

Schiedsgerichtliche Exklusivität versus staatlicher Kontrollvorbehalt: Die ICSID-Konvention im Visier des BGH

José Miguel León Pacas Castro*

Inhalt	
A. Einleitung	41
B. Die Rechtssache <i>Achmea</i>	43
I. Das Urteil des EuGH	43
II. „Der Weg nach Luxemburg“: Die Anwendung der <i>lex loci arbitri</i> als rechtstechnische Grundlage	44
C. Der „Exklusivitätsanspruch“ der ICSID-Schiedsverfahren	45
D. ICSID-Konvention vs. §§ 1025 ff. ZPO: Die Verfahren vor der deutschen Gerichtsbarkeit	47
I. Die Verfahren vor dem OLG Köln und dem KG Berlin	48
II. Die finale Beurteilung des BGH	49
E. Intra-EU-Investitionsschutz ohne Intra-EU-BITs? Folgen des Urteils und Ausblick	52

Abstract

Investor-Staat-Schiedsklauseln aus Investitionsschutzabkommen zwischen EU-Mitgliedstaaten hat der EuGH 2018 im Fall *Achmea* für unionsrechtswidrig erklärt. Damit hat der EuGH eine dogmatische Präzedenz etabliert, denen mitgliedstaatliche Gerichte bei der Kontrolle solcher Verfahren Folge zu leisten haben. Die bisherigen Verfahren vor mitgliedstaatlichen Gerichten beschränkten sich dabei auf Schiedsverfahren, die unweigerlich der *lex loci arbitri* und damit dem Zugriff durch staatliche Gerichte unterlagen. Die deutsche Gerichtsbarkeit war nunmehr erstmals im Intra-EU-Kontext mit ICSID-Schiedsverfahren konfrontiert. ICSID-Verfahren beanspruchen nach den ihnen zugrundeliegenden Regularien eine Exklusivität und damit eine Sperrwirkung gegenüber staatsgerichtlichen Kontrollmechanismen. So stellte sich für die deutsche Gerichtsbarkeit die Frage, ob zur Durchsetzung des Unionsrechtsvorrangs dennoch die Möglichkeit besteht, ICSID-Verfahren einer gerichtlichen Kontrolle zu unterziehen.

* LL.M, wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand am Lehrstuhl von Prof. Dr. Gerd Morgenthaler für Öffentliches Recht unter Berücksichtigung europäischer und internationaler Bezüge der Universität Siegen (Germany). E-Mail: pacas@recht.uni-siegen.de.

Arbitrational Exclusiveness versus National Court's Judicial Control: The ICSID-Convention in the Crosshairs of the German Federal Court of Justice

In the in 2018 decided *Achmea* case, the CJEU declared investor-state arbitration clauses in investment treaties between EU member states as incompatible with EU law. Thereby, the CJEU established a precedence that must be followed by member state's national courts when controlling respective procedures. The previous procedures settled by member states' courts so far embraced only arbitration cases ruled by the respective *lex loci arbitri*, so that national courts were entitled to control these procedures. German courts now firstly had to deal with ICSID procedures in the intra-EU context. ICSID procedures claim an exclusive standing according to ICSID's regulatory framework and thereby establish a barrier towards control mechanisms by national courts. Therefore, the question arose for German courts, whether there is a possibility to control ICSID procedures anyways for the purpose of enforcing the primacy of EU law according to the *Achmea* ruling.

Keywords: International Investment Law, International Investment Arbitration, ICSID, EU Law, ZPO, Primacy of EU Law, Autonomy of EU Law, Revision of Investment Awards, *lex loci arbitri*

A. Einleitung

Das System zum Schutz von ausländischen Direktinvestitionen wird global von bilateralen und multilateralen Investitionsschutzabkommen (*Bilateral/Multilateral Investment Treaties*, BITs/MITs) dominiert.¹ Materiellrechtlich etablieren moderne BITs Regularien zum Zwecke eines speziellen Schutzes ausländischer Direktinvestitionen vor Maßnahmen durch den Gaststaat. Klassische BIT-Schutzstandards sind sowohl Diskriminierungsverbote als auch speziell investitionsbezogene Schutzpositionen, etwa ein umfassender Schutz vor direkten und indirekten Enteignungen und das Gebot einer fairen und gerechten Behandlung durch den Gaststaat (*Fair and Equitable Treatment*, FET).² Daneben enthalten moderne BITs regelmäßig ein wesentliches prozessuales Instrumentarium: Anstatt eine Streitigkeit aus diesem originär zwischenstaatlichen Verhältnis auf der Staat-Staat-Ebene beizulegen, hat sich im BIT-Recht die Investor-Staat-Streitbeilegung (*Investor-State Dispute Settlement*, ISDS) etabliert, sodass BITs regelmäßig entsprechende Investor-Staat-Schiedsklauseln enthalten.³ Das ISDS bietet Investoren ein unmittelbares Klagerecht gegen den Gaststaat und ist damit vergleichsweise revolutionär, sieht doch das allgemeine Völkerrecht traditionell ein solches Klagerecht von Individuen gegen Staaten auf Grundlage völkerrechtlicher Verträge nur bedingt vor.⁴ Eine besondere und mittler-

1 Griebel, S. 6 f., 40 f., 61; da BITs für den völkervertragsrechtlichen Investitionsschutz den Regelfall bilden, wird nachfolgend diese Bezeichnung verwendet.

2 Griebel, S. 69 ff.; Collins, S. 95 ff.; Dolzer/Kriebaum/Schreuer, S. 146 ff.

3 Griebel, S. 92 f.; Collins, S. 222; Krajewski, Rn. 651.

4 Griebel, S. 11, 19, 93, 114; Dolzer/Kriebaum/Schreuer, S. 334, 340.

weile die praktisch relevanteste Ausprägung des ISDS ist die institutionalisierte Schiedsgerichtsbarkeit durch das *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID).⁵ Diese Verfahren erfolgen sodann verfahrensrechtlich nach der ICSID-Konvention.⁶ Die überwiegende Mehrheit der global geführten Verfahren wird durch das ICSID geführt und folgt demnach den durch die ICSID-Konvention statuierten Regularien.⁷ Eine Besonderheit von ICSID-Verfahren ist die Entkopplung der Verfahren von staatlichen Gerichten, indem Artt. 26, 53 f. der Konvention ausdrücklich jegliche Intervention nationaler Gerichte in diese Verfahren untersagen.

Für BITs zwischen EU-Mitgliedstaaten (Intra-EU-BITs) zeichnet sich nunmehr seit der *Achmea*-Entscheidung ein Ende des ISDS ab.⁸ Der Europäische Gerichtshof (EuGH) erklärte diese Schiedsklauseln in Intra-EU-BITs seinerzeit insgesamt für unionsrechtswidrig. Dieses Diktum konnte gerichtlich insoweit durchgesetzt werden, als Schiedsverfahren, welche verfahrensrechtlich unproblematisch der Kontrolle mitgliedstaatlicher Gerichte unterlagen, unterbunden werden konnten. Demgegenüber entziehen sich ICSID-Verfahren jedoch gerade einer solchen Kontrolle durch alle staatlichen Gerichte, sodass sich die Frage stellt, ob mitgliedstaatliche Gerichte diese Verfahren zur Durchsetzung der grundlegenden unionsrechtlichen Dogmatik des EuGH überhaupt überprüfen können. Mit dieser Frage waren deutsche Gerichte, einschließlich des Bundesgerichtshofs (BGH), jüngst betraut.⁹

Der vorliegende Beitrag setzt sich mit dieser Rspr. des BGH auseinander. Dazu sei zunächst ein Überblick über die originäre inhaltliche Problematik der Intra-EU-BITs und die Rspr. des EuGH gegeben (B. I.). Dazu wird insbesondere die den bisherigen Verfahren zugrundeliegende verfahrensrechtliche Besonderheit der Anwendung der *lex loci arbitri* nachgezeichnet (B. II.). Nachfolgend sei ein Überblick über die wesentlichen Elemente der ICSID-Konvention gegeben, die die Exklusivität der Verfahren etablieren sollen. Sodann werden die methodischen und dogmatischen Erwägungen des BGH sowie der Vorinstanzen nachgezeichnet (D.). Im Vordergrund stehen dabei die Methodik des BGH und seine verfahrensrechtlichen Erwägungen betreffend der staatlichen Kontrollbefugnis von ICSID-Verfahren nach deutschem Recht. Abschließend wird eine zusammenfassende Übersicht über mögliche Folgen des Urteils sowie ein Ausblick für den Intra-EU-Investitionsschutz gegeben (E.).

5 Griebel, S. 119; Krajewski, Rn. 653; Oeter, in: Ipsen (Hrsg.), § 51, Rn. 48, 50.

6 Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States v. 14.10.1966, BGBl. II 1969 Nr. 12, S. 369.

7 Griebel, S. 115; Collins, S. 233; Dolzer/Kriebaum/Schreuer, S. 342; Sasson, in: Bungenberg/Griebel/Hobe/Reinisch (Hrsg.), Chapter 11 III, Rn. 8; Herdegen, § 23, Rn. 30; Hobe, S. 392.

8 EuGH, Rs. C-284/16, *Achmea B.V. v. Slowakische Republik*, ECLI:EU:C:2018:158.

9 BGH, I ZB 74/22; BGH, I ZB 75/22; BGH, I ZB 43/22; OLG Köln, 19 SchH 14/21; KG, 12 SchH 6/21.

B. Die Rechtssache *Achmea*

I. Das Urteil des EuGH

„Du sollst keine anderen Götter haben neben mir.“ (Ex 20.3) – mit diesem Zitat beschreiben Kritiker den der *Achmea*-Entscheidung zugrundeliegenden dogmatischen Ansatz des EuGH.¹⁰ In der Rs. *Achmea* sollte der EuGH die durch den BGH vorgelegte Frage beantworten, ob ein ISDS-Mechanismus eines Intra-EU-BITs mit dem Unionsrecht vereinbar ist. Entgegen der Auffassungen der Vorinstanzen (Oberlandesgericht [OLG] Frankfurt a.M. und BGH) und des Generalanwalts entschied der EuGH: Schiedsvereinbarungen in den in Rede stehenden Intra-EU-BITs seien mit dem Unionsrecht unvereinbar und daher unzulässig.¹¹ Der Gerichtshof begründete die Entscheidung damit, dass einem entsprechenden Schiedsgericht potenziell die Aufgabe und Befugnis zukäme, nationales Recht eines an einem Intra-EU-BIT beteiligten Mitgliedstaates – und damit auch Unionsrecht – auszulegen und anzuwenden.¹² Eine solche Auslegungshoheit stehe im Widerspruch zur Autonomie des Unionsrechts.¹³ Dieser Autonomieanspruch sei, so der EuGH, insbesondere in Art. 344 AEUV¹⁴ verankert und werde durch das in den europäischen Verträgen konstituierte Gerichtssystem i.S.v. Art. 19 EUV gesichert, demgemäß es ausschließlich Sache der nationalen Gerichte und des EuGH sei, die volle Anwendung des Unionsrechts in den Mitgliedstaaten zu gewährleisten.¹⁵ Da einem solchen Schiedsgericht, so die Argumentation des EuGH, auch keine Vorlagebefugnis i.S.v. Art. 267 AEUV zukomme, verletze eine solche Schiedsvereinbarung die durch Art. 344 AEUV sicherzustellende Autonomie des Unionsrechts, sodass solche Schiedsvereinbarungen in Intra-EU-BITs generell unzulässig seien.¹⁶ Dass diese Dogmatik unweigerlich auch für Schiedsklauseln in Intra-EU-MITs wie dem Vertrag über die Energiecharta (ECT)¹⁷ gilt, hat der EuGH in seiner *Komstroy*-Entscheidung bestätigt.¹⁸

10 Wernicke, NJW 2018/23, S. 1644; so auch zur *Komstroy*-Entscheidung (EuGH, Rs. C-741/19, *Komstroy LLC v. Republik Moldau*, ECLI:EU:C:2021:655): Bischoff, ZEuP 2022/4, S. 950.

11 EuGH, Rs. C-284/16, *Achmea B.V. v. Slowakische Republik*, ECLI:EU:C:2018:158, Rn. 59.

12 Ibid., Rn. 41 f.

13 Ibid., Rn. 56, 59.

14 Konsolidierte Fassung des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. EU C 115 v. 9.5.2008, S. 1 = BGBl. II 2008 Nr. 27, S. 1038.

15 EuGH, Rs. C-284/16, *Achmea B.V. v. Slowakische Republik*, ECLI:EU:C:2018:158, Rn. 32, 35 f.; Wegener, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 344 AEUV, Rn. 7.

16 EuGH, Rs. C-284/16, *Achmea B.V. v. Slowakische Republik*, ECLI:EU:C:2018:158, Rn. 45 f., 60.

17 Vertrag über die Energiecharta v. 17.12.1994, ABl. EG L 380 v. 31.12.1994, S. 24 = BGBl. II 1997 Nr. 1, S. 4.

18 EuGH, Rs. C-741/19, *Komstroy LLC v. Republik Moldau*, ECLI:EU:C:2021:655, Rn. 65 f.

Das Schicksal der Intra-EU-BITs schien damit grundsätzlich besiegelt. Ohne eine wirksame Schiedsvereinbarung wird ein BIT faktisch bedeutungslos, kann doch ein in seinen Rechten aus einem solchen BIT potenziell verletzter Investor jene Rechtsverletzung im Regelfall nur durch die essentielle Schiedsklausel des BIT geltend machen. Aufgrund dieses bedeutenden Einschnitts in die durch die Intra-EU-BITs gewährten Rechtspositionen waren die *Achmea*-Entscheidung und die darauf basierenden Entscheidungen, insbesondere die inhaltliche Argumentation des EuGH, Gegenstand kontroverser Diskussionen und Kritik in der Fachliteratur, deren Argumente vorliegend nicht wiedergegeben werden.¹⁹ Nichtsdestotrotz kann die Dogmatik der *Achmea*-Entscheidung als wesentliche und mittlerweile etablierte Präzedenz gewertet werden, die sowohl von Gerichten in vergleichbaren Verfahren Anwendung findet,²⁰ als auch in der entsprechenden Literatur rezipiert wird.²¹

II. „Der Weg nach Luxemburg“: Die Anwendung der *lex loci arbitri* als rechtstechnische Grundlage

Die *Achmea*-Entscheidung basiert rechtstechnisch auf einer wesentlichen Prämisse, nämlich der Anwendung der *lex loci arbitri* und infolgedessen der Kontrolle durch nationale Gerichte. Stein des Anstoßes war das ursprüngliche ad-hoc-Schiedsverfahren in Frankfurt a.M. zwischen der Achmea B.V. und der Slowakei, in welchem das Schiedsgericht zu Gunsten der Achmea B.V. entschied.²² Ad-hoc-Schiedsverfahren folgen dem Territorialitätsprinzip. Sie unterliegen der *lex loci arbitri* des Staates, in dem sich das Schiedsgericht konstituiert,²³ folglich in der Rs. *Achmea* der deutschen ZPO.²⁴ Die Slowakei beantragte vor dem OLG Frankfurt a.M. die Aufhebung des Schiedsspruchs unter Berufung auf § 1059 Abs. 2 Nr. 1 lit. a) ZPO mit der Begründung, das Schiedsgericht sei aufgrund der Unvereinbarkeit der zugrun-

19 Stöbener de Mora, EuZW 2018/9, S. 363; Classen, EuR 2018/3, S. 361; Brauneck, EuR 2018/4, S. 429; Lang, EuR 2018/5, S. 525; Terhechte, EuR 2020/6, S. 569; Nikolov, EuR 2022/4, S. 496; Müller/Simon, NJOZ 2018/26, S. 961; Lavranos/Singla, SchiedsVZ 2018/6, S. 348; Wernicke, NJW 2018/23, S. 1644; Bischoff, ZEuP 2022/4, S. 950.

20 EuGH, Rs. C-741/19, *Komstroy LLC v. Republik Moldau*, ECLI:EU:C:2021:655, Rn. 65 f.; EuGH, Rs. C-638/19 P, *European Food S.A. v. Europäische Kommission*, ECLI:EU:C:2022:50, Rn. 142 ff.; BGH, I ZB 16/21; OLG Frankfurt a.M., 26 SchH 2/20; Lietuvos Respublikos Aukščiausio Teismo, e3K-3-121-916/2022.

21 Exemplarisch: Wegener, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 344 AEUV, Rn. 7; Khan, in: Geiger/Khan/Kotzur/Kirchmair (Hrsg.), Art. 344 AEUV, Rn. 5; Dörr, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 344 AEUV, Rn. 40 ff.; Wolf/Eslami, in: Vorwerk/Wolf (Hrsg.), § 1025 ZPO, Rn. 9a.2; Wilske/Markert, in: Vorwerk/Wolf (Hrsg.), § 1059 ZPO, Rn. 36.1; Geimer, in: Zöller (Hrsg.), Vorbemerkungen zu §§ 1025-1066 ZPO, Rn. 7.

22 PCA Case No. 2008-13, Award v. 26.10.2010.

23 Dolzer/Kriebaum/Schreuer, S. 434; Sasson, in: Bungenberg/Griebel/Hobe/Reinisch (Hrsg.), Chapter 11 III, Rn. 162; Münch, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), § 1025 ZPO, Rn. 10; Voit, in: Musielak/Voit (Hrsg.), § 1025 ZPO, Rn. 3; Wolf/Eslami, in: Vorwerk/Wolf (Hrsg.), § 1025 ZPO, Rn. 34; Geimer, in: Zöller (Hrsg.), § 1025 ZPO, Rn. 1, 3 f.; Saenger, in: Saenger (Hrsg.), § 1025 ZPO, Rn. 1.

24 BGBl. II 2005 Nr. 72 S. 3202; EuGH, Rs. C-284/16, *Achmea B.V. v. Slowakische Republik*, ECLI:EU:C:2018:158, Rn. 10.

deliegenden Schiedsvereinbarung mit dem Unionsrecht nicht zuständig gewesen.²⁵ So kam es zu einem Verfahren vor dem BGH²⁶ und schließlich im Zuge eines Vorlageverfahrens nach Art. 267 AEUV zu der vorgenannten Entscheidung des EuGH.²⁷

Entscheidend ist in dieser Konstellation das vorgenannte Territorialitätsprinzip und die sich daraus ergebende Anwendung der *lex loci arbitri* sowie die entsprechende Zuständigkeit nationaler Gerichte für die Kontrolle von Schiedsverfahren. Auch wenn Schiedsverfahren eine rechtmäßige und durch das nationale Recht regelmäßig gestützte Form und Alternative zur nationalen Gerichtsbarkeit bilden, kommt nationalen Gerichten nichtsdestotrotz für ad-hoc-Schiedsverfahren ein Kontrollvorbehalt zu. Dabei geht es nicht um eine Kontrolle in der Streitsache selbst, einer sog. *révision au fond*.²⁸ Exemplarisch: Ein in Deutschland geführtes Schiedsverfahren unterliegt, wie in der Rs. *Achmea*, den Bestimmungen der §§ 1025 ff. ZPO, so dass ein deutsches Gericht bspw. die Rechtmäßigkeit der Schiedsvereinbarung prüfen und so Schiedsgerichten ihre Zuständigkeit aberkennen kann. Zwar kommt einem Schiedsgericht grundsätzlich die Befugnis zu, seine eigene Zuständigkeit zu konstituieren (Kompetenz-Kompetenz), jedoch ist diese nicht abschließend.²⁹ Nach dieser für ad-hoc-Schiedsverfahren einschlägigen Rechtssystematik konnten in vergleichbaren Verfahren nationale Gerichte unter Anwendung der durch *Achmea* geschaffenen Präzedenz Schiedsgerichte für unzuständig erklären und die entsprechenden Verfahren annullieren.³⁰

C. Der „Exklusivitätsanspruch“ der ICSID-Schiedsverfahren

Das modernen BITs zugrundeliegende Schiedsverfahrensrecht ermöglicht indes nicht einzig die Eröffnung solcher ad-hoc-Schiedsverfahren. Auf Initiative der Weltbank wurde 1965 die ICSID-Konvention verabschiedet und trat 1966 in Kraft; mit ihr wurde das ICSID als Streitbeilegungsorgan gegründet.³¹ Derzeit sind 158 Staaten der Konvention beigetreten (*contracting states*).³² Auf eine umfassende Darstellung der durch ICSID geschaffenen Systematik des ISDS wird vorliegend verzichtet.³³

25 OLG Frankfurt a.M., 26 Sch 3/13.

26 BGH, I ZB 2/15.

27 EuGH, Rs. C-284/16, *Achmea B.V. v. Slowakische Republik*, ECLI:EU:C:2018:158, Rn. 23.

28 Dietrich, in: Kern/Diehm (Hrsg.), § 1032 ZPO, Rn. 1; Münch, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), § 1059, Rn. 8 m.w.N.

29 Dietrich, in: Kern/Diehm (Hrsg.), § 1032 ZPO, Rn. 1.

30 Vgl. Fn. 20.

31 Griebel, S. 116; Collins, S. 233; Dolzer/Kriebaum/Schreuer, S. 342; Herdegen, § 23, Rn. 34; Oeter, in: Ipsen (Hrsg.), § 51, Rn. 50; Hobe, S. 392.

32 ICSID, Database of ICSID Member States, abrufbar unter: <https://icsid.worldbank.org/about/member-states/database-of-member-states> (17.2.2024).

33 Vertiefend: Griebel, S. 121 ff.; Collins, S. 233 ff.; Waibel, in: Bungenberg/Griebel/Hobe/Reinisch (Hrsg.), Chapter 11 II, Rn. 113 ff.; Sasson, in: Bungenberg/Griebel/Hobe/Reinisch (Hrsg.), Chapter 11 III, Rn. 46 ff.

Entscheidend ist in diesem Kontext der Anspruch auf „Exklusivität“ der ICSID-Verfahren.³⁴ Das ICSID-System wird von der Investitionsrechtslehre regelmäßig als „*self contained regime*“ klassifiziert, demgemäß es grundsätzlich eine Rechtssystematik ist, die keiner Ergänzung durch weitere Vorschriften des nationalen Rechts bedarf.³⁵ Gewährleistet wird dies insbesondere durch folgende Konventionsnormen: Zunächst entscheidet ein ICSID-Schiedsgericht gem. Art. 41 Abs. 1 ICSID-Konvention selbst über seine Zuständigkeit. Nach Artt. 26, 53 ICSID-Konvention sind Schiedssprüche der ICSID-Schiedsgerichte für die Parteien bindend und unterliegen keinen anderen als den in der Konvention vorgesehenen (Art. 52 ICSID-Konvention) Rechtsmitteln. Weiterhin sind die Schiedssprüche nach Art. 54 ICSID-Konvention auch in allen Konventionsstaaten bindend und vollstreckbar; sie sind so zu behandeln, als handle es sich um rechtskräftige Urteile innerstaatlicher Gerichte. Ziel dieser Regularien der Konvention ist die Etablierung einer Exklusivität der ICSID-Schiedsverfahren bzw. einer sog. „Delokalisierung“ oder „Internationalisierung“.³⁶ Anders als ad-hoc-Schiedsverfahren sollen ICSID-Schiedsverfahren somit jeder nachträglichen Intervention durch nationale Gerichte entzogen werden.³⁷ Rechtsmittel wie Revision und Aufhebung erfolgen einzig nach den in der Konvention vorgeschriebenen Regularien.³⁸ Der Effekt der „Delokalisierung“ tritt demnach dadurch ein, dass der Ort, an dem das Schiedsverfahren geführt wird, grundsätzlich bedeutungslos wird, entzieht die Konvention doch eigentlich das Verfahren jeder nachträglichen Überprüfung durch lokale, nationale Gerichte und schließt damit gleichsam die Anwendung der *lex loci arbitri* aus.³⁹ Die Kompetenz-Kompetenz des ICSID-Schiedsgerichts gem. Art. 41 ICSID-Konvention ist isoliert betrachtet zwar kein Novum, haben doch jegliche Schiedsgerichte grundsätzlich diese Kompetenz. Durch die Exklusivität des Verfahrens nach den ICSID-Regularien erhebt die Kompetenz-Kompetenz des ICSID-Schiedsgerichts jedoch, anders als bei dem Territorialitätsprinzip unterliegenden ad-hoc-Schiedsgerichten, Anspruch auf Finalität. Durch diese Verfahrensregularien der ICSID-Konvention sollen die Verfahren im Ergebnis rechtstechnisch gänzlich vom nationalen Recht und nationalen Gerichten entkoppelt werden. Hintergrund dessen ist die Entpolitisierung von Investitionsschiedsverfahren.⁴⁰ Investoren soll eine hinreichende Rechtssicherheit dahingehend

34 Tietje, EU-Recht bricht Völkerrecht? Der Trugschluss der europäischen Calvo-Doktrin, Verfassungsblog, 16.6.2023, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/eu-recht-bricht-völkerrecht-der-trugschluss-der-europäischen-calvo-doktrin/> (17.2.2024).

35 Griebel, S. 119; Collins, S. 235; Dolzer/Kriebaum/Schreuer, S. 343; Sasson, in: Bungenberg/Griebel/Hobe/Reinisch (Hrsg.), Chapter 11 III, Rn. 38, 44, 55, 161; Honlet/Legum/Crevon, in: Bungenberg/Griebel/Hobe/Reinisch (Hrsg.), Chapter 11 VI.A, Rn. 1.

36 Griebel, S. 119; Collins, S. 240; Sasson, in: Bungenberg/Griebel/Hobe/Reinisch (Hrsg.), Chapter 11 III, Rn. 38, 161; Schöbener/Herbst/Perkams, Kapitel 4, Rn. 391.

37 Collins, S. 235; Dolzer/Kriebaum/Schreuer, S. 343, 448; Sasson, in: Bungenberg/Griebel/Hobe/Reinisch (Hrsg.), Chapter 11 III, Rn. 43, 55; Honlet/Legum/Crevon, in: Bungenberg/Griebel/Hobe/Reinisch (Hrsg.), Chapter 11 VI.A, Rn. 1.

38 Sasson, in: Bungenberg/Griebel/Hobe/Reinisch (Hrsg.), Chapter 11 III, Rn. 43 f.

39 Sasson, in: Bungenberg/Griebel/Hobe/Reinisch (Hrsg.), Chapter 11 III, Rn. 38, 161; Tietje, EU-Recht bricht Völkerrecht? (Fn. 34).

40 Griebel, S. 119; Collins, S. 236; Dolzer/Kriebaum/Schreuer, S. 30.

gewährt werden, dass durch ein ICSID-Verfahren in der Streitigkeit abschließend entschieden wird. Das Risiko, dass ein Gaststaat aus womöglich politischen Erwägungen einen Schiedsentscheid nachträglich zu eigenen Gunsten revidiert, soll im Ergebnis minimiert bzw. eliminiert werden.

Die Regularien der ICSID-Konvention stehen damit der inhaltlichen Argumentation der *Achmea*-Rspr. sowie den verfahrensrechtlichen Grundlagen, die diese Entscheidung überhaupt erst ermöglichten, diametral gegenüber. Zwar postuliert der EuGH in seiner Rspr. unmissverständlich die Unvereinbarkeit von Schiedsklauseln in Intra-EU-BITs mit dem Unionsrecht. Folgt man indes den vorgenannten Regularien der ICSID-Konvention, ließe sich argumentieren, dass ein mitgliedstaatliches Gericht ein entsprechendes Schiedsverfahren, das nach der ICSID-Konvention eingeleitet wird, gar nicht erst kontrollieren und demzufolge auch nicht unter Anwendung der *Achmea*-Kriterien annullieren könne. Die Vereinbarung einer ISDS-Schiedsklausel nach der ICSID-Konvention in Intra-EU-BITs erscheint demnach potenziell als die letzte Möglichkeit, Investoren weiterhin den Rechtsschutz dieser BITs zu gewähren.

D. ICSID-Konvention vs. §§ 1025 ff. ZPO: Die Verfahren vor der deutschen Gerichtsbarkeit

Damit stellt sich die Frage, ob durch entsprechende ICSID-Schiedsklauseln in Intra-EU-BITs die Anwendung der *Achmea*-Kriterien verhindert werden kann, indem die Verfahren dem Zugriff durch mitgliedstaatliche Gerichte entzogen werden. Die Problematik der gerichtlichen Überprüfung äußert sich, wie der nachfolgend darzustellende Ansatz der deutschen Gerichte bestätigt, in zwei Ausprägungen: Erstens etabliert die ICSID-Konvention, wie dargelegt, durch ihre Normen ein geschlossenes System und damit eine grundlegende Sperrwirkung gegenüber dem Kontrollvorbehalt staatlicher Gerichte. Zweitens stellt sich jedoch die Vorfrage, wie delokalisierte Schiedsverfahren und -sprüche überhaupt nach verfahrensrechtlichen Regularien des nationalen Rechts kategorisiert werden können und ob folglich nach verfahrensrechtlich gebotenen Fallkategorien überhaupt eine Subsumtion delokalisierte Schiedssprüche unter diesen möglich ist. Mit dieser Problematik waren sowohl das KG Berlin⁴¹ als auch das OLG Köln⁴² (sowie schließlich in der Revision der Verfahren der BGH) konfrontiert. Grundlage der Verfahren war jeweils ein ICSID-Schiedsverfahren, das durch die Schiedsklausel des Vertrags über die Energiecharta (ECT) eingeleitet wurde. Zwar hat der EuGH in seiner *Komstroy*-Entscheidung bereits grundsätzlich unter Anwendung der *Achmea*-Kriterien die entsprechende Schiedsvereinbarung des ECT für unionsrechtswidrig und damit unzulässig erklärt.⁴³ Gleichwohl war das seinerzeit in Rede stehende Schiedsverfahren

41 KG, 12 SchH 6/21.

42 OLG Köln, 19 SchH 14/21.

43 Dörr, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 344, Rn. 42.

ren ein ad-hoc-Schiedsverfahren und kein ICSID-Verfahren,⁴⁴ bietet doch der ECT sowohl ICSID-Verfahren (Art. 26 Abs. 4 lit. a) i) ECT) als auch ad-hoc-Verfahren (Art. 26 Abs. 4 lit. b) ECT) als alternative Streitbeilegungsmechanismen. Während die materiellrechtlichen Leitlinien der *Achmea*-Rspr. in der Sache offenkundig sind, stand im Vordergrund der Verfahren die Inzidentprüfung, ob die Gerichte in der Sache überhaupt zuständig sind, die in Rede stehenden ICSID-Schiedsverfahren unter Anwendung der §§ 1025 ff. ZPO als *lex loci arbitri* zu überprüfen.

I. Die Verfahren vor dem OLG Köln und dem KG Berlin

In den Verfahren ging es konkret um die gerichtliche Kompetenz zur Prüfung der Zulässigkeit der Schiedsvereinbarung gem. § 1032 Abs. 2 ZPO. Die Gerichte entschieden im Ergebnis unterschiedlich. Das KG Berlin folgt in seiner Argumentation der vorgenannten Systematik der ICSID-Konvention und verneint demzufolge seine Zuständigkeit unter Verweis auf die entsprechenden Regularien der Artt. 53, 54 ICSID-Konvention.⁴⁵ Das Gericht erkennt zwar grundsätzlich die dogmatischen Erwägungen der *Achmea*-Rspr. sowie der darauf gründenden Rspr.⁴⁶ Nichtsdestotrotz stehe, so das KG, der exklusive Charakter der durch die Regularien der ICSID-Konvention konstituierten ICSID-Verfahren einem entsprechenden Kontrollvorbehalt entgegen, sodass solche Verfahren durch die EuGH-Rspr. unbeeinflusst blieben.⁴⁷

Demgegenüber steht die Argumentation des OLG Köln. Zwar erkennt das Gericht gleichsam an, dass die Regularien der ICSID-Konvention grundsätzlich die ICSID-Schiedsverfahren einer Kontrolle durch nationale Gerichte entziehen.⁴⁸ Ferner erkennt das Gericht die aus diesen Regularien folgende „Delokalisierung“ von ICSID-Verfahren, wonach sie im schiedsverfahrensrechtlichen Sinne keinen echten „Schiedsort“, sondern lediglich einen „Tagungsort“ haben, was bereits die Anwendung der §§ 1025 ff. ZPO potenziell infrage stelle,⁴⁹ fehlt es doch grundsätzlich für solche Verfahren schon an einer entsprechenden Anknüpfung in § 1025 ZPO, durch welche die Anwendung der entsprechenden Normen eröffnet wäre. Dieses Kriterium sei indes, so das Gericht, für die Anwendung der entsprechenden, staatlichen Gerichten durch die ZPO zugewiesenen Kontrollvorbehalte unerheblich: „[...] staatliche Gerichte haben nationale Gesetze nicht nur im Einklang mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen Deutschlands auszulegen, sondern sie müssen aufgrund des Vorrangs des Unionsrechts dieses Unionsrecht effektiv zur Geltung bringen. Bei einem Konflikt zwischen einem inländischen Rechtsakt, unabhängig davon, ob dieser eine völkerrechtliche Verpflichtung widerspiegelt oder nicht, und dem Unionsrecht sind die deutschen Richter daher verpflichtet, dem Unionsrecht den Vor-

44 EuGH, Rs. C-741/19, *Komstroy LLC v. Republik Moldau*, ECLI:EU:C:2021:655, Rn. 13.

45 KG, 12 SchH 6/21, Rn. 20 ff.

46 KG, 12 SchH 6/21, Rn. 25.

47 KG, 12 SchH 6/21, Rn. 24, 26.

48 OLG Köln, 19 SchH 14/21, Rn. 21, 24.

49 OLG Köln, 19 SchH 14/21, Rn. 21.

rang zu geben [...] [D]er Senat [folgt] [...] der Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Unwirksamkeit von Schiedsklauseln in bi- und multilateralen Verträgen in Intra-EU-Investor-Staat-Verfahren und der sich daraus nach Auffassung des erkennenden Senats ergebenden Verpflichtung zur Anwendbarkeit von § 1032 Abs. 2 ZPO im vorliegenden Fall. [...]“.⁵⁰ Entscheidend ist somit zunächst – und in der weiteren Argumentation des Gerichts ohnehin grundlegend – die dogmatische Prämisse des Vorrangs des Unionsrechts.⁵¹ Auf dieser Prämisse gründet sodann die Folgerung des Gerichts, die eigene Kompetenz zur Prüfung der Zulässigkeit der Schiedsvereinbarung und damit der Zuständigkeit des Schiedsgerichts gem. § 1032 Abs. 2 ZPO entgegen der ICSID-Konvention zuzulassen und in der Folge die dem Schiedsverfahren zugrundeliegende Schiedsvereinbarung des Art. 26 Abs. 4 ECT als unionsrechtswidrig und folglich als unzulässig zu qualifizieren.⁵² Im Ergebnis sei, unter Verweis auf das *Raiffeisen*-Verfahren,⁵³ im Lichte der Rspr. des EuGH ein ICSID-Verfahren nicht anders zu behandeln als ein ad-hoc-Schiedsverfahren.⁵⁴

II. Die finale Beurteilung des BGH

Schließlich war der BGH damit betraut, darüber zu urteilen, ob deutschen Gerichten die Kontrollbefugnisse der §§ 1025 ff. ZPO auch für Schiedsverfahren zukommen, die der ICSID-Konvention unterliegen.⁵⁵ Da die Verfahren der Vorinstanzen in den vorliegend relevanten Aspekten eine hinreichende Parallelität aufweisen – beziehen sie sich doch alle auf die ICSID-Schiedsklausel des Art. 26 Abs. 4 ECT – wird vorliegend auf eine nach den Verfahren differenzierte Betrachtung der Argumente des BGH verzichtet.

Auch der BGH erkennt zunächst grundsätzlich das der ICSID-Konvention zugrundeliegende Prinzip der Delokalisierung der Verfahren an, demzufolge ICSID-Schiedsverfahren keinen juristisch relevanten Schiedsort haben, nach welchem sich die anzuwendende *lex loci arbitri* richtet, sondern lediglich einen Tagungsort, an welchem das Verfahren faktisch abgehalten wird.⁵⁶ Demzufolge seien ICSID-Schiedssprüche weder inländischer noch ausländischer Art i.S.d. §§ 1025 ff., §§ 1060 ff. ZPO, sondern Schiedssprüche *sui generis*,⁵⁷ eine Annahme, die in der Investitionsrechtslehre Bestätigung findet.⁵⁸

Anders als das OLG Köln hält der BGH die Frage der Subsumtion der ICSID-Schiedssprüche unter § 1025 ZPO im Zuge einer zwingenden Anwendung des § 1032 Abs. 2 ZPO zum Zwecke der Gewährleistung des Vorrangs des Unions-

50 OLG Köln, 19 SchH 14/21, Rn. 21.

51 OLG Köln, 19 SchH 14/21, Rn. 21, 27, 28.

52 OLG Köln, 19 SchH 14/21, Rn. 24 f., 28, 31 f.

53 BGH, I ZB 16/21; OLG Frankfurt a.M., 26 SchH 2/20.

54 OLG Köln, 19 SchH 14/21, Rn. 30.

55 BGH, I ZB 74/22; BGH, I ZB 75/22; BGH, I ZB 43/22.

56 BGH, I ZB 74/22, Rn. 24 f.; BGH, I ZB 75/22, Rn. 28 f.; BGH, I ZB 43/22, Rn. 28 f.

57 BGH, I ZB 74/22, Rn. 26; BGH, I ZB 75/22, Rn. 30; BGH, I ZB 43/22, Rn. 30.

58 Griebel, S. 120; Semler, SchiedsVZ 2003/3, S. 97, 99.

rechts für geboten. Mithin bedient der BGH sich des Instruments der Analogie.⁵⁹ So ergebe sich die gerichtliche Prüfungskompetenz nach § 1032 Abs. 2 ZPO aus einer Anwendung von § 1025 Abs. 2 ZPO analog auf ICSID-Schiedssprüche.⁶⁰ Gem. § 1025 Abs. 2 ZPO ist für nicht-inländische Schiedssprüche der normierten Fallkategorien eine partielle Anwendung des deutschen Schiedsverfahrensrechts durch deutsche Gerichte (internationale Zuständigkeit) dergestalt geboten, dass §§ 1032, 1033 und 1050 ZPO, und damit gleichsam die Einreden zur Schiedsvereinbarung nach § 1032 ZPO, Anwendung finden.⁶¹ Anerkanntermaßen erfasst § 1025 Abs. 2 ZPO auch die Einrede nach § 1032 Abs. 2 ZPO.⁶² Eine Kategorisierung der ICSID-Schiedsverfahren i.S.v. § 1025 Abs. 2 ZPO als solche mit ausländischem Schiedsort (Var. 1) oder einem noch nicht bestimmten Schiedsort (Var. 2) schließt der BGH aus.⁶³ Vielmehr bestehe mit ICSID-Schiedssprüchen als delokalisierte, anationale Schiedssprüche ein Typus von Schiedssprüchen *sui generis*, der nicht von den Fallkategorien des § 1025 ZPO erfasst sei.⁶⁴ Es sei, so der BGH, im erklärten Sinne des Gesetzgebers, die in § 1025 Abs. 2 ZPO genannten Fallkategorien auf alle Schiedsverfahren auszudehnen, sowohl allgemein auf die Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit als auch speziell auf die delokalisierten ICSID-Schiedsverfahren.⁶⁵ Damit sei das für eine analoge Anwendung von § 1025 Abs. 2 ZPO erforderliche Kriterium einer planwidrigen Regelungslücke und einer vergleichbaren Interessenlage unweigerlich gegeben.⁶⁶

Zwar begründet der BGH damit seine Eigenkompetenz zur Prüfung der Zulässigkeit der Schiedsvereinbarung gem. § 1032 Abs. 2 ZPO durch die grundlegende Subsumtion der ICSID-Verfahren unter § 1025 Abs. 2 ZPO analog. Dennoch steht der inhaltlichen Prüfungskompetenz der geschlossene Charakter der ICSID-Konvention als „*self contained regime*“ entgegen. Diese Systematik, die damit verbundene Zielsetzung einer Entkopplung der ICSID-Verfahren von nationalem Recht und nationalen Gerichten und die in diesem Sinne im Ergebnis durch die Konventionsregularien etablierte, grundlegende Sperrwirkung der ICSID-Verfahren gegenüber nationalen Gerichten erkennt der BGH, anders als das OLG Köln,⁶⁷ durchaus an.⁶⁸

59 BGH, I ZB 74/22, Rn. 29 ff.; BGH, I ZB 75/22, Rn. 33 ff.; BGH, I ZB 43/22, Rn. 33 ff.

60 BGH, I ZB 74/22, Rn. 18; BGH, I ZB 75/22, Rn. 20; BGH, I ZB 43/22, Rn. 20; i.E. so auch: Voit, in: Musielak/Voit (Hrsg.), § 1032 ZPO, Rn. 10.

61 BGH, I ZB 74/22, Rn. 19 f.; BGH, I ZB 75/22, Rn. 23 f.; BGH, I ZB 43/22, Rn. 23 f.; Voit, in: Musielak/Voit (Hrsg.), § 1025 ZPO, Rn. 5; Münch, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), § 1025 ZPO, Rn. 18; Saenger, in: Saenger (Hrsg.), § 1025 ZPO, Rn. 4; Geimer, in: Zöller (Hrsg.), § 1032 ZPO, Rn. 1, 23; Wolf/Eslami, in: Vorwerk/Wolf (Hrsg.), § 1032 ZPO, Rn. 40.

62 Voit, in: Musielak/Voit (Hrsg.), § 1025 ZPO, Rn. 5; Geimer, in: Zöller (Hrsg.), § 1032 ZPO, Rn. 23; Wolf/Eslami, in: Vorwerk/Wolf (Hrsg.), § 1032 ZPO, Rn. 40.

63 BGH, I ZB 74/22, Rn. 23 f., 27 f.; BGH, I ZB 75/22, Rn. 27 f., 31 f.; BGH, I ZB 43/22, Rn. 27 f., 31 f.

64 BGH, I ZB 74/22, Rn. 31; BGH, I ZB 75/22, Rn. 35; BGH, I ZB 43/22, Rn. 35.

65 BGH, I ZB 74/22, Rn. 34, 44; BGH, I ZB 75/22, Rn. 38, 48; BGH, I ZB 43/22, Rn. 38, 48.

66 BGH, I ZB 74/22, Rn. 30; BGH, I ZB 75/22, Rn. 34; BGH, I ZB 43/22, Rn. 34.

67 BGH, I ZB 75/22, Rn. 53 f.

68 BGH, I ZB 75/22, Rn. 55, 57, 64; BGH, I ZB 43/22, Rn. 54, 56, 63.

Der Prüfung der Zuständigkeit eines ICSID-Schiedsgerichts in Folge der Anwendung des § 1032 Abs. 2 ZPO steht daher grundsätzlich Art. 41 Abs. 1 ICSID-Konvention entgegen, der einem ICSID-Schiedsgericht die finale Kompetenz-Kompetenz zuweist, welche aufgrund des Exklusivitätsanspruchs der Verfahren i.S.d. ICSID-Konvention eine Sperrwirkung gegenüber nationalen Kontrollvorbehalten entfaltet.⁶⁹ Dies sei auch im Sinne der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes (Art. 25 GG⁷⁰), wonach nationale Gesetze möglichst „völkerrechtsfreundlich“ auszulegen sind, d.h. so, dass ein Konflikt mit völkerrechtlichen Verpflichtungen möglichst nicht entsteht, obgleich hieraus keine verfassungsrechtliche Pflicht zur gänzlichen, uneingeschränkten Befolgung des Völkerrechts abzuleiten sei.⁷¹

Trotz dieser umfänglichen Berücksichtigung der ICSID-Systematik bejaht der BGH seine Prüfungskompetenz gem. § 1032 Abs. 2 ZPO entgegen der Regularien der ICSID-Konvention aufgrund des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts in der besonderen Konstellation des Intra-EU-Kontexts.⁷² Dieser Vorrang bestehe im Übrigen auch gegenüber dem Völkerrecht.⁷³ Gleichsam erkennt der BGH, dass die inhaltlich relevante Rechtsprechungsdogmatik des EuGH betreffend die Unvereinbarkeit von Schiedsklauseln in Intra-EU-BITs mit dem Unionsrecht offensichtlich gegeben ist.⁷⁴ Um diese etablierte Dogmatik nunmehr effektiv durchzusetzen, sei es somit nach dem europäischen Effektivitätsgrundsatz (*effet utile*) geboten, entgegen der Artt. 41 Abs. 1, 53, 54 ICSID-Konvention die entsprechenden Kontrollverfahren durch deutsche Gerichte zuzulassen.⁷⁵ Diese Durchsetzung der gerichtlichen Kontrollbefugnis zur Gewährleistung des Unionsrechtsvorrangs und entgegen der ICSID-Konvention erstrecke sich im Übrigen sowohl auf das vorgelagerte Feststellungsverfahren nach § 1032 Abs. 2 ZPO als auch auf das nachträgliche Vollstreckbarerklärungsverfahren.⁷⁶ Das Gericht betont weiterhin, dass sich der Anwendungsvorrang nicht aus einer Auslegung *contra legem* ergebe, sondern vielmehr die Unanwendbarkeit der entgegenstehenden ICSID-Regularien zur Durchsetzung des Unionsrechtsvorrangs geboten sei.⁷⁷ Somit sei das Verfahren nach § 1032 Abs. 2 ZPO statthaft, sodass der BGH i.S.d. EuGH-Rspr. die in Rede stehenden Schiedsvereinbarungen für unionsrechtswidrig erklärt.⁷⁸

Das Erfordernis einer (erneuten) Vorlage an den EuGH ist nicht ersichtlich. Die inhaltliche Kernfrage, ob die in Rede stehende Schiedsklausel mit dem Unionsrecht vereinbar ist, wurde durch die bestehende Rspr. des EuGH, auch für den ECT, be-

69 BGH, I ZB 75/22, Rn. 66 f.; BGH, I ZB 43/22, Rn. 65 f.

70 BGBl. I 1949 Nr. 1 S. 1.

71 BGH, I ZB 75/22, Rn. 56; BGH, I ZB 43/22, Rn. 55; *Heintschel v. Heinegg/Frau*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Art. 25 GG, Rn. 24; *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz et al. (Hrsg.), Präambel GG, Rn. 64, Art. 25 GG, Rn. 7.

72 BGH, I ZB 75/22, Rn. 68; BGH, I ZB 43/22, Rn. 67.

73 BGH, I ZB 75/22, Rn. 68 f.; BGH, I ZB 43/22, Rn. 67 f.

74 BGH, I ZB 75/22, Rn. 70 f., 74; BGH, I ZB 43/22, Rn. 69 f., 73.

75 BGH, I ZB 75/22, Rn. 72; BGH, I ZB 43/22, Rn. 71.

76 BGH, I ZB 75/22, Rn. 72 ff.; BGH, I ZB 43/22, Rn. 71 ff.

77 BGH, I ZB 75/22, Rn. 83; BGH, I ZB 43/22, Rn. 82.

78 BGH, I ZB 75/22, Rn. 98 ff.; BGH, I ZB 43/22, Rn. 95 ff.

reits eindeutig geklärt und kann damit unter die Kategorie des *acte éclairé*⁷⁹ subsumiert werden. Dem kann nur schwerlich entgegengehalten werden, dass es sich bei der nun in Rede stehenden Schiedsklausel nicht um eine ad-hoc-Schiedsklausel, sondern um eine ICSID-Schiedsklausel handelt. Da die dadurch begründete rechtstechnische Konstruktion, die Klagebefugnis eines mitgliedstaatlichen Investors gegen einen anderen Mitgliedstaat, im Wesentlichen keine andere ist als diejenige, die sich aus einer ad-hoc-Schiedsklausel ergibt, ist nicht davon auszugehen, dass der EuGH betreffend die ICSID-Schiedsklauseln von seiner Rechtsprechungslinie abweicht. Die relevante Frage der Zuständigkeit der deutschen Gerichte ist demgegenüber grundsätzlich eine des deutschen Verfahrensrechts, weshalb zunächst die Zuständigkeit der deutschen Gerichte gegeben ist, die lediglich dann durch die Zuständigkeit des EuGH ergänzt wird, wenn in der Anwendung des deutschen Rechts die effektive Durchsetzung von Unionsrecht nach dem europarechtlichen Effektivitätsgrundsatz (*effet utile*) nicht gewährleistet ist. Letzteres kann nach der Rspr. des BGH ausgeschlossen werden.

E. Intra-EU-Investitionsschutz ohne Intra-EU-BITs? Folgen des Urteils und Ausblick

Mit seinem Urteil bricht der BGH zunächst grundlegend mit dem Dogma der Unantastbarkeit der ICSID-Schiedsverfahren, indem er trotz der entgegenstehenden ICSID-Regularien ICSID-Verfahren im Intra-EU-Kontext zur gerichtlichen Prüfung freigibt, damit die *Achmea*-Kriterien zur Anwendung kommen können. Diesem finalen Urteil gehen indes umfängliche Erwägungen zu einer Vielzahl von Faktoren voraus, insbesondere zur durch die ICSID-Konvention eigentlich etablierten Systematik dieser Verfahren. Auffällig ist dabei die Trennung und gleichsam unterschiedliche Behandlung der Problemaspekte Delokalisierung einerseits und Sperrwirkung für die Kontrolle nationaler Gerichte durch die ICSID-Konvention andererseits. Im Zuge des erstgenannten Problempunktes diskutiert der BGH umfänglich, wie der Typus der ICSID-Schiedsverfahren i.S.d. ZPO einzuordnen ist und bejaht in der Folge eine internationale, „globale“ Zuständigkeit deutscher Gerichte gem. § 1025 Abs. 2 ZPO analog. Das mag unter Gesichtspunkten einer vertretbaren Rechtsanwendung *de lege lata* sinnvoll und geboten sein. Gleichwohl fehlt es dem Ansatz an der Erwägung, dass Delokalisierung und Sperrwirkung durch die ICSID-Konvention als systematische Einheit fungieren. Die Delokalisierung wird gerade dadurch etabliert und garantiert, dass ICSID-Verfahren gem. Artt. 26, 53 f. der Konvention sich grundsätzlich der Kontrolle durch nationale Gerichte entziehen. Daraus ergibt sich erst, dass die ICSID-Regularien ein *self contained regime* bilden, indem sie so auch eine Ergänzung durch nationales Verfahrensrecht ausschließen. Die Delokalisierung ist also wesentlich mit der Sperrwirkung verknüpft. Die Anwendung von § 1025 Abs. 2 ZPO analog auf ICSID-Verfahren

79 EuGH, Rs. C-283/81, *SRL C.I.L.F.I.T. v. Ministero della Sanità*, ECLI:EU:C:1982:335, Rn. 14.

lässt sich durch die Typisierung zwar begründen, ihr steht jedoch weiterhin die Sperrwirkung der ICSID-Konvention entgegen. Die vom BGH erst für die Frage der Anwendung von § 1032 Abs. 2 ZPO angeführten Erwägungen zur Sperrwirkung und der Überwindung derselben aufgrund des Unionsrechtsvorrangs hätten konsequenterweise bereits bei der analogen Anwendung von § 1025 Abs. 2 ZPO Berücksichtigung finden müssen.

Die Frage, ob sich deutsche Gerichte über die Konvention hinwegsetzen können oder nicht, resultiert sodann in einem Zielkonflikt: Völkerrechtlicher Effektivitätsgrundsatz und Völkerrechtsfreundlichkeit des GG versus unionsrechtlicher Effektivitätsgrundsatz, in welchem sodann nach dem verfassungsdogmatischen Ansatz des EuGH Letzterer obsiegt. Dadurch schafft der BGH offensichtlich eine Präzedenz hinsichtlich der Kontrollbefugnis nationaler Gerichte für ICSID-Verfahren im Intra-EU-BIT-Kontext. Gerade die divergierenden Entscheidungen der Vorinstanzen, OLG Köln und KG, zeigen, dass trotz vergleichbarer Sachkonstellationen das juristische Ergebnis freilich umstritten sein kann. Es ist anzunehmen, dass der BGH für die deutsche Gerichtsbarkeit eine solche Divergenz in der Entscheidungsfindung durch die Vorinstanzen abzuwenden versucht, indem jene Auslegung i.S.d. EuGH-Rspr. etabliert wird. Dass diese Rspr. des BGH zukünftig auch in der mitgliedstaatlichen Gerichtsbarkeit Berücksichtigung finden wird, ist gleichsam anzunehmen.

Inhaltlich ist aus dieser Rechtspraxis zu folgern, dass selbst ICSID-Verfahren sich nicht völlig der Kontrolle durch nationale Gerichte entziehen können. Berücksichtige man den zugrundeliegenden verfassungsdogmatischen Ansatz, könnte das Urteil des BGH nicht nur für die deutsche und mitgliedstaatliche Gerichtsbarkeit, sondern auch für Konstellationen außerhalb des EU-Kontexts erheblich sein. So könnten auch drittstaatliche Kontrollorgane wie Verfassungsgerichte durch dieses Urteil zumindest darin bestärkt werden, zukünftig in gleicher Weise ICSID-Schiedsentscheidungen, entgegen der bisherigen Auslegung der Verfahrensregularien, einem staatlichen Kontrollvorbehalt zu unterwerfen. Der eigentliche Zweck der Verfahrensregularien, ICSID-Schiedsverfahren gerade vom Zugriff durch nationale Kontrollinstanzen zu entkoppeln, wäre dadurch maßgeblich affektiert.

Das letzte Mittel zur weiteren effektiven Durchsetzung von ICSID-Schiedssprüchen für Intra-EU-BITs könnte nach diesem Urteil in der Vollstreckung der Schiedssprüche in Nicht-EU-, aber dafür ICSID-Konventionsstaaten bestehen. Der Einleitung eines Verfahrens nach § 1032 Abs. 2 ZPO durch deutsche Gerichte und der Fällung eines entsprechenden Urteils kann damit zwar nicht entgegengewirkt werden, hat doch der BGH in seinem Urteil gar die internationale, „globale“ Zuständigkeit deutscher Gerichte gem. § 1032 Abs. 2 i.V.m. § 1025 Abs. 2 ZPO bestätigt. Ob ein Nicht-EU-Konventionsstaat indes ein solches Urteil berücksichtigt, ist infrage zu stellen, ist doch ein Konventionsstaat nach der ICSID-Konvention grundsätzlich daran gehindert, einen ICSID-Schiedsspruch zu überprüfen und stattdessen zur Anerkennung und Vollstreckung verpflichtet. Nichtsdestotrotz schafft das Urteil eine entscheidende Zäsur im europäischen Investitionsschutz, indem nunmehr mindestens eine Anerkennung und Vollstreckung solcher Schiedssprüche im Unionsgebiet verhindert wird.

Freilich bleiben Intra-EU-Investoren durch den fehlenden Zugriff auf Intra-EU-BITs nicht „rechtslos“. Rechtsschutz erfahren ausländische Direktinvestitionen im Unionsgebiet durch die EU-Grundfreiheiten, konkret durch die Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV), die Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 63 AEUV) und Art. 1 i.V.m. Anhang I der Kapitalverkehrsrichtlinie⁸⁰, indem die Grundfreiheiten in dieser Materie nicht miteinander konkurrieren, sondern sich grundsätzlich ergänzen.⁸¹ Nichtsdestotrotz ist im konkreten Einzelfall zunächst anhand des Regelungsschwerpunktes einer Maßnahme zu ermitteln, welche der beiden Grundfreiheiten primär einschlägig ist.⁸² Gleichwohl ist anzuzweifeln, ob dieser Rechtsschutz gleichwertig ist zu den durch Intra-EU-BITs gewährten Schutzstandards. Bereits materiellrechtlich definieren moderne BITs regelmäßig eine Reihe umfassender und konkret investitionsbezogener Schutzstandards. Gerade der Tatbestand der indirekten Enteignung wird in der Schiedsrechtspraxis regelmäßig weit gefasst, sodass hierunter potenziell auch regulative Maßnahmen des Gaststaates subsumiert werden.⁸³ Ergänzend erfasst der FET-Standard als von der Schiedspraxis geprägte Schutzposition eine Vielzahl weiterer Tatbestände und fungiert regelmäßig als „Auffangtatbestand“.⁸⁴ In der Summe sollen BITs durch diese speziell investitionsbezogenen Schutzstandards dem konkreten Sachgegenstand der ausländischen Direktinvestitionen ein möglichst weitreichendes Schutzniveau gewähren. Die europäischen Grundfreiheiten sehen demgegenüber solche detaillierten, speziell investitionsbezogenen Schutzpositionen grundsätzlich nicht vor. Darüber hinaus ist das Schutzniveau von Direktinvestitionen durch die Grundfreiheiten umstritten. So ist in Rspr. und Literatur der Ansatz vorzufinden, dass für staatliche Maßnahmen, die nur oder schwerpunktmäßig langfristige Direktinvestitionen ab einer bestimmten Beteiligungshöhe betreffen, ausschließlich Art. 49 AEUV erheblich sei.⁸⁵ Bei der Prüfung solcher Maßnahmen auf Konformität mit Art. 49 AEUV sei sodann grundsätzlich ein niedrigeres Schutzniveau für die entsprechenden Investitionen zugrunde zu legen.⁸⁶ Das sei dadurch zu begründen, dass dauerhafte Investitionen eine langfristige Integration in die Volkswirtschaft anstreben und ein höheres Maß an staatlichen

80 RL (EWG) 88/361/1988, ABl. EG L 178 v. 08.07.1988, S. 5.

81 *Tiedje*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Art. 49 AEUV, Rn. 22, 31; *Wojcik*, in: von Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Art. 63 AEUV, Rn. 64; *Kotzur/van de Loo*, in: Geiger/Khan/Kotzur/Kirchmair (Hrsg.), Art. 49 AEUV, Rn. 8; *van de Loo/Simmig*, in: Geiger/Khan/Kotzur/Kirchmair (Hrsg.), Art. 63 AEUV, Rn. 5.

82 Vertiefend: *Korte*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 49 AEUV, Rn. 39; *Sedlaczek/Züger*, in: Streinz (Hrsg.), Art. 63 AEUV, Rn. 31 f., 34.

83 *Griebel*, S. 77; *Dolzer/Kriebaum/Schreuer*, S. 153; *Kriebaum*, in: Bungenberg/Griebel/Hobe/Reinisch (Hrsg.), Chapter 8 VIII. Rn. 32 ff.; *Krajewski*, Rn. 601, 605 ff.

84 *Jacob/Schill*, in: Bungenberg/Griebel/Hobe/Reinisch (Hrsg.), Chapter 8 I. Rn. 1; *Collins*, S. 127.

85 EuGH, Rs. C-106/22, *Xella Magyarországi Építőanyagipari Kft. v. Innovációs és Technológiai Miniszter*, ECLI:EU:C:2023:568, Rn. 42; *Korte*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 49 AEUV, Rn. 39 f.; *Sedlaczek/Züger*, in: Streinz (Hrsg.), Art. 63 AEUV, Rn. 34.

86 *Korte*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 49 AEUV, Rn. 40 f.; *Sedlaczek/Züger*, in: Streinz (Hrsg.), Art. 63 AEUV, Rn. 35.

Restriktionen für diese daher zumutbar erscheine.⁸⁷ Gerade langfristige Direktinvestitionen mit einem hohen Kapitalvolumen erfahren dadurch einen potenziell niedrigeren Schutz, was dem grundlegenden Zweck des BIT-Schutzsystems diametral gegenübersteht, soll durch dieses doch gerade langfristigen Direktinvestitionen ein möglichst hohes Schutzniveau gewährt werden. Den Rechtsschutz der Grundfreiheiten können Investoren sodann erstinstanzlich ausschließlich über den nationalen Rechtsweg einfordern, der sodann erst durch das Vorlageverfahren des Art. 267 AEUV um die Gerichtsbarkeit des EuGH ergänzt wird. Eine spezielle „Investitionsgerichtsbarkeit“, die ausschließlich für Investor-Staat-Streitigkeiten zuständig wäre, sieht das unionale Gerichtssystem nicht vor. Im Ergebnis kann diese Rechtslage dazu führen, dass innerhalb des Unionsgebiets Investoren aus Mitgliedstaaten ein geringerer Investitionsschutz gewährt wird als Investoren aus Drittstaaten, wenn BITs zwischen diesen Drittstaaten und Mitgliedstaaten bestehen, wird jenen Investoren aus Drittstaaten sodann doch der entsprechende BIT-Schutz, einschließlich des ISDS, gewährt.⁸⁸

Dass der EuGH in den Intra-EU-BITs nicht nur in prozessualer, sondern auch in materiellrechtlicher Hinsicht ein Konkurrenzprodukt zu diesem unionsrechtlichen Schutzmechanismus sah, kann nicht ausgeschlossen werden. Als paralleles und vom Zugriff der nationalen und unionalen Gerichtsbarkeit vormals losgelöstes System etablierten diese BITs einen Rechtsschutz, der potenziell vom Schutzniveau des Unionsrechts abweichen konnte. Mit den vorangehenden Urteilen des EuGH hat selbiger nicht lediglich die Autonomie des Unionsrechts durch das eigene Auslegungsmonopol gesichert, sondern gleichsam den Bereich des Intra-EU-Investitionsschutzes nunmehr als eine allein durch das Unionsrecht gestaltete Materie beansprucht. Durch die Hemmung von ICSID-Verfahren innerhalb der EU erfährt dieser Anspruch eine entscheidende und nachhaltige Stärkung.

Bibliographie

BISCHOFF, JAN ASMUS, *EuGH (Große Kammer): Du sollst keine anderen Götter haben neben mir: Der EuGH auf Konfrontationskurs mit dem Völkerrecht*, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht, 30. Jahrgang, Nr. 4, S. 950–962

BRAUNECK, JENS, *Multilateraler Gerichtshof und EuGH-Achmea-Urteil: Das Ende aller EU-mitgliedstaatlich vereinbarten Schiedsgerichte?*, Europarecht, 2018, 53. Jahrgang, Nr. 4, S. 429–456

BUNGENBERG, MARC; GRIEBEL, JÖRN; HOBE, STEPHAN; REINISCH, AUGUST (Hrsg.), *International Investment Law – A Handbook*, 1. Auflage, Baden-Baden/München/Oxford/Portland, 2015

⁸⁷ Korte, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 49 AEUV, Rn. 40 f.; Sedlaczek/Züger, in: Streinz (Hrsg.), Art. 63 AEUV, Rn. 35.

⁸⁸ Henquet, in: Baetens (Hrsg.), S. 378.

- CALLIESS, CHRISTIAN; RUFFERT, MATTHIAS (Hrsg.), *EUV/AEUV – Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta – Kommentar*, 6. Auflage, München, 2022
- CLASSEN, CLAUS DIETER, *Autonomie des Unionsrechts als Festungsring? – Anmerkung zum Urteil des EuGH (GK) v. 6.3.2018, Rs. C-284/16 (Slowakische Republik/Achmea BV)*, *Europarecht*, 2018, 53. Jahrgang, Nr. 3, S. 361–371
- COLLINS, DAVID, *An Introduction to International Investment Law*, 1. Auflage, Cambridge, 2017
- DOLZER, RUDOLF; KRIEBAUM, URSULA; SCHREUER, CHRISTOPH, *Principles of International Investment Law*, 3. Auflage, Oxford, 2022
- DÜRIG, GÜNTER; HERZOG, ROMAN; SCHOLZ, RUPERT; HERDEGEN, MATTHIAS; KLEIN, HANS (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, München, Stand: 100. EL Januar 2023
- EPPING, VOLKER; HILLGRUBER, CHRISTIAN (Hrsg.), *BeckOK Grundgesetz*, München, Stand: 43. Edition, Mai 2020
- GEIGER, RUDOLF; KHAN, DANIEL-ERASMUS; KOTZUR, MARKUS; KIRCHMAIR, LANDO (Hrsg.), *EUV/AEUV – Vertrag über die Europäische Union, Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union – Kommentar*, 7. Auflage, München, 2023
- GRABITZ, EBERHARD; HILF, MEINHARD; NETTESHEIM, MARTIN (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union, Band I: EUV/AEUV*, München, Stand: 78. Ergänzungslieferung, Januar 2023
- GRIEBEL, JÖRN, *Internationales Investitionsrecht: Lehrbuch für Studium und Praxis*, 1. Auflage, München, 2008
- GROEBEN, HANS VON DER; SCHWARZE, JÜRGEN; HATJE, ARMIN (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht: Vertrag über die Europäische Union, Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 7. Auflage, Baden-Baden, 2015
- HENQUET, THOMAS, *International investment and the European Union: an uneasy relationship*, in: Baetens, Freya (Hrsg.), *Investment Law Within International Law*, Cambridge, 2013, S. 375–386
- HERDEGEN, MATTHIAS, *Internationales Wirtschaftsrecht*, 11. Auflage, München, 2017
- HOBE, STEPHAN, *Einführung in das Völkerrecht*, 10. Auflage, Tübingen, 2014
- IPSEN, KNUT, *Völkerrecht*, 7. Auflage, München, 2018
- KERN, CHRISTOPH; DIEHM, DIRK (Hrsg.), *Zivilprozessordnung – Kommentar*, 2. Auflage, Berlin, 2020

- KRAJEWSKI, MARKUS, *Wirtschaftsvölkerrecht*, 4. Auflage, Heidelberg, 2017
- LANG, ANDREJ, *Die Autonomie des Unionsrechts und die Zukunft der Investor-Staat-Streitbeilegung in Europa nach Achmea. Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des Art. 351 AEUV*, *Europarecht*, 2018, 53. Jahrgang, Nr. 5, S. 525–561
- LAVRANOS, NIKOS; SINGLA, TANIA, *Achmea: Groundbreaking or Overrated?*, *Zeitschrift für Schiedsverfahren*, 2018, 16. Jahrgang, Nr. 6, S. 348–357
- MUSIELAK, HANS-JOACHIM; VOIT, WOLFGANG, *Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz – Kommentar*, 20. Auflage, München, 2023
- NIKOLOV, PETYO, *Investor-Staat-Schiedsverfahren gemäß Art. 26 ECT – Anmerkung zum Urteil des EuGH v. 2.9.2021, Rs. C-741/19 (Republik Moldau/ Société Komstroy)*, 57. Jahrgang, Nr. 4, S. 496–504
- RAUSCHER, THOMAS; KRÜGER, WOLFGANG (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*, 6. Auflage, München, 2020
- SAENGER, INGO, *Zivilprozessordnung – Familienverfahren, Gerichtsverfassung, Europäisches Verfahrensrecht*, 10. Auflage, Baden-Baden, 2023
- SCHÖBENER, BURKHARD; HERBST, JOCHEN; PERKAMS, MARKUS, *Internationales Wirtschaftsrecht*, Heidelberg/München/Landsberg/Frechen/Hamburg, 2010
- SEMLER, FRANZ-JÖRG, *Schiedsverfahren im Rahmen von Investitionsschutzabkommen der Bundesrepublik Deutschland*, *Zeitschrift für Schiedsverfahren*, 2003, 1. Jahrgang, Nr. 3, S. 97–102
- SIMON, SVEN; MÜLLER, JOSCHA, *Das Achmea-Urteil des EuGH und die Auswirkungen auf Streitbeilegungsmechanismen im Rechtsraum der EU*, *Neue Juristische Online-Zeitschrift*, 2018, 18. Jahrgang, Nr. 26, S. 961–965
- STÖBENER DE MORA, PATRICIA SARAH, *Das Achmea-Urteil zum Intra-EU-Investitionsschutz*, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2018, 29. Jahrgang, Nr. 9, S. 363–370
- STREINZ, RUDOLF (Hrsg.), *EUV/AEUV: Vertrag über die Europäische Union, Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 3. Auflage, München, 2018
- TERHECHTE, JÖRG PHILIPP, *Nationale Gerichte und die Durchsetzung des EU-Rechts*, *Europarecht*, 2020, 55. Jahrgang, Nr. 6, S. 569–605
- VORWERK, VOLKERT; WOLF, CHRISTIAN (Hrsg.), *BeckOK ZPO*, München, Stand: 49. Edition, 1.7.2023

WERNICKE, STEPHAN, *Autonomie und Häresie – Investitionsschiedsgerichte in der Rechtsunion*, Neue Juristische Wochenschrift, 2018, 71. Jahrgang, Nr. 23, S. 1644–1647

ZÖLLER, RICHARD (Hrsg.), *Zivilprozessordnung*, 34. Auflage, Köln, 2022



© José Miguel León Pacas Castro