

# Die Vorlageberechtigung von Intra-EU-Schiedsgerichten. Die Rechtssache C-284/16 (Achmea) vor dem EuGH

Marius Gappa, Bonn\*

Mit dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs am 6. März 2018 nahm die Achmea-Saga wahrscheinlich ihre letzte große Wendung. Das Urteil erschüttert das bestehende System bilateraler Investitionsschutzabkommen zwischen den Mitgliedstaaten der EU. Die Entscheidung des EuGH steht in einer Linie mit seiner jüngeren Rechtsprechung zur Frage der Vorlageberechtigung von Gerichten nach Art. 267 AEUV – insbesondere ihrer Zuordnung zu einem Mitgliedstaat. Das Kriterium zur Vorlageberechtigung, welches die Luxemburger Richter entwickeln, und dessen Vorliegen im konkreten Fall verneinen, vermag jedoch nicht zu überzeugen. Im Ergebnis bleibt ein Urteil, das im Widerspruch zur Norm steht, auf die es sich maßgeblich stützt.

## A. Einleitung

Am 6. März verkündete der EuGH sein Urteil in der Rechtssache Achmea.<sup>1</sup> Dem Urteil ging seit Beginn des Ausgangsverfahrens vor einem Investor-Staat-Schiedsgericht im Jahr 2008 ein Tremolo unterschiedlicher Ansichten in Rechtsprechung und Literatur voraus, welches mit dem Urteil des EuGH in einem Paukenschlag gipfelte. Entgegen der – unterschiedlich begründeten – Auffassung des vorlegenden BGH<sup>2</sup> und des Generalanwalts Wathelet<sup>3</sup> befanden die Richter in Luxemburg, dass die Schiedsklausel im Intra-EU-BIT zwischen den Niederlanden und der Slowakei mit Art. 267 und 344 AEUV unvereinbar ist.<sup>4</sup>

Die Auswirkungen gehen hierbei über das konkrete Investitionsschutzabkommen hinaus. Der EuGH argumentiert in seinem Urteil mit Grundsätzen des Unionsrechts, welche nach Auffassung der Richter im Widerspruch mit derart allgemeinen Merkmalen von Schiedsklauseln stehen, dass eine Übertragbarkeit des Urteils jedenfalls auf die bestehenden knapp 200 Intra-EU-BITs möglich scheint.<sup>5</sup> Mitentscheidend für das Urteil des EuGH ist hierbei seine Auslegung des Begriffs „Gericht eines Mitgliedstaates“ i.S.d. Art. 267 AEUV – genauer gesagt die Voraussetzungen, unter denen der EuGH ein Gericht i.S.d. Art. 267 AEUV einem Mitgliedstaat zuordnet. Der EuGH kommt zu dem Ergebnis, dass das Schiedsgericht des Ausgangsfalls potentiell Unionsrecht anwende, ohne Fragen zur Auslegung dieser Bestimmungen dem EuGH vorlegen zu können. Anders als der BGH folgert der EuGH aus der fehlenden Vorlageberechtigung die Unvereinbarkeit der Schiedsklausel mit dem Europarecht.<sup>6</sup>

In seiner Feststellung, dass das Schiedsgericht des Ausgangsfall es nicht zur Vorlage berechtigt sei, weicht der EuGH vom Schlussantrag des Generalanwalts ab. Der EuGH verneint die Vorlageberechtigung des Schiedsgerichts im Ausgangsfall, da es sich seiner Ansicht nach nicht um ein Gericht eines Mitgliedstaates handelt. Hierbei greift der EuGH auf ein Tatbestandsmerkmal zurück, welches sich zum ersten Mal in seinem Urteil in der Rs. Miles u.a. gegen Europäische Schulen<sup>7</sup> aus dem Jahr 2011 findet.

Im Ergebnis dieser Arbeit ist festzuhalten, dass der EuGH mit seiner jüngeren Rechtsprechung die Zuordnung eines Gerichts zu einem Mitgliedstaat i.S.d. Art. 267 AEUV – wenngleich wenig überzeugend – um eine zusätzliche Voraussetzung erweitert hat.

## B. Der Begriff des „Gericht eines Mitgliedsstaates“

Art. 267 AEUV sichert die volle Wirksamkeit des EU-Rechts und dessen einheitliche Auslegung in den verschiedenen Mitgliedstaaten. Einen Verstoß gegen Art. 267 AEUV nimmt der EuGH dann an, wenn ein Mitgliedstaat

\* Der Verfasser studiert seit dem Wintersemester 2015/2016 Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, am Lehrstuhl für Deutsches Recht der Université de Lausanne und der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn. Dem vorliegenden Beitrag liegt eine Seminararbeit zugrunde, die der Verfasser im Herbstsemester 2017 für das „Seminar zu aktuellen Fragestellungen im Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrecht“ in Lausanne bei Prof. Dr. Marc Bungenberg LL.M. anfertigte.

<sup>1</sup> EuGH, Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 – Slowakische Republik ./ Achmea BV.

<sup>2</sup> BGH, EuZW 2016, 512 = IWRZ 2016, 180 = SchiedsVZ 2016, 328 = WM 2016, 1047.

<sup>3</sup> Generalanwalt Wathelet, Schlussantr. Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2017:699 – Slowakische Republik ./ Achmea BV; Für eine Darstellung der vorausgegangenen mündlichen Verhandlung siehe Groß, Zwischen Skylla und Charybdis. Die Kollision von völkerrechtlichen Intra-EU-BITs mit dem Unionsrecht, Völkerrechtsblog, 04.08.2017, <http://voelkerrechtsblog.org/zwischen-skylla-und-charybdis/>, Abruf v. 22.12.2017.

<sup>4</sup> EuGH, Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 – Slowakische Republik ./ Achmea BV, Rn. 62.

<sup>5</sup> Klages, Autonomie sticht Schiedsklausel, EuZW 2018, 217 (218).

<sup>6</sup> EuGH, Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 – Slowakische Republik ./ Achmea BV, Rn. 60.

<sup>7</sup> EuGH, Rs. C-196/09, ECLI:EU:C:2011:388 – Paul Miles u.a. ./ Europäische Schulen, Rn. 37.

ein Rechtssprechungssystem schafft, das Europarecht anwendet, ohne dem EuGH Fragen zur Auslegung vorlegen zu können.<sup>8</sup>

Schiedsgerichte auf der Grundlage von Intra-EU-BITs sind in der Regel gehalten, Europarecht anzuwenden.<sup>9</sup> Der EuGH, der eine Vorlageberechtigung des Schiedsgerichts im Ausgangsfall ablehnte, folgerte daraus die Unvereinbarkeit mit Art. 267 AEUV.<sup>10</sup>

### I. „Gericht“ i.S.d. Art. 267 AEUV

Die Annahme, dass ein Schiedsgericht nicht vorlageberechtigt ist, findet Zuspruch bei der deutschen Rechtsprechung, welche in Investor-Staat-Schiedsgerichten schon keine Gerichte i.S.d. Art. 267 AEUV sieht.<sup>11</sup> Diese Ansicht stützt sich insb. auf die Rechtsprechung des EuGH zur Vorlageberechtigung von Handelsschiedsgerichten in den Fällen Nordsee und Eco Swiss.<sup>12</sup> Die Übertragbarkeit dieser Rechtsprechung auf Investor-Staat-Schiedsgerichte sollte allerdings nicht voreilig angenommen werden. So hat der EuGH in seinem Achmea-Urteil die Einordnung des Investor-Staat-Schiedsgerichts als Gericht i.S.d. Art. 267 AEUV scheinbar angenommen.<sup>13</sup> Anhand der Rechtsprechung des EuGH zum Gerichtsbegriff i.S.d. Art. 267 AEUV lässt sich diese Annahme begründen. Bei der Bestimmung des Gerichtsbegriffs hat der EuGH insgesamt sechs Merkmale eines Gerichts i.S.d. Art. 267 AEUV entwickelt.<sup>14</sup>

### 1. Gesetzliche Grundlage der Schiedsgerichte

Ein Gericht bedarf zunächst einer gesetzlichen Grundlage. Die Zusammensetzung, die Zuständigkeit und das Verfahren müssen gesetzlich geregelt sein.<sup>15</sup>

Zusammensetzung, Zuständigkeit und Verfahren eines Investitionsschiedsgerichts ergeben sich aus der jeweiligen Schiedsvereinbarung zwischen dem Staat und dem Investor. Die Schiedsvereinbarung selbst ist als Prozessvertrag nicht gesetzlicher Natur.<sup>16</sup> Die *standing offer* des Gaststaates ist jedoch unabhängig vom Willen des Staates hinsichtlich eines konkreten Schiedsverfahrens. Der EuGH hat die Vorlage von Auslegungsfragen durch Schiedsgerichte zugelassen, wenn der Inhalt der zugrundeliegenden Vereinbarung von den beteiligten Parteien für den Einzelfall nicht bestimmt werden kann.<sup>17</sup> In der Schiedsklausel ist bereits die Zuständigkeit des Schiedsgerichts geregelt.<sup>18</sup>

Auf die Schiedsordnung, auf welche in der Schiedsklausel verwiesen wird, kann der Staat allerdings keinen gesetzgeberischen Einfluss nehmen.<sup>19</sup> Die Schiedsordnung wird jedoch erst durch den Verweis in der Schiedsklausel anwendbar. Der Verweis – auch wenn er die nachträgliche Änderung der Verfahrensordnung in Kauf nimmt – ist den Staaten eines BITs als positive Entscheidung zuzurechnen.<sup>20</sup> Zudem haben die Staaten die Möglichkeit der Aufkündigung eines BITs, sodass ein Festhalten an einem BIT nach Änderung der Schiedsordnung eine sich erneuernde Bestätigung des Verweises auf diese Schiedsordnung darstellt.

<sup>8</sup> *EuGH*, Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 – Slowakische Republik / Achmea BV, Rn. 37.

<sup>9</sup> So auch im Ausgangsfall Achmea: BGH, EuZW 2016, 512 (515); Eureko B.V. v. The Slovak Republic, PCA Case No. 2008-13, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, 26.10.2010, Rn. 289; abstrakt: Szpunar, Referrals of Preliminary Questions by Arbitral Tribunals of the CJEU, in: The Impact of EU Law on International Commercial Arbitration, 2017, 85 (118).

<sup>10</sup> Ebenfalls die Vorlageberechtigung ablehnend: BGH, EuZW 2016, 512 (515); Classen, Der EuGH und die Schiedsgerichtsbarkeit in Investitionsschutzabkommen, EuR 2012, 611 (617 ff.); Hindelang, Circumventing Primacy of EU Law and the CJEU's Judicial Monopoly by Resorting to Dispute Resolution Mechanisms Provided for in Inter-se Treaties? The Case of Intra-EU Investment Arbitration, Legal Issues of Economic Integration 39 (2012), 179 (196 f.).

<sup>11</sup> BGH, EuZW 2016, 512 (515); OLG Frankfurt, Beschl. v. 18.12.2014 – 26 Sch 3/13 –, Rn. 33 (juris).

<sup>12</sup> *EuGH*, Rs. C-102/81, ECLI:EU:C:1982:107 – „Nordsee“ Deutsche Hochseefischerei GmbH, Bremerhaven / Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG und Co. KG, Bremerhaven und Reederei Friedrich Busse Hochseefischerei Nordstern AG und Co. KG, Bremerhaven, Rn. 11 ff.; Rs. C 126/97, ECLI:EU:C:1999:269 – Eco Swiss China Ltd / Benetton International NV, Rn. 34; Rs. C 125/04, ECLI:EU:C:2005:69 – Guy Denuit, Betty Cordenier / Transorient - Mosaïque Voyages et Culture SA, Rn. 13 ff.

<sup>13</sup> *EuGH*, Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 – Slowakische Republik / Achmea BV, Rn. 46.

<sup>14</sup> *EuGH*, Rs. C-196/09, ECLI:EU:C:2011:388 – Paul Miles u.a. / Europäische Schulen, Rn. 37; Rs. C-394/11, ECLI:EU:C:2013:48 – Valeri Hariev Belov / CHEZ Elektro Balgaria AD, Rn. 38 u.a.

<sup>15</sup> *EuGH*, Rs. C-54/96, ECLI:EU:C:2000:321 – Dorch Consult Ingenieurgesellschaft mbH / Bundesbaugesellschaft Berlin mbH, Rn. 25; Friedrich, Vorabentscheidungsersuchen bilateraler Investitionsschutzpanels an den EuGH bei Intra-EU-BITs?, ZEuS 2010, 295 (315); von Papp, Clash of „autonomous legal orders“: Can EU Member State Courts Bridge the Jurisdictional Divide between Investment Tribunals and the ECJ?, Common Market Law Review 2013, 1039 (1067).

<sup>16</sup> BGH, EuZW 2016, 512 (518); OLG Frankfurt, Beschl. v. 10.05.2012 – 26 SchH 11/10 –, Rn. 69 ff. (juris); Eureko B.V. v. The Slovak Republic, PCA Case No. 2008-13, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, 26.10.2010, Rn. 223 f.; Herdegen, Internationales Wirtschaftsrecht, 2014, S. 354; Krajewski, Wirtschaftsvölkerrecht, 2017, Rn. 659; Olik/Fyrbach, The Competence of Investment Arbitration Tribunals to Seek Preliminary Rulings from European Courts, Czech Yearbook of International Law 2011, 191 (199 f.); Paschalidis, Arbitral tribunals and preliminary references to the EU Court of Justice, Arbitration International 2016, 1 (13).

<sup>17</sup> *EuGH*, Rs. C-109/88, ECLI:EU:C:1989:383 – Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark / Dansk Arbejdsgiverforening (für Danfoss A/S), Rn. 7 f.; Rs. C-377/13, ECLI:EU:C:2014:1754 – Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta SA / Autoridade Tributária e Aduaneira, Rn. 24; Rs. C-555/13, ECLI:EU:C:2014:92 – Merck Canada Inc. / Accord Healthcare Ltd, Rn. 15 ff. u.a.; von Papp (Fn. 15), S. 1066, 1068.

<sup>18</sup> Vgl. z.B. Art. 8 I *Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Kingdom of the Netherlands and the Czech and Slovak Federal Republic*.

<sup>19</sup> Lediglich auf die ICSID Schiedsordnung kann der jeweilige Staat durch den ICSID-Verwaltungsrat einen geringen Einfluss ausüben. Vgl. hierzu Friedrich (Fn. 15), S. 316 f.

<sup>20</sup> *Ebd.*, S. 317; von Papp (Fn. 15), S. 1069.

Das Angebot des Staates enthält somit die erforderlichen Regelungen, um eine gesetzliche Grundlage eines Gerichts i.S.d. Art. 267 AEUV bilden zu können. Der Investor kann dieses Angebot lediglich annehmen. Das Angebot, die Streitigkeit unterschiedlichen Schiedseinrichtungen vorzulegen, gibt dem Investor zwar eine gewisse Wahlmöglichkeit, aber nicht die Möglichkeit, ein neues Angebot für eine Schiedsvereinbarung zu machen. Zusammensetzung, Zuständigkeit und das Verfahren sind durch die Schiedsklausel bestimmt. Die Schiedsklausel selbst oder – falls weitere Vollzugsakte erforderlich sind – das Umsetzungsgesetz haben Gesetzesqualität.<sup>21</sup> Ein Investor-Staat-Schiedsgericht hat somit eine gesetzliche Grundlage.

## 2. Ständiger Charakter der Schiedsgerichte

Der EuGH stellt in ständiger Rechtsprechung neben der gesetzlichen Grundlage darauf ab, dass ein Gericht i.S.d. Art. 267 AEUV „als ständige Einrichtung über [...] Streitigkeiten zu entscheiden [hat]“<sup>22</sup>.

Diesem Kriterium steht auf den ersten Blick der Umstand entgegen, dass Schiedsgerichte i.d.R. ad hoc für einen Einzelfall gebildet werden. Allerdings ist die Besetzung eines Spruchkörpers für einen Einzelfall kein Alleinstellungsmerkmal von Schiedsgerichten. So wird z.B. die Jury in Common Law Mitgliedstaaten für einzelne Fälle zusammengestellt. Auch der EuGH hat mehrmals einem für den Einzelfall zusammengesetzten Spruchkörper die Vorlageberechtigung zugesprochen.<sup>23</sup>

Statt einer dauerhaft gleichbleibenden Zusammensetzung eines Spruchkörpers ist es erforderlich, dass die Gerichtsbarkeit eines Gerichts i.S.d. Art. 267 AEUV durch Gesetze als ständiges Organ der Rechtsprechung vorgesehen und damit institutionalisiert ist.<sup>24</sup> Eine Integration von Schiedsgerichten in das System der Rechtsprechung ist insb. gegeben, wenn das Verfahren durch eine ständige

Schiedseinrichtung betreut wird,<sup>25</sup> wie es z.B. bei ICSID Schiedsgerichten der Fall ist.<sup>26</sup> Die UNICTRAL Regeln sehen keine ständige Schiedseinrichtung vor.<sup>27</sup> Die Unterstellung unter eine ständige Schiedseinrichtung im Einzelfall ist jedoch möglich.<sup>28</sup>

Allerdings ist die Verbindung zu einer ständigen Schiedseinrichtung wohl nach der Rechtsprechung des EuGH nur ein Indiz für die Institutionalisierung eines Gerichts und keine Tatbestandsvoraussetzung.<sup>29</sup> Dies überzeugt, denn es sind weitere Merkmale denkbar, die eine Institutionalisierung von Gerichten bewirken können.<sup>30</sup> Was Schiedsgerichte anbelangt, wäre da die Praxis der Benennung des vorsitzenden Richters durch einen unabhängigen Amtsträger. Auch die gesetzliche Grundlage eines Schiedsgerichts deutet auf eine Integration der Gerichtsbarkeit in das jeweilige Rechtsprechungssystem hin.<sup>31</sup> Zudem ist auch das in den meisten Mitgliedstaaten gesetzlich und im Einklang mit dem New Yorker Abkommen geregelte Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren ein Indiz für die Integration der Schiedsgerichtsbarkeit in das Rechtsprechungssystem der Mitgliedstaaten.

Zuletzt ist darauf hinzuweisen, dass der EuGH selbst in der Frage der Vorlageberechtigung von Handelsschiedsgerichten nicht auf das Fehlen eines ständigen Charakters abstellt.<sup>32</sup>

Aus alledem ergibt sich, dass die Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit als solche im System der Rechtsprechung in den Mitgliedstaaten vorgesehen und integriert ist und als Institution einen ständigen Charakter besitzt.

<sup>21</sup> Generalanwalt *Wathelet*, Schlussantr. Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2017:699 – Slowakische Republik *.l.* Achmea BV, Rn. 96; *Basedow*, EU Law in International Arbitration: Referrals to the European Court of Justice, *Journal of International Arbitration* 32 (2015), 367 (378); *Friedrich* (Fn. 15), S. 315.

<sup>22</sup> *EuGH*, Rs. C-61/65, Slg. 1966, 583 (602) – Witwe G. Vaassen-Göbbels *.l.* Vorstand des Beambtenfonds voor het Mijnbedrijf.

<sup>23</sup> *EuGH*, Rs. C-555/13, ECLI:EU:C:2014:92 – Merck Canada Inc. *.l.* Accord Healthcare Ltd, Rn. 24 u.a.; Rs. C-377/13, ECLI:EU:C:2014:1754 – Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta SA *.l.* Autoridade Tributária e Aduaneira, Rn. 25 f.

<sup>24</sup> Generalanwalt *Reischl*, Schlussantr. Rs. C-102/81, Slg. 1982, 1112 (1117) – „Nordsee“ Deutsche Hochseefischerei GmbH, Bremerhaven *.l.* Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG und Co. KG, Bremerhaven und Reederei Friedrich Busse Hochseefischerei Nordstern AG und Co. KG, Bremerhaven; Generalanwalt *Wathelet*, Schlussantr. Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2017:699 – Slowakische Republik *.l.* Achmea BV, Rn. 101; *Friedrich* (Fn. 15), S. 318; *von Papp* (Fn. 15), S. 1072.

<sup>25</sup> *EuGH*, Rs. C-377/13, ECLI:EU:C:2014:1754 – Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta SA *.l.* Autoridade Tributária e Aduaneira, Rn. 25 f.; Im konkreten Fall wurde das Schiedsgericht durch das portugiesische Zentrum der Verwaltungsschiedsgerichtsbarkeit unterstützt. Vgl. Generalanwalt *Wathelet*, Schlussantr. Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2017:699 – Slowakische Republik *.l.* Achmea BV, Rn. 102.

<sup>26</sup> *Basedow* (Fn. 21), S. 379; *von Papp* (Fn. 15), S. 1072.

<sup>27</sup> *Friedrich* (Fn. 15), S. 318.

<sup>28</sup> *Paschalidis* (Fn. 16), S. 22; So ist es in der Rs. Achmea auch geschehen, in der das Schiedsverfahren der PCA in Den Haag unterstellt wurde. Vgl. Generalanwalt *Wathelet*, Schlussantr. Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2017:699 – Slowakische Republik *.l.* Achmea BV, Rn. 108 ff.

<sup>29</sup> *EuGH*, Rs. C-555/13, ECLI:EU:C:2014:92 – Merck Canada Inc. *.l.* Accord Healthcare Ltd, Rn. 24 u.a.

<sup>30</sup> Als zwingendes Merkmal fordert *Friedrich* die prozessuale Regelung der Zusammensetzung des Gerichts; vgl. *Friedrich* (Fn. 15), S. 318. Dies ist bei Investor-Staat-Schiedsverfahren regelmäßig der Fall, scheint allerdings vor der Rspr. des EuGH in *Merck* nicht erforderlich. Vgl. *EuGH*, Rs. C-555/13, ECLI:EU:C:2014:92 – Merck Canada Inc. *.l.* Accord Healthcare Ltd, Rn. 24 u.a.

<sup>31</sup> Generalanwalt *Wathelet*, Schlussantr. Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2017:699 – Slowakische Republik *.l.* Achmea BV, Rn. 105 ff.; *Basedow* (Fn. 21), S. 379.

<sup>32</sup> *EuGH*, Rs. C-102/81, ECLI:EU:C:1982:107 – „Nordsee“ Deutsche Hochseefischerei GmbH, Bremerhaven *.l.* Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG und Co. KG, Bremerhaven und Reederei Friedrich Busse Hochseefischerei Nordstern AG und Co. KG, Bremerhaven, Rn. 11 ff.; Rs. C 125/04, ECLI:EU:C:2005:69 – Guy Denuit, Betty Cordenier *.l.* Transorient – Mosaïque Voyages et Culture SA, Rn. 13.

### 3. Obligatorische Gerichtsbarkeit der Schiedsgerichte

Das dritte Merkmal eines Gerichts i.S.d. Art. 267 AEUV ist nach der Rechtsprechung des EuGH dessen obligatorische Gerichtsbarkeit. Der Begriff wurde allerdings nie konkretisiert.<sup>33</sup> Rückschlüsse erlauben nur die Argumente, mit denen der EuGH die obligatorische Gerichtsbarkeit im Einzelfall ablehnt oder annimmt.

#### a) Anrufungspflicht und keine Wahlmöglichkeit

In der Rs. Nordsee lehnte der EuGH die obligatorische Gerichtsbarkeit eines Handelsschiedsgerichts ab, weil die Streitparteien weder „eine rechtliche noch eine tatsächliche Verpflichtung“<sup>34</sup> traf, eine Streitigkeit durch ein Schiedsgericht entscheiden zu lassen und den Streitparteien auch der Weg zu den ordentlichen Gerichten offen stand.<sup>35</sup>

Abstrakt formuliert ist ein Spruchkörper, der nicht angerufen werden muss oder dessen Zuständigkeit alternativ ist, kein Gericht i.S.d. Art. 267 AEUV. Nach dieser Definition sind Investor-Staat-Schiedsgerichte nicht vorlageberechtigt.<sup>36</sup> Der BGH lehnt mit dieser Begründung die Vorlageberechtigung des Schiedsgerichts in der Rs. Achmea ab.<sup>37</sup> Die aus diesem Argument entwickelte Definition ist jedoch ungeeignet, den Begriff der obligatorischen Gerichtsbarkeit zu konkretisieren. Zum einen besteht nie eine gesetzliche oder tatsächliche Pflicht, ein Gericht anzurufen, unabhängig davon, ob es ein Schiedsgericht oder ein ordentliches Gericht ist.<sup>38</sup> Zum anderen ist die Zuständigkeit mehrerer Gerichte in vielen Prozessordnungen angelegt. Die Wahlmöglichkeit als Ausschlusskriterium überzeugt nicht, da die Zuständigkeit mehrerer Gerichte sonst die Vorlageberechtigung aller zuständigen Gerichte ausschließen würde.<sup>39</sup>

In einigen Urteilen hat der EuGH die Wahlmöglichkeit als unbeachtlich bezeichnet, da faktisch nur eines der zustän-

digen Gerichte angerufen wurde.<sup>40</sup> Gegen dieses Kriterium sprechen bereits Bedenken mit Blick auf die Rechtssicherheit.<sup>41</sup> Darüber hinaus ist schwerlich ersichtlich, weshalb ein rein faktisches Verhalten einem alternativ zuständigen Gericht plötzlich obligatorische Gerichtsbarkeit verleihen soll, wo doch das faktische Verhalten an der Wahlmöglichkeit nichts ändert.

#### b) Mitwirkung der öffentlichen Gewalt

Ein weiteres Argument, welches sich in der Rechtsprechung des EuGH gegen die obligatorische Gerichtsbarkeit der Handelsschiedsgerichte findet, ist die Notwendigkeit der Mitwirkung der öffentlichen Gewalt.<sup>42</sup>

In der Ausgestaltung der verschiedenen Schiedsordnungen ist es üblich, dass sich das Schiedsgericht aus drei Schiedsrichtern zusammensetzt, von denen je einer durch die Beteiligten benannt wird, woraufhin sich die ernannten Richter auf einen vorsitzenden Richter einigen.<sup>43</sup> Die Besetzung entzieht sich damit der absoluten Kontrolle des Staates. Allerdings hält der EuGH eine Benennung eines Drittels der Richter durch den Staat für ausreichend.<sup>44</sup> Eine größere Mitwirkung ist aufgrund der Rolle des Staates als Beklagter zudem nicht geboten, da ein Gericht auch dem Merkmal der Unabhängigkeit genügen muss.<sup>45</sup> Eine hinreichende Mitwirkung der öffentlichen Gewalt ist bei Investor-Staat-Schiedsgerichten deshalb anzunehmen. Hiervon losgelöst scheint es allerdings fraglich, weshalb die Mitwirkung der öffentlichen Gewalt unter das Merkmal der obligatorischen Gerichtsbarkeit fällt. Die Beteiligung der öffentlichen Gewalt begründet keine zusätzlichen Pflichten für die Beteiligten. Überzeugender ist es, die Mitwirkung der öffentlichen Gewalt unter der Zuordnung zu einem Mitgliedstaat zu prüfen – einem Merkmal, das sich aus dem Wortlaut des Art. 267 AEUV ergibt. Dies würde mehr Klarheit für den Begriff der obligatorischen Gerichtsbarkeit schaffen.

#### c) Verbindlichkeit der Entscheidung und zustimmungsunabhängige Zuständigkeit

In früheren Urteilen bejahte der EuGH die Vorlageberechtigung von Schiedsgerichten, deren Zuständigkeit parallel neben der Zuständigkeit von ordentlichen Gerichten bestand, mit der Begründung, dass die „Entscheidungen für

<sup>33</sup> von Papp (Fn. 15), S. 1071.

<sup>34</sup> EuGH, Rs. C-102/81, ECLI:EU:C:1982:107 – „Nordsee“ Deutsche Hochseefischerei GmbH, Bremerhaven ./ Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG und Co. KG, Bremerhaven und Reederei Friedrich Busse Hochseefischerei Nordstern AG und Co. KG, Bremerhaven, Rn. 11.

<sup>35</sup> EuGH, Rs. C-102/81, ECLI:EU:C:1982:107 – „Nordsee“ Deutsche Hochseefischerei GmbH, Bremerhaven ./ Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG und Co. KG, Bremerhaven und Reederei Friedrich Busse Hochseefischerei Nordstern AG und Co. KG, Bremerhaven, Rn. 11.

<sup>36</sup> Classen (Fn. 10), S. 618; Dimopoulos, The Validity and Applicability of International Investment Agreements between EU Member States under EU and International Law, Common Market Law Review 48 (2011), 63 (87); Fölsing, EuGH-Vorlage zu Schiedsklausel in bilateralem Investitionsschutzabkommen zwischen EU-Mitgliedstaaten, EWIR 2016, 419 (420).

<sup>37</sup> BGH, EuZW 2016, 512 (515 f.).

<sup>38</sup> Basedow (Fn. 21), S. 370; Szpunar (Fn. 9), S. 101.

<sup>39</sup> Friedrich (Fn. 15), S. 319.

<sup>40</sup> EuGH, Rs. 246/80, Slg. 1981, 2311 (Rn. 15) – C. Broekmeulen ./ Huisarts Registratie Commissie.

<sup>41</sup> Friedrich (Fn. 15), S. 319 f.

<sup>42</sup> EuGH, Rs. C-102/81, ECLI:EU:C:1982:107 – „Nordsee“ Deutsche Hochseefischerei GmbH, Bremerhaven ./ Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG und Co. KG, Bremerhaven und Reederei Friedrich Busse Hochseefischerei Nordstern AG und Co. KG, Bremerhaven, Rn. 12; Rs. C-377/13, ECLI:EU:C:2014:1754 – Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta SA ./ Autoridade Tributária e Aduaneira, Rn. 27.

<sup>43</sup> Friedrich (Fn. 15), S. 315 f.; Krajewski (Fn. 16), Rn. 666.

<sup>44</sup> EuGH, Rs. 246/80, Slg. 1981, 2311 (Rn. 9) – C. Broekmeulen ./ Huisarts Registratie Commissie.

<sup>45</sup> Friedrich (Fn. 15), S. 316; von Papp (Fn. 15), S. 1068 f.

die Parteien verbindlich waren“ und die „Zuständigkeit nicht vom Einvernehmen der Parteien abhing“.<sup>46</sup>

Einem Kläger steht es stets frei, Klage zu erheben. Der Begriff der obligatorischen Gerichtsbarkeit kann nur aus der Perspektive des Beklagten beurteilt werden. Demnach hat ein Gericht obligatorische Gerichtsbarkeit, wenn es Rechtsstreitigkeiten verbindlich entscheidet und die Gerichtsbarkeit für den Beklagten zwingend vorgeschrieben ist. Diese Definition vermag es, den Begriff sinnvoll und mit eigenständiger Bedeutung zu besetzen.

Auf Investor-Staat-Schiedsgerichte angewendet, ist zunächst festzustellen, dass deren Entscheidungen bindend sind.<sup>47</sup> Dies gilt insb. für die nicht nachprüfbar Schiedssprüche der ICSID-Schiedsgerichte. Aber auch die begrenzte Möglichkeit der Nachprüfung durch nationale Gerichte steht der Bindungswirkung eines Schiedsspruches nicht entgegen. Die Überprüfbarkeit durch nachgeordnete Gerichte hat den EuGH schließlich nie davon abgehalten, vorgelegte Fragen durch die ordentlichen Gerichte der ersten oder zweiten Instanz der Mitgliedstaaten zu beantworten.

Es bleibt allein die Frage, ob die Zuständigkeit unabhängig vom Einvernehmen der Parteien ist. Ein Investitionsschiedsgericht ist aufgrund einer Schiedsvereinbarung zuständig.<sup>48</sup> Das Angebot des beklagten Staates ist jedoch abstrakt und liegt zeitlich vor der gerügten Rechtsverletzung.<sup>49</sup> Die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts ist für den Staat in der Rolle als Beklagten nach konkludenter Annahme der *standing offer* durch die Klage eines Investors zwingend.<sup>50</sup>

Investor-Staat-Schiedsgerichte besitzen demnach obligatorische Gerichtsbarkeit.

#### 4. Weitere Merkmale eines Gerichts i.S.d. Art. 267 AEUV

Die weiteren vom EuGH entwickelten Merkmale eines Gerichts i.S.d. Art. 267 AEUV – namentlich der streitige Charakter, die Anwendung von Rechtsnormen und die Unabhängigkeit – sind für die Investor-Staat-Schiedsge-

richtbarkeit gegeben.<sup>51</sup> Auch die Subsumtion der Arbeit eines Investitionsschiedsgerichts unter den Begriff der Rechtsprechung ist möglich.<sup>52</sup>

Die Einordnung der Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit als Gericht i.S.d. Art. 267 AEUV sowohl durch den Generalanwalt Wathelet als auch durch die Richter des EuGH ist insgesamt unter der Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH überzeugend.

## II. Zuordnung eines Gerichts zu einem Mitgliedstaat

Zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen das Gericht und der Generalanwalt allerdings bei der Frage, ob es sich bei dem Schiedsgericht des Ausgangsfalls auch um ein Gericht *eines Mitgliedstaates* handelt. Das Vorlagerecht soll nach dem Wortlaut des Art. 267 AEUV auf die Gerichte der Mitgliedstaaten beschränkt sein.

Mit Blick auf die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit stellt sich zunächst die Frage, ob es dieser Zuordnung entgegensteht, wenn ein Gericht seine Grundlage in einem bilateralen völkerrechtlichen Vertrag mehrerer Mitgliedstaaten findet.

Der Wortlaut des Art. 267 AEUV legt zwar nahe, dass ein vorlageberechtigtes Gericht durch einen Mitgliedstaat allein errichtet werden muss. Diese enge Auslegung scheint allerdings nicht gerechtfertigt. Es fällt schwer, Gründe zu finden, weshalb ein Gericht, das als einzelstaatliches Gericht vorlageberechtigt wäre, diese Vorlageberechtigung verlieren sollte, wenn zwei Mitgliedstaaten dieses Gericht gemeinsam errichten.<sup>53</sup> Vor diesem Hintergrund hat der EuGH z.B. die Vorlageberechtigung des Benelux-Gerichtshofs in seinem Dior Urteil bejaht.<sup>54</sup> Der Generalanwalt belässt es in seinem Schlussantrag bei einem kurzen Verweis auf dieses Urteil und stellt fest, dass die Schiedsgerichtsbarkeit durch zwei Mitgliedstaaten der EU – die Niederlande und die Slowakei – errichtet wurde.<sup>55</sup>

Für den EuGH genügt jedoch allein die Tatsache, dass zwei Mitgliedstaaten ein Gericht zusammen errichteten, nicht aus, um dieses Gericht jenen Mitgliedstaaten zuzuordnen. Erforderlich sei zusätzlich eine Verbindung zum Gerichtssystem der Mitgliedstaaten.

Das Schiedsgericht des Ausgangsfalls weise eine solche Verbindung nicht auf. Mit dieser Begründung verneint der EuGH die Einordnung des Schiedsgerichts des Ausgangsfalls als Gericht eines Mitgliedstaates i.S.d. Art. 267

<sup>46</sup> *EuGH* Rs. C-377/13, ECLI:EU:C:2014:1754 - Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta SA ./ Autoridade Tributária e Aduaneira, Rn. 28 f.

<sup>47</sup> Generalanwalt *Wathelet*, Schlussantr. Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2017:699 – Slowakische Republik ./ Achmea BV, Rn. 115; *von Papp* (Fn. 15), S. 1069; *Hindelang* (Fn. 10), S. 202.

<sup>48</sup> Siehe hierzu oben B. I. 1. Aus diesem Grund lehnt *Paschalidis* die obligatorische Gerichtsbarkeit im Ascendi-Fall und mithin wohl die obligatorische Gerichtsbarkeit von Investor-Staat-Schiedsgerichten ab. Vgl. *Paschalidis* (Fn. 16), S. 13.

<sup>49</sup> Generalanwalt *Wathelet*, Schlussantr. Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2017:699 – Slowakische Republik ./ Achmea BV, Rn. 116 ff.; *Basedow* (Fn. 21), S. 380.

<sup>50</sup> *Eastern Sugar B.V. v. The Czech Republic*, SCC Case No. 088/2004, Rn. 136; *Friedrich* (Fn. 15), S. 321; *Hindelang* (Fn. 10), S. 202; *Paschalidis* (Fn. 16), S. 21; *Szpunar* (Fn. 9), S. 119; *von Papp* (Fn. 15), S. 1071.

<sup>51</sup> Generalanwalt *Wathelet*, Schlussantr. Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2017:699 – Slowakische Republik ./ Achmea B, Rn. 120 ff.; *Basedow* (Fn. 21), S. 380; *Paschalidis* (Fn. 16), S. 15.

<sup>52</sup> *Friedrich* (Fn. 15), S. 322.

<sup>53</sup> Generalanwalt *Wathelet*, Schlussantr. Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2017:699 – Slowakische Republik ./ Achmea BV, Rn. 126 ff.; *Paschalidis* (Fn. 16), S. 16; *von Papp* (Fn. 15), S. 1072 f.

<sup>54</sup> *EuGH*, Rs. 337/95, ECLI:EU:C:1997:517 – Parfums Christian Dior SA und Parfums Christian Dior BV ./ Evora BV, Rn. 20 ff.

<sup>55</sup> Generalanwalt *Wathelet*, Schlussantr. Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2017:699 – Slowakische Republik ./ Achmea BV, Rn. 126 ff.

AEUV und mithin auch dessen Vorlageberechtigung.<sup>56</sup> Das Merkmal der Verbindung zum Gerichtssystem findet sich zum ersten Mal im Urteil des EuGH in der Rs. Miles u.a. gegen Europäische Schulen.<sup>57</sup> Ähnlich wie in der Rs. Achmea bejaht der EuGH auch hier den Gerichtscharakter der Beschwerdekammer der Europäischen Schulen, die von den Mitgliedstaaten durch einen multilateralen völkerrechtlichen Vertrag errichtet wurde. Im nächsten Schritt kommt der EuGH dann – wie in der Rs. Achmea – zu dem Ergebnis, dass dieses Gericht mangels einer Verbindung zum Gerichtssystem der Mitgliedstaaten nicht zur Vorlage berechtigt sei. Die Verbindung zum Gerichtssystem wird zur zweiten Voraussetzung, um ein Gericht einem oder mehreren Mitgliedstaaten zuzuordnen zu können.

Gemeint ist damit wohl eine Verbindung zum *a priori* bestehenden Gerichtssystem. Ein neues Gericht ist den Mitgliedstaaten im Lichte dieser Rechtsprechung nur zuzuordnen, wenn es in einer bestimmten Form an das bereits existierende Gerichtssystem anknüpft. Die Verbindung muss dabei scheinbar nicht derart sein, dass ein Gericht in den Instanzenzug integriert wird. Mit Blick auf seine Rechtsprechung zum Benelux-Gerichtshof scheint es ausreichend, wenn ein Gericht beispielsweise im Wege eines Vorlageverfahrens beteiligt ist.

Etwas merkwürdig ist an dieser Stelle im Urteil zur Rs. Achmea allerdings der Verweis des EuGH auf seine Ascendi-Rechtsprechung.<sup>58</sup> Die im Ascendi-Urteil angeführte Verbindung zum portugiesischen Gerichtssystem dient der Begründung des ständigen Charakters des Tribunal Arbitral Tributário und beinhaltet keine Aussage zur Zugehörigkeit dieses Gerichts zum portugiesischen Staat.<sup>59</sup>

An diesem Fall lassen sich allerdings die Schwächen des Tatbestandmerkmals der Verbindung zum Gerichtssystem nachzeichnen. Denn die Verbindung zum Gerichtssystem ist als Voraussetzung konsequent auf alle Gerichte – unabhängig von der Zahl der errichtenden Mitgliedstaaten – anzuwenden.

Bildet man den Ascendi-Fall derart um, dass das durch portugiesisches Gesetz neu geschaffene Gericht über keine Rechtsbehelfe oder andere Verbindungen zum bestehenden Gerichtssystem verfüge, müsste man konsequenterweise eine Zuordnung zum portugiesischen Staat verneinen. Am Ende steht das Ergebnis, dass ein Gericht, welches von einem Mitgliedstaat ohne Rechtsbehelf oder sonstige Verbindung zum bestehenden Gerichtssystem neu geschaffen wird, diesem Mitgliedstaat nach Maßgabe des Art. 267 AEUV nicht zuzuordnen ist.

Das Merkmal der „Verbindung zum Gerichtssystem“ beschränkt die Mitgliedstaaten in ihren Möglichkeiten, das Gerichtssystem zu gestalten. Neue Gerichte, die potentiell Europarecht auslegen, können nur noch errichtet werden, wenn eine Verbindung zum bestehenden Gerichtssystem existiert.

Die gem. Art. 267 AEUV erforderliche Zuordnung eines Gerichts zu einem Mitgliedstaat soll jedoch lediglich sicherstellen, dass nicht die Gerichte von Drittstaaten ihre Fragen an den EuGH richten können, da dies für die einheitliche Anwendung des EU-Rechts in der EU nicht erforderlich ist. Ein Gericht ist demnach einem Mitgliedstaat zuzuordnen, wenn dieser es durch entsprechende Normen errichtet hat. Der Zweck des Art. 267 AEUV rechtfertigt es nicht, weitere Voraussetzungen für die Zuordnung zu einem Mitgliedstaat anzunehmen. Haben ein oder mehrere Mitgliedstaaten ein Gericht errichtet, so muss die einheitliche Auslegung unabhängig von der Verbindung zum übrigen Gerichtssystem der Mitgliedstaaten gewährleistet sein.

### C. Abschließende Würdigung

Die Notwendigkeit einer Verbindung eines neu geschaffenen Gerichts mit dem bestehenden Gerichtssystem eines Mitgliedstaates überzeugt nicht. Einem Gericht kann nicht allein deshalb das Vorlagerecht abgesprochen werden, weil es von mehreren Mitgliedstaaten errichtet wurde. Hieraus folgt jedoch im Umkehrschluss, dass das Merkmal der Verbindung zum Gerichtssystem auch auf Gerichte einzelner Mitgliedstaaten anwendbar ist. Die Auslegung des Art. 267 AEUV durch den EuGH wirkt in dieser Weise in die Gestaltungsmöglichkeiten der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet des Prozessrechts hinein und ist aus diesem Grunde abzulehnen.

Der EuGH sichert mit seinem Urteil die einheitliche Anwendung des EU-Rechts. Anders als in Art. 267 AEUV vorgesehen schützt der EuGH die einheitliche Anwendung des EU-Rechts jedoch nicht, indem er einen Dialog mit dem betroffenen Gericht eröffnet, sondern indem er die Rechtsprechungstätigkeit dieses Gerichts unterbindet. Das Urteil des EuGH in der Rs. Achmea steht damit im Widerspruch zu der Norm, auf die es sich im Wesentlichen beruft.

<sup>56</sup> EuGH, Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 – Slowakische Republik / Achmea BV, Rn. 45 f.

<sup>57</sup> EuGH, Rs. C-196/09, ECLI:EU:C:2011:388 – Paul Miles u.a. / Europäische Schulen, Rn. 41.

<sup>58</sup> EuGH, Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 – Slowakische Republik / Achmea BV, Rn. 44.

<sup>59</sup> EuGH, Rs. C-377/13, ECLI:EU:C:2014:1754 – Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta SA / Autoridade Tributária e Aduaneira, Rn. 25 f.