

Berta Boknik

Das Verhältnis von EuGH und Investitionsschiedsgerichten auf der Grundlage von intra-EU BIT

Eine Analyse anhand des Falls Achmea



Nomos

facultas



DIKE



Studien zum Internationalen Investitionsrecht

herausgegeben von

Prof. Dr. Marc Bungenberg, LL.M., Universität des Saarlandes

Prof. Dr. Dr. h.c. Stephan Hobe, LL.M., Universität zu Köln

Prof. Dr. August Reinisch, LL.M., Universität Wien

Prof. Dr. Andreas R. Ziegler, LL.M., Universität Lausanne

In Kooperation mit dem

International Investment Law Centre Cologne (IILCC)

Prof. Dr. Dr. h.c. Stephan Hobe, LL.M.

Prof. Dr. Bernhard Kempen

Prof. Dr. Heinz-Peter Mansel

Prof. Dr. Burkhard Schöbener

Band 35

zugleich Band 17 der Schriftenreihe des

International Investment Law Centre Cologne (IILCC)

Berta Boknik

Das Verhältnis von EuGH und Investitionsschiedsgerichten auf der Grundlage von intra-EU BIT

Eine Analyse anhand des Falls Achmea



Nomos

facultas



DIKE 

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungsfonds Wissenschaft der VG WORT.

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Köln, Univ., Diss., 2020

ISBN 978-3-8487-6830-1 (Nomos Verlag, Baden-Baden, Print)

ISBN 978-3-7489-0929-3 (Nomos Verlag, Baden-Baden, ePDF)

ISBN 978-3-7089-2089-4 (facultas Verlag, Wien)

ISBN 978-3-03891-299-6 (Dike Verlag, Zürich/St. Gallen)



Onlineversion
Nomos eLibrary

1. Auflage 2020

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln im Wintersemester 2019/2020 als Dissertation angenommen. Für die vielseitige Unterstützung, die ich bei der Erstellung des Werks erfahren durfte, möchte ich mich an dieser Stelle bedanken.

Mein herzlicher Dank gebührt an erster Stelle meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Bernhard Kempen, für die stets freundliche und verlässliche Betreuung meiner Promotion, den erfahrenen Zuspruch bei der Verfolgung meines selbstgewählten Themas sowie die wertvollen und weit-sichtigen inhaltlichen Anregungen für dessen Bearbeitung.

Herrn Jun.-Prof. Dr. Julian Scheu, LL.M. danke ich neben der raschen Erstellung des Zweitgutachtens dafür, dass er mir während und nach meiner Zeit als Mitarbeiterin am International Investment Law Centre Cologne mit Rat und Tat zur Seite stand und zu wissenschaftlichem Austausch jederzeit bereit war.

Frau Prof. Christine Kaddous möchte ich dafür danken, dass Sie mich während meines Forschungsaufenthalts an dem Centre d'études juridiques européennes in Genf aufgenommen und es mir ermöglicht hat, meine Thesen einem Fachpublikum zu präsentieren und sie mit ihm zu diskutieren.

Mein Dank gilt zudem Tim Maxian Rusche, Docteur en droit für die vielen anregenden Gespräche, in deren Rahmen er mir die Perspektive der Europäischen Kommission darlegte und durch hilfreiche Anmerkungen und konstruktive Kritik wichtige Impulse für meine Arbeit lieferte.

Der Studienstiftung des deutschen Volkes sowie dem Deutschen Akademischen Austauschdienst danke ich für die großzügige ideelle und finanzielle Förderung meines Promotionsvorhabens.

Danken möchte ich zudem meinen Freunden, die mir fortlaufend in persönlicher und fachlicher Hinsicht eine große Stütze waren, allen voran Céline Eysler, Alina Marko, Marina Moser, Marie Moss und Sabrina Seak.

Ein besonderer Dank gilt Alexander Broer, der durch sein stetiges Verständnis und seine unermüdliche Ermutigung während der gesamten Promotionszeit in wesentlichem Maße dazu beigetragen hat, dass diese Arbeit erfolgreich abgeschlossen werden konnte.

Vorwort

Abschließend danke ich meiner Familie und insbesondere meinen Eltern, die immer an mich geglaubt und mich auf meinem Lebensweg unentwegt unterstützt haben. Ihnen ist diese Promotion gewidmet.

Köln, im Juni 2020

Berta Boknik

Inhaltsübersicht

Abkürzungsverzeichnis	19
Einführung	23
A. Tatbestand	25
B. Urteil des EuGH	28
C. Aussage des Urteils	33
D. Fazit	45
1. Kapitel: Ein Blick in die Vergangenheit – parallele Koexistenz in Unabhängigkeit	46
A. Wesentliche Differenzen	48
B. Einflussreiche Änderungen zu Beginn des 21. Jahrhunderts	69
2. Kapitel: Ein Blick in die Gegenwart – Spannungsverhältnis	78
A. Bewertung des Konfliktpotenzials aus unionsrechtlicher Sicht	79
B. Bewertung des Konfliktpotenzials aus völkerrechtlicher Sicht	309
C. Zusammenfassung der Ergebnisse	380
3. Kapitel: Ein Blick in die Zukunft – Verdrängung	382
A. Die kurzfristige Umsetzung der Unanwendbarkeit von ISDS- Klauseln in intra-EU BIT	382
B. Der langfristige Untergang von intra-EU BIT	398
Fazit	403
Zusammenfassende Thesen	409
Literaturverzeichnis	419

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	19
Einführung	23
A. Tatbestand	25
B. Urteil des EuGH	28
C. Aussage des Urteils	33
I. Ein Urteil von grundsätzlicher Bedeutung	34
II. Anwendungsbereich der Achmea-Rechtsprechung	36
D. Fazit	45
1. Kapitel: Ein Blick in die Vergangenheit – parallele Koexistenz in Unabhängigkeit	46
A. Wesentliche Differenzen	48
I. Der wesensabhängige Entstehungsprozess	49
II. Grundlegende Aufgaben	51
III. Zuständigkeiten	54
IV. Das auf die materiellen Rechtsfragen anwendbare Recht	58
V. Folgen bei der Feststellung einer Pflichtverletzung	62
VI. Verhältnis zu nationalen Gerichten	67
VII. Zwischenergebnis	69
B. Einflussreiche Änderungen zu Beginn des 21. Jahrhunderts	69
I. Entstehung von intra-EU BIT durch die Osterweiterung der Europäischen Union	70
II. Zunehmender Rückgriff auf ISDS gegen Mitgliedstaaten der Europäischen Union	71
III. Investitionsschiedsverfahren im Blickfeld der Öffentlichkeit	73
IV. Fokusverschiebung auf europäischem Niveau	74
V. Zwischenergebnis	77

Inhaltsverzeichnis

2. Kapitel: Ein Blick in die Gegenwart – Spannungsverhältnis	78
A. Bewertung des Konfliktpotenzials aus unionsrechtlicher Sicht	79
I. ISDS-Klauseln in intra-EU BIT im Lichte von Art. 344 AEUV	80
1. Regelungsgehalt von Art. 344 AEUV	81
2. ISDS-Klauseln in intra-EU BIT als anderweitige Regelung einer Streitigkeit in Widerspruch zu Art. 344 AEUV	86
a) Auslegung oder Anwendung der Verträge als Streitgegenstand von Schiedsverfahren auf Grundlage von intra-EU BIT	87
aa) Rolle des Unionsrechts im Rahmen einer Streitigkeit über die Auslegung oder Anwendung der Verträge im Sinne des Art. 344 AEUV	87
(1.) Unsicherheit vor dem Achmea-Urteil	88
(2.) Erhellung durch das Achmea-Urteil	90
bb) Potenzielle Anwendbarkeit von Unionsrecht im Rahmen von auf der Grundlage von intra-EU BIT geführten Investor-Staat-Schiedsverfahren	94
(1.) Grundsätzliche Anwendbarkeit von Unionsrecht auf die materiellen Rechtsfragen	94
(a) Keine implizite Rechtswahl zugunsten von Unionsrecht	95
(b) Regelmäßige explizite Rechtswahl zugunsten von Unionsrecht durch die Parteien oder einschlägige Schiedsordnungen	96
(2.) Pflicht von Investitionsschiedsgerichten zur Beachtung von Unionsrecht im intra- europäischen Kontext	99
(a) Prinzip des intergerichtlichen Respekts als Grundlage	100
(b) Pflicht zum Erlass vollstreckbarer Schiedssprüche als Grundlage	102
(aa) Vorliegen einer Pflicht zum Hinwirken auf vollstreckbare Schiedssprüche	102

(bb)	Pflicht zur Berücksichtigung von Unionsrecht als Bestandteil der Pflicht zum Hinwirken auf vollstreckbare Schiedssprüche	107
(cc)	Zurückbleiben hinter dem Maßstab der potenziellen Anwendbarkeit im Sinne der Achmea-Rechtsprechung	109
(dd)	Zwischenergebnis	110
(3.)	Zwischenergebnis	111
cc)	Zwischenergebnis	112
b)	Paralleler gerichtlicher Rechtsschutz für Investoren nach Unionsrecht	113
c)	Investitionsschiedsverfahren mit Beteiligung eines privaten Investors als Streitigkeit im Sinne des Art. 344 AEUV	123
aa)	Zur Frage des zwischenstaatlichen Charakters von Investitionsschiedsverfahren	123
(1.)	Voraussetzungen für die Berechtigung privater Dritter durch völkerrechtliche Verträge	126
(2.)	Anwendung der Voraussetzungen für die Berechtigung privater Dritter durch völkerrechtliche Verträge auf IIA	132
(a)	Unmittelbare Anwendbarkeit der potenziell Investorenrechte begründenden Bestimmungen	135
(b)	Deutliche und präzise Willensäußerung im Hinblick auf die Übertragung von Investorenrechten	138
(aa)	Deutliche und präzise Willensäußerung im Hinblick auf die Begründung eines prozessualen Schiedsklagerechts des Investors	141
(bb)	Deutliche und präzise Willensäußerung im Hinblick auf die Begründung materieller Investorenrechte	155
(cc)	Zwischenergebnis	164
(c)	Zwischenergebnis	164

Inhaltsverzeichnis

bb) Subsumierbarkeit von Investor-Staat-Streitigkeiten unter Art. 344 AEUV	165
cc) Zwischenergebnis	171
3. Zwischenergebnis	171
II. ISDS-Klauseln in intra-EU BIT im Lichte von Art. 267 AEUV	172
1. Regelungsgehalt von Art. 267 AEUV	173
2. Investitionsrechtliche Schiedsverfahren auf der Grundlage von intra-EU BIT als Hindernis für die Effizienz des Vorlageverfahrens in Art. 267 AEUV	177
a) Fehlende Vorlageberechtigung von Investitionsschiedsgerichten	180
aa) Bisherige Rechtsprechung des EuGH zur Vorlageberechtigung nach Art. 267 AEUV	180
(1.) Gerichtseigenschaft im Sinne des Art. 267 AEUV – Die Entwicklung des „klassischen Septetts“	181
(a) Gesetzliche Grundlage	187
(b) Ständiger Charakter	188
(c) Unabhängigkeit	189
(d) Obligatorische Gerichtsbarkeit	195
(e) Streitiges Verfahren	198
(f) Anwendung von Rechtsnormen	199
(g) Tätigkeit mit Rechtsprechungscharakter	201
(h) Berücksichtigung weiterer Gesichtspunkte	204
(i) Zwischenergebnis	208
(2.) Zugehörigkeit zu einem Mitgliedstaat im Sinne des Art. 267 AEUV	209
(3.) Rechtsprechung des EuGH zu der Vorlagebefugnis von Schiedsgerichten	212
bb) Einordnung des Achmea-Urteils	216
(1.) Fehlende Subsumierbarkeit unter den unionsrechtlichen Gerichts begriff	217
(2.) Fokussierung auf das fehlende Verhältnis zu den innerstaatlichen Gerichtssystemen	224

(3.) Ablehnung einer Deutung der Fokussierung als Ankündigung einer grundsätzlichen Öffnung des unionsrechtlichen Gerichtsbegriffs für vertragliche Schiedsgerichte	230
(4.) Zwischenergebnis	234
b) Keine Wahrung der Effizienz des Vorlageverfahrens durch potenzielle Befassung vorlageberechtigter Gerichte mit investitionsrechtlichen Schiedssprüchen	235
aa) Potenzielle Befassung vorlageberechtigter Gerichte mit den sich in Investitionsschiedsverfahren stellenden unionsrechtlichen Fragen	236
bb) Bewertung der potenziellen Befassung vorlageberechtigter Gerichte in der bisherigen Rechtsprechung des EuGH	239
cc) Einordnung des Achmea-Urteils in die bisherige Rechtsprechung	242
(1.) Einschränkung des Anwendungsbereichs der Eco-Swiss-Rechtsprechung	242
(2.) Verschiebung des Maßstabs zugunsten der effektiven und einheitlichen Durchsetzung des Unionsrechts im Bereich der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit	248
(3.) Verschärfung der Rechtsprechung zur Handelsschiedsgerichtsbarkeit	249
dd) Zwischenergebnis	251
3. Zwischenergebnis	252
III. ISDS-Klauseln in intra-EU BIT im Lichte von Art. 18 UAbs. 1 AEUV	252
1. Objektiv gleiche Lage ausländischer EU-Investoren	256
a) Rechtsprechung des EuGH zu Doppelbesteuerungsabkommen	258
b) Fehlende Übertragbarkeit der Rechtsprechung auf intra-EU BIT	260
c) Zwischenergebnis	265
2. Pflicht zur Gleichbehandlung von EU-Ausländern aus Art. 18 UAbs. 1 AEUV	266
3. Keine Erstreckung des Zugangs zu ISDS auf diskriminierte Investoren	273

Inhaltsverzeichnis

4. Zwischenergebnis	275
IV. ISDS-Klauseln in intra-EU BIT im Lichte der Autonomie der Unionsrechtsordnung	276
1. Bisherige Rechtsprechung des EuGH zur Beeinträchtigung der Autonomie der Unionsrechtsordnung	278
2. Einordnung des Achmea-Urteils in die Rechtsprechungspraxis	282
a) Aufgreifen der altbekannten Kriterien	282
b) Fortbildung der Rechtsprechung	288
3. Zwischenergebnis	289
V. ISDS-Klauseln in intra-EU BIT im Lichte des Grundsatzes des gegenseitigen Vertrauens	290
1. Der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens in der Rechtsprechung des EuGH	291
2. Bewertung der Achmea-Rechtsprechung im Lichte der bisherigen Rechtsprechung	301
a) Nachvollziehbarkeit der Subsumtion	301
b) Möglichkeit einer abweichenden Bewertung im Einzelfall als offene Frage für die Zukunft	303
3. Zwischenergebnis	304
VI. Ergebnis zur Bewertung des Konfliktpotenzials aus unionsrechtlicher Sicht	305
B. Bewertung des Konfliktpotenzials aus völkerrechtlicher Sicht	309
I. Unionsrechtskonforme Auslegung von intra-EU BIT als mögliche Lösung	311
1. Völkerrechtliche Grundlage für die Heranziehung von Unionsrecht im Rahmen der Auslegung von intra-EU BIT	312
2. Der nachträgliche Abschluss der europäischen Verträge als potenzielles Hindernis für ihre Berücksichtigung	318
3. Zur Realisierbarkeit einer unionsrechtskonformen Auslegung von ISDS-Klauseln in intra-EU BIT	328
4. Zwischenergebnis	332
II. Beendigung von intra-EU BIT nach Art. 59 Abs. 1 WVK als mögliche Lösung	333
1. Vorliegen eines späteren Vertrages zwischen den Vertragsparteien eines intra-EU BIT	338

2. Übereinstimmung der Vertragsgegenstände im Sinne von Art. 59 Abs. 1 Hs. 1 WVK	340
3. Prüfung der Voraussetzung(en) von Art. 59 Abs. 1 lit. a und b WVK	354
a) Verhältnis von Art. 59 Abs. 1 lit. a und b WVK	354
b) Fehlen einer Beendigungsabsicht	357
4. Zwischenergebnis	365
III. Fehlende Anwendbarkeit der ISDS-Klauseln in intra-EU BIT als mögliche Lösung	366
1. Situation bis zum 15. Januar 2019	367
a) Besondere Kollisionsregeln betreffend das Verhältnis von intra-EU BIT und Unionsrecht	367
b) Das Verhältnis von intra-EU BIT und Unionsrecht im Lichte allgemeiner Vorrangsregeln	372
aa) Keine Unanwendbarkeit von ISDS-Klauseln auf Grundlage der <i>Lex-specialis-derogat-legi-generalis-Maxime</i>	373
bb) Unanwendbarkeit von ISDS-Klauseln nach Art. 30 Abs. 3 WVK	375
c) Zwischenergebnis	376
2. Situation nach den Erklärungen der Mitgliedstaaten vom 15. und 16. Januar 2019	377
3. Zwischenergebnis	379
IV. Ergebnis zur Bewertung des Konfliktpotenzials aus völkerrechtlicher Sicht	379
C. Zusammenfassung der Ergebnisse	380
3. Kapitel: Ein Blick in die Zukunft – Verdrängung	382
A. Die kurzfristige Umsetzung der Unanwendbarkeit von ISDS-Klauseln in intra-EU BIT	382
I. Umsetzung durch Investoren	383
II. Umsetzung durch die Mitgliedstaaten der Europäischen Union	384
III. Umsetzung durch Investitionsschiedsgerichte	387
1. UP and C.D Holding Internationale gg. Ungarn	388
2. Bewertung	390
IV. Umsetzung durch staatliche Gerichte	393

Inhaltsverzeichnis

V. Zwischenergebnis	397
B. Der langfristige Untergang von intra-EU BIT	398
Fazit	403
Zusammenfassende Thesen	409
Literaturverzeichnis	419

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
Abs.	Absatz
a. E.	am Ende
AEUU	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
ARS	Artikelentwurf für die Verantwortlichkeit von Staaten für völkerrechtswidriges Handeln der Völkerrechtskommission (<i>Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts of the International Law Commission</i>)
Art.	Artikel
Begr.	Begründer
BGH	Bundesgerichtshof
BIT	Bilaterales Investitionsschutzabkommen (<i>bilateral investment treaty</i>)
bspw.	beispielsweise
bzw.	beziehungsweise
CETA	Umfassendes Wirtschafts- und Handelsabkommen zwischen Kanada einerseits und der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten andererseits (<i>Comprehensive Economic and Trade Agreement</i>)
DBA	Doppelbesteuerungsabkommen
ECT	Vertrag über die Energiecharta (<i>Energy Charter Treaty</i>)
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
et al.	und andere
EU	Europäische Union
EuG	Gericht der Europäischen Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof bestehend aus dem Gerichtshof und dem Gericht
EU-GrCH	Charta der Grundrechte der Europäischen Union

Abkürzungsverzeichnis

EUV	Vertrag über die Europäische Union
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
extra-EU BIT	Zwischen einem Mitgliedstaat der Europäischen Union oder der Europäischen Union und einem Drittstaat abgeschlossenes bilaterales Investitionsschutzabkommen
f.	folgende Seite
FET	gerechte und billige Behandlung (<i>fair and equitable treatment</i>)
Fn.	Fußnote
GA	Generalversammlung der Vereinten Nationen (<i>United Nations General Assembly</i>)
gg.	gegen
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
ICC	Internationale Handelskammer (<i>International Chamber of Commerce</i>)
ICJ	Internationaler Gerichtshof (<i>International Court of Justice</i>)
ICSID	Internationales Zentrum zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten (<i>International Centre for Settlement of Investment Disputes</i>)
IDI	Institut für Internationales Recht (<i>Institut de droit international</i>)
IIA	internationale Investitionsschutzabkommen (<i>international investment agreements</i>)
ILC	Völkerrechtskommission (<i>International Law Commission</i>)
intra-EU BIT	zwischen zwei Mitgliedstaaten der Europäischen Union abgeschlossenes bilaterales Investitionsschutzabkommen
ISDS	Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit (<i>investor-state dispute settlement</i>)
i. V. m.	in Verbindung mit
LCIA	Internationaler Schiedsgerichtshof London (<i>London Court of International Arbitration</i>)
Lit.	littera
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen

NAFTA	Nordamerikanisches Freihandelsabkommen (<i>North American Free Trade Agreement</i>)
Nr.	Nummer
NYÜ	New Yorker Übereinkommens über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10. Juni 1958 (<i>New York Arbitration Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards</i>)
OLG	Oberlandesgericht
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
S.	Seite
SCC	Stockholmer Handelskammer (<i>Stockholm Chamber of Commerce</i>)
Schriftl.	Schriftleitung
TTIP	Transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft (<i>Transatlantic Trade and Investment Partnership</i>)
u. a.	und andere
UAbs.	Unterabsatz
UNCITRAL	Kommission der Vereinten Nationen für internationales Handelsrecht (<i>United Nations Commission for International Trade Law</i>)
UNCITRAL-ModellG	UNCITRAL-Modellgesetz über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, das am 21. Juni 1985 angenommen und im Jahr 2006 modifiziert wurde
Var.	Variante
verb.	verbunden
Vgl.	Vergleiche
WTO	Welthandelsorganisation (<i>World Trade Organisation</i>)
WVK	Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge (<i>Vienna Convention on the Law of Treaties</i>)
ZPO	Zivilprozessordnung

