälte, dass Schiedsgerichte zukünftig als Sitzort Länder wie die Schweiz oder – nach dem BREXIT – Großbritannien bevorzugen werden, siehe JUVE-online, Bericht vom 07.03.2018, „Nach dem EuGH-Urteil: Investitionsschutzverträge sind noch nicht tot“, online abrufbar unter <https://www.juve.de/nachrichten/verfahren/2018/03/nach-dem-eugh-urteil-investitionsschutzvertraege-in-der-eu-sind-noch-nicht-tot> (letztmaliger Abruf am 19. April 2018).

tra-EU-BITs dadurch erreicht werden, dass alle EU-Mitgliedstaaten untereinander ein Investitionsschutzabkommen abschließen und so die bestehenden bilateralen Verträge im Sinne des Art. 59 der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK)<sup>67</sup> ersetzen.<sup>68</sup>

Dieses neue Abkommen soll in prozeduraler Hinsicht auch einen Investor-Staat-Schiedsmechanismus vorsehen.<sup>69</sup> Hinsichtlich seiner möglichen Ausgestaltung werden drei verschiedene Optionen erörtert, wobei ein Rückgriff auf den ständigen Schiedshof (*Permanent Court of Arbitration – PCA*), der auf Grundlage des Haager Abkommens vom 29. Juli 1899 zur friedlichen Erledigung internationaler Streitfälle errichtet wurde, favorisiert wird.<sup>70</sup>

Ungeachtet der zu wählenden Option wird in dem Vorschlag abschließend darauf hingewiesen, dass jede in Betracht kommende Lösung so ausgestaltet sein müsse, dass sie mit dem Unionsrecht und insbesondere der Zuständigkeit des Gerichtshofs zur letztverbindlichen Auslegung des EU-Rechts vereinbar sei.<sup>71</sup> In diesem Zusammenhang werden unter Bezugnahme auf EuGH-Rechtsprechung mehrere Lösungsansätze erwogen, zu denen ein direktes Vorlagerecht nach Art. 267 AEUV, eine Anrufung vermittelt über mitgliedstaatliche Gerichte und eine nachgelagerte gerichtliche Kontrolle gehören.<sup>72</sup>

Mit diesen Aspekten greift der Vorschlag diejenigen Punkte auf, die auch für den EuGH in dem *Achmea*-Urteil von entscheidender Bedeutung gewesen sind. Ob den daran im Einzelnen zu stellenden Anforderungen, die der Gerichtshof in dem entschiedenen Fall als nicht erfüllt ansah, Genüge getan werden kann, hängt von der weiteren Ausgestaltung des vorgeschlagenen Abkommens ab. Hierbei dürfte die im *Achmea*-Urteil vorgenommene Auslegung der Art. 267 und Art. 344 AEUV berücksichtigt werden. Ob dem Vorschlag politisch nach dem genannten Urteil überhaupt eine Zukunft beschieden ist, bleibt abzuwarten.

---

<sup>67</sup> Art. 59 WVK lautet: „(1) Ein Vertrag gilt als beendet, wenn alle Vertragsparteien später einen sich auf denselben Gegenstand beziehenden Vertrag schließen und a) aus dem späteren Vertrag hervorgeht oder anderweitig feststeht, daß die Vertragsparteien beabsichtigten, den Gegenstand durch den späteren Vertrag zu regeln, oder b) die Bestimmungen des späteren Vertrags mit denen des früheren Vertrags in solchem Maße unvereinbar sind, daß die beiden Verträge eine gleichzeitige Anwendung nicht zulassen. (2) Der frühere Vertrag gilt als nur suspendiert, wenn eine solche Absicht der Vertragsparteien aus dem späteren Vertrag hervorgeht oder anderweitig feststeht“. Online abrufbar ist die WVK bspw. unter <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19690099/201502240000/0.111.pdf> (letztmaliger Abruf am 19. April 2018).

<sup>68</sup> Non-paper (Fn. 62), Pkt. 2 ff.

<sup>69</sup> Non-paper (Fn. 62), Pkt. 9, 11 ff.

<sup>70</sup> Non-paper (Fn. 62), Pkt. 12, 13.

<sup>71</sup> Non-paper (Fn. 62), Pkt. 14.

<sup>72</sup> Non-paper (Fn. 62), Pkt. 14.



### 3.4. Mitgliedstaatliche BITs mit Drittstaaten

Ob dem *Achmea*-Urteil die gleiche Relevanz in Bezug auf mitgliedstaatliche BITs mit Drittstaaten zukommt wie für Intra-EU-BITs, ist offen.<sup>73</sup> Dies gilt ungeachtet der jeweiligen Ausgestaltung der betreffenden Schiedsbestimmungen, deren gesonderte Betrachtung auch an dieser Stelle aufgrund der Vielzahl von Abkommen und ihren Sprachfassungen nicht geleistet werden kann.

#### 3.4.1. Zur Übertragbarkeit des *Achmea*-Urteils

Unterstellt man im Folgenden, dass die betreffenden Schiedsbestimmungen mit denen, die Gegenstand des *Achmea*-Urteils gewesen sind, sowohl in Bezug auf das durch die Schiedsgerichte anwendbare Recht als auch bezüglich ihrer Einrichtung und Funktionsweise sowie der anwendbaren Schiedsordnungen vergleichbar sind, liegt der entscheidende Unterschied in der Drittstaatsbeteiligung.

Diese hat erstens zur Folge, dass zwei rechtliche Anknüpfungspunkte, auf die der EuGH in seinem Maßstäbe-Teil zur Autonomie des Unionsrechts u. a. abgestellt hat,<sup>74</sup> nicht anwendbar sind. Dies betrifft zum einen Art. 344 AEUV, der nach bisherigem Verständnis nur Streitigkeiten über EU-Recht zwischen Mitgliedstaaten erfasst, nicht aber im Verhältnis von Mitgliedsstaaten zu Drittstaaten.<sup>75</sup> Zum anderen bleibt in dieser Konstellation auch kein Raum für den Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens zwischen den Mitgliedstaaten.<sup>76</sup>

Beide rechtlichen Gesichtspunkte sind allerdings auch nicht konstitutiv für die Herleitung der Autonomie des Unionsrechts, die im *Achmea*-Urteil den entscheidenden rechtlichen Prüfungsmaßstab bildet.<sup>77</sup> Denn diese Autonomie speist sich vor allem aus der Zuständigkeitsordnung der EU und den besonderen Merkmalen des Unionsrechts und besteht somit unabhängig von Art. 344 AEUV und dem Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens.<sup>78</sup> Art. 344 AEUV ist nach Ansicht des EuGH nur eine der Vertragsbestimmungen, die in diesem Zusammenhang den Grundsatz der letztverbindlichen Zuständigkeit des Gerichtshofs zur Wahrung dieser Autonomie zum Ausdruck bringt.<sup>79</sup> Die Bezugnahme auf den Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens dürfte im

---

<sup>73</sup> Angedeutet auch bei *Thym* (Fn. 16), wonach das Ergebnis „bei den über 100 deutschen Drittstaatsverträgen [...] ambivalenter“ sei.

<sup>74</sup> Siehe oben unter 2.2.1., S. 4 f.

<sup>75</sup> So ausdrücklich *Athen/Dörr*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 50), Art. 344 AEUV (51. Ergzlfg. 2013), Rn. 25; vgl. ferner *Wegner*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 47), Art. 344 AEUV, Rn. 1; *Hermann*, in: Streinz (Fn. 61), Art. 344 AEUV, Rn. 1; *Dittert/Daniel*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Das Recht der Europäischen Union, 7. Aufl. 2015, Art. 344 AEUV, Rn. 4.

<sup>76</sup> Vgl. hierzu EuGH, *Achmea* (Fn. 2), Rn. 34, 58.

<sup>77</sup> Vgl. EuGH, *Achmea* (Fn. 2), Rn. 32, 59, sowie oben unter 2.2.1., S. 4 f.

<sup>78</sup> Vgl. hierzu EuGH, *Achmea* (Fn. 2), Rn. 32 f.

<sup>79</sup> Vgl. EuGH, *Achmea* (Fn. 2), Rn. 32.

Achmea-Urteil nur ergänzend zur Autonomie des Unionsrechts erfolgt<sup>80</sup> und dem Umstand geschuldet sein, dass der streitige Schiedsmechanismus in einem Abkommen zwischen Mitgliedstaaten verankert wurde. Insoweit kann ihm nämlich entnommen werden, dass im Verhältnis der Mitgliedstaaten untereinander kein Bedarf für derartige Schutzinstrumente besteht.

Die Drittstaatsbeteiligung stellt somit nicht den rechtlichen Maßstab der Unionsrechtsautonomie in Frage. Sie wirkt sich allerdings, zweitens, auf den Bezug zum Unionsrecht aus, den ersten Prüfungspunkt, den der EuGH aus seinem Maßstäbe-Teil abgeleitet hat.<sup>81</sup> Denn eine Verletzung der Autonomie des Unionsrechts kommt nur dann in Betracht, wenn die Schiedsstreitigkeit auf Grundlage eines BITs einen Berührungspunkt mit dem Unionsrecht aufweisen kann.

Bei Intra-EU-BITs ergibt sich der Bezug zum Unionsrecht nach dem Verständnis des EuGH im *Achmea*-Urteil jedenfalls daraus, dass grenzüberschreitende Investitionsstreitigkeiten regelmäßig den Anwendungsbereich der Niederlassungs- oder Kapitalverkehrsfreiheit berühren und diese beiden Grundfreiheiten daher potentiell stets zur Auslegung des jeweils Streitgegenständlichen nationalen Rechts herangezogen werden können.<sup>82</sup>

Bei BITs mit Drittstaaten gilt dies nicht ohne weiteres. Möglich ist die Bejahung des Unionsrechtsbezugs dort überhaupt nur bei Streitigkeiten von Drittstaatsinvestoren mit dem betreffenden EU-Mitgliedstaat. Im umgekehrten Fall kann es keinen Bezug zum Unionsrecht geben, da dieses weder Teil des Drittstaatsrechts noch aus anderen Gründen bei der Auslegung des letzteren zu berücksichtigen ist.

Sind die betreffenden BITs sodann darauf beschränkt, dass sich ein Verstoß gegen das Abkommen nur aus autonomem mitgliedstaatlichen Recht, nicht aber aus Unionsrecht – ob unmittelbar oder mittelbar (v. a. im Wege der Umsetzung) – ergeben kann, ist dieser Prüfungspunkt nur dann zu bejahen, wenn die Streitgegenständliche Investition in den Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit fällt und diese potentiell zur Auslegung des mitgliedstaatlichen Rechts herangezogen wird. Denn nur die Kapitalverkehrsfreiheit erfasst Fälle mit Drittstaatsbezug (vgl. Art. 63 Abs. 1 AEUV).<sup>83</sup> Die Niederlassungsfreiheit ist hingegen grundsätzlich nur auf „innerunionale“ Fallgestaltungen anwendbar (vgl. Art. 49 Abs. 1, Art. 54 AEUV).<sup>84</sup> Da diese Grundfreiheit alle *Direkt*investitionen erfasst, würden Streitigkeiten in Bezug auf solche Investitionen keinen Bezug

---

<sup>80</sup> Siehe EuGH, *Achmea* (Fn. 2), Rn. 34 u. 58.

<sup>81</sup> Siehe oben unter 2.2.2., S. 8 ff.

<sup>82</sup> Vgl. EuGH, *Achmea* (Fn. 2), Rn. 42; siehe oben unter 2.2.2., S. 8 ff. sowie 3.2.1., S. 13 f.

<sup>83</sup> Vgl. *Bröhmer*, in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 47), Art. 63 AEUV, Rn. 6.

<sup>84</sup> Vgl. *Korte*, in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 47), Art. 49 AEUV, Rn. 6 ff. Etwas anderes gilt, wenn die Niederlassungsfreiheit völkervertraglich auf Drittstaaten erstreckt wird, so etwa im Fall des Europäischen Wirtschaftsraums, vgl. *Korte*, aaO, Rn. 7.

zum Unionsrecht aufweisen, während dieser bei unter die Kapitalverkehrsfreiheit fallenden sog. *Portfolio*-Investitionen zu bejahen wäre.<sup>85</sup>

Der Bezug zum Unionsrecht und damit zu einer möglichen Betroffenheit der Autonomie des Unionsrechts hängt in der Konstellation der mitgliedstaatlichen BITs mit Drittstaaten somit entscheidend von der Art der Investition und damit letztlich vom Einzelfall ab. Wie der Gerichtshof diesen Umstand bewerten würde und ob ggf. – eine Bejahung des zweiten und dritten Prüfungspunktes unterstellt<sup>86</sup> – Konsequenzen für die Abkommen in Gänze oder nur für entsprechende Schiedsverfahren zu ziehen wären, lässt sich aus dem *Achmea*-Urteil nach Ansicht des Verfassers nicht ableiten.

#### 3.4.2. Zu den Rechtsfolgen

Wäre von einer Unvereinbarkeit der mitgliedstaatlichen BITs mit Drittstaaten auszugehen, käme es sodann entscheidend darauf an, wann die betreffenden Abkommen geschlossen wurden.

Für Abkommen, die vor dem Inkrafttreten der Verträge am 1. Januar 1958 bzw. dem Beitritt des betreffenden Mitgliedstaats vereinbart wurden, gelten Art. 351 Abs. 1 und Abs. 2 AEUV.<sup>87</sup> Nach Art. 351 Abs. 1 AEUV berührt das Unionsrecht die Rechte und Pflichten aus derartigen Abkommen zwar nicht. Im Falle der Unvereinbarkeit dieser Übereinkünfte mit Unionsrecht – hier ggf. der Autonomie des Unionsrechts – haben die Mitgliedstaaten nach Art. 351 Abs. 2 Satz 1 AEUV aber alle geeigneten Mittel anzuwenden, um die festgestellte Unvereinbarkeit zu beheben. Dazu gehören etwa eine Vertragsanpassung oder Beendigung des Abkommens.<sup>88</sup> Bis dahin haben die Unionsbestimmungen im Kollisionsfall jedoch zurückzutreten, soweit das staatliche Tätigwerden der Erfüllung der betreffenden völkervertraglichen Pflichten dient.<sup>89</sup>

---

<sup>85</sup> Vgl. zur Abgrenzung dieser beiden Grundfreiheiten in Bezug auf direkte und indirekte Investitionen *Korte*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 47), Art. 49 AEUV, Rn. 35, sowie *Bröhmer*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 47), Art. 63 AEUV, Rn. 18 ff.

<sup>86</sup> Siehe hierzu 2.2.2., S. 8 ff., sowie entsprechend 3.2.1., S. 13 ff.

<sup>87</sup> Vgl. hierzu etwa *Kokott*, in: Streinz (Fn. 61), Art. 351 AEUV, Rn. 1 ff.; *Schmalenbach*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 47), Art. 351 AEUV, Rn. 1 ff.

<sup>88</sup> Vgl. *Kokott*, in: Streinz (Fn. 61), Art. 351 AEUV, Rn. 15 f.; *Schmalenbach*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 47), Art. 351 AEUV, Rn. 16 ff.

<sup>89</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 3.02.1994, Rs. C-13/93 (*Mine*), Rn. 17. Siehe auch *Kokott*, in: Streinz (Fn. 61), Art. 351 AEUV, Rn. 10; *Schmalenbach*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 47), Art. 351 AEUV, Rn. 11.

Die vor allem aus Art. 351 Abs. 1 AEUV folgende „Privilegierung“ von Altverträgen der Mitgliedstaaten gemäß dem Grundsatz der völkerrechtskonformen Integration<sup>90</sup> greift nicht gegenüber Abkommen, die nach den dort vorgegebenen Zeitpunkten geschlossen wurden.<sup>91</sup> Die sich aus dem Verstoß gegen Unionsrecht ergebende Unvereinbarkeitsfolge greift sofort, so dass die betreffenden Mitgliedstaaten vor einem unionsrechtlich determinierten Völkervertragsrechtsbruch nicht geschützt wären.<sup>92</sup> Davon unabhängig dürften sie nach dem Grundsatz der loyalem Zusammenarbeit nach Art. 4 Abs. 3 EUV in derartigen Fällen verpflichtet sein, die Abkommen, die mit Unionsrecht unvereinbar wären – hier ggf. wegen Verstoßes gegen die Autonomie des Unionsrechts –, unverzüglich anzupassen oder zu beenden.

### 3.5. Schiedsbestimmungen in EU-Freihandelsabkommen und multilateraler Investitionsgerichtshof

Hinsichtlich der Relevanz des EuGH-Urteils in der Rechtsache *Achmea* für EU-Freihandelsabkommen (3.4.1.) wie etwa CETA (3.4.2.) und andere EU-Vertragsvorhaben, die – wie der geplante multilaterale Investitionsgerichtshof (3.4.3.) – (auch) einen Investor-Staat-Schiedsmechanismus zum Gegenstand haben, ist aus Sicht des Verfassers eine differenzierte Betrachtung geboten.<sup>93</sup>

#### 3.5.1. Allgemeine Erwägungen bezüglich der Übertragbarkeit des *Achmea*-Urteils

Zwar geht es auch in diesen Fällen um einen neben das staatliche bzw. unionale Gerichtssystem tretenden Mechanismus zur verbindlichen Klärung von Rechtsstreitigkeiten. Gleichwohl bestehen Unterschiede zwischen den Konstellationen: Bei EU-Freihandelsabkommen handelt es sich um Völkervertragsverhältnisse der EU, an denen im Fall gemischter Abkommen zwar auch die Mitgliedstaaten beteiligt sind. Die betreffenden Verträge und ihre Verpflichtungen bestehen jedoch gegenüber Drittstaaten. Art. 344 AEUV, der nur unionsinterne Rechtsstreitigkeiten erfasst,<sup>94</sup> sowie der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens zwischen den Mitgliedstaaten sind bei Streitigkeiten der EU bzw. der Mitgliedstaaten mit Drittstaaten nicht berührt. Zudem hat der EuGH im *Achmea*-Urteil Abkommen der EU den streitgegenständlichen Intra-EU-BIT ausdrücklich gegenübergestellt und darauf hingewiesen, dass Abkommen, mit denen sich die EU völkervertraglich

---

<sup>90</sup> So *Kokott*, in: Streinz (Fn. 61), Art. 351 AEUV, Rn. 1.

<sup>91</sup> Zu einer eventuellen analogen Anwendung für den Fall das Materien betroffen sind, für die die EU zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses keine Sachzuständigkeit hatte, *Lorenzmeier*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 50), Art. 351 EUV (54. Ergzlfg. 2014), Rn. 24 ff.

<sup>92</sup> Vgl. *Kokott*, in: Streinz (Fn. 61), Art. 351 AEUV, Rn. 1.

<sup>93</sup> Eher für eine Übertragung der Aussagen auf CETA streitend *Thym* (Fn. 16), der das *Achmea*-Urteil dahingehend deutet, das es dem Gerichtshof „*nicht um dogmatische Feinheiten [geht], sondern um eine Grundsatzfrage – und hier besteht wenig Raum für Kompromisse.*“

<sup>94</sup> Vgl. EuGH, Gutachten v. 18.12.2014, Avis 2/13 (EMRK-Beitrittsvertrag), Rn. 201 ff., ins. 209 f.

vereinbarten Rechtsschutzmechanismen unterwirft, „*grundsätzlich nicht mit dem Unionsrecht unvereinbar [sind]*“.<sup>95</sup>

Doch auch eine solche Unterwerfung ist – wie der EuGH ausdrücklich betont – nur dann zulässig, wenn sie unter Wahrung der Autonomie der Unionsrechtsordnung erfolgt.<sup>96</sup> Auf welche Weise dies in solchen Konstellationen unionsrechtskonform geschehen kann, ist aber gerade nicht Gegenstand des *Achmea*-Urteils gewesen, dessen Gegenstand die klassische Ad-hoc-Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit im innerunionalen Kontext gewesen ist. Dass auch bei EU-Verträgen mit Investor-Staat-Schiedsmechanismen eine Einbindung des Gerichtshofs immer dann unionsrechtlich geboten erscheint, wenn Unionsrecht zum Gegenstand der Auslegung oder Anwendung werden kann, lässt sich bereits aus anderen Entscheidungen und Gutachten des EuGH schlussfolgern.<sup>97</sup> Verwiesen wird insoweit auf ein dieser Ausarbeitung als Anlage beigefügtes Gutachten des Fachbereichs zur Problematik von EU-Freihandelsabkommen und Investor-Staat-Schiedsmechanismen<sup>98</sup> sowie auf Beiträge aus dem Schrifttum.<sup>99</sup>

Das *Achmea*-Urteil bestätigt die bisherige Rechtsprechungslinie allerdings insoweit, als das Anliegen des EuGH in Fragen der Auslegung und Anwendung des EU-Rechts eingebunden zu sein, auch hier aus den vom Gerichtshof angewandten Prüfungspunkten deutlich erkennbar wird. Dieses Anliegen gilt für Schiedsmechanismen in EU-Freihandelsabkommen umso mehr, als es dort darum geht, ob das Unionsrecht gegen die Investitionsschutzbestimmungen des betreffenden Freihandelsabkommens verstößt.<sup>100</sup> Es geht mithin um die Vereinbarkeit des betreffenden Unionsrechts mit dem Freihandelsabkommen, und zwar ungeachtet der Tatsache, dass im Fall eines Verstoßes und damit der Unvereinbarkeit des betreffenden Unionsrechts mit Investitionsschutzbestimmungen lediglich Schadensersatz zu leisten ist und die Gültigkeit des Unionsrechts als solche unberührt bleibt.

---

<sup>95</sup> EuGH, *Achmea* (Fn. 2), Rn. 57.

<sup>96</sup> EuGH, *Achmea* (Fn. 2), Rn. 57 aE.

<sup>97</sup> Zu nennen ist hier vor allem EuGH, Gutachten v. 18.12.2014, *Avis 2/13* (EMRK-Beitrittsvertrag). Siehe zu weiteren Entscheidungen *Pechstein/Kubicki*, in: Pechstein/Nowak/Häde (Fn. 16), Art. 19 EUV, Rn. 37 ff.

<sup>98</sup> Gutachten des Fachbereich Europa, PE 6 - 3000 - 25/15 vom 24.03.2015, „Unionsrechtliche Zulässigkeit von Investor-Staat-Schiedsverfahren in Freihandelsabkommen der Europäischen Union“ – Anlage.

<sup>99</sup> Siehe etwa *Engel* (Fn. 16), *SchiedVZ* 2017, S. 291 (296 ff.); *Jaeger*, Zum Vorschlag einer permanenten Investitionsgerichtsbarkeit, *EuR* 2016, S. 203 ff.; *Pechstein/Kubicki*, in: Pechstein/Nowak/Häde (Fn. 16), Art. 19 EUV, Rn. 51 ff. Siehe im Anschluss an das *Achmea*-Urteil im Hinblick auf CETA *Thym* (Fn. 16), der insoweit eine „*europarechtliche Totgeburt*“ prognostiziert. Generell zurückhaltender bei EU-Abkommen mit Drittstaaten hingegen *Hindelang* (Fn. 16), der dem *Achmea*-Urteil insoweit eine nur beschränkte Aussagekraft zumisst.

<sup>100</sup> Anders verhält es sich dann, wenn bei gemischten EU-Freihandelsabkommen der Verstoß gegen die Investitionsschutzbestimmungen nicht auf Unionsrecht, sondern auf ein autonomes Handeln der Mitgliedstaaten zurückzuführen ist. In diesem Fall wäre Prüfungsgegenstand mitgliedstaatliches Recht, wobei auch hier – wie am Beispiel des *Achmea*-Schiedsverfahrens deutlich wurde, vgl. oben unter 2.1., S. 5 f., sowie 3.2.1., S. 12ff. – Unionsrecht relevant werden könnte.

Auf der anderen Seite ist – neben den oben angeführten Unterschieden zur *Achmea*-Konstellation – zu bedenken, dass eine Einbeziehung des Gerichtshofs nur im Einvernehmen mit der jeweils anderen Vertragspartei erfolgen kann. Fehlt es hieran und würde infolgedessen die Verankerung von Investor-Staat-Schiedsmechanismen generell scheitern, so wären im Endeffekt auch EU-Investoren im Verhältnis zu Drittstaaten der Möglichkeit dieser Verfahrensoption beraubt und auf den jeweiligen innerstaatlichen Rechtsweg verwiesen.<sup>101</sup>

Ob der Gerichtshof diesen sowie die anderen Gesichtspunkte berücksichtigen und wie er damit ggf. umgehen wird, welche Anforderungen insoweit an eine ggf. erforderliche Einbindung des Gerichtshofs unter Umständen erfüllt sein müssen, darüber dürfte erst das von Belgien nach Art. 218 Abs. 11 AEUV initiierte Gutachtenverfahren zu der im CETA vorgenommenen Ausgestaltung des Schiedsmechanismus sicheren Aufschluss geben.<sup>102</sup> Denn den bisher entschiedenen Konstellationen mit Drittstaatsbeteiligung lagen allesamt andere Fallgestaltungen zugrunde.<sup>103</sup>

### 3.5.2. Insbesondere CETA

Betrachtet man vor diesem Hintergrund die Ausgestaltung des Schiedsmechanismus in CETA,<sup>104</sup> so liegt diesem zwar keine Ad-hoc-Schiedsgerichtsbarkeit zugrunde wie sie für die Intra-EU-BITs kennzeichnend ist. Eine unmittelbare und ausdrückliche Einbindung des Gerichtshofs vor, während oder nach einem Schiedsverfahren vor dem im CETA vorgesehenen Schiedsgericht (vgl. Art. 8.27 CETA) ist aber ebenfalls nicht vorgesehen. Im Lichte der bisherigen EuGH-Rechtsprechung dürfte vor allem dieser Umstand problematisch sein.<sup>105</sup>

Ob die in dem Abkommen insbesondere in Art. 8.31 Abs. 2 CETA getroffenen Vorkehrungen zum Schutz des Auslegungs- und Verwerfungsmonopols der Gerichte der Vertragsparteien – und damit auch des EuGH – die fehlende ausdrückliche Einbindung kompensieren können, erscheint auf Grundlage der bisher einschlägigen Judikatur zweifelhaft:

---

<sup>101</sup> Siehe hierzu auch das oben zitierte Gutachten des Fachbereichs Europa (Fn. 98), 4.8., S. 34 f.

<sup>102</sup> Bei Gerichtshof eingereicht am 07.09.2017, Rechtssachennummer Avis 1/17. Die dem Gerichtshof insoweit gestellte Frage lautet: „Ist das am 30. Oktober 2016 in Brüssel unterzeichnete umfassende Wirtschafts- und Handelsabkommen zwischen Kanada einerseits und der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten andererseits in seinem Kapitel Acht („Investitionen“) Abschnitt F („Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Investoren und Staaten“) mit den Verträgen – einschließlich der Grundrechte – vereinbar?“ Siehe online unter <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=196185&pageIndex=0&doclang=DE&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=690113> (letztmaliger Abruf am 19.04.18).

<sup>103</sup> Vgl. zu den Fällen *Pechstein/Kubicki*, in: Pechstein/Nowak/Häde (Fn. 16), Art. 19 EUV, Rn. 37 ff.

<sup>104</sup> Siehe Kapitel 8 zu Investitionen, Abschnitt F des CETA. Der Vertragstext ist in deutscher Sprache abrufbar etwa unter <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10973-2016-INIT/de/pdf> (letztmaliger Abruf am 19.04.18). Siehe zu der Ausgestaltung im Einzelnen auch *Engel* (Fn. 16), SchiedVZ 2017, S. 291 (294).

<sup>105</sup> Nach Ansicht von *Thym* (Fn. 16) dürfte die Ausgestaltung des CETA-Schiedsverfahrens nicht den Anforderungen des EuGH genügen. Siehe zur bisherigen Rechtsprechung des EuGH und den Schlussfolgerungen für EU-Freihandelsabkommen das oben zitierte Gutachten des Fachbereichs Europa (Fn. 98), 4., S. 24 ff.

Nach Art. 8.31 Abs. 2 Satz 1 CETA „fällt [es] nicht in die Zuständigkeit des Gerichts, die Rechtmäßigkeit einer Maßnahme, die angeblich einen Verstoß gegen dieses Abkommen darstellt, nach dem internen Recht einer Vertragspartei zu beurteilen.“ Hierbei dürfte es sich um eine deklaratorische Klarstellung handeln. Denn die interne Rechtmäßigkeitskontrolle im Rahmen der Rechtsordnungen der jeweiligen Vertragsparteien war – soweit ersichtlich – bisher nie Gegenstand von Investitionsschiedsstreitigkeiten gewesen. Auch ist nicht bekannt, dass eine derartige Erweiterung der Kompetenzen von Investitionsschiedsgerichten in diesem Zusammenhang erwogen wurde.

Mehr als nur deklaratorische Bedeutung dürfte hingegen die „Klarstellung“ in Art. 8.31 Abs. 2 Satz 2 und 3 CETA haben. Danach kann das CETA-Schiedsgericht bei „seiner Beurteilung, ob eine Maßnahme im Einklang mit diesem Abkommen steht, [...] das interne Recht einer Vertragspartei, soweit angezeigt, als Tatsache heranziehen. Dabei folgt das Gericht der herrschenden Auslegung des internen Rechts durch die Gerichte und Behörden der betreffenden Vertragspartei, wobei eine etwaige vom Gericht vorgenommene Deutung internen Rechts für die Gerichte und Behörden dieser Vertragspartei nicht bindend ist.“

Diese Bestimmung betrifft die Zuständigkeit des EuGH zur letztverbindlichen Auslegung des Unionsrechts,<sup>106</sup> deren Sicherung auch zentrales Anliegen des Gerichtshofs im *Achmea*-Urteil gewesen ist.<sup>107</sup> Wie oben ausgeführt, ist Unionsrecht in der Konstellation eines solchen EU-Freihandelsabkommens in der Regel Prüfungsgegenstand eines schiedsgerichtlichen Verfahrens und wird auf einen Verstoß gegen die betreffenden Investitionsschutzbestimmungen untersucht.<sup>108</sup> Insofern mag das Unionsrecht in diesem Kontext zwar als „Tatsache“ bezeichnet werden. Seine Auslegung durch das Schiedsgericht wird hierdurch jedoch nicht obsolet, wie auch an dem dritten Satz des Art. 8.31 Abs. 2 CETA deutlich wird, wonach das Schiedsgericht der jeweils herrschenden Auslegung des „internen Rechts“ zu folgen verpflichtet ist. Nicht adressiert werden hierbei Fälle, in denen es eine herrschende Auslegung nicht gibt, weil das betreffende Unionsrecht noch nicht oder nicht unter einem bestimmten Gesichtspunkt Gegenstand eines Verfahrens vor dem EuGH gewesen ist. Zumindest hier wäre das Schiedsgericht ggf. gezwungen, das Unionsrecht selbst auszulegen, um einen Verstoß gegen die Investitionsschutzbestimmungen abschließend beurteilen zu können. Dass die Gerichte und Behörden der betroffenen Vertragspartei – hier dann der Union – an diese Auslegung nicht gebunden wären, ändert nichts an deren Vornahme durch das Schiedsgericht und den sich daraus u. U. ergebenden Rechtsfolgen, nämlich der möglichen Feststellung eines Verstoßes gegen die betreffenden Investitionsschutzbestimmungen.

Wie die Klarstellung in Art. 8.31 Abs. 2 Satz 2 und 3 CETA im Zusammenhang mit dem Schutz der Autonomie des Unionsrechts abschließend zu bewerten ist, dürfte erst das anhängige Gutachtenverfahren zum CETA-Schiedsmechanismus zeigen.

Darüber hinaus ist an dieser Stelle noch auf einen anderen Gesichtspunkt zu verweisen, der unabhängig davon eine Rolle spielen könnte, ob die Auslegungsbegrenzung in Art. 8.31 Abs. 2 Satz 2 und 3 CETA zu einer ausreichenden Sicherung der Auslegungszuständigkeit des EuGH führt

---

<sup>106</sup> Siehe dazu auch das oben zitierte Gutachten des Fachbereichs Europa (Fn. 98), 4.1., S. 25 f.; 4.3.2., S. 29.

<sup>107</sup> Siehe oben unter 2.2.2., S. 7 ff.

<sup>108</sup> Siehe hierzu auch oben unter 3.5.1., S. 17.

oder nicht: Eine Einbindung des EuGH könnte unionsrechtlich auch geboten sein, um dem Gerichtshof eine (vorherige) Gültigkeitskontrolle des Unionsrecht zu ermöglichen, soweit sekundäres EU-Recht am Maßstab des EU-Freihandelsabkommens zu prüfen ist. Denn dann bestünde unionsintern prozedural die Möglichkeit, das betreffende Sekundärrecht vorher am Maßstab des Unionsprimärrechts zu überprüfen und ggf. für nichtig zu erklären. Auf diese Weise könnte ein Auseinanderfallen von unionsrechtlichen und völkervertraglichen Bindungen ggf. vermieden werden. Ob es dem Gerichtshof in Fällen wie hier, in denen EU-Recht am Maßstab völkerrechtlicher Verträge geprüft werden kann, auch auf die Möglichkeit einer vorherigen Gültigkeitskontrolle ankommt, lässt sich der bisherigen Rechtsprechung nicht entnehmen.<sup>109</sup> Unter Umständen könnte das derzeit anhängige Gutachtenverfahren zum CETA-Schiedsmechanismus auch hierzu Aufschluss geben.<sup>110</sup>

### 3.5.3. Insbesondere multilateraler Investitionsgerichtshof

Das Vorhaben zur Errichtung eines multilateralen Investitionsgerichtshofs geht u. a. auf die Kommission zurück.<sup>111</sup> Es dürfte nicht zuletzt auch dem öffentlichen Widerstand gegen das bisherige Investor-Staat-Schiedssystem im Zusammenhang mit den Verhandlung zum (gescheiterten) Freihandelsabkommen mit den USA und dem mit Kanada geschlossenen CETA geschuldet gewesen sein. Die Kommission strebt nach eigenen Angaben durch „die Schaffung einer ständigen Einrichtung für die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten [...] eine Abkehr von der Ad-hoc-Investor-Staat-Streitbeilegung [an].“<sup>112</sup>

Am 20. März 2018 hat der Rat Verhandlungsrichtlinien angenommen, die die Kommission ermächtigen, ein entsprechendes multilaterales Übereinkommen auszuhandeln.<sup>113</sup> Die Verhandlungen sollen im Rahmen der Kommission der Vereinten Nationen für internationales Handelsrecht (UNCITRAL)<sup>114</sup> erfolgen.<sup>115</sup>

---

<sup>109</sup> Siehe dazu auch das oben zitierte Gutachten des Fachbereichs Europa (Fn. 98), 4.3.1., S. 28 f.; 4.7., S. 33 f.

<sup>110</sup> Vgl. oben Fn. 102.

<sup>111</sup> Vgl. etwa Kommission, Factsheet „Ein künftiger multilateraler Investitionsgerichtshof“, MEMO/16/4350 vom 13.12.2016 online abrufbar unter [http://europa.eu/rapid/press-release MEMO-16-4350\\_de.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-4350_de.htm) (letztmaliger Abruf am 19.04.18). Siehe zum Investitionsgerichtshof auch die Angaben der Kommission unter [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2017/september/tradoc\\_156042.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2017/september/tradoc_156042.pdf) (letztmaliger Abruf am 19.04.18).

<sup>112</sup> Kommission, Factsheet (Fn. 111).

<sup>113</sup> Siehe Pressemitteilung 144/18 des Rates vom 20.03.2018, online abrufbar unter <http://www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2018/03/20/multilateral-investment-court-council-gives-mandate-to-the-commission-to-open-negotiations/> (letztmaliger Abruf am 19.04.18). Die Verhandlungsleitlinien des Rates sind abrufbar unter <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12981-2017-ADD-1-DCL-1/de/pdf> (letztmaliger Abruf am 19.04.18).

<sup>114</sup> Siehe dazu oben Fn. 8.

<sup>115</sup> Verhandlungsleitlinien des Rates (Fn. 113), Pkt. 4.



Ziel der EU ist laut Verhandlungsrichtlinien, dass das betreffende Übereinkommen es der Union ermöglicht, ihre eigenen Freihandelsverträge der Gerichtsbarkeit des multilateralen Investitionsgerichtshofs zu unterwerfen.<sup>116</sup> Hierzu muss die EU Vertragspartei des Übereinkommens werden. Entsprechende Klauseln sind in jüngeren Freihandelsabkommen bereits vorgesehen, etwa im CETA (vgl. Art. 8.29).

Hieraus und auch aus den anderen Punkten der Verhandlungsrichtlinien folgt, dass Gegenstand des Abkommens aus Sicht der EU in erster Linie der Aufbau und die Struktur des Investitionsgerichtshofs, seine Besetzung und Finanzierung sowie das durch ihn anwendbare Verfahren sein sollen.<sup>117</sup> Fragen der Einbindung der Unionsgerichte werden in den Verhandlungsrichtlinien nicht adressiert und dürften auf multilateraler Ebene im Zusammenhang mit der Errichtung eines solchen Gerichtskörpers auch keine Rolle spielen.

Hieraus sollten zum jetzigen Zeitpunkt allerdings keine Rückschlüsse auf die (Un-)Vereinbarkeit des geplanten Investitionsgerichtshofs mit dem Unionsrecht gezogen werden. Denn diese Frage wird durch den Investitionsgerichtshof als solchen zunächst nicht berührt. Entscheidend hierfür dürfte sein, wie und unter welchen Voraussetzungen auf diesen Gerichtshof im Rahmen von Streitigkeiten zwischen Investoren und EU bzw. Mitgliedstaaten zurückgegriffen werden kann. Und die Regeln bzw. Voraussetzungen hierfür müssen nicht zwingend und abschließend in dem Übereinkommen über den Investitionsgerichtshof selbst enthalten sein. Sie können und dürften wohl auch Gegenstand vor allem der EU-Freihandelsverträge selbst werden, die auch den materiellen Maßstab für den jeweiligen Investitionsschutz enthalten. So könnte etwa eine vorherige Rechtswegerschöpfung vor den Gerichten der Vertragsparteien als eine der Voraussetzungen für eine Anrufung des Investitionsgerichtshofs in EU-Freihandelsverträge aufgenommen und auf diese Weise eine Einbindung des EuGH gewährleistet werden.<sup>118</sup>

Erst anhand der EU-Freihandelsverträge und der dort enthaltenen Vorgaben bezüglich der Anrufung des multilateralen Gerichtshofs wird man abschließend beurteilen können, ob die Autonomie des Unionsrechts gewahrt wurde oder nicht. Auch diesbezüglich könnte das zum CETA-Schiedsmechanismus anhängige Gutachtenverfahren vor dem EuGH weiteren Aufschluss geben.<sup>119</sup>

– Fachbereich Europa –

---

<sup>116</sup> Verhandlungsleitlinien des Rates (Fn. 113), Pkt. 6.

<sup>117</sup> Verhandlungsleitlinien des Rates (Fn. 113), Pkt. 6 ff.

<sup>118</sup> Vgl. zu dieser Möglichkeit auch EuGH, Gutachten v. 18.12.2014, Avis 2/13 (EMRK-Beitrittsvertrag), Rn. 236 ff.

<sup>119</sup> Vgl. oben Fn. 102.