GERICHTSHOF DER EUROPÄISCHEN UNION

C-284/16

ACHMEA / SLOWAKISCHE REPUBLIK

ERSUCHEN UM VORABENTSCHEIDUNG

VORLEGENDES GERICHT: BUNDESGERICHTSHOF – DEUTSCHLAND

STELLUNGNAHME DER SLOWAKISCHEN REPUBLIK ALS PARTEI DES INNERSTAATLICHEN VERFAHRENS

VERTRETEN DURCH

MARKUS BURGSTALLER, HOGAN LOVELLS INTERNATIONAL LLP, ATLANTIC HOUSE, HOLBORN VIADUCT, LONDON EC1A 2FG, VEREINIGTES KÖNIGREICH

UND

KARL PÖRNBACHER, HOGAN LOVELLS INTERNATIONAL LLP, KARL-SCHARNAGL-RING 5, 80539 MÜNCHEN, DEUTSCHLAND

INHALT

I.	EINLEITUNG	3
II.	VORFRAGE: ANWENDBARES RECHT	4
III.	ZUR ERSTEN VORLAGEFRAGE	5
IV.	ZUR ZWEITEN VORLAGEFRAGE	11
V.	ZUR DRITTEN VORLAGEFRAGE	18
VI.	VÖLKERRECHTLICHE BETRACHTUNGSWEISE	21
VII.	VORSCHLAG ZUR BEANTWORTUNG DER FRAGEN DES BGH	22

I. EINLEITUNG

1. Der Bundesgerichtshof (im Folgenden "BGH") hat dem Gerichtshof drei Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt.

2. Diese drei Fragen haben im Wesentlichen zum Inhalt, ob Art. 344, 267 und 18 Abs. 1 AEUV der Einleitung eines Schiedsverfahrens durch einen Investor aus einem EU-Mitgliedstaat gegen einen anderen EU-Mitgliedstaat nach einer Investor-Staat-Schiedsklausel in einem Investitionsschutzabkommen zwischen Mitgliedstaaten (einem sogenannten unionsinternen BIT) entgegenstehen.

3. Nach Auffassung der Slowakischen Republik, vertreten durch das Finanzministerium der Slowakischen Republik, dieses vertreten durch den Finanzminister Ing. Peter Kažimír (im Folgenden "Slowakische Republik"), ist die Frage in Hinblick auf alle drei Bestimmungen (Art. 344 AEUV, Art. 267 AEUV und Art. 18 Abs. 1 AEUV) zu bejahen. Die Rechtsfolge ist, dass Schiedsgerichte nicht über Streitigkeiten zwischen Privaten aus einem Mitgliedstaat mit einem anderen Mitgliedstaat entscheiden dürfen. Dies ist auch die Auffassung der Europäischen Kommission (siehe Beschluss des BGH vom 3. März 2016, Rn. 22).

4. Die Frage der Unvereinbarkeit unionsinterner BITs mit dem Unionsrecht wird seit vielen Jahren intensiv diskutiert und ist Gegenstand von Verfahren vor Schiedsgerichten und nationalen Gerichten. Dies hat auch die Europäische Kommission dazu veranlasst, am 18. Juni 2015 Vertragsverletzungsverfahren gegen fünf Mitgliedstaaten, einschließlich der Slowakischen Republik und der Niederlande als Vertragspartei des dem Ausgangsverfahren zu Grunde liegenden BIT (im Folgenden "BIT"), einzuleiten (vgl. dazu auch Beschluss des BGH vom 3. März 2016, Rn. 86). In einer anlässlich der Einleitung dieser Vertragsverletzungsverfahren veröffentlichten Pressemitteilung führt die Europäische Kommission aus:

> *Die Kommission hat alle Mitgliedstaaten über mehrere Jahre wiederholt darauf hingewiesen, dass EU-interne bilaterale*

Investitionsschutzabkommen mit EU-Recht unvereinbar sind. Da jedoch die meisten Mitgliedstaaten auf diese Hinweise nicht reagiert haben, leitet die Kommission nun gegen fünf Mitgliedstaaten die erste Stufe des Vertragsverletzungsverfahrens ein. Gleichzeitig ersucht sie die übrigen 21 Mitgliedstaaten, die noch EU-interne bilaterale Investitionsschutzabkommen aufrechterhalten, um Informationen und leitet einen administrativen Dialog mit ihnen ein. Zwei Mitgliedstaaten, Irland und Italien, haben ihre betreffenden Abkommen bereits 2012 bzw. 2013 beendet.[1]

5. Jedoch hat die Europäische Kommission, wie der BGH ausführt (vgl. Beschluss des BGH vom 3. März 2016, Rn. 86), bisher kein Verfahren vor dem Gerichtshof gemäß Art. 258 Abs. 2 AEUV gegen die betroffenen Mitgliedstaaten eingeleitet.

6. In der Folge nimmt die Slowakische Republik zu den drei Fragen des BGH Stellung.

II. VORFRAGE: ANWENDBARES RECHT

7. Zunächst ist noch – in gebotener Kürze – auf die Frage des anwendbaren Rechts einzugehen. Wie zu zeigen sein wird, ist diese Frage für die Beurteilung der Fragen des BGH von wesentlicher Bedeutung. Der BGH hat zur Frage des anwendbaren Rechts zu Recht ausgeführt:

Nachdem sich das Schiedsgericht erst nach dem Beitritt der Antragstellerin zur Europäischen Union konstituiert hat, ist nach Art. 8 Abs. 6 BIT für das Schiedsverfahren als geltendes Recht der Antragstellerin insbesondere das auf ihrem Gebiet vorrangig geltende Unionsrecht maßgeblich. Das gilt auch für die Beurteilung der Frage, ob die Zuständigkeit des Schiedsgerichts durch die Schiedsvereinbarung wirksam begründet werden konnte oder ob die Schiedsvereinbarung

---

[1] Pressemitteilung der Europäischen Kommission *"Kommission fordert Mitgliedstaaten zur Beendigung ihrer EU-internen bilateralen Investitionsschutzabkommen auf"* (18. Juni 2015), abrufbar unter http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5198_de.htm **[Anlage A.1]**.

wegen eines Verstoßes gegen Unionrecht unwirksam ist (Beschluss des BGH vom 3. März 2016, Rn. 18).

8. Der BGH hat dazu weiter ausgeführt:

Ein von einem Mitgliedstaat mit einem anderen Staat geschlossenes Abkommen kann nach Beitritt des anderen Staats zur Europäischen Union im Verhältnis zwischen diesen Staaten keine Anwendung mehr finden, wenn es dem Unionsrecht widerspricht (Beschluss des BGH vom 3. März 2016, Rn. 21).

9. Die Slowakische Republik schließt sich dieser Rechtsauffassung des BGH an. Sie hat zur Folge, dass die Frage der Zuständigkeit – oder hier nach Auffassung der Slowakischen Republik der Nichtzuständigkeit – von Schiedsgerichten, die auf Grundlage von unionsinternen BITs zusammentreten, vorrangig nach Unionsrecht zu beurteilen ist.

III. ZUR ERSTEN VORLAGEFRAGE

10. Die erste Vorlagefrage lautet:

Steht Art. 344 AEUV der Anwendung einer Regelung in einem bilateralen Investitionsschutzabkommen zwischen Mitgliedstaaten der Union (einem sogenannten unionsinternen BIT) entgegen, nach der ein Investor eines Vertragsstaats bei einer Streitigkeit über Investitionen in dem anderen Vertragsstaat gegen letzteren ein Verfahren vor einem Schiedsgericht einleiten darf, wenn das Investitionsschutzabkommen vor dem Beitritt eines der Vertragsstaaten zur Union abgeschlossen worden ist, das Schiedsgerichtsverfahren aber erst danach eingeleitet werden soll?

11. Der BGH ist der Auffassung, der Wortlaut des Art. 344 AEUV lasse keinen eindeutigen Schluss darüber zu, ob die Bestimmung auch für Streitigkeiten zwischen einer Person des Privatrechts und einem Mitgliedstaat gilt (Beschluss des BGH vom 3. März 2016, Rn. 27).

12. Nach Auffassung der Slowakischen Republik unterstreicht der Wortlaut des Art. 344 AEUV den Normzweck als einer umfassenden Kompetenzabsicherungsklausel für den Gerichtshof. Anders als etwa Art. 273 AEUV ist Art. 344 AEUV nicht auf Streitigkeiten "zwischen Mitgliedstaaten" beschränkt, sondern erfasst alle Streitigkeiten der Mitgliedstaaten – gleich ob aktiv oder passiv sowie untereinander oder gegen Private – über die Auslegung und Anwendung der EU-Verträge.

13. Der Normzweck des Art. 344 AEUV gebietet die Anwendung der Vorschrift auch auf Streitigkeiten von Privaten mit Mitgliedstaaten, die zumindest auch die Anwendung und Auslegung von Unionsrecht zum Gegenstand haben. Art. 344 AEUV dient dem Zweck, die Autonomie des EU-Rechtssystems umfassend sicherzustellen. Die Norm soll gewährleisten, dass Fragen über die Auslegung und Anwendung des Unionsrechts nur durch den dafür zuständigen EuGH und nicht durch Streitbeilegungsinstanzen außerhalb des Unionsrechtssystems entschieden werden (EuGH, Urteil vom 30. Mai 2006, C-459/03, Kommission / Irland, Rn. 123, 154). Art. 344 AEUV verbietet daher den Mitgliedstaaten, diese Zuständigkeitsordnung durch internationale Übereinkünfte zu beeinträchtigen (EuGH, Urteil vom 30. Mai 2006, C-459/03, Kommission / Irland, Rn. 123).

14. Der Schutz der Zuständigkeit des EuGH durch Art. 344 AEUV beschränkt sich dabei nicht nur auf die in den EU-Verträgen selbst vorgesehenen Verfahren wie etwa das Vertragsverletzungsverfahren in Art. 259 AEUV. Die mitgliedstaatliche Verpflichtung gemäß Art. 344 AEUV verbietet es vielmehr auch Mitgliedstaaten Streitigkeiten über die Auslegung oder Anwendung der Verträge anders als in den Verträgen vorgesehen zu regeln. Eine systematische Betrachtung des Art. 344 AEUV macht deutlich, dass die mitgliedstaatliche Verpflichtung in Art. 344 AEUV viel eher am allgemeinen Wortlaut des Art. 19 Abs. 1 EUV anknüpft und auch noch große Ähnlichkeiten zu Art. 267 AEUV aufweist, als dass ein systematischer Bezug zu den Vertragsverletzungsverfahren erkennbar wäre. Der Gerichtshof zieht Art. 19 Abs. 1 EUV regelmäßig als

unionsrechtliche Grundlage seines Rechtsprechungsmonopols heran. Die gleiche Wortwahl in Art. 344 AEUV lässt daher darauf schließen, dass das gesamte Rechtsprechungsmonopol des Gerichtshofs vor Übergriffen geschützt werden soll.

15. Art. 344 AEUV gilt daher umfassend für alle Streitigkeiten über die Auslegung und Anwendung des Unionsrechts, an denen Mitgliedstaaten beteiligt sind. Dies gilt auch für Streitigkeiten unter Beteiligung nur eines Mitgliedstaates, die auch die Verletzung von Unionsrecht durch den Mitgliedstaat betreffen. Der Schutz der Kompetenz des EuGH durch Art. 344 AEUV erfasst unabhängig von der Verfahrensart solche Streitigkeiten, die die Verletzung einer Unionsrechtsbestimmung durch einen Mitgliedstaat zum Gegenstand haben (EuGH, Urteil vom 30. Mai 2006, C-459/03, Kommission / Irland, Rn. 152). Die Zuständigkeit des EuGH wird beeinträchtigt, wenn sich Mitgliedstaaten in internationalen Übereinkommen (wie etwa in Art. 8 Abs. 2 BIT) für Klagen von Privaten, die vermeintliche Verletzungen des Unionsrechts durch die Mitgliedstaaten betreffen, der Zuständigkeit eines nicht nach Art. 267 AEUV vorlageberechtigten Schiedsgerichts unterwerfen. Auch eine solche Unterwerfung von Mitgliedstaaten für Passivprozesse vor Schiedsgerichten wie in Art. 8 Abs. 2 BIT entzieht dem EuGH seine Entscheidungskompetenz und begründet eine "offenkundige Gefahr der Beeinträchtigung der in den Verträgen festgelegten Zuständigkeitsordnung und damit der Autonomie des Rechtssystems der Gemeinschaft" (EuGH, Urteil vom 30. Mai 2006, C-459/03, Kommission / Irland, Rn. 154). Sie ist daher mit Art. 344 AEUV unvereinbar.

16. Auch der Gerichtshof geht von einer umfassenden Geltung des Art. 344 AEUV zur Sicherung seiner Kompetenz aus, die einer restriktiven, auf Rechtsstreitigkeiten zwischen Mitgliedstaaten beschränkten Auslegung entgegensteht. So hat der Gerichtshof in seinem Gutachten 2/13 vom 18. Dezember 2014 erklärt, dass Art. 344 AEUV auch Streitigkeiten mit Unionsorganen erfasst und somit nicht restriktiv auszulegen ist (EuGH, Gutachten 2/13 vom 18. Dezember 2014, Rn. 202, 204).

17. Eine ähnliche, nicht restriktive Auslegung des Art. 344 AEUV ergibt sich auch aus der Rechtsprechung des Gerichts der Europäischen Union. So hat das Gericht, in Einklang mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs, angenommen, ein Schiedsverfahren zwischen einem Mitgliedstaat und der Europäischen Kommission falle in den Anwendungsbereich des Art. 292 EGV (jetzt Art. 344 AEUV) (vgl. EuG, Urteil vom 15. April 2011, T-465/08, Tschechische Republik / Kommission, Rn. 101 f.).

18. Der Gerichtshof hat sich – soweit ersichtlich – bisher nicht mit der Frage auseinandergesetzt, ob Art. 344 AEUV auch auf Streitigkeiten zwischen Privaten und Mitgliedstaaten anzuwenden ist. Jedoch ist nach Auffassung der Slowakischen Republik aus den vorstehenden Gründen und im Lichte seiner bisherigen Rechtsprechung davon auszugehen, dass der Gerichtshof seine Kompetenz zur Wahrung der einheitlichen Auslegung und Anwendung der EU-Verträge und zur Feststellung etwaiger Unionsrechtsverstöße durch Mitgliedstaaten auch durch die Übertragung solcher Streitigkeiten auf Schiedsgerichte, die nicht nach Art. 267 AEUV vorlageberechtigt sind, beeinträchtigt sieht.

19. Die Slowakische Republik vermag die diesbezüglichen Zweifel des BGH nicht zu teilen.

20. Erstens äußert der BGH Zweifel, ob die Voraussetzung des Art. 344 AEUV, es müsse sich um eine Streitigkeit über die Auslegung und Anwendung der EU-Verträge handeln, bei einem Verfahren erfüllt ist, das ein Investor eines Mitgliedstaats auf Grundlage eines bilateralen Investitionsschutzabkommens gegen einen anderen Mitgliedstaat führt (Beschluss des BGH vom 3. März 2016, Rn. 30).

21. Zutreffend führt der BGH zunächst aus, Achmea habe sich in dem Schiedsverfahren, das dem Ausgangsverfahren zu Grunde lag, auf die unionsrechtlich gewährleistete Kapitalverkehrsfreiheit berufen (Beschluss des BGH vom 3. März 2016, Rn. 31). Jedoch kann es nicht, wie der BGH vermutet, darauf ankommen, dass Grundlage für die Entscheidung des Schiedsgerichts der BIT war. Dies folgt insbesondere daraus, dass das

Schiedsgericht unzutreffend Unionsrecht nicht oder zumindest unter Missachtung des Vorrangs des Unionsrechts angewandt hat (vgl. auch die Feststellung des BGH an anderer Stelle, es sei ohne Bedeutung, dass im Streitfall das Schiedsgericht keine Zweifel an der Vereinbarkeit des BIT mit dem Unionsrecht hatte: Beschluss des BGH vom 3. März 2016, Rn. 44). Zu beachten ist, dass der BGH zuvor – wie oben ausgeführt – die Anwendung des Unionsrechts und den Vorrang des Unionsrechts im Zusammenhang mit der Anwendung und Auslegung des BIT betont hatte. Es sollte daher unstrittig sein, dass vorliegend – unabhängig von der unzutreffenden Rechtsansicht des Schiedsgerichts – Unionsrecht anzuwenden und der Vorrang des Unionsrechts zu beachten ist.

22. Zweitens führt der BGH aus, Art. 344 AEUV verpflichte die Mitgliedstaaten, zur Beilegung von Streitigkeiten über die Auslegung und Anwendung von Unionsrecht auf die in den Unionsverträgen vorgesehenen Verfahren zur gerichtlichen Streitbeilegung zurückzugreifen (Beschluss des BGH vom 3. März 2016, Rn. 34). Jedoch sehen, so der BGH, die Unionsverträge kein gerichtliches Verfahren vor, in dem ein Investor eines Mitgliedstaates Schadensersatzansprüche geltend machen kann, die aus einem unionsinternen BIT gegen einen anderen Mitgliedstaat erwachsen (Beschluss des BGH vom 3. März 2016, Rn. 35).

23. Nach Auffassung der Slowakischen Republik handelt es sich dabei um eine zu restriktive Auslegung des Art. 344 AEUV. Es kann dabei nicht darauf ankommen, ob die EU-Verträge ausdrücklich einen derartigen Rechtsbehelf vorsehen. Wesentlich ist, dass Private vor den Gerichten der Mitgliedstaaten Klagen gegen Mitgliedstaaten anstrengen können und diese Gerichte der Mitgliedstaaten – im Gegensatz zu Schiedsgerichten – eine Vorabentscheidung des Gerichtshofs gemäß Art. 267 AEUV einholen können. Dabei spielen die mitgliedstaatlichen Gerichte in Verbindung mit dem Gerichtshof eine zentrale Rolle im Gefüge des unionsrechtlichen Rechtsschutzsystems. So hat der Gerichtshof in seinem Gutachten 1/09 betont, dass die den nationalen Gerichten und dem Gerichtshof jeweils übertragenen Aufgaben wesentlich für die Wahrung der Natur des durch

die Verträge geschaffenen Rechts sind (EuGH, Gutachten 1/09 vom 8. März 2011, Rn. 85).

24. Hinzu kommt, dass die EU-Verträge sehr wohl einen direkten Rechtsbehelf für Private gegen die Verletzung von Unionsrecht durch die Mitgliedstaaten vorsehen. So hat der Gerichtshof hierzu entschieden, dass der Grundsatz, dass ein Mitgliedstaat zum Ersatz der Schäden verpflichtet ist, die dem Einzelnen durch diesem Mitgliedstaat zuzurechnende Verstöße gegen das Unionsrecht entstehen, für jeden Verstoß gegen dieses Recht und unabhängig davon gilt, welches Organ dieses Staates durch sein Handeln oder Unterlassen den Verstoß begangen hat, wobei dieser Grundsatz unter bestimmten besonderen Voraussetzungen auch für Gerichte gilt (EuGH, Gutachten 1/09 vom 8. März 2011, Rn. 86; EuGH, Urteil vom 28. Juli 2016, C-168/15, Tomášová, Rn. 18 und 19).

25. Drittens verweist der BGH auf das Gutachten 1/09 des Gerichtshofs, wenn er die Auffassung vertritt, Art. 344 AEUV sei auf schiedsgerichtliche Streitigkeiten zwischen einem privaten Investor und einem Mitgliedstaat nach Sinn und Zweck dieser Bestimmung nicht anwendbar. So führt der BGH aus, der Gerichtshof habe im Hinblick auf die Schaffung eines Gerichts außerhalb der Unionsrechtsordnung, das über Streitigkeiten zwischen Einzelnen im Zusammenhang mit Patenten entscheiden sollte, keinen Verstoß gegen Art. 344 AEUV angenommen, obwohl der Gerichtshof seine Letztentscheidungskompetenz zur Auslegung und Anwendung des Unionsrechts als verletzt angesehen habe (Beschluss des BGH vom 3. März 2016, Rn. 38).

26. Dabei scheint der BGH zu übersehen, dass es sich bei dem Sachverhalt, der dem Gutachten 1/09 zu Grunde lag, wie der Gerichtshof dort hervorgehoben hat, ausschließlich um Streitigkeiten zwischen Einzelnen handelte (EuGH, Gutachten 1/09 vom 8. März 2011, Rn. 63). Damit unterscheidet sich der dortige Sachverhalt jedoch grundsätzlich von demjenigen Sachverhalt, der dem vorliegenden Fall zu Grunde liegt. Denn vorliegend handelt es sich nicht um eine Streitigkeit zwischen Privaten, sondern vielmehr um eine Streitigkeit zwischen einem Privaten (Achmea

B.V.) und einem Mitgliedstaat (der Slowakischen Republik). In Investitionsstreitigkeiten wie der vorliegenden werden Schiedsgerichte von Privaten angerufen, um über die Vereinbarkeit staatlicher Hoheitsakte mit dem Unions- und Völkerrecht zu entscheiden. Dazu ist zu bedenken, dass Private, von Ausnahmen abgesehen, nicht für die Einhaltung des Unionsrechts verantwortlich sind, Mitgliedstaaten jedoch sehr wohl. Dies schließt die Verpflichtung nach Art. 344 AEUV ebenso wie die Verpflichtungen nach Art. 19 EUV und Art. 267 AEUV mit ein. Diese Bestimmungen sollen die einheitliche Auslegung des Unionsrechts gewährleisten. Nach Auffassung der Slowakischen Republik rechtfertigt diese unterschiedliche Sachverhalts- und Rechtslage vorliegend die Anwendbarkeit von Art. 344 AEUV.

27. Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass nach Rechtsauffassung der Slowakischen Republik Art. 344 AEUV der Anwendung einer Regelung in einem unionsinternen BIT entgegensteht, nach der ein Investor eines Vertragsstaats bei einer Streitigkeit über Investitionen in dem anderen Vertragsstaat gegen letzteren ein Verfahren vor einem Schiedsgericht einleiten darf, wenn das Investitionsschutzabkommen vor dem Beitritt eines der Vertragsstaaten zur Union abgeschlossen worden ist, das Schiedsgerichtsverfahren aber erst danach eingeleitet werden soll.

IV. ZUR ZWEITEN VORLAGEFRAGE

28. Falls die erste Vorlagefrage zu verneinen ist, stellt der BGH folgende zweite Vorlagefrage:

> *Steht Art. 267 AEUV der Anwendung einer solchen Regelung entgegen?*

29. Schon in der Rheinmühlen-Entscheidung hatte der Gerichtshof die Bedeutung des Art. 267 AEUV (damals: Artikel 177 EWG) im Gefüge der Unionsrechtsordnung hervorgehoben (EuGH, Urteil vom 16. Januar 1974, 166/73, Rheinmühlen, Rn. 2).

30. Diese besondere Bedeutung des Art. 267 AEUV für die gesamte Unionsrechtsordnung wird jedoch ausgehöhlt, wenn sich die für die Erfüllung des Unionsrechts verantwortlichen Mitgliedstaaten der unmittelbaren Kontrolle durch die nationalen Gerichte und durch den Gerichtshof entziehen, indem sie sich durch Schiedsklauseln wie in Art. 8 Abs. 2 BIT für Klagen von Privaten der Gerichtsbarkeit von nicht nach Art. 267 AEUV vorlageberechtigten Schiedsgerichten unterwerfen.

31. Die Unvereinbarkeit einer Schiedsklausel wie in Art. 8 Abs. 2 BIT, in der sich Mitgliedstaaten nicht vorlageberechtigten Schiedsgerichten für auch nach Unionsrecht zu entscheidenden Streitigkeiten unterwerfen, mit Art. 267 AEUV ergibt sich auch aus dem Gutachten 2/13 des Gerichtshofs. In diesem Gutachten hat der Gerichtshof die besondere Bedeutung des Art. 267 AEUV und das Verbot seiner Umgehung durch die Mitgliedstaaten bestätigt. Insbesondere hat der Gerichtshof in diesem Gutachten bekräftigt, dass jede Maßnahme der Mitgliedstaaten, die die bloße Gefahr einer Umgehung des Art. 267 AEUV und der Kompetenz des Gerichtshofs zur letztverbindlichen Entscheidung über die Auslegung und Anwendung des Unionsrechts begründet, unionsrechtswidrig ist (EuGH, Gutachten 2/13 vom 18. Dezember 2014, Rn. 198 ff.).

32. Gleiches ergibt sich bereits aus dem Gutachten 1/09 des Gerichtshofs. In diesem Gutachten hat der Gerichtshof festgestellt, dass die Einrichtung von Patentgerichten neben dem Gerichtssystem der Union durch die Mitgliedstaaten gegen Art. 267 AEUV verstößt und daher unionsrechtswidrig ist. Eine Verletzung des Art. 267 AEUV erkannte der Gerichtshof darin, dass die Patentgerichte zwar Unionsrecht anwenden, aber außerhalb des Gerichtssystems der Union eingerichtet werden sollten. Dadurch hätten sie den nationalen Gerichten ihre Aufgabe entzogen, Unionsrecht anzuwenden und gegebenenfalls den Gerichtshof nach Art. 267 AEUV anzurufen. In seinem Gutachten 1/09 betonte der Gerichtshof, dass das Gerichtssystem der Union ein vollständiges System von Rechtsbehelfen und Verfahren ist (EuGH, Gutachten 1/09 vom 8. März 2011, Rn. 70).

33. Das dem Ausgangsverfahren zu Grunde liegende Schiedsverfahren hat gezeigt, dass auch Schiedsklauseln wie Art. 8 Abs. 2 BIT zu einer Umgehung des Art. 267 AEUV und der Letztentscheidungskompetenz des EuGH über Fragen der Auslegung und Anwendung des Unionsrechts führen oder zumindest führen können.

34. So hatte das Schiedsgericht ausdrücklich festgehalten, dass das Unionsrecht einschlägig ist (Zwischenentscheid vom 26. Oktober 2010, Rn. 225 ff., 283) und mit den Regelungen des BIT kollidiert (Zwischenentscheid vom 26. Oktober 2010, Rn. 245 ff., 278 ff.). Ebenso hat das Schiedsgericht ausdrücklich anerkannt, dass allein der Gerichtshof befugt ist, letztverbindlich über die Auslegung und Anwendung des Unionsrechts zu entscheiden (Zwischenentscheid vom 26. Oktober 2010, Rn. 282). Dennoch hat das Schiedsgericht seine Zuständigkeit bejaht und damit eine Umgehung der Kompetenz des Gerichtshofs in Kauf genommen.

35. Der BGH ist der Auffassung, die durch Art. 267 AEUV zu gewährleistende einheitliche Auslegung des Unionsrechts könne dadurch sichergestellt werden, dass vor der Vollstreckung aus dem Schiedsspruch das staatliche Gericht die Vereinbarkeit des Schiedsspruchs mit dem Unionsrecht überprüfen und bei Zweifeln über die Auslegung einer unionsrechtlichen Vorschrift den Gerichtshof um eine Vorabentscheidung gemäß Art. 267 AEUV ersuchen könne (vgl. Beschluss des BGH vom 3. März 2016, Rn. 53).

36. Seine Auffassung begründet der BGH unter anderem damit, dass das Schiedsgericht in erster Linie nicht über die Anwendung und Auslegung von Unionsrecht, sondern über die Verletzung der Regelungen des BIT zu entscheiden habe, die es im Lichte der unionsrechtlichen Bestimmungen insbesondere zum freien Kapital- und Zahlungsverkehr auszulegen hatte. Demzufolge habe das Schiedsgericht in seinem Schiedsspruch keine Verletzung des Art. 63 AEUV, sondern der Art. 3 Abs. 1 und Art. 4 BIT festgestellt (Beschluss des BGH vom 3. März 2016, Rn. 60).

37. Zudem, so der BGH, habe der Schiedsspruch die staatlichen Gerichte weder ihrer Verpflichtung enthoben, in die Prüfung von Aufhebungsgründen das Unionsrecht einzubeziehen, noch ihrer Befugnis oder Pflicht, bei Zweifeln an der Vereinbarkeit mit unionsrechtlichen Bestimmungen den Gerichtshof gemäß Art. 267 Abs. 2 oder 3 AEUV anzurufen (Beschluss des BGH vom 3. März 2016, Rn. 61).

38. Die Slowakische Republik vermag diese Auffassung aus mehreren Gründen nicht zu teilen.

39. Erstens, kann es, wie bereits oben ausgeführt (Rn. 21), nicht darauf ankommen, dass das Schiedsgericht – unter Missachtung der Anwendung des Unionsrechts und des Vorrangs des Unionsrechts – seine Entscheidung auf den BIT und nicht auf die einschlägigen Bestimmungen des Unionsrechts gestützt hat.

40. Zweitens ist zu betonen, dass die nationalen Gerichte im Falle einer Überprüfung eines Schiedsspruchs nur eine beschränkte rechtliche Prüfungskompetenz haben und Schiedssprüche nur in außergewöhnlichen Fällen aufheben können. So ist richtig, dass der Gerichtshof in Hinblick auf Schiedsverfahren zwischen Privaten, die für die Erfüllung von Verpflichtungen aus dem Unionsrecht grundsätzlich nicht verantwortlich sind, anerkannt hat, dass die Erfordernisse der Effizienz von Schiedsverfahren eine nur eingeschränkte Überprüfung von Schiedssprüchen sowie ihre auf Ausnahmefälle beschränkte Aufhebung rechtfertigen (EuGH, Urteil vom 1. Juni 1999, C-126/97, Eco Swiss, Rn. 35). Wie der Gerichtshof jedoch bereits in der Rheinmühlen-Entscheidung zum Ausdruck gebracht hat, reicht in Fällen einer Einschränkung des Art. 267 AEUV durch Maßnahmen der Mitgliedstaaten selbst eine spätere Überprüfung durch die nationalen Gerichte nicht aus, da dadurch die Zuständigkeit des Gerichtshofs zur Vorabentscheidung wie auch die Anwendung des Unionsrechts auf allen Stufen der Gerichtsbarkeit in den Mitgliedstaaten eingeschränkt wird (EuGH, Urteil vom 16. Januar 1974, 166/73, Rheinmühlen, Rn. 5).

41. Dazu kommt, dass, wie der BGH richtig ausführt, zu den Aufhebungsgründen nach deutschem Recht ein Verstoß gegen die öffentliche Ordnung (ordre public) zählt. In den ordre public sei neben dem jeweiligen nationalen Recht das Unionsrecht einzubeziehen. Allerdings begründe nicht jede Verletzung einer unionsrechtlichen Vorschrift einen Verstoß gegen den ordre public. Erforderlich sei vielmehr, dass es sich um eine grundlegende Bestimmung handle, die für die Erfüllung der Aufgaben der Union und insbesondere für die Erfüllung des Binnenmarkts unerlässlich sei (Beschluss des BGH vom 3. März 2016, Rn. 56). Dies hat zur Folge, dass mitgliedstaatliche Gerichte sich in Aufhebungsverfahren von Schiedssprüchen möglicherweise nicht in der Lage sehen, ein Vorabentscheidungsverfahren an den Gerichtshof zu stellen. Jedenfalls können die mitgliedstaatlichen Gerichte in einem Aufhebungsverfahren dann mögliche unionrechtswidrige Schiedssprüche nicht beseitigen, denn nicht jede Unionsrechtsverletzung muss notwendigerweise ihre Entsprechung in einem Aufhebungsgrund nach nationalem Recht finden. Dadurch wird nicht nur der Grundsatz der einheitlichen Auslegung des Unionsrechts verletzt, sondern im vorliegenden Fall auch die Verpflichtung zu einem unionsrechtskonformen Verhalten der Mitgliedstaaten.

42. Drittens mag es zwar zutreffen, dass in einer gewissen Anzahl von Schiedsverfahren, wie etwa auch im Ausgangsfall, ein Überprüfungsverfahren vor einem vorlageberechtigen nationalen Gericht und damit eine Kontrolle durch den Gerichtshof grundsätzlich möglich ist. Doch dies gilt zweifelsohne nicht immer.

43. Die überwiegende Zahl der Fälle von Schiedsverfahren auf Grundlage von BITs wird vor dem Internationalen Zentrum zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten (ICSID), das bei der Weltbank in Washington, DC eingerichtet ist, eingeleitet. Dies trifft auch auf zahlreiche Schiedsverfahren, die sich aus unionsinternen BITs ergeben, zu. So weist

etwa ein Bericht von ICSID aus dem Jahr 2015 51 anhängige Schiedsverfahren auf Grundlage von unionsinternen BITs aus.[2]

44. ICSID-Schiedssprüche können jedoch ausschließlich vor einem ad hoc-Ausschuss, dessen drei Mitglieder dem ICSID-Schiedsrichterverzeichnis angehören müssen, überprüft werden.[3] Eine Überprüfung von ICSID-Schiedssprüchen vor einem nationalen Gericht kommt dabei nicht in Frage.[4] Es ist unstrittig, dass ein ICSID ad-hoc Ausschuss kein Gericht eines Mitgliedstaats gemäß Art. 267 AEUV ist, das ein Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof richten kann. Die Überprüfung von ICSID-Schiedssprüchen findet daher außerhalb jeglicher Kontrolle durch den Gerichtshof statt. Doch selbst die Überprüfung von Nicht-ICSID-Schiedssprüchen unterliegt jedenfalls dann nicht der Kontrolle durch den Gerichtshof, wenn das Schiedsgericht seinen Sitz nicht in einem Mitgliedstaat hat (wie etwa in der Schweiz), was häufig und insbesondere auch bei Schiedsverfahren auf Grundlage von unionsinternen BITs der Fall ist.

45. Es ist die alleinige Entscheidung eines Schiedsklägers, nach welchen in einem BIT vorgesehenen Schiedsregeln er ein Schiedsverfahren auf Grundlage eines BIT einleitet. Im Schiedsverfahren des Ausgangsfalls sah der BIT (zwischen den Niederlanden und der Slowakischen Republik) ein Schiedsverfahren nach dem ICSID-Übereinkommen und den ICSID-

---

2 Vgl. Internationales Zentrum zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten (ICSID), "*The ICSID Caseload – Statistics Special Focus – European Union"* (April 2015), abrufbar unter https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%20EU%20(English)%206-4-15.pdf, S.11 **[Anlage A.2]**.

3 Vgl. Art. 52 des Übereinkommens zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Staaten und Angehörigen anderer Staaten, abgeschlossen in Washington am 18. März 1965 **[Anlage A.3]**.

4 Vgl. etwa Christoph Schreuer et al. "*The ICSID Convention – A Commentary",* 2. Auflage 2009, Artikel 52, Rn. 4: "Under the [ICSID] Convention, Art. 52 is the only way of having the award set aside. In particular, domestic courts have no power of review over ICSID awards." (Übersetzung: "Gemäß der [ICSID] Konvention ist Art. 52 der einzige Weg einen Schiedsspruch aufzuheben. Insbesondere haben nationale Gerichte keine Kompetenz zur Überprüfung von ICSID-Schiedssprüchen.") **[Anlage A.4]**.

Schiedsregeln nicht vor. In einer Vielzahl der Fälle hingegen entscheiden sich Schiedskläger, wie gezeigt, für ein ICSID-Schiedsverfahren (vorausgesetzt der jeweilige BIT sieht diese Möglichkeit vor). ICSID-Schiedssprüche sind jedoch einer Kontrolle durch die nationalen Gerichte und den Gerichtshof entzogen – ebenso wie Schiedssprüche von Schiedsgerichten, die ihren Sitz nicht in einem Mitgliedstaat haben.

46. Schließlich erkennt der BGH an, dass die Mitgliedstaaten nach Art. 4 Abs. 3 Unterabs. 1 EUV verpflichtet sind, die Kohärenz und einheitliche Auslegung des Unionsrechts auch im Dialog mit dem Gerichtshof durch das Vorabentscheidungsverfahren des Art. 267 AEUV zu gewährleisten. Nach Art. 4 Abs. 3 Unterabs. 2 EUV haben die Mitgliedstaaten alle Maßnahmen zu unterlassen, die die Verwirklichung der Ziele der Union gefährden (Beschluss des BGH vom 3. März 2016, Rn. 64). Dennoch vertritt der BGH die Auffassung, die in Art. 4 Abs. 3 EUV verankerte Loyalitätspflicht der Mitgliedstaaten gebiete es nicht, die Zulässigkeit eines Schiedsverfahrens unter Beteiligung eines Mitgliedstaats unionsrechtlich anders zu beurteilen als ein solches zwischen Privaten (Beschluss des BGH vom 3. März 2016, Rn. 65). Obwohl der BGH auf die Rheinmühlen-Entscheidung des Gerichtshofs Bezug nimmt, wonach das Recht nationaler Gerichte zur Vorlage an den Gerichtshof nicht ausgeschlossen werden darf, versucht er diese Entscheidung von dem vorliegenden Fall dadurch zu unterscheiden, dass die Rheinmühlen-Entscheidung kein Schiedsverfahren, sondern eine Vorschrift des innerstaatlichen Verfahrensrechts betroffen habe (Beschluss des BGH vom 3. März 2016, Rn. 66).

47. Diese Unterscheidung vermag jedoch nicht zu überzeugen. Es kann nach Auffassung der Slowakischen Republik keinen Unterschied machen, ob es sich um ein Schiedsverfahren oder eine Vorschrift des innerstaatlichen Verfahrensrechts handelt. Das Gegenteil ist der Fall. Dies gilt schon deshalb, weil Schiedsgerichte grundsätzlich keine Gerichte im Sinne des Art. 267 AEUV sind und daher die Gefahr einer Verletzung der Loyalitätspflicht der Mitgliedstaaten ungleich größer ist, wenn nicht zur

Vorlage an den Gerichtshof berechtigte Schiedsgerichte über mitgliedstaatliche unionsrechtliche Verpflichtungen entscheiden. Die Gefahr einer möglichen Unionsrechtsverletzung ist sogar noch erhöht, wenn, wie gezeigt, etwa im Falle von ICSID-Schiedssprüchen oder von Schiedssprüchen von anderen Schiedsgerichten, die ihren Sitz nicht in einem Mitgliedstaat haben, eine Überprüfung durch nationale Gerichte und somit durch den Gerichtshof unmöglich gemacht wird.

48. Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass nach Rechtsauffassung der Slowakischen Republik Art. 267 AEUV der Anwendung einer Regelung in einem unionsinternen BIT entgegensteht, nach der ein Investor eines Vertragsstaats bei einer Streitigkeit über Investitionen in dem anderen Vertragsstaat gegen letzteren ein Verfahren vor einem Schiedsgericht einleiten darf, wenn das Investitionsschutzabkommen vor dem Beitritt eines der Vertragsstaaten zur Union abgeschlossen worden ist, das Schiedsgerichtsverfahren aber erst danach eingeleitet werden soll.

V. ZUR DRITTEN VORLAGEFRAGE

49. Falls die erste und zweite Vorlagefrage zu verneinen sind, stellt der BGH folgende dritte Vorlagefrage:

> *Steht Art. 18 Abs. 1 AEUV unter den in Frage 1 beschriebenen Umständen der Anwendung einer solchen Regelung entgegen?*

50. Der BGH ist der Auffassung, dass die für eine Diskriminierung erforderliche Benachteiligung der Angehörigen eines anderen Mitgliedstaats vorliegen dürfte, da es Investoren aus anderen Mitgliedstaaten nicht möglich sei, statt eines staatlichen Gerichts ein Schiedsgericht anzurufen (Beschluss des BGH vom 3. März 2016, Rn. 72). Allerdings erscheint es dem BGH fraglich, ob sich eine diskriminierende Wirkung des Art. 8 Abs. 2 BIT daraus ergebe, dass sich die Schiedsklägerin als begünstigte Investorin nicht auf die Schiedsklausel berufen könnte (Beschluss des BGH vom 3. März 2016, Rn. 75). Der BGH ist der Auffassung, der Abschluss einer formbedürftigen Schiedsvereinbarung sei im Hinblick auf den Anwendungsvorrang von

Art. 18 Abs. 1 AEUV nicht erforderlich (Beschluss des BGH vom 3. März 2016, Rn. 78). Der BGH verweist dabei auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs, wonach benachteiligte Personen verlangen können, an den ihnen unzulässig vorenthaltenen Leistungen und Rechten unter den gleichen Voraussetzungen wie die begünstigten Personen teilzuhaben (Beschluss des BGH vom 3. März 2016, Rn. 77 unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 13. Juli 1983, 152/82, Forcheri, Rn. 18; EuGH, Urteil vom 27. September 1988, 235/87, Matteucci, Rn. 23; EuGH, Urteil vom 12. Mai 1998, C-85/96, Martinez Sala, Rn. 63).

51. Nach Auffassung der Slowakischen Republik vermag die Auffassung des BGH nicht zu erklären, wie ein Mitgliedstaat, der nur mit bestimmten Mitgliedstaaten oder sogar nur einem einzigen Mitgliedstaat einen BIT mit einer Investor-Staat-Schiedsklausel (wie etwa Art. 8 Abs. 1 BIT) geschlossen hat, durch Art. 18 Abs. 1 AEUV verpflichtet werden kann, sich gegenüber allen privaten Investoren aus sämtlichen Mitgliedstaaten der Schiedsgerichtsbarkeit zu unterwerfen und auf den ordentlichen Gerichtsweg zu verzichten. Dieser unfreiwillige Entzug des Zugangs zu den ordentlichen Gerichten widerspricht elementaren Rechtsgrundsätzen. Jeder auf dieser formunwirksamen Grundlage ergehende Schiedsspruch wäre unwirksam.

52. Der Zugang zur Schiedsgerichtsbarkeit für Investoren aus Mitgliedstaaten, die sich auf keinen unionsinternen BIT mit der Slowakischen Republik berufen können, hätte daher keine rechtliche Grundlage. Hinzu kommt, dass der Inhalt der unionsinternen BITs der Slowakischen Republik mit anderen Mitgliedstaaten sich von demjenigen des BITs zwischen der Slowakischen Republik und den Niederlanden unterscheidet. Damit bleibt völlig unklar, welchen Inhalt die "fingierten" BITs mit anderen Mitgliedstaaten hätten. Auch könnte eine Situation entstehen, in der sich Investoren aus einem Mitgliedstaat auf einen für sie günstigeren BIT eines anderen Mitgliedstaats mit dem Gaststaat berufen. Der vom BGH vorgeschlagene Weg würde daher nicht nur gegen elementare

Rechtsgrundsätze verstoßen, sondern auch zu erheblicher Rechtsunsicherheit führen.

53. Nach Auffassung der Slowakischen Republik kann auch die vom BGH in Bezug genommene Rechtsprechung des Gerichtshofs diese Rechtsansicht nicht stützen. Denn in allen diesen Verfahren vertrat der Gerichtshof die Auffassung, das Diskriminierungsverbot gebiete die Gewährung gewisser materieller Leistungen innerhalb der EU unabhängig von der Staatsangehörigkeit des (potentiellen) Leistungsempfängers.

54. Jedoch unterstützt keiner der angeführten – und soweit ersichtlich auch kein anderer der vom Gerichtshof entschiedenen – Fälle die Rechtsauffassung, das Diskriminierungsverbot gebiete für Investoren aus Mitgliedstaaten, die kein völkerrechtliches Abkommen mit einem anderen Mitgliedstaat abgeschlossen haben, die Eröffnung eines – unionsrechtswidrigen – Rechtswegs, so etwa die Eröffnung des Zugangs zur Schiedsgerichtsbarkeit. Nach Auffassung der Slowakischen Republik kann die Rechtsprechung des Gerichtshofs daher nicht die vom BGH vertretene Rechtsauffassung stützen.

55. Darüber hinaus widerspricht es, wie oben bereits dargelegt, den Grundprinzipien des Unionsrechtssystems, wenn Mitgliedstaaten Rechtsstreitigkeiten über Unionsrecht auf Schiedsgerichte übertragen, die nicht Teil dieses Systems sind. Somit kommt auch aus diesem Grund eine Ausdehnung von Art. 8 Abs. 2 des BIT (oder einer etwaigen vergleichbaren Bestimmung in einem anderen unionsinternen BIT) auf alle Investoren in der EU nicht in Betracht. Keinesfalls kann dadurch die Unionsrechtswidrigkeit bezüglich Art. 267 und 344 AEUV beseitigt werden; diese würde vielmehr ausgeweitet.

56. Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass nach Rechtsauffassung der Slowakischen Republik Art. 18 Abs. 1 AEUV der Anwendung einer Regelung in einem unionsinternen BIT entgegensteht, nach der ein Investor eines Vertragsstaats bei einer Streitigkeit über Investitionen in dem anderen Vertragsstaat gegen letzteren ein Verfahren vor einem

Schiedsgericht einleiten darf, wenn das Investitionsschutzabkommen vor dem Beitritt eines der Vertragsstaaten zur Union abgeschlossen worden ist, das Schiedsgerichtsverfahren aber erst danach eingeleitet werden soll.

VI. VÖLKERRECHTLICHE BETRACHTUNGSWEISE

57. Wie der BGH zu Recht ausgeführt hat, führt der Verstoß der Schiedsklausel in Art. 8 Abs. 2 BIT gegen Art. 344, Art. 267 und Art. 18 Abs. 1 AEUV zur Unanwendbarkeit der Schiedsklausel (vgl. Beschluss des BGH vom 3. März 2016, Rn. 83). Lediglich der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass der Verstoß gegen auch nur eine der genannten Bestimmungen des AEUV die Unanwendbarkeit der Schiedsklausel in Art. 8 Abs. 1 BIT zur Folge hat. Demnach hat die Slowakische Republik den Abschluss einer Schiedsvereinbarung nicht wirksam angeboten. Achmea B.V. konnte dann durch Erhebung der Schiedsklage keine Schiedsvereinbarung zustande bringen (vgl. Beschluss des BGH vom 3. März 2016, Rn. 83).

58. Die Slowakische Republik stimmt dem BGH auch dahingehend zu, dass dieses Ergebnis mit dem Völkerrecht in Einklang steht. Wie der BGH zutreffend ausführt, haben die Mitgliedstaaten durch den Beitritt zur Union ihre völkerrechtliche Dispositionsbefugnis beschränkt und untereinander auf die Ausübung mit dem Unionsrecht kollidierender völkervertraglicher Rechte verzichtet. Im Hinblick darauf hat der Vorrang der unionsrechtlichen Bestimmungen zur Folge, dass eine mit ihnen unvereinbare Regelung unanwendbar ist. Die Angehörigen der beteiligten Mitgliedstaaten können sich nicht auf ältere völkerrechtliche Verpflichtungen der Mitgliedstaaten berufen, die im Widerspruch zum Unionsrecht stehen (vgl. Beschluss des BGH vom 3. März 2016, Rn. 85).

59. Sowohl eine unionsrechtliche Analyse als auch eine völkerrechtliche Betrachtungsweise führen zu einer Bejahung aller drei Fragen des BGH (vgl. Beschluss des BGH vom 3. März 2016, Rn. 84).

60. Folglich war das Schiedsgericht in dem Schiedsverfahren, das dem Ausgangsverfahren zu Grunde lag, sowohl aus unions- als auch aus

völkerrechtlichen Gründen unzuständig und konnte daher auch den Schiedsspruch nicht erlassen.

VII. VORSCHLAG ZUR BEANTWORTUNG DER FRAGEN DES BGH

61. Aus den oben angeführten Gründen schlägt die Slowakische Republik vor, die drei Fragen des BGH wie folgt zu beantworten:

62. Art. 344 AEUV steht der Anwendung einer Regelung in einem unionsinternen BIT entgegen, nach der ein Investor eines Vertragsstaats bei einer Streitigkeit über Investitionen in dem anderen Vertragsstaat gegen letzteren ein Verfahren vor einem Schiedsgericht einleiten darf, wenn das Investitionsschutzabkommen vor dem Beitritt eines der Vertragsstaaten zur Union abgeschlossen worden ist, das Schiedsgerichtsverfahren aber erst danach eingeleitet werden soll.

63. Sollte der Gerichtshof die erste Frage verneinen, so steht Art. 267 AEUV der Anwendung einer solchen Regelung entgegen.

64. Sollte der Gerichtshof die erste und die zweite Frage verneinen, so steht Art. 18 Abs. 1 AEUV unter den in der ersten Frage beschriebenen Umständen der Anwendung einer solchen Regelung entgegen.

Für die Slowakische Republik als Partei des innerstaatlichen Verfahrens:

Markus Burgstaller

[redacted]

Hogan Lovells International LLP
Atlantic House
Holborn Viaduct
London EC1A 2FG
Vereinigtes Königreich

Karl Pörnbacher

[redacted]

Hogan Lovells International LLP
Karl-Scharnagl-Ring 5
80539 München
Deutschland

1 September 2016