
Vorabentscheidungsersuchen bilateraler Investitionsschutzpanels an den EuGH bei Intra-EU BITs?

Alexander Friedrich*

Inhalt

A. Einleitung	298
B. Einwirkung des Europarechts auf Intra-EU BITs	299
I. Zuständigkeit („jurisdiction“) von innerunionalen Investitionsschutzpanels	299
1. Völkerrechtliche Derogation der Intra-EU BITs durch das Unionsrecht	299
a) Derselbe Gegenstand im Sinne von Art. 59 WVRK	300
b) Absicht der Mitgliedstaaten, die Intra-EU BITs zu beenden	301
2. „Europarechtliche Derogation“: Ausschließliche Unionskompetenz und unmittelbare Anwendbarkeit	302
3. Vereinbarkeit von Investor-Staat-Schiedsverfahren mit dem Unionsrecht	303
II. Bindung der Panels an das Unionsrecht	305
1. Vorrang des Unionsrechts auf Grund von Art. 30 Abs. 3 WVRK	305
2. Klauseln in Intra-EU BITs, die die Anwendung von Unionsrecht auslösen	305
3. Umfang der Berücksichtigung von Unionsrecht gemäß Art. 31 Abs. 3 lit. c) WVRK	306
4. Intertemporale Wirkung des Unionsrechts	307

* Der Autor ist Student an der Universität Passau. Der Beitrag wurde dort im Sommersemester 2010 im Rahmen eines Schwerpunktseminars bei Prof. Dr. Christoph Herrmann LL.M. (London) zum Europäischen und Internationalen Investitionsschutz erarbeitet.

III.	Einfluss des Unionsrechts auf Intra-EU BITs im Einzelnen	308
1.	Verletzung der Intra-EU BITs durch Befolgen des Unionsrechts	308
2.	Verstoß gegen das Unionsrecht durch Befolgen des Schiedsspruchs	308
3.	Reichweite des Vorrangs des Unionsrechts	309
IV.	Unzulänglicher Vollzug des Unionsrechts angesichts der Zuständigkeit von Investitionsschutzpanels	309
1.	Anerkennung und Vollstreckung nach dem New Yorker Übereinkommen	310
2.	Vollstreckung nach der ICSID-Konvention	311
3.	Vorlage im Vorabentscheidungsverfahren als Lösungsansatz	311
C.	Das vorlagebefugte Investitionsschutzpanel – aus unionsrechtlich- autonomer Perspektive ein mitgliedstaatliches Gericht	312
I.	Konkretisierung des Terminus „Mitgliedstaatliches Gericht“ in Leitentscheidungen des EuGH	313
II.	Ausschluss privater Schiedsgerichte aus dem Kreis vorlageberechtigter Gerichte	314
III.	Investitionsschiedsgerichte und die erforderliche Nähe zum allgemeinen Rechtsschutzsystem der Mitgliedstaaten	314
1.	Gesetzliche Grundlage	315
a)	Bildung und Zusammensetzung eines Investitionsschiedsgerichts	315
b)	Festlegung der schiedsgerichtlichen Arbeitsweise	316
2.	Ständiger Charakter	318
3.	Obligatorische Gerichtsbarkeit	318
a)	Investitionsstreitigkeiten als Fallgruppe faktisch obligatorischer Gerichtsbarkeit	319
b)	Gaststaatliche Bindung durch den Zugang zur Investitionsschiedsgerichtsbarkeit	320
4.	Streitiges Verfahren	321
5.	Anwendung von Rechtsnormen	322

6.	Unabhängigkeit des Spruchkörpers	322
7.	Funktionell als Rechtsprechungstätigkeit einzuordnen	322
8.	Zuordnung der Investitionsschiedsgerichte zu einem Mitgliedstaat	322
IV.	Hindernisse der Kooperation zwischen EuGH und Investitionsschutzpanels	323
1.	Fehlender Nutzen für das Unionsrecht mangels Veröffentlichung des Schiedsspruchs	323
2.	Missbrauchsgefahr	324
3.	Mangelnde Kooperationsfähigkeit von Investitionsschiedsrichtern	324
4.	Keine Gefahr für die Einheit des Unionsrechts	325
5.	Verweis auf unterstützende nationale Gerichte als „goldene Brücke“	326
V.	Vorlagebefugnis als zwingende Konklusion	326
D.	Vorlagepflicht von Investitionsschutzpanels auf Basis von Intra-EU BITs	327
I.	Überblick über die Vorlagepflichten an den EuGH	327
II.	Letztinstanzlichkeit von Investitionsschiedsgerichten im Sinne von Art. 267 Abs. 3 AEUV	328
III.	Das Verhältnis zwischen Art. 267 Abs. 2 und 3 AEUV	328
1.	Vergleich der Wortlaute von Art. 267 Abs. 2 und 3 AEUV	329
2.	Europarechtliche Folgen eines Verstoßes gegen die Vorlagepflicht	329
3.	Organschaft als Zurechnungskriterium für eine Vorlageverpflichtung	330
IV.	Keine Vorlagepflicht von Investitionsschutzpanels bei Intra-EU BITs	331
E.	Resümee – Überzeugt der Ruf nach einem Europäischen Investitionsgericht?	331

A. Einleitung

Mit den Erweiterungsrunden der Europäischen Union in den Jahren 2004 und 2007 hat die Anzahl der bilateralen Investitionsschutzabkommen zwischen ihren Mitgliedstaaten („Intra-EU BITs“) eine beträchtliche Größenordnung erreicht.¹ Etwa 190² der weltweit rund 2.700³ existierenden BITs fallen in diese Kategorie. Angesichts aktueller Beitrittsverhandlungen und Bewerbungsverfahren mehrerer Staaten⁴ ist zu erwarten, dass die Bedeutung von Intra-EU BITs weiter wachsen wird. Sollte auch nur ein kleiner Teil jener Mitgliedsaspiranten der EU beitreten, würde dies die Zahl der Intra-EU BITs noch einmal erheblich steigern.⁵

Trotz des quantitativen Gewichts der Intra-EU BITs und einiger auf ihrer Grundlage geführter Schiedsverfahren⁶ ist das Verhältnis zwischen den völkerrechtlichen Investitionsschutzverträgen und dem Recht der Europäischen Union ungeklärt. Die Ausstrahlung des Unionsrechts auf die Arbeit der einzelnen Investitionsschutzpanels ist bisher weitgehend unbeachtet geblieben. Im Folgenden soll deshalb zunächst hinterfragt werden, ob Investitionsschutzpanels im Lichte des

¹ Durch den EU-Beitritt von Estland, Lettland, Litauen, Malta, Polen, Slowakei, Slowenien, Tschechischer Republik, Ungarn und Zypern (zum 1.5.2004) sowie von Bulgarien und Rumänien (zum 1.1.2007) erlangten die zuvor zwischen Altmitgliedern und den beitretenen Staaten geschlossenen Investitionsschutzabkommen innerunionalen Charakter. Bis dahin gab es nur zwei Intra-EU BITs: Zwischen Deutschland und Griechenland (1981) sowie zwischen Deutschland und Portugal (1986).

² So *Weiland*, Schiedsverfahren auf der Grundlage bilateraler Investitionsschutzabkommen zwischen EU-Mitgliedstaaten und die Einwendung des entgegenstehenden Gemeinschaftsrechts, SchiedsVZ 2008, S. 222; jedoch haben einige Mitgliedstaaten begonnen, bestehende Intra-EU BITs zu beenden, vgl. *Antell/Carlson/McCandless*, The European Commission and Investment Treaties, The European & Middle Eastern Arbitration Review 2010, <http://www.globalarbitrationreview.com/reviews/22/sections/81/chapters/829/the-european-commission-investment-treaties/> (20.9.2010).

³ Unter Verweis auf eine steigende Tendenz wird die Zahl von exakt 2.676 genannt; vgl. UNCTAD, Recent Developments in International Investment Agreements (2008-June 2009), IIA Monitor No. 3 (2009), http://www.unctad.org/en/docs/webdiacia20098_en.pdf (20.9.2010), S. 2.

⁴ Zum Stand der Beitrittsverhandlungen bzw. der Beziehungen der Union zu Albanien, Bosnien und Herzegowina, Island, Kosovo (zum völkerrechtlichen Status des Kosovo, vgl. KOM (2009) 534 endg.), Kroatien, Mazedonien, Montenegro, Serbien sowie der Türkei, vgl. KOM (2009) 533 endg., vor allem S. 25 ff., und den Beschluss des EP, P7_TA-PROV(2009)0097 v. 26.11.2009.

⁵ Vgl. zu Letzterem nur die Anzahl der an das ICSID gemeldeten BITs der jeweiligen Staaten: Albanien (31/davon 19 mit Mitgliedstaaten der EU), Bosnien und Herzegowina (28/13), Island (7/2), Kosovo (0/0), Kroatien (56/22), Mazedonien (21/12), Montenegro (2/1), Serbien (29/12) sowie die Türkei (73/23). Zu den 104 Verträgen mit EU-Mitgliedstaaten kommen weiter 11 BITs hinzu, die diese Länder untereinander geschlossen haben. Zu Einzelheiten siehe die Datenbank des ICSID, <http://icsid.worldbank.org> (20.9.2010).

⁶ In der Literatur diskutiert wurde *Eastern Sugar B.V. (Netherlands) v. Czech Republic*, Partial Award v. 27.3.2007, <http://ita.law.uvic.ca/documents/EasternSugar.pdf> (20.9.2010).

Unionsrechts ihre Legitimation aus Intra-EU BITs ableiten können und wie sich das Unionsrecht auf deren Anwendung auswirkt (B.). Sodann soll das Problem erörtert werden, ob Investitionsschiedsgerichte auf Basis von Intra-EU BITs im Rahmen ihrer Tätigkeit dazu befugt (C.) und/oder dazu verpflichtet (D.) sind, dem Europäischen Gerichtshof Fragen über die Auslegung des Unionsrechts im Vorabentscheidungsverfahren vorzulegen. Ein Resümee bildet den Abschluss dieses Beitrags (E.).

B. Einwirkung des Europarechts auf Intra-EU BITs

Investitionsschutzpanels, die auf Intra-EU BITs basieren, sind im Konfliktfeld zwischen Europarecht, Völkerrecht und nationalem Recht zur Entscheidung berufen. Da das komplexe Verhältnis zwischen Europarecht und Völkerrecht immer wieder zu einer Sonderbehandlung der Europäischen Union und ihrer Mitgliedstaaten führt,⁷ ist es angezeigt, zunächst den Einfluss des Europarechts, speziell des Unionsrechts, auf die im Völkerrecht verwurzelten Investitionsschiedsgerichte zu erläutern.

I. Zuständigkeit („jurisdiction“) von innerunionalen Investitionsschutzpanels

Das Unionsrecht kann sowohl aus völkerrechtlicher als auch aus europarechtlicher Perspektive der Anwendung von Intra-EU BITs im Allgemeinen oder dem durch sie eröffneten Streitbeilegungsmechanismus entgegenstehen.

1. Völkerrechtliche Derogation der Intra-EU BITs durch das Unionsrecht

Eine völkerrechtliche Ablösung der Intra-EU BITs durch das Unionsrecht nach der Regel *lex posterior derogat legi priori* ist anhand von Art. 59 Abs. 1 WVRK zu beurteilen. Danach gilt ein Vertrag als beendet, wenn (Abs. 1) alle Vertragsparteien später einen sich auf denselben Gegenstand beziehenden Vertrag schließen und (lit. a)) sie beabsichtigen, den Gegenstand durch den späteren Vertrag zu regeln oder (lit. b)) die Bestimmungen des späteren Vertrags mit denen des früheren Vertrags in solchem Maße unvereinbar sind, dass die beiden Verträge eine gleichzeitige Anwendung nicht zulassen.

⁷ Zur Sonderrolle Europas im Völkerrecht sehr detailliert *Lišková*, European Exceptionalism in International Law, EJIL 19 (2008), S. 463 ff.

a) Derselbe Gegenstand im Sinne von Art. 59 WVRK

Es stellt sich somit die zentrale Frage, ob bilateralen Investitionsschutzverträgen und dem EU-Regelungsregime derselbe Gegenstand im Sinne von Art. 59 WVRK zugrunde liegt.

Zwangsläufig entstehen weitgehende Überschneidungspunkte zwischen den beiden Abkommen dadurch, dass BITs – wie auch die Vorschriften über den Binnenmarkt, insbesondere jene zur Niederlassungsfreiheit (Art. 49 ff. AEUV) und zum freien Kapitalverkehr (Art. 63 ff. AEUV) – den Schutz ausländischer Investitionen nach der Marktzugangsphase betreffen.⁸ Einer Ansicht zufolge gewähren deshalb beide die Möglichkeit, Investitionen in Kapitalanlagen im Ausland zu tätigen sowie frei über die daraus erzielten Einkünfte zu disponieren.⁹ Zu diesem Ergebnis führt auch ein am Wortlaut der Investitionsschutzverträge festgemachtes Argument: Eine weit verbreitete Vertragsbestimmung in BITs schließt die Anwendung der Meistbegünstigungsklausel für Vorrechte aus, welche eine Vertragspartei den Investoren dritter Staaten wegen ihrer Mitgliedschaft in oder ihrer Assoziation mit einer Zoll- oder Wirtschaftsunion, einem gemeinsamen Markt oder einer Freihandelszone einräumt.¹⁰ Dieser Ausschluss zeige, dass die Vertragsparteien des BITs gerade einen gemeinsamen Gegenstand der beiden Regelungsregime annehmen. Andernfalls wäre die besagte Klausel nicht zu erklären und liefe letztlich leer.¹¹ Demgegenüber rekurrieren andere darauf, dass die Unionsvorschriften vor allem auf einen Abbau von Hindernissen im grenzüberschreitenden Kapitalverkehr zielen und damit eine weitgehende Liberalisierung bezeichnen, während BITs die Intention zugrunde liegt, ein hohes Maß an Schutz für den Investor zu sichern.¹²

⁸ So *Eilmansberger*, Bilateral Investment Treaties and EU Law, CMLR 43 (2009), S. 399, der zu Recht darauf hinweist, dass die Investitionsschutzverträge nach dem „Europäischen Schutzmodell“ ihre Schutzwirkung typischerweise erst in der „post-entry“-Phase entfalten; dieser Standpunkt wurde auch von der Kommission geteilt, die in einem Schreiben an den Wirtschafts- und Finanzausschuss darauf hinwies, dass der Inhalt von Intra-EU BITs im europäischen Binnenmarkt unklar sei. Um die bestehenden Unsicherheiten aufzulösen und einer drohenden Umgehung von EU-Recht durch die Streitbeilegung vor Investitionsschutzpanels vorzubeugen, sollten die Mitgliedstaaten alle zwischen ihnen bestehenden BITs beenden. Die wesentlichen Auszüge dieser Mitteilung sind abgedruckt in *Eastern Sugar v. Czech Republic*, (Fn. 6), Rdnr. 126 ff.

⁹ So die Argumentation der Tschechischen Republik in ibid., Rdnr. 100 ff.; ähnlich wohl *Weblan*, (Fn. 2), S. 226.

¹⁰ So ausdrücklich die Formulierung im Modellvertrag (2008) der Bundesrepublik Deutschland, Art. 3 Abs. 3, <http://ita.law.uvic.ca/documents/2008-GermanModelBIT.doc> (20.9.2010); ähnliche Ausformungen der Bestimmung sind z.B. auch in den Modellverträgen Frankreichs (Art. 5) und des Königreichs Großbritannien (Art. 7) aufgenommen. Ein Abdruck der letzten beiden findet sich in *Dolzer/Schreuer*, Principles of International Investment Law, 2008, S. 363 (F) und 379 (GB).

¹¹ *Poulain*, Quelques interrogations sur le statut des traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements au sein de l'Union Européenne, Revue générale de Droit International Public 2007, S. 814.

¹² *Eilmansberger*, (Fn. 8), S. 400 f.; im Ergebnis auch *Söderlund*, Intra-EU BIT Investment Protection

Für den letztgenannten Ansatz spricht vor allem, dass in Investitionsschutzverträgen dem Investor in Form des Zugangs zur Schiedsgerichtsbarkeit ein im Völkerrecht einzigartiges Streitbeilegungsverfahren eröffnet wird.¹³ Der Schutz von Investitionen im Gaststaat wird auf diese Weise ganz besonders unterstrichen und in den Mittelpunkt des Vertragszwecks gestellt. Zwar ließe sich dem entgegenhalten, unmittelbare Anwendbarkeit und Vorrang des Unionsrechts würden in ähnlicher Art und Weise der Sicherung des individuellen Rechtsschutzes dienen. Jedoch können diese Eigenschaften des Unionsrechts aus sich heraus gerade nicht die Durchsetzung im Wege eines speziellen Rechtsschutzverfahrens garantieren.

Insofern schützen die Art. 63 ff. AEUV getätigten Investitionen lediglich mittelbar und ausschließlich vor Maßnahmen, die ein Hindernis im grenzüberschreitenden Kapitalverkehr darstellen.¹⁴ Intra-EU BITs und Unionsrecht haben daher verschiedene Vertragsgegenstände. Bereits aus diesem Grund scheitert eine völkerrechtliche Derogation.

b) Absicht der Mitgliedstaaten, die Intra-EU BITs zu beenden

Letztlich steht einer Ablösung der Intra-EU BITs durch das Unionsrecht auch die zweite, von Art. 59 WVRK vorausgesetzte Bedingung entgegen. Denn aus dem Verhalten der Mitgliedstaaten kann nicht geschlossen werden, dass sie beabsichtigt hätten, die Intra-EU BITs durch den Abschluss der EU-Beitrittsverträge inhaltlich zu ersetzen.¹⁵ Im Hinblick darauf ist besonders hervorzuheben, dass die meisten Unionsmitglieder einer derartigen Wirkung ausdrücklich widersprochen haben.¹⁶ Da einer etwaigen inhaltlichen Unvereinbarkeit einzelner Vorschriften bereits durch Auslegung im Lichte der „lex posterior“-Regel genügt würde (Art. 30 Abs. 3 WVRK),

and EC Treaty, JIntArb 24 (2007), S. 461, der allerdings (noch zum alten Recht) auf die fehlenden Unionskompetenzen für Auslandsinvestitionen abstellt. Mit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon würde sich diese Sichtweise wohl verschieben; vgl. zur neuen Kompetenz der Union nach Art. 207 AEUV im Detail Herrmann, Die Zukunft der mitgliedstaatlichen Investitionspolitik nach dem Vertrag von Lissabon, EuZW 2010, S. 207 ff.

¹³ Van Aaken, Fragmentation of International Law, The Case of International Investment Law, Finnish Yearbook of International Law 2006, S. 122; Potestà, Bilateral Investment Treaties and the European Union, Recent Developments in Arbitration and Before the ECJ, The Law and Practice of International Courts and Tribunals 8 (2009), S. 232; Radu, Foreign Investors in the EU – Which „Best Treatment“?, Interactions between bilateral Investment Treaties and EU Law, EJIL 14 (2008), S. 257; Wierzbowski/Gubrynowicz, Conflict of Norms Stemming from Intra-EU BITs and EU Legal Obligations, Some Remarks on Possible Solutions, in: Binder/Kriebaum/Reinisch u.a. (Hrsg.), International Investment Law for the 21st century, 2009, S. 546; vgl. auch die Entscheidungsbegründung in *Eastern Sugar v. Czech Republic*, (Fn. 6), Rdnr. 164 ff.

¹⁴ Auf diese Einschränkung verweist Eilmansberger, (Fn. 8), S. 400 f.

¹⁵ Ibid., S. 401.

¹⁶ Vis-Dunbar unter Berufung auf einen Brief des Wirtschafts- und Finanzausschusses an den Ratspräsidenten, Ausgabe März 2009, <http://www.investmenttreatynews.org/content/archives.aspx> (20.9.2010).

scheidet auch die Beendigung nach Art. 59 Abs. 1 lit. b) WVRK aus.¹⁷ Aus völkerrechtlicher Sicht bleiben die Intra-EU BITs damit durch den Unionsbeitritt unberührt. Sie werden nicht abgelöst.

2. „Europarechtliche Derogation“: Ausschließliche Unionskompetenz und unmittelbare Anwendbarkeit

Weder EUV noch AEUV regeln ausdrücklich das Verhältnis zwischen Unionsrecht und völkerrechtlichen Verträgen der Mitgliedstaaten untereinander (*inter-se*), die zu einem Zeitpunkt abgeschlossen wurden, als nur einer der Vertragsstaaten Unionsmitglied war. In solchen Konstellationen ist speziell Art. 351 AEUV nicht anwendbar – sein Wortlaut drängt vielmehr einen Umkehrschluss auf. Da die Vorschrift teleologisch ausschließlich auf den Schutz von Drittstaaten abzielt,¹⁸ verbietet sich zugleich ihre analoge Anwendung. Stattdessen sollen auf alle Verträge zwischen den Mitgliedstaaten die Grundsätze über den Anwendungsvorrang des Unionsrechts konsequent angewendet werden, während internationale Verträge mit Drittstaaten hiervon unberührt bleiben.¹⁹ Kommt der EU also auf einem Rechtsgebiet die ausschließliche Zuständigkeit zu, verdrängt dies auf europarechtlicher Ebene die zeitlich früher geschlossenen „*inter-se*“-Abkommen gänzlich.²⁰ Diesen Vorrang des Unionsrechts vor Intra-EU BITs könnten einzig die Vorschriften über den Binnenmarkt, speziell die Normen zur Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit, begründen.²¹ Jedoch besteht im Bereich des Binnenmarktes eine geteilte Zuständigkeit, die seit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon klarstellend in Art. 4 Abs. 2 lit. a) AEUV benannt wird.

In der Folge können auch aus unionsrechtlicher Sicht Intra-EU BITs neben dem Unionsrecht fortbestehen. Schließt man sich dieser Sichtweise nicht an, ist zu bemerken, dass durch den Vorrang des Unionsrechts die bereits geschlossenen Intra-EU BITs der Mitgliedstaaten in ihrem Bestand nicht berührt würden. Zwar

¹⁷ *Weiland*, (Fn. 2), S. 226 und 228 f., der die Intra-EU BITs sogar als *leges speciales* bezeichnet. *Eilmansberger*, (Fn. 8), S. 400 f.

¹⁸ EuGH, Rs. 121/85, *Conegate*, Slg. 1986, 1007, Rdnr. 25; EuGH, Rs. 235/87, *Mattenucci*, Slg. 1987, 5589, Rdnr. 21 ff.; zust. *Klabbers*, Treaty Conflict and the European Union, 2009, S. 126; *Kokott*, in: *Streinz* (Hrsg.), EUV/EGV, 2003, Art. 307 EGV, Rdnr. 2; *Terhechte*, in: *Schwarze* (Hrsg.), EU-Kommentar, 2009, Art. 307 EGV, Rdnr. 3; *Pache/Bielitz*, Das Verhältnis der EG zu den völkerrechtlichen Verträgen ihrer Mitgliedstaaten, EuR 2006, S. 327.

¹⁹ *Söderlund*, (Fn. 12), S. 463. Für die Verträge mit Drittstaaten gilt allerdings ohnehin die europarechtliche Anpassungspflicht gemäß Art. 351 AEUV.

²⁰ *Kort*, Zur europarechtlichen Zulässigkeit von Abkommen der Mitgliedstaaten untereinander, JZ 1997, S. 642; *Eilmansberger*, (Fn. 8), S. 401.

²¹ *Weiland*, (Fn. 2), S. 226, der feststellt, dass gerade das Innenverhältnis der Union untersucht wird. *Burgsteller*, European Law and Investment Treaties, JIARB 26 (2009), S. 190; a.A. *Söderlund*, (Fn. 12), S. 461.

wären sie zwischen Mitgliedstaaten im Rahmen der innerstaatlichen Rechtsordnungen nicht mehr anwendbar, ihre Bindungen würden auf der Ebene des Völkerrechts aber fortbestehen.²²

3. Vereinbarkeit von Investor-Staat-Schiedsverfahren mit dem Unionsrecht

Die Vereinbarkeit von bilateraler Streitbeilegung im Investor-Staat-Schiedsverfahren mit dem Unionsrecht wird im Wesentlichen mit drei Argumenten bestritten. Erstens verhindere sie die Ausübung der nach Art. 344 AEUV ausschließlichen Gerichtsbarkeit des EuGH, zweitens würde die Letztentscheidungskompetenz des EuGH in unzulässiger Weise umgangen und drittens wirke eine zusätzliche Möglichkeit der Streitbeilegung für Investoren aus den Vertragsstaaten diskriminierend gegenüber Investoren aus anderen Mitgliedstaaten.²³

(1) Im Rechtsstreit *Max Plant*²⁴ hat der Europäische Gerichtshof einen Verstoß gegen das in Art. 344 AEUV und Art. 4 Abs. 3 EUV zum Ausdruck kommende Prinzip der Unionstreue²⁵ festgestellt, weil der durch die Republik Irland einem Schiedsgericht angetragene Streitgegenstand in die konkurrierende, ausgeübte Zuständigkeit der EU fiel und deshalb der ausschließlichen Gerichtsbarkeit des EuGH unterlag. Diese Begründung lässt sich indes nicht auf die Investor-Staat-Ebene übertragen, da Art. 344 AEUV explizit nur Streitigkeiten zwischen den Mitgliedstaaten umfasst.²⁶ Zudem würde die Entscheidung über Ansprüche aus Investitionsschutzabkommen die Zuständigkeit des EuGH überschreiten, weil er zur Auslegung von Intra-EU BITs mangels Kompetenzausübung der EU nicht befugt ist.²⁷

(2) Die vorgetragenen Bedenken, wonach durch die schiedsgerichtliche Beilegung von Investor-Staat-Streitigkeiten auf Basis von Intra-EU BITs eine Umgehung der Letztentscheidungskompetenz des Europäischen Gerichtshofs drohe, sind im

²² Pache/Bielitz, (Fn. 18), S. 334; zust. Johannsen, Die Kompetenz der Europäischen Union für ausländische Direktinvestitionen nach dem Vertrag von Lissabon, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 90, 2009, S. 28; im Ergebnis auch Burgstaller, (Fn. 21), S. 213.

²³ Vgl. die Argumentation der Tschechischen Republik in *Eastern Sugar v. Czech Republic*, (Fn. 6), Rdnr. 105 f.; direkt zu den dort angeführten Argumenten Burgstaller, (Fn. 21), S. 190.

²⁴ EuGH, Rs. C-459/03, *Kommission/Irland*, Slg. 2006, I-4635.

²⁵ Vgl. zum Streit um die Begrifflichkeit *Kahl*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Das Verfassungsrecht der EU mit Europäischer Grundrechtecharta, 3. Aufl. 2007, Art. 10 EGV, Rdnr. 2 ff. m.w.N.

²⁶ Söderlund, (Fn. 12), S. 458; Burgstaller, (Fn. 21), S. 191, der feststellt, dass die drohende Verletzung des Prinzips der Unionstreue nicht ausreiche, um Intra-EU BITs *per se* für unanwendbar zu erachten; a.A. van Aaken, (Fn. 13), S. 123; allgemein Schweitzer, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Das Recht der EU, 40. El 2009, Art. 292 EGV, Rdnr. 1.

²⁷ Eilmansberger, (Fn. 8), S. 400.

Lichte der bisherigen Rechtsprechung des EuGH zu Schiedsgerichten grundsätzlich nachvollziehbar.²⁸ Allerdings sollte diesem Missstand nicht mittels einer pauschalen Ablehnung der Streitbeilegung durch Investitionsschiedsgerichte abgeholfen, sondern vielmehr die einheitliche Anwendung des Unionsrechts adäquat sichergestellt werden. Vor allem böte sich die Lösungsmöglichkeit, Investitionsschiedsgerichte als vorlagefähige Gerichte im Sinne von Art. 267 Abs. 2 AEUV zu qualifizieren.²⁹

(3) Der durch Intra-EU BITs eröffnete Zugang zur Schiedsgerichtsbarkeit stellt für jeden Investor eine erweiterte Form des Rechtsschutzes in prozessualer Hinsicht dar³⁰ und benachteiligt dadurch diejenigen, denen dieser Zugang verwehrt bleibt. Teils wird dem zwar entgegnet, die prozessuale Bevorzugung in Bezug auf einen völkerrechtlichen Anspruch sei nicht am Unionsrecht zu messen.³¹ Jedoch verkennt eine solche Argumentation, dass die Anwendung des Unionsrechts gegenüber „inter-se“-Abkommen Vorrang genießt.³² Überzeugender ist deshalb die Lösung, eine prozessuale wie materielle Gleichbehandlung aller Investoren innerhalb der Europäischen Union in Gestalt gleichen Zugangs zur Schiedsgerichtsbarkeit und der Anwendung eines gleichen Schutzniveaus sicherzustellen.³³ Dies gebietet vor allem ein im Vertrauensschutz wurzelnder Gedanke: Investoren, die sich bei ihrer Investitionsentscheidung auf die Schutzwirkung eines BITs verlassen haben, sollen sich unmittelbar darauf berufen können, während denjenigen, die eine Gleichstellung verlangen, zugemutet werden kann, diese gesondert einzufordern.³⁴

Nach alledem steht das Unionsrecht einer schiedsgerichtlichen Streitbeilegung durch Investitionsschutzpanels auf Basis von Intra-EU BITs nicht entgegen.

²⁸ Im Detail hierzu unter B.IV. und C.II.

²⁹ So auch *Burgstaller*, (Fn. 21), S. 191 f.; a.A. *Eilmansberger*, (Fn. 8), S. 404 ff., der das Problem auf die Möglichkeit korrigierender Eingriffe durch den EuGH zuspitzt und dafür das Vertragsverletzungsverfahren als ausreichend erachtet.

³⁰ *Radu*, (Fn. 13), S. 257.

³¹ *Söderlund*, (Fn. 12), S. 462, der diesen Anspruch sogar als die Ziele der Union fördernd versteht.

³² Vgl. nur EuGH, Rs. 235/87, *Matteucci*, Slg. 1987, 5589, Rdnr. 14; EuGH, Rs. 10/61, *Kommision/Italien*, Slg. 1962, 3; EuGH, Rs. C-3/91, *Exportur*, Slg. 1992, I-5529.

³³ *Eastern Sugar v. Czech Republic*, (Fn. 6), Rdnr. 170 f.; *Eilmansberger*, (Fn. 8), S. 402 f.; allgemein EuGH, Rs. 235/87, *Matteucci*, Slg. 1987, 5589, Rdnr. 14. Dieses Argument lässt sich auch auf materieller Ebene anführen: Sofern ein BIT einen günstigeren materiellen Schutzstandard bietet, soll dieser für alle Investoren aus der Union gleichermaßen gelten, vgl. *Johannsen*, (Fn. 22), S. 28.

³⁴ Überzeugend *Söderlund*, (Fn. 12), S. 462.

II. Bindung der Panels an das Unionsrecht

Investitionsschiedsgerichte sind bei Klagen aus Investitionsschutzabkommen grundsätzlich an die BITs gebunden,³⁵ welche ihrerseits durch die allgemeinen Vorschriften des Völkerrechts ergänzt werden.³⁶ Für Investitionsschiedsgerichte bedeutet dies zugleich, dass sie den BIT nicht als abgeschlossenes Regelwerk behandeln dürfen.³⁷

1. Vorrang des Unionsrechts auf Grund von Art. 30 Abs. 3 WVRK

So ergibt sich aus der „lex posterior“-Regel, die in Art. 30 Abs. 3 WVRK präzisiert wurde, dass frühere, nicht beendete oder nach Art. 59 WVRK suspendierte Verträge gleicher Vertragsparteien über denselben Gegenstand nur insoweit Anwendung finden, wie sie mit zeitlich später geschlossenen Verträgen vereinbar sind. Im Kollisionsfall geht folglich aus völkerrechtlicher Sicht das (spätere) Unionsrecht vor.³⁸ Allerdings kommt diesem Ergebnis nach hier vertretener Ansicht für Intra-EU BITs keine große Bedeutung zu,³⁹ weil jene gerade nicht denselben Regelungsgegenstand wie das Unionsrecht betreffen.

2. Klauseln in Intra-EU BITs, die die Anwendung von Unionsrecht auslösen

Zum Teil wird daraus, dass in einigen BITs ausdrücklich die Anwendung sämtlichen, zwischen den Vertragsstaaten geltenden (relevanten) Völkerrechts angeordnet ist,⁴⁰ gefolgert, dass in diesen Fällen zugleich Unionsrecht anzuwenden sei, weil es einen speziellen Unterfall des Völkerrechts darstelle.⁴¹ Letztlich wird mit dieser Herangehensweise die verbreitete Argumentation zu Art. 30 Abs. 3 WVRK einem konsequenten und überzeugenden Ende zugeführt, da auch diese Norm einen

³⁵ McLachlan/Shore/Weiniger, International Investment Arbitration, Substantive Principles, 2008, Rdnr. 3.66; Schöbener/Markert, Das International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), ZVglRWiss 2006, S. 102; vgl. überdies Griebel, Internationales Investitionsrecht, 2008, S. 138, mit dem Hinweis, dass Rechtswahlklauseln in BITs vorrangig zu beachten wären, regelmäßig aber nicht enthalten sind.

³⁶ Ibid., S. 138; Dolzer/Schreuer, (Fn. 10), S. 265; siehe auch Art. 42 ICSID-Konvention; zur Rechtslage bei Rechtswahlklausel im BIT vgl. etwa Kreindler, The Law Applicable to International Investment Disputes, in: Horn (Hrsg.), Arbitrating foreign investment disputes, 2004, S. 405.

³⁷ Ähnlich Eilmansberger, (Fn. 8), S. 420 f.: der BIT sei kein *self-contained regime*.

³⁸ So ausdrücklich Streinz, Europarecht, 8. Aufl. 2008, Rdnr. 682.

³⁹ Vgl. unter B.I.1.a).

⁴⁰ So etwa in Art. 8 Abs. 6 des niederländisch-tschechischen BITs, das der Entscheidung *Eastern Sugar* zugrunde lag, vgl. *Eastern Sugar v. Czech Republic*, (Fn. 6), Rdnr. 192.

⁴¹ So ausdrücklich Burgstaller, (Fn. 21), S. 192; allgemein Hartley, The International Law and the Law of the European Union – A reassessment, British Yearbook of International Law 2001, S. 1.

wirksamen völkerrechtlichen Vertrag zwischen den betroffenen Staaten voraussetzt. Wird also in einem BIT die Anwendung von Völkerrecht angeordnet, müssen Investitionsschutzpanels auch das Unionsrecht berücksichtigen.

3. Umfang der Berücksichtigung von Unionsrecht gemäß Art. 31 Abs. 3 lit. c) WVRK

Überdies gebietet das allgemeine Völkerrecht gemäß Art. 31 Abs. 3 lit. c) WVRK, jeden in den Beziehungen zwischen den Vertragsparteien anwendbaren, einschlägigen Völkerrechtssatz bei der Vertragsauslegung zu berücksichtigen. Das soll allerdings nicht dazu führen, dass sich ein Panel über die Bestimmungen des BITs hinwegsetzt.⁴² Diese Auffassung wird durch das völkerrechtliche Verständnis von der Gleichwertigkeit der Verträge gestützt, die im Ausdruck *pacta sunt servanda* Niederschlag findet.

Indessen wäre es anders zu beurteilen, wenn ein zu berücksichtigender Völkerrechtssatz gebietet, den zeitlich vorgehenden Vertrag in bestimmten Fällen nicht anzuwenden. Ein derartiger Fall trate ein, wenn das vom EuGH entwickelte und zum Zeitpunkt der EU-Osterweiterung zum *acquis communautaire* zählende, Prinzip des Vorrangs des Unionsrechts vor „inter-se“-Abkommen⁴³ als Völkerrechtssatz im Sinne von Art. 31 Abs. 3 lit. c) WVRK zu behandeln wäre. Dafür spricht an erster Stelle das Wesen des Europarechts, das zwischen den Mitgliedstaaten (auch) die Rolle des Völkerrechts ausfüllt.⁴⁴ Andererseits wird internationalen Gerichten abgesprochen, Völkergewohnheitsrecht zu begründen, da sie

⁴² So *Webley*, (Fn. 2), S. 227; zwischen „interpretation“ und „modification“ unterscheiden *Simma/Kill*, Harmonizing Investment Protection and International Human Rights: First Steps towards a Methodology, in: *Binder/Kriebaum/Reinisch*, (Fn. 13), S. 694; umfassend zum Auslegungszusammenhang von Art. 31 Abs. 3 lit. c) WVRK *McLachlan*, The principle of systemic integration and article 31 (3) (c) of the Vienna Convention, International and Comparative Law Quarterly 54 (2005), S. 311 und 318; für eine restriktive Anwendung ist offenbar auch *Aust*, Modern Treaty Law and Practice, 2. Aufl. 2007, S. 243 f.; ohne Aussage zur Reichweite der Klausel bleiben unter diesem Gesichtspunkt die Vorarbeiten zur WVRK, vgl. *Wetzel*, in: *Rauschning* (Hrsg.), The Vienna Convention on the Law of Treaties, Travaux Preparatoires, 1978, S. 237 ff.

⁴³ EuGH, Rs. C-235/87, *Matteucci*, Slg. 1987, 5589, Rdnrn. 14 und 22; EuGH, Rs. C-546/07, *Kommission/Bundesrepublik Deutschland*, noch nicht in amt. Slg., Rdnr. 44; EuGH, Rs. C-55/00, *Gottardo*, Slg. 2002, I-413, Rdnr. 30 f.; EuGH, Rs. C-3/91, *Exportur*, Slg. 1992, I-5529; EuGH, Rs. C-308/89, *di Leo*, Slg. 1990, I-4185; EuGH, Rs. 10/61, *Kommission/Italien*, Slg. 1962, 3, 22 f.; kritisch *Klabbers*, (Fn. 18), S. 126.

⁴⁴ *Hartley*, (Fn. 41), S. 10 ff.; ähnlich *Pescatore*, International Law and Community Law – a comparative Analysis, CMLR 7 (1970), S. 179 ff.; vgl. zudem *Villiger*, Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, 2009, Art. 31 WVRK, Rdnr. 24 ff. Er betont, dass der Völkerrechtssatz in keinem Zusammenhang zum auszulegenden Vertrag stehen muss. Ebenso sei regionales und lokales Völkerrecht in den Anwendungsbereich von Art. 31 Abs. 3 lit. c) einzubeziehen; zum (hier letztlich irrelevanten) Streit, ob es sich beim Unionsrecht um eine

darauf beschränkt sind, bestehendes Recht anzuwenden, und ihre Entscheidungen *inter partes* wirken.⁴⁵ Demgegenüber haben die Mitgliedstaaten den EuGH ausdrücklich damit betraut, „die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge“ nach Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EUV zu sichern. In dieser Rolle ist es seine Aufgabe, über Reichweite und Wirkungen der Verträge zu judizieren. Im Gegensatz zu anderen internationalen Gerichten übernimmt er dabei auch rechtsfortbildende Funktionen.⁴⁶ Vor allem aber kommt seinen Grundsatzentscheidungen im Gefüge der EU eine herausragende Stellung zu.

Unter Berücksichtigung dieser Gedanken ist die Fortentwicklung des Unionsrechts in Gestalt seines Vorrangs gegenüber „*inter se*“-Abkommen ein Völkerrechtssatz im Sinne von Art. 31 Abs. 3 lit. c) WVRK.⁴⁷ Investitionsschiedsgerichte, die Intra-EU BITs auslegen, sind in der Folge zur umfassenden und vorrangigen Berücksichtigung entgegenstehender Normen des Unionsrechts verpflichtet.

4. Intertemporale Wirkung des Unionsrechts

Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass der Vorrang des Unionsrechts erst mit dem Beitritt zur EU seine Wirkung entfaltet.⁴⁸ Das gilt gleichermaßen aus völkerrechtlicher Perspektive. Denkbar ist aber, dass ein sich abzeichnender Beitritt mittelbar auf den Ausgang von Investitionsschiedsverfahren einwirkt, beispielsweise weil der Investor aus diesem Grund kein hinreichendes Vertrauen in den Fortbestand der Rechtslage ausbilden kann.⁴⁹

Rechtsordnung *sui generis* oder um Völkerrecht handelt *Streinz*, (Fn. 38), Rdnr. 118 ff.; *Schweizer/Hummer/Obwexer*, Europarecht, Das Recht der Europäischen Union, 2007, Rdnr. 233 ff. jeweils m.w.N.

45 Vgl. *Herdegen*, Völkerrecht, 9. Aufl. 2010, § 20, Rdnr. 5.

46 Vgl. *Streinz*, (Fn. 38), Rdnr. 565; *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 7. Aufl. 2010, Rdnr. 470 ff.

47 *Eilmansberger*, (Fn. 8), S. 424, kommt zum gleichen Ergebnis. Er stellt darauf ab, dass der Vorrang des Unionsrechts Teil des *acquis communautaire* im Zeitpunkt des Unionsbeitritts gewesen ist und zugleich eine völkerrechtliche Konfliktlösungsnorm für die zeitlich vorgehenden „*inter se*“-Abkommen darstellt.

48 *Van Aaken*, (Fn. 13), S. 122.

49 *Burgsteller*, (Fn. 21), S. 195. Beachtenswert ist aber, dass BITs auch nach ihrer Beendigung „Bestandsschutz“ für bereits getätigte Investitionen garantieren, vgl. die Modellverträge Deutschlands (Art. 13), Frankreichs (Art. 12) und Großbritanniens (Art. 14), Nachweise in Fn. 10; in diesen Konstellationen (Kündigung des BIT durch die betreffenden Mitgliedstaaten und dessen Fortgelten in Form des „Bestandsschutzes“) würde den Mitgliedstaat ein Verstoß gegen den BIT durch die gewissenhafte Umsetzung des Unionsrechts (dazu unter B.III.1./2.) wertungsmäßig besonders belasten, da er alles aus seiner Sicht Mögliche angestrengt hätte, um einen Konflikt zwischen den beiden Verpflichtungen zu vermeiden.

III. Einfluss des Unionsrechts auf Intra-EU BITs im Einzelnen

Für das Zusammenspiel zwischen Unionsrecht und Intra-EU BITs ist charakterisierend, dass die korrekte Anwendung des Ersteren einen Verstoß gegen die BITs begründen kann und dabei zugleich eine Begrenzung der zugesprochenen Kompensation verlangt.

1. Verletzung der Intra-EU BITs durch Befolgen des Unionsrechts

In zwei typischen Konstellationen laufen unionsrechtliche Vorschriften den Garantien aus den Investitionsschutzverträgen zuwider.⁵⁰ Zum einen können sie den Mitgliedstaat daran hindern, eine Zusicherung einzuhalten, die er dem Investor im Einzelfall versprochen hat (z.B. Verbot von Konzessions- oder Abnahmever sprechen durch das EU-Beihilferecht). Zum anderen kann der Mitgliedstaat durch Unionsrecht dazu verpflichtet sein, das rechtliche Umfeld des Investors in negativer Weise zu verändern (z.B. durch kartellrechtliche Aufsicht).⁵¹ Praktisch relevant sind demnach hauptsächlich mitgliedstaatliche Verstöße gegen den Schutzstandard gerechter und billiger Behandlung („FET-Standard“) sowie gegen die Zusicherung vollen Schutzes und voller Sicherheit (*full protection and security*) durch die ordnungsgemäße Anwendung unionsrechtlicher Vorschriften.⁵² So hat das im Fall *Eastern Sugar* zur Entscheidung berufene Tribunal den Entzug von Produktionsquoten in der Zuckerindustrie, der in Vorbereitung des Beitritts der Tschechischen Republik zur EU erfolgte, als Verstoß gegen den niederländisch-tschechischen BIT gewertet.⁵³

2. Verstoß gegen das Unionsrecht durch Befolgen des Schiedsspruchs

Erlässt ein Investitionsschiedsgericht in diesen Situationen einen für den Investor günstigen Schiedsspruch (z.B. in Form eines Schadensersatzanspruchs), würde „durch die Hintertür“ ein mitgliedstaatlicher Verstoß gegen das Unionsrecht drohen, da dessen Erfüllung als Beihilfe im Sinne des Unionsrechts zu qualifizieren ist. Sofern ein Mitgliedstaat einem derartigen Schiedsspruch entspricht, droht ihm deshalb ein Vertragsverletzungsverfahren.⁵⁴

⁵⁰ Sehr ausführlich zu allen denkbaren Konfliktkonstellationen *Wierzbowski/Gubrynowicz*, (Fn. 13), S. 546 ff.; die materielle Unvereinbarkeit angesichts der Neufassung des Art. 75 Abs. 1 AEUV (Art. 60 Abs. 1 EGV) diskutiert ablehnend *Johannsen*, (Fn. 22), S. 29.

⁵¹ Eine ausführliche, systematische Übersicht ist bei *Eilmansberger*, (Fn. 8), S. 413 ff., zu finden.

⁵² Zum Inhalt der Standards vgl. *Sornarajah*, The International Law on Foreign Investment, 2. Aufl. 2004, S. 332 ff.; *McLachlan/Shore/Weiniger*, (Fn. 35), Rdnr. 7.73 ff.

⁵³ *Eastern Sugar v. Czech Republic*, (Fn. 6), Rdnr. 344 ff. Freilich fand damit auch der Verstoß gegen den BIT zeitlich vor dem Beitritt der Tschechischen Republik zur Union statt.

⁵⁴ *Burgstaller*, (Fn. 21), S. 196.

3. Reichweite des Vorrangs des Unionsrechts

Nachdem die Verpflichtung von Investitionsschutzpanels zur vorrangigen Anwendung von Unionsrecht dargestellt und denkbare Konfliktkonstellationen zwischen Unionsrecht und Intra-EU BITs aufgezeigt wurden, ist der Frage nachzugehen, wie sich der Vorrang des Unionsrechts auf die schiedsgerichtliche Spruchpraxis auswirkt. Einerseits könnte man erwägen, dass nach dem Unionsrecht verpflichtende Maßnahmen der Mitgliedstaaten nicht am BIT zu messen sind, weil sie keinen Verstoß gegen ihn begründen können.⁵⁵ Danach könnte nur in Fällen, in denen das Unionsrecht ein Durchführungs- oder Entscheidungsermessen vorsieht, ein Verstoß gegen den BIT ausgesprochen werden. Denn die Mitgliedstaaten sind insoweit investitionsschutzrechtlich dazu verpflichtet, die aus Sicht des Investors mildeste Umsetzungsmaßnahme zu ergreifen. Andererseits ließe sich argumentieren, dass die Anwendung des Investitionsschutzvertrags durch das Schiedsgericht nicht zu Verstößen gegen das Unionsrecht führen darf,⁵⁶ gewissermaßen lediglich der Schiedsspruch selbst am Unionsrecht zu messen ist.

Letztere Ansicht ist aus mehreren Gründen überzeugend: Zum einen entspricht sie dem allgemeinen Verständnis vom Vorrang des Unionsrechts, wonach jener nicht als Geltungs-, sondern als Anwendungsvorrang ausgestaltet ist;⁵⁷ dieses Prinzip besagt zugleich, dass alle Vorschriften solange anwendbar (und damit anzuwenden) sind, wie sie nicht gegen das Unionsrecht verstößen. Zum anderen bringt letztere Sichtweise den völkerrechtlichen Grundsatz *pacta sunt servanda* besser zum Ausdruck.⁵⁸

Investitionsschiedsgerichte können demzufolge Verstöße gegen Intra-EU BITs feststellen. Sie sind allerdings in der Auswahl rechtlicher Abhilfe auf solche Maßnahmen beschränkt, die mit dem Unionsrecht in Einklang stehen.

IV. Unzulänglicher Vollzug des Unionsrechts angesichts der Zuständigkeit von Investitionsschutzpanels

Da die Investitionsschutzpanels das Unionsrecht in vielfacher Hinsicht fehlerhaft anwenden können (z.B. völliges Verkennen europarechtlicher Auswirkungen, Auslegungsfehler oder Erlass unionsrechtswidriger Schiedssprüche), ist dessen effektive Durchsetzung durch äußere Kontrollinstitutionen unerlässlich. Nur so kann der Einklang von Investitionsschiedssprüchen mit dem Unionsrecht sichergestellt werden.

⁵⁵ So wohl ibid., S. 195.

⁵⁶ *Eilmansberger*, (Fn. 8), S. 422 f.

⁵⁷ Vgl. nur *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, 4. Aufl. 2009, § 11, Rdnr. 27; *Haltern*, Europarecht, 2. Aufl. 2007, Rdnr. 940 f.; *Hatje*, in: *Schwarze*, (Fn. 18), Art. 10 EGV, Rdnr. 21 ff.

⁵⁸ *Eilmansberger*, (Fn. 8), S. 423.

Besonders problematisch gestaltet sich die effektive Durchsetzung, wenn Schiedsgerichte ihre Verpflichtung zur Anwendung des Unionsrechts nicht akzeptieren. Die Kommission kann zwar zur gleichförmigen Durchsetzung jederzeit ein Vertragsverletzungsverfahren gegen solche Mitgliedstaaten anstrengen,⁵⁹ die einen unionsrechtswidrigen Schiedsspruch erfüllen, und diese so zur Nichtbefolgung derartiger Schiedssprüche bewegen. Dennoch wird eine drohende Erfüllungsverweigerung der betroffenen Mitgliedstaaten nicht immer ein überzeugendes Argument für die Berücksichtigung des Unionsrechts im Investitionsschiedsverfahren sein.⁶⁰ In einer Vielzahl der Fälle müssten deshalb Investoren die Vollstreckung des Schiedsspruchs durch nationale Vollstreckungsorgane anstrengen. In diesem Rahmen können Schiedssprüche nur zum Teil auf ihre Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht kontrolliert werden.

1. Anerkennung und Vollstreckung nach dem New Yorker Übereinkommen

Nationale Vollstreckungsorgane können eine inhaltliche Überprüfung des Schiedsspruchs anhand von Art. V Abs. 2 lit. b) New Yorker Übereinkommen⁶¹ vornehmen, wonach ihr Prüfungsmaßstab auf den nationalen *ordre public* begrenzt ist. Daneben hält der EuGH die nationalen Vollstreckungsgerichte mit dem Hinweis auf ihre Bindung an das Unionsrecht zu dessen Berücksichtigung an. Allerdings billigt er im Lichte der Effektivität schiedsgerichtlicher Verfahren zugleich, dass auch die Kontrolle der Schiedssprüche am Unionsrecht auf den Maßstab des *ordre public* begrenzt ist.⁶² Dieser Schluss ist unter Berücksichtigung der Eigenheiten (investitions-)schiedsgerichtlicher Verfahren überzeugend,⁶³ obwohl damit eine möglicherweise uneinheitliche Anwendung des Unionsrechts einhergeht.

⁵⁹ Haratsch/Koenig/Pechstein, (Fn. 46), Rdnr. 487 f.; Ebrücke, in: Streinz, (Fn. 18), Art. 226 EGV, Rdnr. 1 ff.

⁶⁰ Viel entscheidender ist die persönliche Bereitschaft der Schiedsrichter, sich mit dem Unionsrecht auseinanderzusetzen. Anders offenbar Eilmansberger, (Fn. 8), S. 427.

⁶¹ Die Vollstreckung erfolgt nach dem New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche v. 10.6.1958, wenn der Schiedsspruch in einem seiner Vertragsstaaten erlassen wurde und kein spezielleres Vollstreckungsverfahren eröffnet ist.

⁶² Ausdrücklich erfolgte die Anerkennung für private Schiedsgerichte, sie ist aber auf Investitionsschiedsgerichte zu übertragen. Vgl. EuGH, Rs. C-126/97, *Eco Swiss*, Slg. 1999, I-3055, Rdnr. 35; EuGH, Rs. C-168/05, *Mostaza Claro*, Slg. 2006, I-10421, Rdnr. 34 f. Zum Umfang des unionsrechtlichen *ordre public* ausführlich Ruzik, Die Anwendung von Europarecht durch Schiedsgerichte, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 17, 2003, S. 20 ff.

⁶³ Vgl. unter C.IV. zu Details über die Eigenheiten schiedsgerichtlicher Verfahren.

2. Vollstreckung nach der ICSID-Konvention

Demgegenüber sind von ICSID-Schiedsgerichten erlassene Schiedssprüche gemäß Art. 54 Abs. 1 ICSID-Konvention in allen Mitgliedstaaten des Übereinkommens vollstreckbar. Voraussetzung für die Vollstreckung ist einzig die Vorlage des Schiedsspruchs vor dem Vollstreckungsgericht in beglaubigter Abschrift (Art. 54 Abs. 2 ICSID-Konvention).⁶⁴ Es erfolgt keine Prüfung am Maßstab des nationalen *ordre public*.⁶⁵ Nur der völkerrechtliche Grundsatz der Staatenimmunität steht einer Vollstreckung gemäß Art. 55 ICSID-Konvention entgegen.

Dies führt dazu, dass die unionsrechtliche Überprüfung von Investitionsschiedssprüchen in einem praktisch besonders relevanten Fall ins Leere geht und ein Rechtsraum entsteht, in dem das Unionsrecht nicht durchgesetzt wird.

3. Vorlage im Vorabentscheidungsverfahren als Lösungsansatz

Am besten wäre aus diesem Grund die Einordnung der Investitionsschiedsgerichte als vorlagebefugte Gerichte im Sinne von Art. 267 AEUV.⁶⁶ Weil angesichts nahe liegender Argumente für ihre Letztinstanzlichkeit zugleich eine Vorlagepflicht in die Diskussion eingeführt würde,⁶⁷ könnten dadurch auch Schiedsgerichte, die ihre Bindung an das Unionsrecht anzweifeln, zu dessen Berücksichtigung überzeugt werden. Für Schiedsgerichte, die ihre Bindung an das Unionsrecht akzeptieren, würde überdies die Möglichkeit eröffnet, durch Vorlagen an den EuGH die Europarechtskonformität ihrer Schiedssprüche sicherzustellen. Im Folgenden soll deshalb untersucht werden, ob und in welchem Umfang Investitionsschutzpanels in das Vorabentscheidungsverfahren einzubinden sind.

⁶⁴ Auch Art. 54 Abs. 3 ICSID-Konvention rekuriert nur zum Vollstreckungsvollzug auf das lokale Prozessrecht, die Vollstreckungspflicht wird nicht hinterfragt, vgl. *Schreuer/Malintoppi/Reinisch/Sinclair*, The ICSID Convention: A commentary, 2. Aufl. 2009, Art. 54, Rdnr. 112 ff. Objektive Vollstreckungsgrenze ist die Staatenimmunität, Art. 55 ICSID-Konvention.

⁶⁵ *Dolzer/Schreuer*, (Fn. 10), S. 288; *Reinisch*, Die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten, in: *Tietje/Götting* (Hrsg.), Internationales Wirtschaftsrecht, 2009, S. 801, Rdnr. 34; a.A. *Eilmansberger*, (Fn. 8), S. 427 f., der vermutet, dass die Vollstreckungsgerichte jedenfalls am Maßstab des europäischen *ordre public* prüfen würden.

⁶⁶ Dazu sogleich unter C.

⁶⁷ Dazu ausführlich unter D.II.

C. Das vorlagebefugte Investitionsschutzpanel – aus unionsrechtlich-autonomer Perspektive ein mitgliedstaatliches Gericht

Das Vorabentscheidungsverfahren ist das wichtigste Rechtsschutzverfahren vor dem Europäischen Gerichtshof. Bereits zahlenmäßig wird der größte Anteil der vor dem EuGH anhängigen Verfahren durch die Vorlage nationaler Gerichte nach Art. 267 AEUV initiiert.⁶⁸ Es verwundert deshalb nicht, dass viele für die Europäische Union inhaltlich richtungweisende Entscheidungen im Vorabentscheidungsverfahren getroffen wurden.⁶⁹ Dementsprechend markiert das Vorlageverfahren zugleich die operative Umsetzung der einheitlichen Anwendung des Unionsrechts und die Wurzel seiner unmittelbaren Wirkung.⁷⁰ Das Vorabentscheidungsverfahren stellt ein zentrales Instrument zur weitgehenden Sicherstellung einer einheitlichen Anwendung des Unionsrechts dar. Seine geordnete Durchführung wird von einer Reihe formeller Bestimmungen in Verfahrensordnung und Satzung des Europäischen Gerichtshofs reguliert, welche hier nicht weiter untersucht werden sollen.⁷¹

In Wissenschaft und Praxis haben ausschließlich materielle Kriterien, die ein vorlegendes Gericht erfüllen muss, Bedeutung erlangt. Sie werden direkt an Art. 267 Abs. 1 und 2 AEUV festgemacht und sind in ihrer jeweiligen Auslegung durch den EuGH anzuwenden. Danach sind nur Gerichte vorlagebefugt, denen das Attribut „Gericht eines Mitgliedstaates“ zugeschrieben werden kann und deren Auslegungsfrage entscheidungserheblich für den Ausgang des (nationalen) Verfahrens ist.

⁶⁸ Vgl. EuGH-Pressemitteilung Nr. 29 v. 15.3.2010: Im Jahr 2009 waren danach 302 der insgesamt 592 anhängig gemachten Rechtsachen Vorlageverfahren durch mitgliedstaatliche Gerichte; zur historischen Entwicklung der Anzahl anhängiger Vorlageverfahren siehe *Karpenstein*, in: Grabitz/Hilf, (Fn. 26), Art. 234 EGV, Rdnr. 4; *Dauses*, in: *Dauses* (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 25. EL 2010, P.V., Übersicht 6.

⁶⁹ Z.B. EuGH, Rs. 26/62, *Van Gend & Loos*, Slg. 1963, 1; EuGH, Rs. 6/64, *Costa/ENEL*, Slg. 1964, 1251; EuGH, Rs. C-213/89, *Factortame*, Slg. 1990, I-2433; EuGH, verb. Rs. C-6/90 und C-9/90, *Francovich*, Slg. 1991, I-5357; EuGH, Rs. 283/81, *CILFIT*, Slg. 1982, 3415; EuGH, Rs. 8/74, *Dassonville*, Slg. 1974, 837; EuGH, verb. Rs. C-267/91 und C-268/91, *Keck und Mithouard*, Slg. 1993, I-6097.

⁷⁰ So nannte der EuGH, Rs. 26/62, *Van Gend & Loos*, Slg. 1963, 1, 24, das Vorabentscheidungsverfahren als Indiz für die unmittelbare Wirkung des Unionsrechts (als weiteres Argument griff er u.a. auf das Ziel der Verträge zurück, einen gemeinsamen Markt für die der „Gemeinschaft angehörigen Einzelnen“ zu begründen).

⁷¹ Vgl. zum Verfahren *Anderson*, References to the European Court, 1995, S. 225 ff., vor allem S. 243 ff.; *Schima*, Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH, 2. Aufl. 2004, S. 132 ff.; allgemein *Dauses*, (Fn. 68), P.IV.

I. Konkretisierung des Terminus „Mitgliedstaatliches Gericht“ in Leitentscheidungen des EuGH

Während der EuGH den vorlegenden Gerichten bezüglich der Entscheidungserheblichkeit ihrer Vorlagefrage einen weiten Beurteilungsspielraum einräumt,⁷² überprüft er die Charakterisierung als mitgliedstaatliches Gericht sehr genau. Ausgangspunkt ist eine unionsrechtlich-autonome Auslegung.⁷³

In ihren Entscheidungsgründen zur Rechtssache *Dorsch Consult*⁷⁴ haben die Richter des großen Plenums des EuGH die Voraussetzungen an vorlegende Spruchkörper „quasi wie ein Gesetzgeber“ aufgezählt.⁷⁵ Im Einzelnen fordern sie eine gesetzliche Grundlage, ständigen Charakter, obligatorische Gerichtsbarkeit, streitiges Verfahren,⁷⁶ die Anwendung von Rechtsnormen sowie die Unabhängigkeit des Spruchkörpers. Überdies muss die Entscheidung funktionell als Rechtsprechungstätigkeit eingeordnet werden können.⁷⁷ Die bereits im Wortlaut des Art. 267 Abs. 2 AEUV angelegte Zuordnung des Spruchkörpers zu einem Mitgliedstaat wird vereinzelt als separates Vorlagekriterium herausgearbeitet.⁷⁸

Wenngleich teilweise gefordert wird, dass all diese Kriterien zugleich erfüllt sein müssen,⁷⁹ beschränkt der EuGH seine Prüfung lediglich auf die im Einzelfall strittigen Punkte. Dabei wendet er die ausgeführten Kriterien nicht mechanisch, sondern fallbezogen an,⁸⁰ sodass eine besonders starke Ausprägung eines Merkmals die

⁷² Vgl. im Einzelnen *Ehrcke*, (Fn. 59), Art. 234 EGV, Rdnr. 32 ff.; *Schwarze*, in: Schwarze, (Fn. 18), Art. 234 EGV, Rdnr. 35 f.

⁷³ *Dause*, Das Vorabentscheidungsverfahren nach Artikel 177 EG-Vertrag, 2. Aufl. 1995, S. 84; *ders.*, Das Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 177 EWGV, JZ 1979, S. 125; sowie *Lieber*, Über die Vorlagepflicht des Artikel 177 EWG-Vertrag und deren Missachtung, 1986, S. 52 ff.

⁷⁴ EuGH, Rs. C-54/96, *Dorsch Consult*, Slg. 1997, S. I-4961, Rdnr. 23; ähnlich schon EuGH, Rs. 61/65, *Vaassen-Göbbels*, Slg. 1966, 584, 601 f.; EuGH, Rs. 109/88, *Danfoss*, Slg. 1989, 3199, Rdnr. 7 ff.; EuGH, Rs. C-393/92, *Almelo*, Slg. 1994, I-1477, Rdnr. 21.

⁷⁵ In dieser Deutlichkeit *Malferrari*, Zurückweisung von Vorabentscheidungsersuchen durch den EuGH, Systematisierung der Zulässigkeitsvoraussetzungen und Reformvorschläge zu Art. 234 EG-Vertrag, 2003, S. 95.

⁷⁶ In Bezug auf dieses Merkmal ist die Rechtsprechung des Gerichtshofs uneinheitlich, vgl. *Schima*, (Fn. 71), S. 34 f.; *Malferrari*, (Fn. 75), S. 96 f.

⁷⁷ Zusammenfassend *Schweitzer/Hummer/Obwexer*, (Fn. 44), Rdnr. 842 f.

⁷⁸ So *Malferrari*, (Fn. 75), S. 95; das Kriterium selbst entspricht der allgemeinen Meinung, wird aber selten betont. Bedeutsam ist es vor allem für die Einordnung von Gerichten, die ihre Rechtsprechungsfunktion für mehrere Mitgliedstaaten gemeinsam ausüben, wie z.B. der Benelux-Gerichtshof, vgl. EuGH, Rs. C-337/95, *Parfums Christian Dior*, Slg. 1997, I-6013, Rdnr. 23.

⁷⁹ *Malferrari*, (Fn. 75), S. 95, 97.

⁸⁰ *Schweitzer/Hummer/Obwexer*, (Fn. 44), Rdnr. 841; *Pechstein*, EU-/EG-Prozessrecht, 2007, Rdnr. 813, der als Beispiel EuGH, Rs. C-393/92, *Almelo*, Slg. 1994, I-1477, Rdnr. 23, anführt.

unzureichende Ausprägung eines anderen Merkmals kompensieren kann. Ein besonderes Gewicht kommt der „gesetzlichen Grundlage“ und dem „obligatorischen Charakter“ des vorlegenden Spruchkörpers zu.⁸¹

II. Ausschluss privater Schiedsgerichte aus dem Kreis vorlageberechtigter Gerichte

In ständiger Rechtsprechung verneint der Europäische Gerichtshof die Vorlagebefugnis privater Schiedsgerichte im Vorabentscheidungsverfahren unter Rückgriff auf die ausgeführten Kriterien.⁸² Allein die Bindung der Schiedsrichter an Rechtsnormen und die Tatsache, dass ihre Entscheidung in der Sache wie ein Urteil wirkt und vollstreckbar ist, könne die Vorlagebefugnis danach nicht eröffnen. Der EuGH führt in seiner Begründung an, dass private Schiedsgerichte keinen hinreichenden Bezug zur öffentlichen rechtsprechenden Gewalt aufwiesen, weil es einerseits – losgelöst von tatsächlichen oder rechtlichen Zwängen – im freien Ermessen der Parteien stehe, sich auf eine schiedsgerichtliche Streitbeilegung zu verständigen.⁸³ Andererseits sei die öffentliche Gewalt weder in die Entscheidung eingebunden, den Weg der Schiedsgerichtsbarkeit zu wählen, noch könne sie im Einzelfall auf den Verfahrensablauf von Amts wegen Einfluss nehmen.⁸⁴ Private Schiedsgerichte seien ferner nicht „Beliehene“ der Mitgliedstaaten und in keiner Weise gegenüber der öffentlichen Rechtspflege verantwortlich.⁸⁵

III. Investitionsschiedsgerichte und die erforderliche Nähe zum allgemeinen Rechtsschutzsystem der Mitgliedstaaten

Eine daraus abgeleitete allgemeine Aussage, dass Schiedsgerichte zur Vorlage an den EuGH nicht berechtigt sind, wird der Vielzahl denkbarer Grundlagen für das Tätigwerden eines Schiedsgerichts nicht gerecht.⁸⁶ Denn der Europäische Gerichtshof differenziert im Rahmen seiner Rechtsprechung sehr präzise zwischen privaten Schiedsgerichten und solchen der öffentlichen Hand.⁸⁷ Deshalb ist im

⁸¹ Shelkoplyas, The Application of EC law in Arbitration Proceedings, 2003, S. 407.

⁸² Grundlegend EuGH, Rs. 102/81, *Nordsee*, Slg. 1982, 1095, Rdnr. 9 ff.; EuGH, Rs. C-126/97, *Eco Swiss*, Slg. 1999, I-3055, Rdnr. 33 ff.; zuletzt EuGH, Rs. C-125/04, *Denuit und Cordenier*, Slg. 2005, I-923, Rdnr. 11 ff.

⁸³ EuGH, Rs. 102/81, *Nordsee*, Slg. 1982, 1095, Rdnr. 11; EuGH, Rs. C-126/97, *Eco Swiss*, Slg. 1999, I-3055, Rdnr. 34.

⁸⁴ EuGH, Rs. 102/81, *Nordsee*, Slg. 1982, 1095, Rdnr. 12.

⁸⁵ So *Pechstein*, (Fn. 80), Rdnr. 815, zu EuGH, Rs. 102/81, *Nordsee*, Slg. 1982, 1095, Rdnr. 12.

⁸⁶ Vgl. *Dause*, (Fn. 68), P.II., Rdnr. 123; unzutreffend hingegen *Herdegen*, Europarecht, 12. Aufl. 2010, § 9, Rdnr. 28.

⁸⁷ *Bebr*, Arbitration tribunals and article 177 of the EEC treaty, CMLR 22 (1985), S. 492.

Folgenden für Investitionsschutzpanels auf Basis von Intra-EU BITs zu untersuchen, ob sie den in der Rechtsprechung des EuGH entwickelten Voraussetzungen genügen und deshalb zur Vorlage an ihn berechtigt sein sollten.

1. Gesetzliche Grundlage

Für den EuGH manifestiert sich eine gesetzliche Grundlage darin, dass die Zusammensetzung, Kompetenzen und Arbeitsweisen des vorlegenden Organs in Rechtsvorschriften festgelegt sind.⁸⁸ Die hier in Frage stehenden bilateralen Investitionsschiedsgerichte basieren auf konkreten Regelungen in BITs, die ihrerseits genuin völkerrechtliche Verträge zwischen den Vertragsstaaten darstellen. Unabhängig von der Frage, ob mit Vertragsschluss eine innerstaatliche Geltung des BITs einhergegangen ist, liegt deshalb mit seinem Inkrafttreten eine verbindliche Verpflichtung des Gaststaats gegenüber Heimatstaat und Investor vor (Art. 27 und 46 WVRK). Wie bereits gezeigt wurde, steht auch der Beitritt der Vertragsparteien zur EU einer Wirksamkeit dieser Abrede nicht entgegen.⁸⁹ Fraglich ist aber, ob diese völkerrechtlichen Vorschriften auch inhaltlich Zusammensetzung, Kompetenzen und Arbeitsweisen hinreichend bestimmen. Gegen eine solche Einordnung bilateraler Investitionsschutzpanels könnten die beiden folgenden Ansätze sprechen.

a) Bildung und Zusammensetzung eines Investitionsschiedsgerichts

Die bilateralen Investitionsschutzabkommen zwischen den Mitgliedstaaten sehen meist vor, dass die Bildung des Investitionsschiedsgerichts gemäß den Vorschriften bestimmter Schiedsordnungen erfolgt.⁹⁰ Besonders häufig wird auf das Washingtoner Übereinkommen zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Staaten und Angehörigen anderer Staaten („ICSID-Konvention“), die Schiedsgerichtsordnung der Kommission der Vereinten Nationen für internationales Handelsrecht („UNCITRAL“) und/oder die Schiedsgerichtsordnung der internationalen Handelskammer in Paris („ICC“) verwiesen.⁹¹ In der Sache ist die

⁸⁸ *Malferrari*, (Fn. 75), S. 98, zu EuGH, Rs. 61/65, *Vaassen-Göbbels*, Slg. 1966, 584, 602; EuGH, Rs. 109/88, *Danfoss*, Slg. 1989, 3199, Rdnr. 7 f.; EuGH, Rs. C-54/96, *Dorsch Consult*, Slg. 1997, I-4961, Rdnr. 25.

⁸⁹ Siehe unter B.I.

⁹⁰ Allgemein für BITs *Reinisch*, (Fn. 65), S. 801, Rdnr. 22.

⁹¹ Andere Schiedsordnungen bleiben im Folgenden unberücksichtigt, da sie für die investitionsschiedsgerichtliche Praxis von geringer Relevanz sind und ihre Vorschriften zudem den hier zitierten sehr ähneln. In Bezug auf Intra-EU BITs stellt das ICSID-Übereinkommen einen praktisch besonders relevanten Fall dar, da mit Ausnahme Polens alle EU-Mitgliedstaaten dem Abkommen beigetreten sind. Gleches gilt – mit Ausnahme der Türkei – für die in der Einleitung angesprochenen Annäherungskandidaten, vgl. Fn. 5.

Zusammensetzung und Bildung des Schiedspanels jeweils ähnlich ausgestaltet und lässt sich auf einen gemeinsamen Nenner bringen: Jede Streitpartei wählt einen der drei Schiedsrichter selbstständig aus, während sie den Dritten im Konsens festlegen.⁹²

Unter Rückgriff auf die bisherige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ließe sich vertreten, bereits diese anteilige Mitbestimmung der Mitgliedstaaten bei der Zusammensetzung des Panels stelle eine ausreichende Nähe zur öffentlichen Gewalt dar. So bezeichnete der EuGH in der Urteilsbegründung zur Rechtssache *Broekmeulen* die Bestimmung von drei der neun zur Entscheidung berufenen Ausschussmitglieder einer privatrechtlichen Vereinigung durch den zuständigen Minister als eine „ausgeprägte Mitwirkung“ der Behörden.⁹³ Im Gegensatz dazu können im Rahmen von Investitionsschiedsverfahren allerdings Situationen entstehen, in denen das Investitionsschiedsgericht vollständig gegen den Willen des Mitgliedstaats gebildet wird.⁹⁴ Es überzeugt deshalb, zusätzlich darauf abzustellen, dass eine effektive schiedsgerichtliche Streitbeilegung im Interesse der Mitgliedstaaten erfolgt und durch diese selbst erst möglich geworden ist. Ohne den Abschluss der BITs könnten Investoren ihre Rechte ausschließlich vor nationalen Gerichten durchzusetzen versuchen. Demzufolge haben sich die Mitgliedstaaten in Investitionsschutzabkommen selbst gebunden und mit dem Zugang des Investors zur Schiedsgerichtsbarkeit eine zusätzliche Form der Streitbeilegung eingeführt.⁹⁵ Ein weitergehender Einfluss auf die Bildung des Schiedsgerichts kann von den Mitgliedstaaten nicht gefordert werden, da sie selbst Streitpartei des Investitionsschiedsstreits sind. Im Übrigen würde er aus dem gleichen Grund die Unabhängigkeit des Panels unterlaufen.

b) Festlegung der schiedsgerichtlichen Arbeitsweise

Eine Festlegung der Arbeitsweise speziell von ICSID-Schiedsgerichten könnte dem staatlichen Einfluss entzogen sein, weil der ICSID-Verwaltungsrat die

⁹² Art. 37 Abs. 2 lit. b) ICSID-Konvention; Art. 7 f. UNCITRAL; Art. 8 Abs. 4 ICC.

⁹³ Vgl. EuGH, Rs. 246/80, *Broekmeulen*, Slg. 1981, 2311, Rdnrn. 4 und 9.

⁹⁴ Z.B. falls ausnahmsweise ein einziger Richter zu benennen ist und eine konsensuale Einigung fehlschlägt (Art. 8 Abs. 2 ICC) oder falls es der Mitgliedstaat unterlässt, „seinen“ Richter zu benennen, vgl. Art. 38 ICSID-Konvention, Art. 7 Abs. 2 UNCITRAL, Art. 9 ICC.

⁹⁵ Auf die *offer to arbitrate* verweisen *McLachlan/Shore/Weiniger*, (Fn. 35), Rdnr. 3.21 ff.; vgl. auch *Lew, Achieving the Dream: Autonomous Arbitration*, The Journal of the London Court of International Arbitration 22 (2006), S. 186, Fn. 28, der (freiwillige private) Schiedsgerichtsbarkeit streng von gesetzlich eröffneter Schiedsgerichtsbarkeit trennt; ähnlich *Bebr*, (Fn. 87), S. 496, der das „Nordsee“-Urteil des EuGH so versteht, als würde zwischen Schiedsgerichten auf gesetzlicher Grundlage einerseits und solchen rein privater Natur andererseits differenziert.

Schiedsordnung des Zentrums eigenständig verabschiedet.⁹⁶ Allerdings verbleibt dem einzelnen Mitgliedstaat durch die Stimmberichtigung im Verwaltungsrat ein erheblicher Einfluss auf die aktuelle Fassung der Verfahrensordnung.⁹⁷ Zudem muss berücksichtigt werden, dass der Beitritt zur ICSID-Konvention durch völkerrechtlichen Vertrag erfolgt, und die Loslösung einzelstaatlichen Einflusses auf die Schiedsordnung zugunsten einer flexiblen Anpassung an internationale Bedürfnisse durch dessen Ratifikation gedeckt ist. Wesentlich problematischer gestaltet sich der mitgliedstaatliche Einfluss auf Schiedsgerichtsordnungen, die außerhalb formeller Ratifikationsverfahren ausgearbeitet wurden.⁹⁸ Auf ihren Inhalt konnten die Staaten nur mittelbaren Einfluss nehmen. Dieses Defizit kann auch dadurch nicht überwunden werden, dass die gängigen Schiedsordnungen es den Parteien erlauben, übereinstimmend die prozessuale Ausgestaltung des Verfahrens zu modifizieren,⁹⁹ denn hierfür bedarf es zusätzlich des Einverständnisses des Investors.

Allerdings sollten keine überhöhten Anforderungen an die Festlegung der Arbeitsweise in Rechtsnormen gestellt werden, da anderenfalls die Gefahr besteht, den Kreis vorlagebefugter Gerichte leichtfertig zu eng zu fassen und so eine einheitliche Anwendung des Unionsrechts zu gefährden. Überzeugend ist es deshalb, die konkrete Inbezugnahme einzelner Schiedsordnungen in den BITs als ausreichendes und zugleich als notwendiges Mindestmaß zu erachten.¹⁰⁰ Bedenken bezüglich einer mangelnden Festlegung des Verfahrens in Rechtsvorschriften können folglich nicht durchgreifen, sofern die Arbeitsweise der Investitionsschutzpanels in den Intra-EU BITs an bestimmte Schiedsordnungen gebunden wird.

⁹⁶ Vgl. Art. 6 Abs. 1 a.E. ICSID-Konvention; gemäß Art. 44 ICSID-Konvention gilt jeweils die Schiedsordnung in ihrer Fassung zum Zeitpunkt der beiderseitigen Unterwerfung unter die Schiedsgerichtsbarkeit.

⁹⁷ So muss gemäß Art. 6 Abs. 3 ICSID-Konvention eine Änderung mit Zweidrittelmehrheit des Verwaltungsrats angenommen werden. Diesen stellen die Mitgliedstaaten gleichberechtigt, Art. 4 Abs. 1 ICSID-Konvention.

⁹⁸ Vor allem betroffen sind die Schiedsgerichtsordnung des ICC sowie diejenigen der jeweiligen Handelskammern (Stockholm, Wien etc.); bedingt gilt gleiches für die UNCITRAL-Arbitration-Rules.

⁹⁹ Art. 44 ICSID-Konvention, Art. 1 Abs. 1 UNCITRAL; anders insoweit nur Art. 15 Abs. 1 ICC, wonach eine parteiliche Übereinkunft nur dann relevant wird, wenn die Schiedsordnung keine Regelung vorsieht.

¹⁰⁰ Vgl. Schlussanträge GA *Lenz* zu EuGH, Rs. 109/88, *Danfoss*, Slg. 1989, 3199, Rdnr. 20. Er hält es für ausreichend, wenn Schiedsgerichte und ihre Tätigkeit in den gesetzgeberischen Willen aufgenommen werden.

2. Ständiger Charakter

Investitionsschutzpanels werden für den Einzelfall (*ad hoc*) gebildet, sodass zweifelhaft ist, inwieweit sie einen Spruchkörper mit ständigem Charakter darstellen.¹⁰¹

Ein Großteil der Panels ließe sich bereits als „ständig“ beschreiben, indem man auf die Existenz der dahinter stehenden, unterstützenden Schiedsinstitutionen abstellt.¹⁰² Wenngleich diese auf verschiedene rechtliche Grundlagen zurückzuführen sind,¹⁰³ ist ihnen gemein, über den Einzelfall hinaus fortzubestehen. Einem anderen dogmatischen Ansatz zufolge besitzt ein Gericht ständigen Charakter, wenn seine Zuständigkeit in Bezug auf einen ausgewählten Streitgegenstand institutionalisiert ist.¹⁰⁴ Ausreichend ist danach die generelle Zuweisung von Investitionsstreitigkeiten an entsprechende Schiedsgerichte in den Intra-EU BITs. Indes ist es kohärent, zusätzlich zu einer typisierten Zuständigkeit des Spruchkörpers hinreichende prozessuale Regeln zu dessen personeller Besetzung zu fordern. Nur so lässt sich sachlich überzeugend der ständige Charakter des im Einzelfall zur Entscheidung berufenen Spruchkörpers erklären. Da die Schiedsordnungen das Auswahlverfahren für Schiedsrichter vollständig und sehr detailliert regeln,¹⁰⁵ muss hier allerdings nicht näher ausgeführt werden, welche Anforderungen im Einzelnen an eine hinreichende prozessuale Ausformung zu stellen sind.

Wie soeben dargestellt, sind Investitionsschutzpanels in Bezug auf ihre Zuständigkeit und ihre personelle Besetzung weitgehend institutionalisiert. Es würde ihren festen Strukturen nicht gerecht, einzig darauf zu rekurren, dass die Zusammenstellung der einzelnen Panels für jedes Verfahren gesondert durchgeführt wird.

3. Obligatorische Gerichtsbarkeit

Ein vorlegender Spruchkörper ist als obligatorische Gerichtsbarkeit zu qualifizieren, wenn dem Rechtsschutzsuchenden kein anderer Weg offen steht, um eine förmliche

¹⁰¹ In der Literatur zum Investitionsschutz wird der Begriff *ad hoc* verwendet, um nicht institutionell unterstützte Schiedsgerichte einzurichten, vgl. Dolzer/Schreuer, (Fn. 10), S. 222. Fast alle Investitionsschiedsgerichte sind allerdings *ad hoc* im Sinne von Art. 267 AEUV, da Bezugspunkt das einzelne Verfahren ist.

¹⁰² Kritisch Hilbig, Das gemeinschaftsrechtliche Kartellverbot im internationalen Handelsschiedsverfahren, 2006, S. 147. Schiedsgerichte nach der ICSID-Konvention wären danach stets „ständig“, solche nach UNCITRAL-Regeln nicht.

¹⁰³ So ist Grundlage des ICSID ein völkerrechtlicher Vertrag, während das ICC rein privatrechtlicher Natur ist.

¹⁰⁴ Malferrari, (Fn. 75), S. 100, unter Verweis auf die Schlussanträge GA Lenz zu EuGH, Rs. 109/88, Danfoss, Slg. 1989, 3199, Rdnr. 21.

¹⁰⁵ Vgl. Art. 37 ff. ICSID-Konvention, Art. 6 ff. UNCITRAL, Art. 8 ff. ICC.

Entscheidung der Rechtsstreitigkeit zu erlangen.¹⁰⁶ Angesichts einer Vielzahl von Möglichkeiten, auf die der Investor zur förmlichen Streitbeilegung zurückgreifen kann,¹⁰⁷ ist fraglich, ob seine Entscheidung für eine schiedsgerichtliche Streitbeilegung als in diesem Sinne obligatorisch vorgezeichnet ist. Man könnte zu dem Schluss kommen, bereits die freie Auswahl zwischen mehreren Rechtsmitteln lasse kein einziges von ihnen obligatorisch wirken. Jedoch wäre ein solches Verständnis zweifelhaft, weil damit den Mitgliedstaaten die Möglichkeit geschaffen würde, durch die Eröffnung verschiedener Klagewege eine Vorlage(pflicht) an den Europäischen Gerichtshof zu umgehen. Auch der EuGH hat in der Sache eine alternative, gesetzlich begründete Zuständigkeit der Vorlageinstanz nicht als Zulässigkeitshindernis im Vorabentscheidungsverfahren erachtet.¹⁰⁸

a) Investitionsstreitigkeiten als Fallgruppe faktisch obligatorischer Gerichtsbarkeit

Mit der Begründung, dass in der Praxis in bestimmten Konstellationen stets der Weg schiedsgerichtlicher Streitbeilegung anstelle des Zugangs zur regulären, d.h. staatlichen Gerichtsbarkeit genutzt würde, schuf der EuGH eine neue Kategorie obligatorischer Gerichtsbarkeit. Im konkreten Fall *Broekmeulen* riefen alle Ärzte, denen die Registrierung als praktischer Arzt versagt worden war, den Streitsachenausschuss einer privatrechtlichen Ärztevereinigung nach niederländischem Recht an, obgleich ihnen auch der Weg zu ordentlichen Gerichten eröffnet war.¹⁰⁹ Die Richter des EuGH nahmen eine Vorlage des ersuchenden Streitsachenausschusses an und argumentierten in ihrer Urteilsbegründung vor allem damit, dass die praktische Wirksamkeit des Unionsrechts durch die Eröffnung des Vorabentscheidungsverfahrens geschützt werden müsse.¹¹⁰ Sollte aber unter diesem Gesichtspunkt jeder Spruchkörper zur Vorlage an den EuGH einzig deshalb berechtigt werden, weil eine hinreichend große Anzahl Betroffener auf eine andersartige Form der Streitbeilegung zurückgreift? Welche Bedeutung müssten die Verfahren im Einzelnen für das Unionsrecht besitzen, um seine praktische Wirksamkeit tatsächlich in Frage zu stellen und ein Tätigwerden des EuGH zu begründen? Die nicht überzeugend auflösbaren Unsicherheiten in der Definition dieser Fallgruppe stellen ihre praktische Handhabbarkeit in Frage. Sie ist gänzlich abzulehnen.

¹⁰⁶ *Maffiari*, (Fn. 75), S. 101.

¹⁰⁷ Darstellung bei *Reinisch*, (Fn. 65), S. 801, Rdnr. 2 ff.

¹⁰⁸ EuGH, Rs. C-79/96, *Garofalo*, Slg. 1997, I-5603, Rdnr. 21 ff.

¹⁰⁹ EuGH, Rs. 246/80, *Broekmeulen*, Slg. 1981, 2311, Rdnr. 15.

¹¹⁰ *Ibid.*, Rdnr. 16.

Deshalb soll eine Übertragung dieses Ansatzes aus der Rechtsprechung des EuGH unterbleiben, obwohl sich aus der Praxis Argumente für die faktisch obligatorische Zuständigkeit von Investitionsschiedsgerichten ableiten lassen.¹¹¹

b) Gaststaatliche Bindung durch den Zugang zur Investitionsschiedsgerichtsbarkeit

Die Funktion des Erfordernisses obligatorischer Gerichtsbarkeit äußert sich darin, Gerichte von einer Vorlagebefugnis auszuschließen, die von zwei Vertragsparteien durch eine beiderseitige, freiwillige Unterwerfung zur Streitentscheidung berufen wurden.¹¹² Sofern die rechtliche Zuständigkeit solcher Schiedsgerichte sich einzig aus dem übereinstimmenden Willen der Streitparteien begründet, sollen sie als nicht obligatorische Entscheidungsinstanzen aus dem Kreis vorlagebefugter Gerichte ausgeschlossen werden. Deshalb kann für die Konkretisierung des Kriteriums einzig ausschlaggebend sein, ob der betreffende Spruchkörper von einer Streitpartei angerufen werden kann, ohne dass es hierfür der Zustimmung der anderen bedarf.¹¹³ Die Schiedsklauseln in den mitgliedstaatlichen BITs eröffnen dem Investor eine derartige Möglichkeit, die Zuständigkeit eines Investitionsschiedsgerichts unabhängig vom Willen des Gaststaats zu begründen: Dadurch, dass der Gaststaat eine Schiedsklausel in den jeweiligen BIT aufnimmt, unterwirft er sich für den Fall der Schiedsgerichtsbarkeit, dass der Investor diese Form der Streitbeilegung wählt. Einzig die Annahme jenes Antrags auf schiedsgerichtliche Streitbeilegung durch den Investor bedingt die Zuständigkeit des Investitionsschutzpanels.¹¹⁴

Zwar bestimmt der Gaststaat die Form schiedsgerichtlicher Streitbeilegung mittelbar dadurch frei, dass er im BIT eine Schiedsklausel vereinbart und sich (zum Zeitpunkt des Abschlusses des BITs) diesem Streitbeilegungsverfahren ungezwungen unterwirft. Jedoch kann es nicht überzeugen, in diesem Umstand ein Argument zu erblicken, die Gerichtsbarkeit der Investitionsschiedsgerichte für nicht obligatorisch zu erachten. Zum einen gilt die Schiedsklausel in einem BIT – im Gegensatz zu privatvertraglichen Absprachen – nicht nur zugunsten ausgewählter Vertragspartner. Jeder, der die Definitionsmerkmale eines Investors erfüllt, kann sich darauf

¹¹¹ Soweit ersichtlich, ist statistisch nicht erfasst, ob Investoren ausschließlich eine schiedsgerichtliche Streitbeilegung wählen. In der Regel werden sie aber hierauf zurückgreifen, da diese für sie besondere Vorteile bietet, vgl. Reinisch, (Fn. 65), S. 801, Rdnr. 18 ff. m.w.N.

¹¹² So offenbar EuGH, Rs. 102/81, *Nordsee*, Slg. 1982, 1095, Rdnr. 11 ff.; EuGH, Rs. C-125/04, *Denuit und Cordenier*, Slg. 2005, I-923, Rdnr. 14 ff.

¹¹³ EuGH, Rs. 109/88, *Danfoss*, Slg. 1989, 3199, Rdnr. 7 f.

¹¹⁴ Schreuer, Consent to Arbitration, in: Bethlehem (Hrsg.), The Oxford Handbook of International Trade Law, 2009, S. 835 ff.; Paulson, Arbitration without privity, ICSID-Review 10 (1995), S. 233 und 236 ff., der aufzeigt, dass auch ein qualifizierter Zugang zur Schiedsgerichtsbarkeit (z.B. nach Rechtswegerschöpfung) oder seine gegenständige Beschränkung dem einseitigen Ersuchen des Investors nicht entgegenstehen; vgl. zudem die konkreten Formulierungen in den

berufen.¹¹⁵ Zum anderen würde eine solche Sichtweise letztlich bedingen, dass kein nationales Verwaltungsgericht zur Vorlage an den EuGH befugt wäre, weil eine den Staat verpflichtende, gerichtliche Überprüfung hoheitlichen Handelns gleichsam erst durch die Unterwerfung unter die Verwaltungsgerichtsbarkeit eröffnet wird.

Deshalb ist zu unterstreichen, dass der Gaststaat sich der Gerichtsbarkeit durch Investitionsschutzpanels nicht entziehen kann: Es bedarf zur Einleitung eines Investitionsschiedsverfahren keiner (weiteren) Unterwerfungserklärung seinerseits. Die Zuständigkeit der Investitionsschutzpanels im Einzelfall hängt ausschließlich vom Willen des Investors ab. Folglich stellen die Panels eine obligatorische Gerichtsbarkeit im Sinne von Art. 267 Abs. 2 AEUV dar.¹¹⁶ Festzuhalten bleibt überdies, dass im Falle der Vereinbarung einer Gabelungsklausel (*fork in the road*) im BIT die Wahl schiedsgerichtlicher Streitbeilegung für den Ausählenden einen Rückgriff auf andere Streitbeilegungsmechanismen sperrt und damit auch aus dessen Sicht ein Grundmaß an Verbindlichkeit verkörpert.¹¹⁷ Seine Klage vor nationalen Gerichten wäre als unzulässig abzuweisen.

4. Streitiges Verfahren

Selbst wenn man ein streitiges Verfahren zwischen den Parteien als zwingende Voraussetzung für die Vorlage an den EuGH fordert, genügt ein Investitionsschiedsverfahren diesem Erfordernis.¹¹⁸ In den Schiedsordnungen sind neben einem formalisierten Verfahren, welches im Regelfall Klage, Klageerwiderung, Replik und Duplik umfasst, auch Verfahrensgarantien wie Unabhängigkeit der Richter, rechtliches Gehör der Beteiligten und das Recht auf ein faires Verfahren fixiert.¹¹⁹ Lediglich die – in der Praxis irrelevante und deshalb hier unbeachtete – Entscheidungsfindung in einem Schlichtungsverfahren (*conciliation*) könnte hinsichtlich des Erfordernisses eines streitigen Verfahrens Probleme aufwerfen.¹²⁰

Modellverträgen Deutschlands (Art. 10 Abs. 2), Frankreichs (Art. 8) und Großbritanniens (Art. 8 Abs. 3 [BIT Var. 1] bzw. Art. 8 Abs. 1 a.E. [BIT Var. 2]), Nachweis in Fn. 10.

¹¹⁵ Der Begriff „Investor“ ist in den BITs sehr präzise definiert, vgl. die Modellverträge Deutschlands (Art. 1 Nr. 3), Frankreichs (Art. 1 Nr. 2) und Großbritanniens (Art. 1 lit. a), b), c), Art. 2 Abs. 1), Nachweise in Fn. 10; zu den Schiedsklauseln vgl. zudem die detaillierten Nachweise in Fn. 114.

¹¹⁶ Diese Folgerung aus der dargelegten Argumentation erkennen auch *Wierzbowski/Gubrynowicz*, (Fn. 13), S. 553, Fn. 36.

¹¹⁷ *Schreuer*, (Fn. 114), S. 848 f.; *McLachlan/Shore/Weiniger*, (Fn. 35), Rdnr. 4.52 ff.; *Reinisch*, (Fn. 65), S. 801, Rdnr. 34: „*Una via electa non datur recursus ad alteram*“; *Schöbener/Markert*, (Fn. 35), S. 94 f.

¹¹⁸ Ein Hinweis zu diesem Streitpunkt erfolgte bereits oben, vgl. Fn. 76.

¹¹⁹ Zum Verfahren: Rules 29 ff. der ICSID-Arbitration-Rules, Art. 18 ff. UNCITRAL und Art. 15 ff. ICC; explizit zu den Grundsätzen: Art. 15 UNCITRAL und Art. 15 Abs. 2 ICC.

¹²⁰ Das Verhältnis zwischen Vergleichs- und Schiedsverfahren beschreiben *Dolzer/Schreuer*, (Fn. 10), S. 220 f.

5. Anwendung von Rechtsnormen

Investitionsschiedsgerichte entscheiden nicht *ex aequo et bono*. Sie sind an Recht und Gesetz gebunden.¹²¹ Dies umfasst, wie dargestellt,¹²² auch eine Bindung an das Unionsrecht.

6. Unabhängigkeit des Spruchkörpers

Obgleich den Streitparteien bei der Besetzung des Schiedsgerichts eine erhebliche Rolle zukommt, begründet dies allein kein direktes Abhängigkeitsverhältnis. Im Gegenteil ist die Unabhängigkeit der (Investitions-)Schiedsrichter in den Schiedsordnungen ausdrücklich abgesichert.¹²³ Außerdem stellen die Schiedsordnungen den Parteien prozessuale Mittel zur Verfügung, einzelne Schiedsrichter begründet abzulehnen.¹²⁴

7. Funktionell als Rechtsprechungstätigkeit einzuordnen

Das Kriterium funktioneller Einordnung als Organ der Rechtsprechung dient der Abgrenzung von Verwaltungstätigkeit.¹²⁵ In Bezug auf Investitionsschiedsgerichte genügt deshalb der Hinweis, dass ihre Schiedssprüche weisungsungebundene Entscheidungen zwischen gleichgeordneten Rechtssubjekten darstellen, die nach dem New Yorker Übereinkommen oder der ICSID-Konvention vollstreckt werden können.

8. Zuordnung der Investitionsschiedsgerichte zu einem Mitgliedstaat

Der Wortlaut von Art. 267 Abs. 2 AEUV legt nahe, dass der Spruchkörper seinen Sitz in einem Mitgliedstaat haben oder jedenfalls einen Teil dessen Gerichtssystems darstellen muss.¹²⁶ Einzig die Tatsache, dass ein Intra-EU Panel innerhalb der Europäischen Union verhandelt, vermag diese Anforderung indes nicht zu erfüllen. Vielmehr muss umgekehrt für die Zuordnung irrelevant sein, wo der Schiedsort

¹²¹ Detailliert hierzu *Kreindler*, (Fn. 36), S. 401 ff.; *Griebel*, (Fn. 35), S. 138; *Dolzer/Schreuer*, (Fn. 10), S. 265 f.

¹²² Siehe unter B.II.

¹²³ Art. 14 Abs. 1 ICSID-Konvention; Art. 9 UNCITRAL; Art. 7 ICC.

¹²⁴ Art. 10 f. UNCITRAL; Art. 11 ICC; Art. 57, 14 ICSID-Konvention. Art. 52 Abs. 1 lit. a) ICSID-Konvention lässt aus den gleichen Gründen in Ausnahmefällen sogar die Aufhebung des Schiedsspruchs zu, vgl. *Schreuer/Malintoppi/Reinisch/Sinclair*, (Fn. 64), Art. 52, Rdnr. 123 ff.

¹²⁵ Zur funktionellen Abgrenzung im Einzelnen *Schima*, (Fn. 71), S. 36 f.

¹²⁶ *Hartley*, The Foundations of European Community Law, 2007, S. 277; EuGH, Rs. C-355/89, *Barr*, Slg. 1990, I-3479, Rdnr. 9.

(*locus arbitri*) gelegen ist, sofern das Investitionsschiedsgericht in einem Intra-EU BIT zur Streitentscheidung berufen wurde. Dieser stellt eine hinlängliche Verbindung zu den betreffenden Mitgliedstaaten her. Des Weiteren eine Einbindung in das mitgliedstaatliche Gerichtswesen als Organ seiner Rechtsprechung zu verlangen, würde alles soeben Ausgeführte aushöhlen. Denn es wurde bereits gezeigt, dass Investitionsschutzpanels auf Basis von Intra-EU BITs eine obligatorische Streitbeilegungsinstanz auf gesetzlicher Grundlage sind.¹²⁷ Angesichts der Bedeutung einer einheitlichen Anwendung des Unionsrechts wäre eine unterschiedliche Behandlung derartiger „mitgliedstaatlicher“ Gerichte und „national-organ-schaftlicher“ Gerichte an dieser Stelle nicht nachvollziehbar, sodass letztlich dem Erfordernis der Mitgliedstaatlichkeit keine über die ausgeführten Zurechnungskriterien hinausgehende Bedeutung zukommt.

Investitionsschutzpanels auf Basis von Intra-EU BITs weisen somit einen hinreichenden Bezug zum allgemeinen Rechtsschutzsystem der Mitgliedstaaten auf und sind – vorbehaltlich durchgreifender Bedenken gegen ihre Kooperationsfähigkeit¹²⁸ – im Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 Abs. 2 AEUV zur Vorlage befugt.

IV. Hindernisse der Kooperation zwischen EuGH und Investitionsschutzpanels

Spezielle Argumente, die aus der Natur von Schiedsverfahren¹²⁹ entwickelt wurden und der Vorlagefähigkeit von Investitionsschiedsgerichten entgegengehalten werden können, sollen nachfolgend widerlegt werden.

1. Fehlender Nutzen für das Unionsrecht mangels Veröffentlichung des Schiedsspruchs

Es wird vorgetragen, eine Vorabentscheidung des EuGH in Schiedsverfahren erzeuge für das Unionsrecht keinen Mehrwert, da Schiedssprüche – vor allem internationale – nur selten veröffentlicht würden.¹³⁰ Dem ist entgegenzuhalten, dass gerade im Bereich schiedsgerichtlicher Verfahren, die nach den Regeln der ICSID-Konvention durchgeführt werden, trotz Art. 48 Abs. 5 ICSID-Konvention immer

¹²⁷ Vgl. insb. unter C.III.1./3.; a.A. in Bezug auf private Schiedsgerichte *Zobel*, Schiedsgerichtsbarkeit und Gemeinschaftsrecht, 2005, S. 196 ff. Sie fordert (mindestens) die Anwendung einer mitgliedstaatlichen *lex arbitri*.

¹²⁸ Dazu unter C.IV.

¹²⁹ Die meisten Argumente sind gegen die Vorlagefähigkeit privater Schiedsgerichte angeführt worden. Sie betreffen aber Eigenschaften, die Investitionsschiedsgerichten gleichermaßen anhaften.

¹³⁰ *Dumont*, Questions préjudicielles et arbitrage, Observations, Cahiers de Droit Européen 19 (1983), S. 229.

wieder Entscheidungen veröffentlicht werden.¹³¹ Unabhängig davon trägt das Argument auch in seiner Substanz nicht. Entscheidender Punkt ist vielmehr, dass Vorabentscheidungen des EuGH, welche auf ein Ersuchen der Schiedsgerichte erfolgen, stets veröffentlicht werden.¹³² Dem können sich die Streitparteien auch durch eine Verschwiegenheitsvereinbarung nicht entziehen.

2. Missbrauchsgefahr

Ferner wird argumentiert, es bestehe eine erhöhte Gefahr dafür, rein akademische Auseinandersetzungen vor dem Europäischen Gerichtshof zu führen, anstatt zu tatsächlich benötigten Entscheidungen zu kommen.¹³³ Indes hat der EuGH eigenständige Kriterien entwickelt, die zur Zurückweisung der Vorlagefrage als nicht entscheidungserheblich führen, um den Missbrauch des Vorabentscheidungsverfahrens zu verhindern.¹³⁴ Sollten sich diese in der Folge als unzureichend erweisen, bedarf es einer Präzisierung durch den EuGH an entsprechender Stelle. Aus diesem Grund die Vorlagebefugnis einer bestimmten Gruppe von Gerichten gänzlich in Frage zu stellen, ist unverhältnismäßig.

3. Mangelnde Kooperationsfähigkeit von Investitionsschiedsrichtern

Überdies wird vorgebracht, mit der Öffnung des Vorabentscheidungsverfahrens für Schiedsgerichte könnte dem EuGH eine Flut von Fragen vorgelegt werden, da diese häufig mit rechtlichen Laien besetzt seien. Zudem fehle Rechtsunkundigen die Kompetenz, ihrerseits klar umrissene juristische Fragen zu stellen.¹³⁵ Zu Recht wird bezüglich der Anzahl von Vorlagefragen darauf verwiesen, dass sich dieses Problem nur stelle, wenn Laienrichter zur Vorlage verpflichtet wären, da sie ihre Vorlagebefugnis anderenfalls typischerweise nicht wahrnehmen.¹³⁶ Einher geht das

¹³¹ Grund dafür ist Rule 48(4) der ICSID-Arbitration-Rules, die dem Zentrum vorschreibt, in jedem Fall Auszüge der Begründung des Schiedsspruchs zu veröffentlichen.

¹³² So auch *Bebr.* (Fn. 87), S. 502. Vgl. hierzu auch Art. 64 § 1 und Art. 68 EuGH-VerfO.

¹³³ Schlussanträge GA *Reischl* zu EuGH, Rs. 102/81, *Nordsee*, Slg. 1982, 1112, 1123; diese Gefahr besteht für Investitionsstreitigkeiten allerdings nur in abgeschwächter Form, da sie regelmäßig höchst komplexe Rechtsverhältnisse betreffen.

¹³⁴ Vgl. EuGH, Rs. 104/79, *Foglia*, Slg. 1980, 745, Rdnr. 10 f.; EuGH, Rs. C-379/98, *PreussenElektra*, Slg. 2001, I-2099, Rdnr. 39; EuGH, verb. Rs. C-94/04 und C-202/04, *Cipolla*, Slg. 2006, I-11421, Rdnr. 25.

¹³⁵ Schlussanträge GA *Reischl* zu EuGH, Rs. 102/81, *Nordsee*, Slg. 1982, 1112, 1122; *Dumon*, (Fn. 130), S. 229; die Argumente der britischen Regierung betonen *Erauw*, References by arbitrators to the European Court of Justice for preliminary rulings, in: Briner/Derains u.a. (Hrsg.), L'Arbitrage et le Droit Européen, 1997, S. 116.

¹³⁶ *Hepting*, Die Vorlagebefugnis privater Schiedsgerichte nach Art. 177 EWGV, IPRax 1983, S. 102;

Argument, Schiedsrichter seien in der Regel an einer schnellen Beendigung des Verfahrens interessiert und machten deshalb nur restriktiv von einer Vorlagebefugnis Gebrauch.¹³⁷ Ohnehin ist die Anzahl investitionsschiedsgerichtlicher Verfahren innerhalb der EU überschaubar. Ferner sind Investitionsschiedsrichter zwar häufig nicht juristisch ausgebildet, aber dennoch meist keine rechtlichen Laien. Sie werden nach hohen Standards ausgewählt, haben in der Regel eine große fachliche Expertise und oft bereits einschlägige schiedsrichterliche Erfahrung.¹³⁸ Auf Grund ihrer praxisnahen Auswahl kennen sie die in Streit stehende Rechtsmaterie.

Daher ist nicht zu erwarten, dass sie den EuGH mit nebulösen Vorabentscheidungsersuchen bemühen. Unabhängig davon scheint der EuGH ohnehin keinen Anstoß daran zu nehmen, dass vorlegende Richter bisweilen rechtliche Laien sind.¹³⁹ Sollte ein Gericht juristisch zweifel- oder fehlerhaft formulierte Fragen an ihn vorlegen, behilft er sich damit, die Fragen so zu fassen, dass sie juristisch einwandfrei zu beantworten sind.¹⁴⁰

4. Keine Gefahr für die Einheit des Unionsrechts

Andere führen an, ohne schiedsrichterliche Vorabentscheidungsersuchen bestünde ohnehin nur eine geringe Gefahr uneinheitlicher Anwendung des Unionsrechts, da die Streitparteien einen Schiedsrichter, der zulasten einer Partei das Unionsrecht missachtet hat, nicht nochmals bestimmen würden.¹⁴¹ Dem ist zum einen zu entgegnen, dass in Investitionsschiedsverfahren diese Gefahr durchaus besteht. So könnte die Partei, zu deren Gunsten das Unionsrecht missachtet wurde, den von ihr gestellten Schiedsrichter auch in zukünftigen Verfahren benennen. Zum anderen ist die einheitliche Anwendung des Unionsrechts in Investitionsschiedsverfahren in besonderem Maße gefährdet, da sie naturgemäß komplexe internationale Sachverhalte vor ständig wechselndem rechtlichem Hintergrund betreffen.

ders., Art. 177 EWGV und die private Schiedsgerichtsbarkeit, EuR 1982, S. 322; Cohn, Schiedsgerichtsbarkeit und EWG-Vertrag, AWD 1965, S. 268.

¹³⁷ Abdalgawad, *L'arbitrage international et le nouveau règlement d'application des articles 81 et 82 EC*, Revue de l'arbitrage 2004, S. 276; zust. Hilbig, (Fn. 102), S. 155.

¹³⁸ Vgl. die Anforderungen an einen Schiedsrichter gemäß Art. 40 Abs. 2, Art. 14 Abs. 1 ICSID-Konvention; Hepting, (Fn. 136), IPRax 1983, S. 102, hält Schiedsrichter gegenüber nationalen Richtern für mindestens ebenbürtig.

¹³⁹ So Hilbig, (Fn. 102), S. 155, unter Verweis auf EuGH, Rs. 61/65, *Vaassen-Göbbels*, Slg. 1966, 584, 589, und Art. 92 der Verfahrensordnung „Reglement van het Beambtenfonds voor het Mijnbedrijf“; Erauw, (Fn. 135), S. 113.

¹⁴⁰ EuGH, Rs. 6/64, *Costa/ENEL*, Slg. 1964, 1253, 1268; Steinz, (Fn. 38), Rdnr. 632 ff.; zur Formulierung der Auslegungsfrage Haratsch/Koenig/Pechstein, (Fn. 46), Rdnr. 568.

¹⁴¹ Schima, (Fn. 71), S. 33; ähnlich Haltern, (Fn. 57), Rdnr. 384.

5. Verweis auf unterstützende nationale Gerichte als „goldene Brücke“

Der Europäische Gerichtshof scheint unter Berücksichtigung der Effizienz schiedsgerichtlicher Verfahren eine andere Form der einheitlichen Durchsetzung des Unionsrechts zu bevorzugen. Er verweist darauf, dass nationale Gerichte, die im Rahmen von unterstützenden Verfahrenshandlungen oder im Vollstreckungsverfahren in das Schiedsverfahren eingebunden sind, eine Vorabentscheidung des EuGH anstrengen können.¹⁴² Die so geschaffene „goldene Brücke“¹⁴³ zielt darauf ab, einen Ausgleich für die fehlende Vorlagefähigkeit von Schiedsgerichten zu schaffen. Sollte auf diese Weise zugleich die Möglichkeit eröffnet werden, nationale Instanzen damit zu betrauen, schiedsgerichtliche Auslegungsfragen an den EuGH zu „übermitteln“, ist dies unter dem Blickwinkel der Effizienz irrational und deshalb abzulehnen.¹⁴⁴ Neben dem eigentlichen Vorlageverfahren würde ein weiteres, unnötiges Zwischenverfahren erforderlich. Es liegt deshalb näher, dass der EuGH die Verantwortung unterstützender, nationaler Gerichte für eine einheitliche Anwendung des Unionsrechts unterstreichen wollte. Das ist freilich eine Selbstverständlichkeit.

Auch bezüglich des Vollstreckungsverfahrens ist der Ansatz des EuGH für Investitionsschiedsgerichte nicht zielführend, da nationale Gerichte möglicherweise gar keine Prüfung des Schiedsspruchs anhand des Unionsrechts vornehmen.¹⁴⁵ In Anbetracht ihrer Bindung an das Unionsrecht und der Priorität, die der Europäische Gerichtshof dessen einheitlicher Anwendung zuschreibt, wäre ein Verweis auf unzureichende nachrangige Kontrollmechanismen folglich unbefriedigend. Letztlich unterliefe diese ablehnende Haltung gegenüber der Vorlagebefugnis zudem eine etwaige Kooperationswilligkeit der Investitionsschiedsgerichte.

V. Vorlagebefugnis als zwingende Konklusion

Investitionsschutzpanels auf Basis von Intra-EU BITs sind angesichts ihrer Bindung an das Unionsrecht, ihrer Nähe zum allgemeinen Rechtsschutzsystem der Mitgliedstaaten und der überragenden Bedeutung einer einheitlichen Anwendung des Unionsrechts zur Vorlage an den Europäischen Gerichtshof befugt.

¹⁴² EuGH, Rs. C-126/97, *Eco Swiss*, Slg. 1999, I-3055, Rdnr. 34 ff.; EuGH, Rs. 102/81, *Nordsee*, Slg. 1982, 1095, Rdnr. 14.

¹⁴³ Terminologie von *Raeschke-Kessler*, Binnenmarkt, Schiedsgerichtsbarkeit und ordre public, EuZW 1990, S. 147.

¹⁴⁴ So ibid.; mit überzeugenden Argumenten *Ruzik*, (Fn. 62), S. 33; *Hilbig*, (Fn. 102), S. 159 ff.; *Zobel*, Art. 81 EGV im Schiedsgerichtsverfahren, WBl. 2001, S. 305 f.; unklar *Everling*, Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, 1986, S. 36 f.

¹⁴⁵ Im Falle der Vollstreckung nach der ICSID-Konvention, siehe unter B.IV.2.

D. Vorlagepflicht von Investitionsschutzpanels auf Basis von Intra-EU BITs

Als im Vorabentscheidungsverfahren vorlagebefugte mitgliedstaatliche Gerichte treffen Investitionsschutzpanels auf Basis von Intra-EU BITs prinzipiell die gleichen Vorlagepflichten wie alle anderen mitgliedstaatlichen Gerichte.

I. Überblick über die Vorlagepflichten an den EuGH

Vorlagebefugte Gerichte sind in ihrer Entscheidung, den Europäischen Gerichtshof um Vorabentscheidung zu ersuchen, frei. Ihnen kommt ein weiter Beurteilungsspielraum zu,¹⁴⁶ von dem zugunsten der Einheit des Unionsrechts nur zwei Ausnahmen gemacht werden. Zum einen müssen Gerichte, die für rechtswidrig erachtetes Unionsrecht unangewendet lassen wollen, dem EuGH diese Frage zur Entscheidung vorlegen.¹⁴⁷ Zum anderen sind letztinstanzliche Gerichte gemäß Art. 267 Abs. 3 AEUV zur Vorlage an den EuGH verpflichtet. Hiervon werden zwei Rückausnahmen zugelassen: Nach der „acte-clair“-Doktrin kann eine Vorlage unterbleiben, wenn die richtige Auslegung des Unionsrechts so offensichtlich ist, dass kein Raum für vernünftige Zweifel an der Entscheidung der sich stellenden Frage bleibt.¹⁴⁸ Ferner wird eine Vorlagepflicht verneint, wenn die aufgeworfene Rechtsfrage bereits durch gesicherte unionsrechtliche Rechtsprechung geklärt ist (*acte éclairé*).¹⁴⁹

Die damit verbleibende, große Tragweite der Vorlagepflicht verdeutlicht, dass ein Investitionsschiedsgericht – sofern es als letztinstanzlich zu qualifizieren ist – quasi jede entscheidungserhebliche Frage zur Auslegung des Unionsrechts dem EuGH im Vorabentscheidungsverfahren vorzulegen hat.

¹⁴⁶ Dausen, Das Vorabentscheidungsverfahren nach Artikel 177 EG-Vertrag, 2. Aufl. 1995, S. 94 f.

¹⁴⁷ EuGH, Rs. 314/85, *Foto-Frost*, Slg. 1987, 4199, Rdnr. 17; EuGH, Rs. C-461/03, *Gaston Schul*, Slg. 2005, I-10513, Rdnr. 19 ff.

¹⁴⁸ EuGH, Rs. 283/81, *CILFIT*, Slg. 1982, 3415, Rdnr. 16 ff.; kritisch zur „acte-clair“-Doktrin *Haltern*, (Fn. 57), Rdnr. 440 f.; Dausen, (Fn. 146), S. 114.

¹⁴⁹ Erstmals für den Fall, dass die Frage in einem gleich gelagerten Rechtsstreit vorgelegt und beantwortet wurde, EuGH, verb. Rs. 28/62 bis 30/62, *da Costa*, Slg. 1963, 65, 81; genaue Leitlinien entwickelte der EuGH in EuGH, Rs. 283/81, *CILFIT*, Slg. 1982, 3415, Rdnr. 12 ff.; vgl. dazu *Everling*, (Fn. 144), S. 47 ff.; gegen eine Lockerung dieser Rechtsprechung spricht sich *Herrmann*, Die Reichweite der gemeinschaftsrechtlichen Vorlagepflicht in der neueren Rechtsprechung des EuGH, EuZW 2006, S. 231 ff., aus.

II. Letztinstanzlichkeit von Investitionsschiedsgerichten im Sinne von Art. 267 Abs. 3 AEUV

Letztinstanzlich¹⁵⁰ wäre ein Investitionsschiedsgericht, wenn seine Entscheidung nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden könnte. Der Schiedsspruch dürfte folglich keiner Überprüfung durch ein höheres Gericht in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht mit ordentlichen Rechtsbehelfen unterliegen.

Unter diesem Gesichtspunkt sind Investitionsschiedsgerichte letztinstanzliche Gerichte.¹⁵¹ Zwar bietet die ICSID-Konvention mit Art. 52 ein gesondertes Verfahren zur Aufhebung des Schiedsspruchs, jedoch dient es ausschließlich der Integrität der Konvention und bezweckt keine inhaltliche Überprüfung.¹⁵² Auch ein Verweis auf das anzustrengende Vollstreckungsverfahren als Kontrollinstanz ist wenig einleuchtend, weil die materiellrechtliche Entscheidung zuvor getroffen wird.¹⁵³

III. Das Verhältnis zwischen Art. 267 Abs. 2 und 3 AEUV

Verschiedentlich wird versucht, Schiedsgerichte in Anerkennung ihrer Letztinstanzlichkeit als generell vorlageberechtigt, aber nicht vorlageverpflichtet darzustellen.¹⁵⁴

Zum einen wird damit argumentiert, dass durch eine Vorlagepflicht die Effizienz schiedsgerichtlicher Streitbeilegung vollständig aufgehoben würde.¹⁵⁵ Jede entscheidungserhebliche Auslegungsfrage müsse dem EuGH vorgelegt werden. Wenngleich

¹⁵⁰ Zum Streit um die Auslegung des Terminus „letztinstanzliches Gericht“, den die h.M. überzeugend zugunsten einer konkreten Betrachtungsweise entscheidet, vgl. EuGH, Rs. C-99/00, *Lykeskog*, Slg. 2002, I-4839, Rdnr. 16 ff.; *Streinz*, (Fn. 38), Rdnr. 636 ff.; *Schweitzer/Hummer/Obwexer*, (Fn. 44), Rdnr. 851; *Herdegen*, (Fn. 86), § 10, Rdnr. 30; a.A. *Dausen*, (Fn. 146), S. 111.

¹⁵¹ *Eilmansberger*, (Fn. 8), S. 426; für ICSID-Schiedsgerichte vgl. *Dolzer/Schreuer*, (Fn. 10), S. 287, der von *res judicata* spricht.

¹⁵² *Reinisch*, (Fn. 65), S. 801, Rdnr. 35; ähnlich *Schreuer/Malintoppi/Reinisch/Sinclair*, (Fn. 64), Art. 52, Rdnr. 11 ff.

¹⁵³ Andernfalls könnten selbst mitgliedstaatliche Obergerichte nicht an den EuGH vorlegen, da ihre Urteile gleichermaßen der Vollstreckung unterliegen.

¹⁵⁴ *Bebr*, (Fn. 87), S. 502; *Hilbig*, (Fn. 102), S. 156; *Zobel*, (Fn. 127), S. 192 f.; *Hepting*, (Fn. 136), IPRax 1983, S. 102; *ders.*, (Fn. 136), EuR 1982, S. 326 m.w.N.; wohl auch *Lieber*, (Fn. 73), S. 58 f.; *Erauw*, (Fn. 135), S. 129; a.A. *Bingham*, The National Judge's View, in: Adenau (Hrsg.), Article 177 References to the European Court, 1994, S. 47; ähnlich *Schima*, (Fn. 71), S. 33; *Knopp*, Über die Aufgabenverteilung zwischen dem Europäischen Gerichtshof und den nationalen Gerichten bei der Auslegung des Gemeinschaftsrechts, Fs. Möhring, 1965, S. 461 f.

¹⁵⁵ Vom „Ende der Schiedsgerichtsbarkeit“ spricht *Haltern*, (Fn. 57), Rdnr. 382 f.; zur ohnehin beschränkten Vertraulichkeit vor ICSID-Panels vgl. *McLachlan/Shore/Weiniger*, (Fn. 35), Rdnr. 3.40.

dadurch die Schiedsgerichtsbarkeit unattraktiv werden könnte, kann diesem Einwand nicht entsprochen werden, denn mit einer nur an der Effizienz schiedsgerichtlicher Verfahren ausgerichteten Argumentation wird das Ziel des Vorabentscheidungsverfahrens verkannt: die konsequent einheitliche Anwendung des Unionsrechts.¹⁵⁶

Zum anderen tragen Verfechter einer generellen Vorlagebefugnis vor, die Absätze 2 und 3 würden keine Regelungseinheit bilden. Sie betreffen unterschiedliche Interessen und ihre grundlegenden Wertungen wichen stark voneinander ab, sodass eine gesonderte Behandlung angezeigt sei.¹⁵⁷ Gegen dieses Verständnis von Art. 267 Abs. 3 AEUV wird vorgebracht, dass eine unterschiedliche autonome Bedeutung der Termini „Gericht eines Mitgliedstaats“ in Art. 267 Abs. 2 AEUV und „einzelstaatliches Gericht“ in Art. 267 Abs. 3 AEUV nur schwer zu erklären sei.¹⁵⁸ Nachfolgend soll deshalb die Bedeutung der Gerichtsqualität im Rahmen von Art. 267 Abs. 3 AEUV untersucht werden.

1. Vergleich der Wortlauten von Art. 267 Abs. 2 und 3 AEUV

Während die englische Vertragsfassung sowohl in Absatz 2 als auch in 3 von „*court or tribunal of a Member State*“ spricht, wird in den anderen Sprachen terminologisch zwischen beiden Absätzen unterschieden:

So wird in der deutschen Vertragsfassung „Gericht eines Mitgliedstaats“ (Abs. 2) und „einzelstaatliches Gericht“ (Abs. 3) verwendet. Noch weiter differenziert beispielsweise der französische („*juridiction d'un des États membres*“ / „*juridiction nationale*“), spanische („*órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros*“ / „*órgano jurisdiccional nacional*“) und italienische („*un organo giurisdizionale di uno degli Stati membri*“ / „*un organo giurisdizionale nazionale*“) Wortlaut, dem auch die dänische, niederländische und portugiesische Formulierung ähnelt.

Auffällig ist mithin, dass in Absatz 3 vieler Sprachfassungen die nationale Zugehörigkeit des vorlegenden Gerichts besonders betont wird.

2. Europarechtliche Folgen eines Verstoßes gegen die Vorlagepflicht

Das Unterlassen einer Vorabentscheidungsvorlage durch ein vorlageverpflichtetes Gericht stellt nach allgemeiner Meinung eine Vertragsverletzung des betreffenden

¹⁵⁶ Mit ähnlicher Begründung *Zobel*, (Fn. 144), S. 306; *Ruzik*, (Fn. 62), S. 31.

¹⁵⁷ *Hepting*, (Fn. 136), IPRax 1983, S. 102; *Hilbig*, (Fn. 102), S. 156.

¹⁵⁸ Schlussanträge GA *Reischl* zu EuGH, Rs. 102/81, *Nordsee*, Slg, 1982, 1112, 1122; *Malferri*, (Fn. 75), S. 102, Fn. 624.

Mitgliedstaats dar.¹⁵⁹ Zudem kann die Nichtvorlage einen unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruch gegen ebendiesen begründen.¹⁶⁰ Da der durch das säumige Gericht begangene Verstoß gegen die Vorlagepflicht konkret dem Mitgliedstaat zugerechnet werden muss, ist indes höchst zweifelhaft, ob sich diese Konsequenzen auf alle vorlagebefugten Spruchkörper anwenden lassen.

3. Organschaft als Zurechnungskriterium für eine Vorlageverpflichtung

Unter Berücksichtigung der in den Vertragstexten sprachlich anklingenden Differenzierung und der an den Verstoß gegen die Vorlagepflicht anknüpfenden Folgen überzeugt es deshalb, Art. 267 Abs. 3 AEUV als spezielle Ausformung der unionsinternen Verpflichtung aus Art. 4 Abs. 3 AEUV zu verstehen. Dieser unterliegen die Mitgliedstaaten auf allen Ebenen, im Einzelnen umfasst ist jeder Träger der öffentlichen Gewalt.¹⁶¹ Da die nationalen Gerichte die Aufgabe haben, das Unionsrecht zu wahren,¹⁶² verlangt Art. 267 Abs. 3 AEUV in der Folge eine organschaftliche Zuordnung des nicht vorlegenden Gerichts zum jeweiligen Mitgliedstaat. „Nationale Gerichte“ unterscheiden sich aber von „mitgliedstaatlichen Gerichten“ im Sinne von Art. 267 Abs. 2 AEUV, da der EuGH für eine Vorlagebefugnis den hinreichenden Bezug zum allgemeinen Rechtsschutzsystem der Mitgliedstaaten genügen lässt.¹⁶³ Vorlagebefugnis und Vorlagepflicht sind folglich nicht deckungsgleich.

Diese Differenzierung überzeugt insbesondere, wenn man die unterschiedlichen Regelungsziele beider Absätze einander gegenüberstellt: Artikel 267 Abs. 2 AEUV bezweckt, dem Unionsrecht durch ein kooperatives Verhältnis zwischen mitgliedstaatlichen Gerichten und dem EuGH zur einheitlichen Anwendung zu verhelfen. Artikel 267 Abs. 3 AEUV beinhaltet hingegen vorrangig eine Ausprägung subjektiven Rechtsschutzes in der Europäischen Union und manifestiert den Ausgangspunkt zur Rechtsdurchsetzung des Einzelnen.

¹⁵⁹ Oppermann/Classen/Nettesheim, (Fn. 57), § 14, Rdnr. 25; Karpenstein, (Fn. 68), Art. 226 EGV, Rdnr. 71; Schima, (Fn. 71), S. 67; zum Ermessen der Kommission ein solches anzustrengen, vgl. Hartley, (Fn. 126), S. 303.

¹⁶⁰ Karpenstein, (Fn. 68), Art. 226 EGV, Rdnr. 71; Wernsmann, Vorabentscheidungsverfahren, in: Ehlers/Schoch (Hrsg.), Rechtsschutz im Öffentlichen Recht, 2009, Rdnr. 66; Haltern, (Fn. 57), Rdnr. 866 ff.

¹⁶¹ Streinz, in: Streinz, (Fn. 18), Art. 10 EGV, Rdnr. 5.

¹⁶² Von Bogdandy, in: Grabitz/Hilf, (Fn. 26), Art. 10 EGV, Rdnr. 53; Streinz, (Fn. 161), Art. 10 EGV, Rdnr. 31.

¹⁶³ EuGH, Rs. 102/81, *Nordsee*, Slg. 1982, 1095, Rdnr. 13; in EuGH, Rs. 246/80, *Broekmeulen*, Slg. 1981, 2311, Rdnr. 11, hat der Gerichtshof sogar ausdrücklich einen Spruchkörper für vorlagebefugt gehalten, der nach niederländischem Recht nicht als Gericht zu qualifizieren war; auch Zobel, (Fn. 127), S. 193, unterschiedet für private Schiedsgerichte zwischen deren anerkannter Rechtsprechung einerseits und der Judikative der EU-Mitgliedstaaten andererseits.

In Anbetracht dessen kann das Vorabentscheidungsverfahren für Spruchkörper, die keine staatlichen Organe sind und dennoch dem staatlichen Rechtsschutzsystem hinreichend nahe stehen, einzig rechtserweiternd wirken. Vorlagepflichtig sind hingegen nur nationale Gerichte, welche die (engeren) Zurechnungskriterien im Vertragsverletzungsverfahren oder in einem unionsrechtlichen Haftungsprozess erfüllen.

IV. Keine Vorlagepflicht von Investitionsschutzpanels bei Intra-EU BITs

Investitionsschiedsgerichte auf Basis von Intra-EU BITs weisen zwar eine Nähe zum allgemeinen Rechtsschutzsystem der Mitgliedstaaten auf. Allerdings sind sie organisatorisch keine Rechtsprechungsorgane der Mitgliedstaaten. Demzufolge ist es kaum vertretbar zu argumentieren, die Nichtvorlage durch ein Investitionschiedsgericht stelle eine Vertragsverletzung des Mitgliedstaats dar.¹⁶⁴ Sie sind deshalb nicht zur Vorlage an den EuGH verpflichtet.

E. Resümee – Überzeugt der Ruf nach einem Europäischen Investitionsgericht?

Bilaterale Investitionsschutzpanels auf Basis von Intra-EU BITs sind mitgliedstaatliche Gerichte im Sinne von Art. 267 Abs. 2 AEUV und infolgedessen zur Vorlage an den Europäischen Gerichtshof berechtigt. Der EuGH sollte dies anerkennen und die Panels insoweit von privaten Schiedsgerichten unterscheiden. Denn im Gegensatz zu ihnen stehen Investitionsschiedsgerichte dem staatlichen Rechtsschutzsystem nahe.

Es wurde in diesem Zusammenhang aufgezeigt, dass (1) die in Intra-EU BITs eröffnete separate Form der Streitbeilegung mittels Investitionsschiedsverfahren weder durch das Unionsrecht verdrängt wird, noch mit ihm unvereinbar ist. Vielmehr sind (2) die in diesen Verfahren entscheidungsbefugten Schiedsgerichte trotz ihrer völkerrechtlichen Entscheidungsgrundlage an das Unionsrecht gebunden. Im BIT haben die Mitgliedstaaten überdies den Investoren die Möglichkeit eröffnet, einseitig die Streitbeilegung durch Investitionsschiedsgerichte einzuleiten, und so deren Nähe zum allgemeinen Rechtsschutzsystem der Mitgliedstaaten begründet. Damit geht (3) die Vorlageberechtigung der Investitionsschutzpanels einher, welche zugleich als letztinstanzliche Gerichte zu qualifizieren sind. Dennoch fallen sie (4) nicht unter

¹⁶⁴ Zwar kann selbst unionsrechtswidriges Verhalten Privater eine Vertragsverletzung darstellen, doch muss sich der Mitgliedstaat dafür kumulativ der Privaten zur Erfüllung staatlicher Aufgaben bedienen und Einfluss auf ihr Verhalten nehmen, vgl. Ehrcke, (Fn. 59), Art. 226 EGV, Rdnr. 10, zu EuGH, Rs. 249/81, Kommission/Irland, Slg. 1982, 2005, Rdnrn. 15 und 23 ff.

die Vorlagepflicht nach Art. 267 Abs. 3 AEUV, weil sie keine nationalen Rechtsprechungsorgane der Mitgliedstaaten sind. Im Zusammenspiel mit der unzureichenden Kontrollmöglichkeit der Schiedssprüche im Rahmen des Vollstreckungsverfahrens verbleibt infolgedessen (5) ein Durchsetzungsvakuum für die einheitliche Anwendung des Unionsrechts. Es zeigt sich deutlich, dass eine effektive Durchsetzung des Unionsrechts maßgeblich von der Kooperationswilligkeit der Investitionsschiedsgerichte abhängt.

Um eine stete Zusammenarbeit mit den Organen der Europäischen Union sicherzustellen, wurde deshalb unlängst die Bildung eines zentralen, in seiner Zusammensetzung unveränderlichen Europäischen Investitionsgerichts gefordert.¹⁶⁵ Im Einzelnen soll diese Entscheidungsinstanz eng in das Gefüge der EU eingebettet werden und als von ihr gesteuertes Fachgericht den Vorrang des Unionsrechts garantieren.

Wenngleich unabweisbar der Wunsch einer engeren Verknüpfung zwischen dem investitionsbezogenen Rechtsschutz innerhalb der Europäischen Union und deren Rechtsprechungsgewalt besteht, muss das in der konkreten Ausgestaltung hierfür aufzubringende Opfer berücksichtigt werden: Mit der Implementierung eines Europäischen Investitionsgerichts würden die Investoren ihres in den Intra-EU BITs garantierten Rechts auf eine „echte“ schiedsgerichtliche Streitbeilegung beschnitten.¹⁶⁶ Zudem würden mit Aufgabe der schiedsgerichtlichen Streitbeilegung innerhalb der EU die bestehenden Intra-EU BITs letztlich weitgehend sinnentleert. Angesichts dieser augenfälligen Gegenargumente ist der in die Diskussion eingeführte Ruf nach einem Europäischen Investitionsgericht zurückzuweisen; es bleibt abzuwarten, wie der Vorstoß in der Politik aufgenommen wird.

Losgelöst hiervon wären gerade in Bezug auf das Zusammenwirken von Völkerrecht, nationalem Recht und Europarecht „Leitentscheidungen“ des Europäischen Gerichtshofs – initiiert durch die Vorlage eines Investitionsschiedsgerichts – auch nach der bestehenden Rechtslage erdenklich und wünschenswert.

¹⁶⁵ *Wierzbowski/Gubrynowicz* (Fn. 13), S. 557 ff., fordern diese drastische Änderung des bestehenden Investitionsschutzrechts in Europa. Sie sprechen sich dafür aus, einen *European Investment Court* zu etablieren.

¹⁶⁶ So soll die Möglichkeit entfallen, Schiedsrichter selbstständig zu ernennen. Insoweit bereits selbstkritisch *ibid.*, S. 559.