



# Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DER GENERALANWÄLTIN  
JULIANE KOKOTT  
vom 22. April 2021<sup>1</sup>

**Rechtssache C-109/20**

**Republik Polen**  
**gegen**  
**PL Holdings Sàrl**

(Vorabentscheidungsersuchen des Högsta domstol [Oberster Gerichtshof, Schweden])

„Vorabentscheidungsersuchen – Investitionsabkommen von 1987 zwischen Polen, Luxemburg und Belgien – Bestimmung, die es einem Investor einer Vertragspartei bei einer Streitigkeit mit der anderen Vertragspartei ermöglicht, ein Schiedsgericht anzurufen – Unanwendbarkeit dieser Schiedsklausel – Schiedsvereinbarung – Rügelelose Einlassung – Anwendbarkeit – Vereinbarkeit mit den Art. 267 und 344 AEUV – Autonomie des Unionsrechts“

## I. Einleitung

1. Mit dem Urteil Achmea<sup>2</sup> hat der Gerichtshof entschieden, dass Schiedsklauseln zugunsten von Investoren in Investitionsabkommen zwischen Mitgliedstaaten mit den Art. 267 und 344 AEUV unvereinbar sind und daher nicht angewendet werden dürfen. Doch welche Konsequenzen hat es, wenn sich ein Mitgliedstaat vor Erlass des Schiedsspruchs nicht auf die Unwirksamkeit der Schiedsklausel beruft? Ein schwedisches Gericht schloss daraus im Zusammenhang mit der Prüfung der Gültigkeit des Schiedsspruchs, dass der betreffende Mitgliedstaat durch rügelelose Einlassung auf das Schiedsverfahren *ad hoc* eine Schiedsvereinbarung für den betroffenen Rechtsstreit abgeschlossen habe. Der Högsta domstol (Oberster Gerichtshof, Schweden) hat allerdings Zweifel, ob diese Vorgehensweise mit dem genannten Urteil vereinbar ist und ruft daher den Gerichtshof an.

## II. Rechtlicher Rahmen

### A. *Investitionsabkommen zwischen Polen, Luxemburg und Belgien*

2. Am 19. Mai 1987 schloss Polen mit Luxemburg und Belgien ein Investitionsabkommen. Das Abkommen trat am 2. August 1991 in Kraft. Es sieht zum Schutz von Investoren aus diesen Staaten die Möglichkeit vor, dass diese bei investitionsbezogenen Streitigkeiten mit den jeweils

<sup>1</sup> Originalsprache: Deutsch.

<sup>2</sup> Urteil vom 6. März 2018 (C-284/16, EU:C:2018:158).

anderen Staaten ein Schiedsgericht anrufen können, etwa beim Stockholms Handelskammars Skiljedomsinstitut (Institut für Schiedsgerichtsbarkeit der Handelskammer Stockholm, Schweden). Das Schiedsgericht wendet dabei u. a. das Recht an, das in dem Land gilt, das an der Streitigkeit beteiligt ist und in dem die Investition erfolgt ist. Seine Entscheidungen sind endgültig.

### ***B. Schwedisches Schiedsverfahrensgesetz***

3. Das Vorabentscheidungsersuchen stellt die maßgeblichen Bestimmungen des schwedischen Schiedsverfahrensgesetzes wie folgt dar.

4. Nach § 1 Schiedsverfahrensgesetz können Streitigkeiten, die von den Parteien mittels einer Vereinbarung im Wege des Vergleichs beigelegt werden können, einem oder mehreren Schiedsrichtern zur Entscheidung vorgelegt werden.

5. Die Schiedsvereinbarung bildet die Rechtsgrundlage für das Schiedsverfahren. Sie beruht auf der Parteiautonomie über den Streitgegenstand. Gemäß § 1 sind Streitigkeiten, an denen ein offensichtliches öffentliches Interesse besteht, von einer Beilegung auf dem Schiedswege ausgeschlossen. Auch aus anderen Rechtsvorschriften kann sich ergeben, dass eine bestimmte Frage nicht Gegenstand eines Schiedsverfahrens sein darf.

6. Nach § 34 Abs. 1 Satz 1 Schiedsverfahrensgesetz kann ein Schiedsspruch auf entsprechende Klage einer Partei hin ganz oder teilweise aufgehoben werden, wenn er nicht durch eine gültige Schiedsvereinbarung zwischen den Parteien gedeckt ist.

7. Aus § 34 Abs. 2 Schiedsverfahrensgesetz geht jedoch hervor, dass eine Partei nicht berechtigt ist, sich auf einen Umstand zu berufen, von dem aufgrund ihrer rügelosen Teilnahme am Verfahren oder aus anderen Gründen anzunehmen ist, dass sie auf dessen Geltendmachung verzichtet hat.

8. Nach § 33 Abs. 1 Nr. 1 Schiedsverfahrensgesetz ist ein Schiedsspruch ungültig, wenn er die Prüfung einer Frage enthält, über die nach schwedischem Recht ein Schiedsrichter nicht entscheiden darf. Außerdem ist ein Schiedsspruch gemäß § 33 Abs. 1 Nr. 2 ungültig, wenn er oder die Art und Weise seines Zustandekommens als mit den Grundlagen der Rechtsordnung in Schweden offensichtlich unvereinbar anzusehen ist. Die Gründe für die Ungültigkeit hat das Gericht von Amts wegen zu berücksichtigen.

9. Das schwedische Recht kennt für den Abschluss einer Schiedsvereinbarung keine Formvorschriften. Die Frage, ob eine gültige Schiedsvereinbarung vorliegt, ist nach den allgemeinen vertragsrechtlichen Bestimmungen zu beurteilen. So kann eine gültige Schiedsvereinbarung z. B. konkludent durch das Verhalten der Parteien oder dadurch zustande kommen, dass eine Partei untätig bleibt.

## **III. Sachverhalt und Vorabentscheidungsersuchen**

### ***A. Der Investitionsstreit***

10. Die PL Holdings S.à.r.l. (im Folgenden: PL Holdings) ist eine in Luxemburg eingetragene Aktiengesellschaft, die luxemburgischem Recht unterliegt.

11. In den Jahren 2010 bis 2013 erwarb PL Holdings Anteile an zwei polnischen Banken, die sich im Jahr 2013 zusammenschlossen. PL Holdings hielt mehr als 99 % der Anteile an dieser neuen Bank.

12. Im Juli 2013 beschloss die Komisja Nadzoru Finansowego (Finanzmarktkommission, Polen), eine polnische Behörde, die mit der Aufsicht über Banken und Kreditinstitute in Polen beauftragt ist, PL Holdings das mit den Anteilen an der Bank verbundene Stimmrecht zu entziehen, und gab PL Holdings auf, ihre Anteile zu veräußern. Der von PL Holdings ausgeübte Einfluss habe die umsichtige und solide Geschäftsführung der Bank beeinträchtigt.<sup>3</sup>

## ***B. Das Schiedsverfahren***

13. PL Holdings leitete darauf auf der Grundlage des Investitionsabkommens beim Stockholms Handelskammare Skiljedomsinstitut (Institut für Schiedsgerichtsbarkeit der Handelskammer Stockholm) ein Schiedsverfahren gegen Polen ein. Polen äußerte sich mit Schriftsatz vom 30. November 2014.

14. Am 7. August 2015 erhob PL Holdings Schiedsklage. Polen wandte in seiner Schiedsklagebeantwortung vom 13. November 2015 ein, dass es sich bei PL Holdings nicht um einen Investor im Sinne des Investitionsabkommens handele und daher die Schiedsstelle nicht zuständig sei. In einem Schriftsatz vom 27. Mai 2016 machte Polen außerdem geltend, dass die Schiedsklausel wegen Unvereinbarkeit des Investitionsabkommens mit dem Unionsrecht ungültig sei.

15. In einem gesonderten Schiedsspruch vom 28. Juni 2017, also vor Verkündung des Urteils Achmea am 8. März 2018, wies das Schiedsgericht u. a. den Einwand der Ungültigkeit der Klausel zurück. Dieser Einwand sei zwar verspätet, doch für das Schiedsverfahren von grundlegender Bedeutung. Allerdings habe der Beitritt Polens zur Union völkerrechtlich nicht die Ungültigkeit des Investitionsabkommens bewirkt.<sup>4</sup>

16. Darüber hinaus stellte das Schiedsgericht in dem gesonderten Schiedsspruch bereits fest, dass Polen durch die Anordnung der Veräußerung der Anteile, die PL Holdings an der polnischen Bank hielt, gegen das Investitionsabkommen verstoßen habe. Die Aufsichtsbehörden hätten sich nach diesen Feststellungen widersprüchlich verhalten<sup>5</sup> und effektiven Rechtsschutz gegen die Aufsichtsmaßnahmen verhindert.<sup>6</sup> PL Holdings habe daher Anspruch auf Schadensersatz.<sup>7</sup>

17. Am 28. September 2017 erließ die Schiedsstelle den endgültigen Schiedsspruch. Polen wurde darin zur Zahlung von 653 639 384 Zloty (PLN) (rund 150 Mio. Euro) zuzüglich Zinsen an PL Holdings und zur Tragung der Kosten des Verfahrens verurteilt.<sup>8</sup>

<sup>3</sup> Partial Award PL Holdings S.à.r.l. v. Republic of Poland (V 2014/163, Rn. 189).

<sup>4</sup> Partial Award PL Holdings S.à.r.l. v. Republic of Poland (V 2014/163, Rn. 306 ff.).

<sup>5</sup> Partial Award PL Holdings S.à.r.l. v. Republic of Poland (V 2014/163, Rn. 229 und 234 sowie 418 ff.).

<sup>6</sup> Partial Award PL Holdings S.à.r.l. v. Republic of Poland (V 2014/163, Rn. 408 und 444).

<sup>7</sup> Partial Award PL Holdings S.à.r.l. v. Republic of Poland (V 2014/163, Rn. 318 ff.).

<sup>8</sup> Final Award PL Holdings S.à.r.l. v. Republic of Poland (V 2014/163).

### ***C. Das gerichtliche Verfahren***

18. Polen erhob daraufhin vor schwedischen Gerichten Klage gegen PL Holdings auf Aufhebung sowohl des gesonderten als auch des endgültigen Schiedsspruchs. Polen berief sich weiterhin insbesondere darauf, dass die Schiedsklausel des Investitionsabkommens wegen Verletzung des Unionsrechts unwirksam sei.

19. Das Svea Hovrätt (Berufungsgericht, Stockholm, Schweden) wies die Klage Polens ab. Zwar sei die Schiedsklausel des Investitionsabkommens nach dem Urteil Achmea unwirksam, doch dies stehe dem späteren Abschluss einer Schiedsvereinbarung zwischen einem Mitgliedstaat und einem Investor in Bezug auf dieselbe Streitigkeit nicht entgegen. Denn dann handele es sich um eine Schiedsvereinbarung, die auf dem gemeinsamen Willen der Parteien beruhe und nach denselben Grundsätzen wie ein Schiedsverfahren in einer Handelssache abgeschlossen worden sei. Die Zulässigkeit derartiger Vereinbarungen sei aber vom Urteil Achmea gerade nicht ausgeschlossen worden. Im vorliegenden Fall sei die Vereinbarung zustande gekommen, weil Polen sich auf das Verfahren eingelassen habe, ohne rechtzeitig den Einwand der Ungültigkeit der Schiedsklausel zu erheben.

### ***D. Das Vorabentscheidungsersuchen***

20. Nunmehr ist das Rechtsmittel Polens vor dem Högsta domstol (Oberster Gerichtshof) anhängig. Dieser fragt den Gerichtshof:

Sind die Art. 267 und 344 AEUV gemäß ihrer Auslegung im Urteil Achmea<sup>9</sup> dahin zu verstehen, dass – wenn ein Investitionsabkommen eine Schiedsklausel enthält, die ungültig ist, weil das Abkommen zwischen zwei Mitgliedstaaten geschlossen wurde – eine Schiedsvereinbarung ungültig ist, die zwischen einem Mitgliedstaat und einem Investor zustande kam, indem der Mitgliedstaat, nachdem der Investor ein Schiedsverfahren eingeleitet hat, freiwillig darauf verzichtet, die fehlende Zuständigkeit mit einer Einrede geltend zu machen?

21. Im vorliegenden Verfahren haben sich PL Holdings und die Republik Polen als Beteiligte des Ausgangsverfahrens sowie die Tschechische Republik, die Bundesrepublik Deutschland, das Königreich Spanien, die Französische Republik, die Italienische Republik, das Großherzogtum Luxemburg, Ungarn, das Königreich der Niederlande, Polen als Mitgliedstaat, die Slowakische Republik, die Republik Finnland, das Königreich Schweden und die Europäische Kommission zunächst schriftlich und sodann in der mündlichen Verhandlung vom 15. März 2021 geäußert.

## **IV. Rechtliche Würdigung**

22. Der Högsta domstol (Oberster Gerichtshof) möchte erfahren, ob die Feststellungen des Urteils Achmea auch einer individuellen Schiedsvereinbarung entgegenstehen (dazu unter A). In diesem Zusammenhang ist zu erörtern, welche Bedeutung der Rechtsprechung zur Vereinbarkeit der Handelsschiedsgerichtsbarkeit mit dem Unionsrecht zukommt (dazu unter B) sowie dem Grundsatz der Gleichbehandlung (dazu unter C). Ergänzend werde ich hilfsweise untersuchen, welchen Einfluss die Form der angenommenen Vereinbarung hat, nämlich der Verzicht des

<sup>9</sup> Urteil vom 6. März 2018 (C-284/16, EU:C:2018:158).

Mitgliedstaats, die fehlende Zuständigkeit des Schiedsgerichts mit einer Einrede geltend zu machen, die sogenannte rügelose Einlassung (dazu unter D). Abschließend ist zu erörtern, ob die zeitliche Wirkung der vorgeschlagenen Entscheidung begrenzt werden sollte (dazu unter E).

#### ***A. Das Unionsrecht und Schiedsvereinbarungen zwischen Mitgliedstaaten und Investoren***

23. Mit dem Urteil Achmea hat der Gerichtshof entschieden, dass die Art. 267 und 344 AEUV einer Bestimmung in einer internationalen Übereinkunft zwischen Mitgliedstaaten entgegenstehen, nach der ein Investor eines dieser Mitgliedstaaten im Fall einer Streitigkeit über Investitionen in dem anderen Mitgliedstaat gegen Letzteren ein Verfahren vor einem Schiedsgericht einleiten darf, dessen Gerichtsbarkeit sich dieser Mitgliedstaat unterworfen hat.<sup>10</sup>

24. Das Urteil betraf eine allgemeine Regelung, die es in bestimmten Fällen erlaubte, ein Schiedsgericht anzurufen. Dagegen ist im vorliegenden Verfahren zu entscheiden, ob die Art. 267 und 344 AEUV einer individuellen Schiedsvereinbarung eines Mitgliedstaats mit einem Investor entgegenstehen.

25. Art. 267 AEUV regelt das Vorabentscheidungsverfahren und enthält keine expliziten Regeln über Schiedsverfahren. In diesem Verfahren würde der Gerichtshof jedoch bei Streitigkeiten zwischen Mitgliedstaaten und Investoren vor innerstaatlichen Gerichten die einheitliche Anwendung des Unionsrechts sicherstellen, indem er dieses Recht letztverbindlich auslegt.

26. Denn die Verträge haben das Gerichtssystem der Union geschaffen, um sicherzustellen, dass die besonderen Merkmale und die Autonomie der Rechtsordnung der Union erhalten bleiben. In diesem Rahmen ist es gemäß Art. 19 Abs. 1 EUV Sache der nationalen Gerichte und des Gerichtshofs, die volle Anwendung des Unionsrechts in allen Mitgliedstaaten und den Schutz der Rechte zu gewährleisten, die den Einzelnen aus ihm erwachsen. Insbesondere besteht das Schlüsselement des so gestalteten Gerichtssystems in dem in Art. 267 AEUV vorgesehenen Vorabentscheidungsverfahren, das durch die Einführung eines Dialogs von Gericht zu Gericht gerade zwischen dem Gerichtshof und den Gerichten der Mitgliedstaaten die einheitliche Auslegung des Unionsrechts gewährleisten soll. Damit ermöglicht dieses Verfahren die Sicherstellung der Kohärenz, der vollen Geltung und der Autonomie sowie letztlich des eigenen Charakters des durch die Verträge geschaffenen Rechts.<sup>11</sup>

27. Art. 344 AEUV gewährleistet diese in den Verträgen festgelegte Zuständigkeitsordnung und damit die Autonomie des Rechtssystems der Union, deren Wahrung der Gerichtshof sichert.<sup>12</sup> Denn mit dieser Bestimmung verpflichten sich die Mitgliedstaaten, Streitigkeiten über die Auslegung oder Anwendung der Verträge nicht anders als hierin vorgesehen zu regeln. Die Auslegung oder Anwendung der Verträge umfasst dabei das gesamte Unionsrecht.<sup>13</sup>

28. Die Verträge sehen außerhalb der Art. 272 und 273 AEUV keine weiteren Schiedsverfahren vor. Diese Bestimmungen begründen Kompetenzen des Gerichtshofs als Schiedsstelle, erlauben jedoch nicht, andere Schiedsgerichte anzurufen.

<sup>10</sup> Urteil vom 6. März 2018, Achmea (C-284/16, EU:C:2018:158, Rn. 60).

<sup>11</sup> Urteil vom 6. März 2018, Achmea (C-284/16, EU:C:2018:158, Rn. 35 bis 37), mit weiteren Nachweisen.

<sup>12</sup> Vgl. Urteile vom 30. Mai 2006, Kommission/Irland (MOX-Plant) (C-459/03, EU:C:2006:345, Rn. 123), und vom 6. März 2018, Achmea (C-284/16, EU:C:2018:158, Rn. 32).

<sup>13</sup> Vgl. Urteil vom 30. Mai 2006, Kommission/Irland (MOX-Plant) (C-459/03, EU:C:2006:345, Rn. 127 und 128).

29. Art. 344 AEUV erfasst im Übrigen nicht nur die abstrakte Regelung von Streitigkeiten im Allgemeinen, sondern auch einzelne Streitigkeiten. So betraf das Urteil MOX-Plant die individuelle Anrufung eines Schiedsgerichts durch Irland in einem Streit mit dem Vereinigten Königreich.<sup>14</sup>

30. Dementsprechend hat der Gerichtshof im Urteil Achmea an der gegenständlichen Übereinkunft zwischen zwei Mitgliedstaaten beanstandet, dass sie damit dem System von gerichtlichen Rechtsbehelfen, dessen Schaffung ihnen Art. 19 Abs. 1 Unterabs. 2 EUV in den vom Unionsrecht erfassten Bereichen vorschreibt, Rechtsstreitigkeiten entziehen, die die Anwendung und Auslegung des Unionsrechts betreffen können.<sup>15</sup> Denn soweit Schiedsgerichte nicht vorlageberechtigt sind, sind sie kein Teil dieses Systems.

31. Eine individuelle Schiedsvereinbarung zwischen einem Mitgliedstaat und einem Investor kann dem Gerichtssystem der Union genauso Rechtsstreitigkeiten entziehen, die die Anwendung und Auslegung des Unionsrechts betreffen, wie ein allgemeines Investitionsabkommen zwischen Mitgliedstaaten, das die Beilegung von Streitigkeiten zwischen einem Mitgliedstaat und einem Investor im Wege der Schiedsgerichtsbarkeit vorsieht. Ob ein Einzelfall dem Gerichtssystem entzogen wird, hängt dabei von dem konkreten Rechtsstreit ab und nicht davon, ob der Rechtsstreit aufgrund eines allgemeinen Investitionsabkommens zwischen Mitgliedstaaten oder aufgrund einer individuellen Schiedsvereinbarung zwischen einem Investor und einem Mitgliedstaat vor einem Schiedsgericht verhandelt wird.

32. Im vorliegenden Ausgangsfall streiten sich die Parteien nach ihrem eigenen Vorbringen über die Anwendung von Regelungen zur Bankenaufsicht, die sich aus dem Unionsrecht ergeben, nämlich insbesondere aus Art. 21 Abs. 2 der Richtlinie über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute.<sup>16</sup> PL Holdings beruft sich außerdem auf die Niederlassungsfreiheit. Zwar müssten die schwedischen Gerichte prüfen, ob dieses plausible Vorbringen zutrifft, doch zumindest danach hat es den Anschein, dass die Schiedsvereinbarung tatsächlich einen unionsrechtlichen Streit betroffen hat.

33. Der Schiedsspruch wendet die unionsrechtlichen Vorgaben zur Bankenaufsicht nicht an,<sup>17</sup> sondern stützt sich auf die Regelungen des Investitionsabkommens. Gleichwohl begründet er Maßstäbe, die Polen nach Auffassung des Schiedsgerichts bei Ausübung der unionsrechtlich vorgesehenen Bankenaufsicht hätte beachten müssen, etwa hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit<sup>18</sup> oder des effektiven Rechtsschutzes.<sup>19</sup> Zwar nimmt das Schiedsgericht an, dass diese Maßstäbe dem Unionsrecht entsprechen,<sup>20</sup> doch umfassend prüft es diese Frage nicht.

<sup>14</sup> Urteil vom 30. Mai 2006, Kommission/Irland (MOX-Plant) (C-459/03, EU:C:2006:345).

<sup>15</sup> Urteil vom 6. März 2018, Achmea (C-284/16, EU:C:2018:158, Rn. 55). Vgl. auch Gutachten 1/09 (Schaffung eines einheitlichen Patentgerichtssystems) vom 8. März 2011 (EU:C:2011:123, Rn. 80).

<sup>16</sup> Damals Richtlinie 2006/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2006 (ABl. 2006, L 177, S. 1) in der Fassung des Vertrags über den Beitritt Kroatiens (ABl. 2012, L 112, S. 10). Ersetzt durch die Richtlinie 2013/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen (ABl. 2013, L 176, S. 338), dort Art. 26 Abs. 2.

<sup>17</sup> Der Partial Award PL Holdings S.à.r.l. v. Republic of Poland (V 2014/163, Rn. 87 und 88 sowie 248) erwähnt allerdings den unionsrechtlichen Rahmen.

<sup>18</sup> Partial Award PL Holdings S.à.r.l. v. Republic of Poland (V 2014/163, insbesondere Rn. 229 und 234 sowie 418 ff.).

<sup>19</sup> Partial Award PL Holdings S.à.r.l. v. Republic of Poland (V 2014/163, Rn. 408 und 444).

<sup>20</sup> Partial Award PL Holdings S.à.r.l. v. Republic of Poland (V 2014/163, Rn. 339).

34. Einen solchen Streit durch eine individuelle Schiedsvereinbarung zwischen einem Mitgliedstaat und einem Investor aus einem anderen Mitgliedstaat dem Gerichtssystem der Union zu entziehen, wäre nach dem Urteil *Achmea* tatsächlich mit den Art. 267 und 344 AEUV unvereinbar. Zumindest wäre es eine Umgehung dieses Urteils, wie vor allem Spanien, aber auch Polen, Deutschland, Ungarn, die Slowakei und die Kommission zu Recht betonen.

35. Der Gerichtshof hat bestimmte Schiedsgerichte als Gerichte der Mitgliedstaaten im Sinne von Art. 267 AEUV und somit Teil des Gerichtssystems der Union anerkannt. Diese Schiedsgerichte weisen eine Reihe von Merkmalen auf, wie eine gesetzliche Grundlage, einen ständigen und obligatorischen Charakter, ein Streitiges Verfahren, die Anwendung von Rechtsnormen sowie Unabhängigkeit.<sup>21</sup> Solche Schiedsgerichte sind daher vorlageberechtigt. Dies hat der Gerichtshof etwa im Fall eines dänischen Schiedsgerichts zur Auslegung von Tarifverträgen<sup>22</sup> und bei portugiesischen Schiedsgerichten für Steuerangelegenheiten<sup>23</sup> oder geistiges Eigentum<sup>24</sup> anerkannt. Aus diesem Grund steht ihre Zuständigkeit für unionsrechtliche Streitigkeiten nicht im Widerspruch zu den Art. 267 und 344 AEUV.

36. Die schwedischen Gerichte gehen hingegen davon aus, dass die Zuständigkeit des Streitgegenständlichen Schiedsgerichts auf dem Einvernehmen der Parteien beruht, nämlich auf einer Schiedsvereinbarung. Somit fehlt es zumindest an der obligatorischen Gerichtsbarkeit.<sup>25</sup> Im Übrigen ist das Schiedsgericht wie das, um das es im Urteil *Achmea* ging, nicht Teil eines mitgliedstaatlichen Gerichtssystems und wurde genau aus diesem Grund angerufen.<sup>26</sup> Das Schiedsgericht des Ausgangsfalls ist also auch nicht Teil des Gerichtssystems der Union und kann bei unionsrechtlichen Zweifeln insbesondere nicht den Gerichtshof anrufen.<sup>27</sup>

37. Zwar leitet der Gerichtshof eine Gefährdung der Autonomie des Unionsrechts regelmäßig daraus ab, dass eine Instanz außerhalb des Unionssystems unionsrechtliche Regelungen auslegt.<sup>28</sup> Diese Gefahr wäre gering, wenn das Schiedsgericht – wie anscheinend im vorliegenden Fall<sup>29</sup> – vor allem die Bestimmungen eines völkerrechtlichen Abkommens der Mitgliedstaaten über den Investitionsschutz anwendet.<sup>30</sup> Und entgegen der Auffassung Polens hat das Schiedsgericht trotz der grundlegenden Bedeutung des Prinzips der Verhältnismäßigkeit im Unionsrecht auch dieses Prinzip nicht als Teil des Unionsrechts angewendet, sondern deshalb, weil es auch in anderen Rechtsordnungen und insbesondere im Bereich völkerrechtlichen Investitionsschutzes gilt.<sup>31</sup>

<sup>21</sup> Vgl. Urteil vom 12. Juni 2014, *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta* (C-377/13, EU:C:2014:1754, Rn. 23).

<sup>22</sup> Urteil vom 17. Oktober 1989, *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark* (109/88, EU:C:1989:383, Rn. 7 bis 9).

<sup>23</sup> Urteil vom 12. Juni 2014, *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta* (C-377/13, EU:C:2014:1754, Rn. 28 bis 34).

<sup>24</sup> Beschluss vom 13. Februar 2014, *Merck Canada* (C-555/13, EU:C:2014:92, Rn. 19 bis 25).

<sup>25</sup> Vgl. Urteile vom 23. März 1982, *Nordsee* (102/81, EU:C:1982:107, Rn. 11), sowie vom 27. Januar 2005, *Denuit und Cordenier* (C-125/04, EU:C:2005:69, Rn. 13).

<sup>26</sup> Urteil vom 6. März 2018, *Achmea* (C-284/16, EU:C:2018:158, Rn. 45).

<sup>27</sup> Urteile vom 23. März 1982, *Nordsee* (102/81, EU:C:1982:107, Rn. 11 bis 13), und vom 1. Juni 1999, *Eco Swiss* (C-126/97, EU:C:1999:269, Rn. 34).

<sup>28</sup> Gutachten 1/91 (EWR-Abkommen – I) vom 14. Dezember 1991 (EU:C:1991:490, Rn. 34 und 35), 2/13 (Beitritt der Union zur EMRK) vom 18. Dezember 2014 (EU:C:2014:2454, Rn. 184 und 223 bis 231) und 1/17 (CETA EU-Kanada) vom 30. April 2019 (EU:C:2019:341, Rn. 123 bis 126) sowie Urteil vom 6. März 2018, *Achmea* (C-284/16, EU:C:2018:158, Rn. 40 bis 42).

<sup>29</sup> Spanien weist allerdings zutreffend darauf hin, dass das Schiedsgericht im Zusammenhang mit der Feststellung seiner Zuständigkeit Art. 344 AEUV im Widerspruch zu dem späteren Urteil vom 6. März 2018, *Achmea* (C-284/16, EU:C:2018:158), ausgelegt hat [Partial Award *PL Holdings S.à.r.l. v. Republic of Poland* (V 2014/163, Rn. 314 und 315)].

<sup>30</sup> Vgl. Gutachten 1/17 (CETA EU-Kanada) vom 30. April 2019 (EU:C:2019:341, Rn. 121 bis 123).

<sup>31</sup> Siehe etwa De Brabandere, E., & da Cruz, P. B. M. (2020), "The Role of Proportionality in International Investment Law and Arbitration: A System-Specific Perspective", *Nordic Journal of International Law*, 89(3-4), 471 bis 491.

38. Allerdings legen Deutschland und Frankreich zutreffend dar, dass das Schiedsgericht Unionsrecht nach dem Investitionsabkommen prinzipiell als Teil des innerstaatlichen Rechts berücksichtigen musste. Vor allem aber besteht das Risiko, dass das Schiedsgericht Entscheidungen trifft, die *im Ergebnis* eine Verletzung des Unionsrechts bewirken.

39. So ist im vorliegenden Fall nicht auszuschließen, dass das Schiedsgericht die Verpflichtungen der polnischen Bankenaufsicht nach der entsprechenden Richtlinie verkannt hat. Und es wäre zu befürchten, dass die polnische Bankenaufsicht, aber auch Stellen anderer Mitgliedstaaten die Entscheidung eines Schiedsgerichts bei der künftigen Anwendung dieser Unionsregelung berücksichtigen, insbesondere wenn sich der Gerichtshof zu dieser Frage noch nicht geäußert hat. Denn der Schiedsspruch könnte ein Präjudiz darstellen und dazu führen, dass anderen Investoren in ähnlichen Fällen Schadensersatz zugesprochen wird.

40. Es trifft zu, dass sowohl das Risiko einer Verletzung des Unionsrechts als auch das Risiko einer abweichenden Auslegung begrenzt oder sogar ausgeschlossen werden könnten, wenn die Beachtung des Unionsrechts durch Schiedssprüche von den innerstaatlichen Gerichten – gegebenenfalls nach Durchführung eines Vorabentscheidungsverfahrens – umfassend überprüft würde.

41. In Schweden sieht § 33 Abs. 1 Nr. 1 des Schiedsverfahrensgesetzes vor, dass ein Schiedsspruch ungültig ist, wenn er die Prüfung einer Frage enthält, über die nach schwedischem Recht nicht von einem Schiedsrichter entschieden werden darf. Außerdem ist ein Schiedsspruch gemäß § 33 Abs. 1 Nr. 2 ungültig, wenn er oder die Art und Weise seines Zustandekommens als mit den Grundlagen der Rechtsordnung in Schweden offensichtlich unvereinbar anzusehen ist. Die Gründe für die Ungültigkeit hat das Gericht von Amts wegen zu berücksichtigen. Inwieweit diese Bestimmungen eine umfassende Durchsetzung des Unionsrechts erlauben, können nur die schwedischen Gerichte beurteilen. *Prima facie* handelt es sich allerdings lediglich um eine stark eingeschränkte Kontrolle im Sinne des *ordre public*, was auch dem Prüfungsmaßstab des Berufungsgerichts im Ausgangsfall entspricht.<sup>32</sup>

42. Somit würde die Anerkennung von individuellen Schiedsvereinbarungen zwischen Mitgliedstaaten und Investoren aus anderen Mitgliedstaaten das Risiko einer Verletzung von Unionsrecht durch die Schiedsgerichte begründen, soweit die innerstaatlichen Gerichte nicht gewährleisten können, dass Schiedssprüche Unionsrecht respektieren.

### ***B. Die Rechtsprechung zur Handelsschiedsgerichtsbarkeit***

43. Der Gerichtshof hat allerdings die Regelung von bestimmten Streitigkeiten im Wege des Schiedsverfahrens zumindest implizit als zulässig anerkannt und dabei eine eingeschränkte Kontrolle der Beachtung des Unionsrechts in Kauf genommen. Dies betrifft die sogenannte Handelsschiedsgerichtsbarkeit.

44. Zwar hat er zunächst im Urteil Nordsee zu einem Schiedsverfahren festgestellt, dass es den Parteien eines Vertrags nicht freistehe, vom Unionsrecht abzuweichen, weil dieses auf dem Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten in vollem Umfang beachtet werden müsse. Dabei hob er hervor, dass die innerstaatlichen Gerichte mit Fragen des Unionsrechts befasst werden könnten, die sich im Zusammenhang mit dem Schiedsverfahren stellen, so dass sie diese Fragen unter

<sup>32</sup> Vgl. Urteil des Svea Hovrätt (Berufungsgericht) vom 22. Februar 2019, Polen/PL Holdings (T 8538-17 und T 12033-17, S. 48 und 49 der englischen Übersetzung).

Umständen dem Gerichtshof vorlegen würden.<sup>33</sup> Diese Ausführungen hätte man dahin gehend verstehen können, dass die innerstaatlichen Gerichte die Beachtung des Unionsrechts in Schiedsverfahren umfassend kontrollieren müssen.

45. Später hat der Gerichtshof jedoch im Urteil *Eco Swiss* anerkannt, dass die Erfordernisse der Effizienz des Schiedsverfahrens es rechtfertigen, Schiedssprüche nur in beschränktem Umfang zu überprüfen und die Aufhebung eines Schiedsspruchs oder die Versagung seiner Anerkennung nur in außergewöhnlichen Fällen vorzusehen. Die innerstaatlichen Gerichte müssten jedoch die Beachtung grundlegender Bestimmungen gewährleisten, die für die Erfüllung der Aufgaben der Union und insbesondere für das Funktionieren des Binnenmarkts unerlässlich sind.<sup>34</sup>

46. Beide Ansätze erlauben es somit, Schiedsgerichte zur Streitentscheidung anzurufen, obwohl sie die richtige und einheitliche Anwendung des Unionsrechts nicht durch Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 AEUV sicherstellen können. Das jüngere Urteil nimmt sogar die Verletzung von Unionsrecht durch Schiedssprüche in Kauf, falls die betroffenen Regelungen nicht grundlegender Natur sind.

47. Das Urteil *Achmea* grenzt die nach dieser Rechtsprechung zulässige Handelsschiedsgerichtsbarkeit zwischen Privaten von der unzulässigen Schiedsgerichtsbarkeit zwischen einer privaten Partei und einem Mitgliedstaat auf der Grundlage von Investitionsabkommen dadurch voneinander ab, dass Erstere auf der Parteiautonomie beruht, Letztere sich dagegen von einem Vertrag zwischen Mitgliedstaaten ableitet.<sup>35</sup>

48. Wie *PL Holdings*, Luxemburg, Finnland und Schweden darlegen, wäre nach dieser Unterscheidung eine individuelle Schiedsvereinbarung zwischen einem Investor und einem Mitgliedstaat zulässig. Denn auch diese Vereinbarung beruht auf der Autonomie der Parteien des Schiedsverfahrens. In diesem Fall wäre es zulässig, die Kontrolle des Schiedsspruchs in Investitionsschutzsachen durch innerstaatliche Gerichte auf die Einhaltung der grundlegenden Regelungen des Unionsrechts zu beschränken.

49. Italien ist jedoch zuzustimmen, dass die Abgrenzung mit der bloßen Bezugnahme auf den Parteiwillen nicht abschließend definiert wird.

50. Generalanwalt Szpunar hat die Abgrenzung des Urteils *Achmea* gegenüber der Handelsschiedsgerichtsbarkeit vielmehr jüngst dahin gehend verstanden, dass das Urteil *Achmea* es nur ausschliesse, dass Mitgliedstaaten durch eine Vorabverpflichtung unionsrechtliche Streitigkeiten systematisch dem Gerichtssystem der Union entziehen.<sup>36</sup> Auch dieses Verständnis würde die vorliegende Schiedsvereinbarung erlauben.

51. Diese Auffassung überzeugt mich ebenso wenig wie verschiedene Beteiligte. Warum sollten Mitgliedstaaten befugt sein, im Einzelfall unionsrechtliche Streitigkeiten dem Gerichtssystem der Union zu entziehen, wenn sie keine vorhersehbare allgemeine Verpflichtung dieser Art eingehen dürfen? Zu den Risiken für die einheitliche Anwendung des Unionsrechts würde auch noch die Gefahr einer Ungleichbehandlung verschiedener Investoren kommen.<sup>37</sup>

<sup>33</sup> Urteil vom 23. März 1982, *Nordsee* (102/81, EU:C:1982:107, Rn. 14 und 15).

<sup>34</sup> Urteil vom 1. Juni 1999, *Eco Swiss* (C-126/97, EU:C:1999:269, Rn. 35 ff.). Siehe auch Urteile vom 26. Oktober 2006, *Mostaza Claro* (C-168/05, EU:C:2006:675, Rn. 35), und vom 6. März 2018, *Achmea* (C-284/16, EU:C:2018:158, Rn. 54).

<sup>35</sup> Urteil vom 6. März 2018, *Achmea* (C-284/16, EU:C:2018:158, Rn. 55).

<sup>36</sup> Schlussanträge in der Rechtssache Republik Moldau (C-741/19, EU:C:2021:164, Nrn. 61 und 62).

<sup>37</sup> Siehe dazu auch nachfolgend, Nrn. 66 ff.

52. Der Gerichtshof hat sich vielmehr mit dem Argument der Parteiautonomie bzw. ihrer freien Willensausübung ausdrücklich allein auf die *Handelsschiedsgerichtsbarkeit* bezogen. Diese betrifft Streitigkeiten von gleichgeordneten Parteien. Bei solchen Streitigkeiten beruht nicht nur die Schiedsvereinbarung, sondern bereits die streitige rechtliche Beziehung auf dem autonomen Willen der Parteien.

53. Schon bei den Schiedsverfahren in Verbrauchersachen, die zumindest faktisch nicht mehr durch eine Gleichordnung gekennzeichnet sind, verlangt der Gerichtshof eine strenge Kontrolle von Amts wegen, ob die Schiedsvereinbarung überhaupt wirksam ist.<sup>38</sup>

54. Wie Polen, Italien, Ungarn, die Niederlande, die Slowakei und die Kommission aufzeigen, ist der Ausgangsfall dagegen kein gleichgeordneter Handelsstreit, sondern bezieht sich auf die Ausübung hoheitlicher Befugnisse durch polnische Stellen. Wenn eine Privatpartei einer hoheitlichen Maßnahme – hier der Bankenaufsicht – unterworfen wird, kann zumindest bei ihr von freiem Willen keine Rede sein. Schon daher erscheint es unwahrscheinlich, dass ein Mitgliedstaat anschließend mit der Privatpartei aus freiem Willen eine Schiedsvereinbarung über diese Maßnahme abschließt.

55. Vor allem aber dürfen die Mitgliedstaaten Streitigkeiten im Zusammenhang mit der hoheitlichen Anwendung des Unionsrechts nicht dem Gerichtssystem der Union entziehen.<sup>39</sup>

56. Es ist nämlich nach dem in Art. 4 Abs. 3 EUV niedergelegten Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit Aufgabe aller Stellen der Mitgliedstaaten, im Rahmen ihrer jeweiligen Zuständigkeiten die Einhaltung des Unionsrechts zu gewährleisten.<sup>40</sup> Art. 344 AEUV konkretisiert diese Verpflichtung der Mitgliedstaaten.<sup>41</sup> Sie ist nicht auf die Einhaltung grundlegender Regelungen beschränkt, sondern betrifft *alle* Regelungen des Unionsrechts.

57. Die Union selbst und ihre Mitgliedstaaten wechselseitig sowie die Mitgliedstaaten untereinander sind somit durch ein strukturiertes Netz miteinander verflochtener Grundsätze, Regeln und Rechtsbeziehungen gebunden, das die Autonomie des Unionsrechts sowohl gegenüber dem Recht der Mitgliedstaaten als auch gegenüber dem Völkerrecht rechtfertigt.<sup>42</sup>

58. Privatparteien, die sich aus freien Stücken der Handelsschiedsgerichtsbarkeit unterwerfen, unterliegen diesen Verpflichtungen nicht. Insbesondere gilt Art. 344 AEUV nicht für Streitigkeiten zwischen Privaten.<sup>43</sup> Daher ist es trotz des Risikos der Verletzung von Unionsrecht folgerichtig, Schiedsverfahren zuzulassen, die Streitigkeiten zwischen Privatparteien betreffen.

<sup>38</sup> Urteile vom 26. Oktober 2006, *Mostaza Claro* (C-168/05, EU:C:2006:675, Rn. 39), und vom 6. Oktober 2009, *Asturcom Telecomunicaciones* (C-40/08, EU:C:2009:615, Rn. 59), sowie Beschluss vom 16. November 2010, *Pohotovost* (C-76/10, EU:C:2010:685, Rn. 54).

<sup>39</sup> Die Kommission legt im Übrigen dar, dass hoheitliches Handeln schwedischer Stellen nach schwedischem Recht nicht den staatlichen Gerichten entzogen werden könne. Nach dem Grundsatz der Äquivalenz müssten schwedische Gerichte diese Regelung auch auf das hoheitliche Handeln anderer Mitgliedstaaten anwenden, soweit diese sich auf Unionsrecht stützen.

<sup>40</sup> Urteile vom 12. Juni 1990, *Deutschland/Kommission* (C-8/88, EU:C:1990:241, Rn. 13), vom 13. Januar 2004, *Kühne & Heitz* (C-453/00, EU:C:2004:17, Rn. 20), und vom 4. Oktober 2012, *Byankov* (C-249/11, EU:C:2012:608, Rn. 64). Siehe auch Urteil vom 6. März 2018, *Achmea* (C-284/16, EU:C:2018:158, Rn. 34 und 58).

<sup>41</sup> Urteil vom 30. Mai 2006, *Kommission/Irland (MOX-Plant)* (C-459/03, EU:C:2006:345, Rn. 169).

<sup>42</sup> Urteile vom 6. März 2018, *Achmea* (C-284/16, EU:C:2018:158, Rn. 33), und vom 10. Dezember 2018, *Wightman u. a.* (C-621/18, EU:C:2018:999, Rn. 45).

<sup>43</sup> Gutachten 1/09 (Schaffung eines einheitlichen Patentgerichtssystems) vom 8. März 2011 (EU:C:2011:123, Rn. 63).

59. Im Gegensatz dazu ist es problematisch, wenn sich mitgliedstaatliche Stellen bei unionsrechtlichen Streitigkeiten eines Schiedsgerichts bedienen, das weder Teil des Unionssystems ist noch hinsichtlich der Beachtung des Unionsrechts einer umfassenden Kontrolle durch innerstaatliche Gerichte unterliegt. Denn in diesem Fall kann nicht ausgeschlossen werden, dass der Schiedsspruch das Unionsrecht missachtet und dadurch dessen Wirksamkeit beeinträchtigt.<sup>44</sup>

60. Zwar könnten Verstöße gegen das Unionsrecht, die aus einer individuellen Schiedsvereinbarung resultieren, gegenüber dem betreffenden Mitgliedstaat Schadensersatzansprüche begründen oder Gegenstand eines Vertragsverletzungsverfahrens sein.<sup>45</sup> Doch diese Formen der Durchsetzung des Unionsrechts sind relativ schwerfällig und können daher seine volle Wirksamkeit nicht gewährleisten.

61. Der Gerichtshof akzeptiert das Risiko einer Verletzung des Unionsrechts, wenn das Schiedsverfahren auf einem Abkommen der Union mit Drittstaaten beruht<sup>46</sup> oder auf nach Art. 351 AEUV weiterhin wirksame Altabkommen, die Mitgliedstaaten vor ihrem Beitritt zur Union mit *Drittstaaten* geschlossen haben.<sup>47</sup> Dagegen geht das Unionsrecht völkerrechtlichen Abkommen vor, die die Mitgliedstaaten untereinander abschließen.<sup>48</sup> Ebenso wenig ist mit dem Geltungsanspruch des Unionsrechts vereinbar, dass Mitgliedstaaten mit bestimmten Investoren individuelle Schiedsvereinbarungen über hoheitliche Maßnahmen zur Durchführung des Unionsrechts schließen, die ein Risiko begründen, dass der Schiedsspruch Unionsrecht verletzt.

62. Dem Risiko einer Unionsrechtsverletzung kann jedoch begegnet werden, wenn die Gerichte der Mitgliedstaaten den Schiedsspruch nicht nur daraufhin überprüfen, ob er grundlegende Bestimmungen des Unionsrechts beachtet, sondern die Einhaltung des Unionsrechts umfassend kontrollieren und den Gerichtshof anrufen, falls dies erforderlich sein sollte.

63. Wie bereits dargelegt, ist zweifelhaft, ob schwedisches Recht eine solche Kontrolle gewährleistet.<sup>49</sup> Jedenfalls hat das schwedische Berufungsgericht entgegen der Darstellung von PL Holdings die Vereinbarkeit des Schiedsspruchs mit dem Unionsrecht *nicht* umfassend geprüft, sondern nur eine Verletzung grundlegender Verpflichtungen ausgeschlossen. Dabei beschränkte es sich auf die Frage, ob die Schiedsvereinbarung mit Unionsrecht vereinbar war, äußerte sich aber nicht zu den einschlägigen Anforderungen des Unionsrechts an die Bankenaufsicht.<sup>50</sup>

64. Einer umfassenden Kontrolle steht auch die von Frankreich hervorgehobene völkerrechtliche Immunität der Mitgliedstaaten nicht entgegen. Zwar schließt die Staatenimmunität es im Prinzip aus, dass die hoheitlichen Handlungen eines Staates von den Gerichten anderer Staaten überprüft

<sup>44</sup> Siehe oben, Nr. 39.

<sup>45</sup> Anders die Ausgangslage beim Gutachten 1/09 (Schaffung eines einheitlichen Patentgerichtssystems) vom 8. März 2011 (EU:C:2011:123, Rn. 86 und 87).

<sup>46</sup> Gutachten 1/17 (CETA EU-Kanada) vom 30. April 2019 (EU:C:2019:341, Rn. 117).

<sup>47</sup> Urteil vom 15. September 2011, Kommission/Slowakei (C-264/09, EU:C:2011:580, Rn. 32).

<sup>48</sup> Urteil vom 27. Februar 1962, Kommission/Italien (10/61, EU:C:1962:2, Rn. 22), vom 27. September 1988, Matteucci (235/87, EU:C:1988:460, Rn. 21 und 22), und vom 20. Mai 2003, Ravil (C-469/00, EU:C:2003:295, Rn. 37), sowie in diesem Sinne Urteil vom 6. März 2018, Achmea (C-284/16, EU:C:2018:158, Rn. 58).

<sup>49</sup> Siehe oben, Nr. 41.

<sup>50</sup> Urteil des Svea Hovrätt (Berufungsgericht) vom 22. Februar 2019, Polen/PL Holdings (T 8538-17 und T 12033-17, S. 48 und 49 der englischen Übersetzung).

werden.<sup>51</sup> Jedoch hat der Staat, der sich einem Schiedsverfahren unterwirft, bereits auf diese Immunität verzichtet, soweit das innerstaatliche Recht am Sitz des Schiedsgerichts eine Überprüfung des Schiedsspruchs und der gegenständlichen hoheitlichen Handlungen vorsieht.

65. Folglich sind individuelle Schiedsvereinbarungen zwischen Mitgliedstaaten und Investoren aus anderen Mitgliedstaaten über die hoheitliche Anwendung des Unionsrechts nur mit der Verpflichtung zur loyalen Zusammenarbeit nach Art. 4 Abs. 3 EUV sowie der Autonomie des Unionsrechts nach den Art. 267 und 344 AEUV vereinbar, wenn Gerichte der Mitgliedstaaten den Schiedsspruch umfassend auf seine Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht überprüfen können, falls erforderlich nach einem Vorabentscheidungsersuchen gemäß Art. 267 AEUV.

### **C. Zur Gleichbehandlung**

66. Die Kommission hebt außerdem zu Recht den Anspruch aller Investoren auf Gleichbehandlung bei der Durchführung des Unionsrechts hervor.

67. Der Grundsatz der Gleichbehandlung ist ein allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts, der in Art. 20 der Charta der Grundrechte verankert ist. Er verlangt, dass vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich und unterschiedliche Sachverhalte nicht gleich behandelt werden, es sei denn, dass eine solche Behandlung objektiv gerechtfertigt ist. Eine unterschiedliche Behandlung ist gerechtfertigt, wenn sie auf einem objektiven und angemessenen Kriterium beruht, d. h., wenn sie mit einem rechtlich zulässigen Ziel, das mit der in Rede stehenden Regelung verfolgt wird, in Zusammenhang steht und wenn dieser Unterschied in angemessenem Verhältnis zu dem mit der betreffenden Behandlung verfolgten Ziel steht.<sup>52</sup>

68. Wenn manche Investoren bei Streitigkeiten mit dem Mitgliedstaat auf innerstaatliche Gerichte verwiesen würden, andere aber ein Schiedsgericht anrufen könnten, läge eine Ungleichbehandlung vor.

69. Würde diese Ungleichbehandlung – *anders* als im vorliegenden Fall – auf einem Investitionsabkommen beruhen, so wäre sie möglicherweise dadurch gerechtfertigt, dass das Abkommen einen Ausgleich zwischen den berechtigten Interessen beider Seiten verkörpert.<sup>53</sup> Ähnliche Erwägungen könnten auch Schiedsklauseln rechtfertigen, die zwischen einem Mitgliedstaat und einem internationalen Investor als Vorbedingung der Investition oder von einem Mitgliedstaat im Rahmen einer gleichgeordneten Rechtsbeziehung vereinbart werden.

70. Dagegen ist kaum ein berechtigtes Ziel vorstellbar, mit dem ein Mitgliedstaat es rechtfertigen könnte, mit manchen Investoren eine Schiedsvereinbarung über einen bereits entstandenen Streit zu treffen, andere aber auf die innerstaatlichen Gerichte zu verweisen.

<sup>51</sup> Vgl. Urteil des Internationalen Gerichtshofs vom 3. Februar 2012, *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie; Grèce [intervenant])*, C.I.J. Recueil 2012, S. 99, Rn. 55 bis 61).

<sup>52</sup> Urteile vom 17. Oktober 2013, *Schaible (C-101/12, EU:C:2013:661, Rn. 76 und 77)*, sowie vom 3. Februar 2021, *Fussl Modestraße Mayr (C-555/19, EU:C:2021:89, Rn. 95)*.

<sup>53</sup> Urteil vom 5. Juli 2005, D. (C-376/03, EU:C:2005:424, Rn. 62). Vgl. auch Gutachten 1/17 (CETA EU-Kanada) vom 30. April 2019 (EU:C:2019:341, Rn. 169). Siehe aber auch Urteil vom 27. September 1988, *Matteucci (235/87, EU:C:1988:460, Rn. 23)*.

71. Doch letztlich obliegt die Prüfung einer etwaigen Rechtfertigung dem innerstaatlichen Gericht.<sup>54</sup> Für das vorliegende Verfahren reicht der Hinweis, dass individuelle Schiedsvereinbarungen zwischen Mitgliedstaaten und Investoren aus anderen Mitgliedstaaten über die hoheitliche Anwendung des Unionsrechts auch mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung nach Art. 20 der Charta vereinbar sein müssen.

#### ***D. Die Form der Schiedsvereinbarung***

72. Nach den bisherigen Überlegungen kommt es für die Unvereinbarkeit der Schiedsvereinbarung mit dem Unionsrecht nicht darauf an, ob sie in Form einer rügelosen Einlassung auf das Schiedsverfahren getroffen wurde. Deshalb werde ich die Bedeutung dieser Form nur für den Fall erörtern, dass der Gerichtshof bei den bereits untersuchten Fragen anderer Auffassung ist.

73. Zunächst ist hervorzuheben, dass eine Anerkennung solcher Schiedsvereinbarungen vorübergehend von erheblicher praktischer Bedeutung sein kann. Denn es ist davon auszugehen, dass davon viele noch anhängige Schiedsverfahren und Streitige Schiedssprüche zwischen Mitgliedstaaten und Investoren aus anderen Mitgliedstaaten betroffen sind, in denen die jeweiligen Mitgliedstaaten vor dem Urteil Achmea die Einrede der Unvereinbarkeit der Schiedsklausel des jeweiligen Investitionsabkommens mit dem Unionsrecht nicht rechtzeitig erhoben haben.<sup>55</sup>

74. Mittelfristig ist hingegen zu erwarten, dass betroffene Mitgliedstaaten diese Einrede rechtzeitig erheben werden,<sup>56</sup> falls Investoren entsprechende Schiedsverfahren überhaupt noch einleiten.

75. Dieser praktische Aspekt zeigt, dass die Anerkennung von derartigen Schiedsvereinbarungen durch rügelose Einlassung die Wirksamkeit des Urteils Achmea gewissermaßen zeitlich begrenzen würde, nämlich im Hinblick auf bestimmte zu diesem Zeitpunkt bereits anhängige Schiedsverfahren, obwohl der Gerichtshof in diesem Urteil eine solche Begrenzung nicht angesprochen hat. Wenn aber die bisherigen Überlegungen den Gerichtshof nicht davon überzeugen, dass die Vereinbarkeit der vorliegenden Schiedsvereinbarung mit dem Unionsrecht zweifelhaft ist, dann kommt der Wirksamkeit des Urteils Achmea auch keine entscheidende Bedeutung für die Beurteilung der Form der Schiedsvereinbarung zu.

76. Ganz generell enthält das Unionsrecht – entgegen der Auffassung Deutschlands und Frankreichs – keine Regelung, die es verbieten würde, dass Mitgliedstaaten in der Form einer rügelosen Einlassung eine Schiedsvereinbarung abschließen.

<sup>54</sup> Urteil vom 3. Februar 2021, Fussl Modestraße Mayr (C-555/19, EU:C:2021:89, Rn. 97).

<sup>55</sup> Vgl. etwa Vattenfall AB and others v. Germany (Kernenergie), Decision on the Achmea Issue vom 31. August 2018 (ICSID Case No. ARB/12/12, Rn. 18). In diesem Verfahren haben sich die Beteiligten aber anscheinend jüngst verglichen (Bundesregierung, Regierungspressekonferenz vom 5. März 2021, und Vattenfall, Pressemitteilung vom 5. März 2021).

<sup>56</sup> So haben 23 Mitgliedstaaten am 5. Mai 2020 das Übereinkommen zur Beendigung bilateraler Investitionsschutzverträge zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union (ABl. 2020, L 169, S. 1) unterzeichnet.

77. Im Gegenteil erkennt das Unionsrecht, wie PL Holdings aufzeigt, das Konzept der rügelosen Einlassung in verschiedenen, vorliegend nicht anwendbaren Regelungen an.<sup>57</sup> Zwar beruft sich Frankreich darauf, dass der Gerichtshof in Verbrauchersachen trotz versäumter Einwände von den Gerichten verlangt, die Wirksamkeit einer Schiedsklausel von Amts wegen zu prüfen.<sup>58</sup> Es besteht allerdings kein Bedarf, die Mitgliedstaaten in Schiedsverfahren in dieser Form zu schützen. Vielmehr ist davon auszugehen, dass sie dort hochprofessionell vertreten werden und daher ausreichend Gelegenheit haben, Einwände rechtzeitig vorzubringen.

78. Da das Unionsrecht diese Frage somit für den vorliegenden Fall nicht regelt, hat die Form der Schiedsvereinbarung keine Bedeutung für ihre Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht.

79. Vor den innerstaatlichen Gerichten dürfte dagegen den von Schweden hervorgehobenen Regelungen von Schiedsorganisationen umso größere Bedeutung zukommen. Sowohl UNCITRAL<sup>59</sup> als auch ICSID<sup>60</sup> sehen aber vor, dass die Beteiligten sich nicht mehr auf Einwände berufen können, die sie nicht unverzüglich vorgebracht haben. Allerdings betont Ungarn, dass die Vertragsstaaten bei den Verhandlungen des ICSID-Übereinkommens davon ausgegangen seien, dass die Zuständigkeit des Schiedsgerichts bei seiner Einsetzung bereits feststehen müsse und nicht nachträglich begründet werden könne.<sup>61</sup>

### ***E. Zur Begrenzung der zeitlichen Wirkung***

80. PL Holdings beantragt schließlich, die zeitliche Wirkung des Urteils in der vorliegenden Sache zu beschränken, wenn der Gerichtshof individuelle Schiedsvereinbarungen für mit dem Unionsrecht unvereinbar erklären sollte. Zumindest bereits anhängig gemachte Schiedsverfahren und somit erst recht abgeschlossene Schiedsverfahren sollten nicht berührt werden.

81. Durch die Auslegung einer Vorschrift des Unionsrechts, die der Gerichtshof in Ausübung seiner Befugnisse aus Art. 267 AEUV vornimmt, wird erläutert und verdeutlicht, in welchem Sinne und mit welcher Tragweite diese Vorschrift seit ihrem Inkrafttreten zu verstehen und anzuwenden ist oder gewesen wäre.<sup>62</sup> Nur ganz ausnahmsweise kann der Gerichtshof aufgrund des allgemeinen unionsrechtlichen Grundsatzes der Rechtssicherheit die für die Betroffenen bestehende Möglichkeit beschränken, sich auf die Auslegung, die er einer Bestimmung gegeben hat, zu berufen, um in gutem Glauben begründete Rechtsverhältnisse in Frage zu stellen. Eine solche Beschränkung ist nur dann zulässig, wenn zwei grundlegende Kriterien erfüllt sind, nämlich guter Glaube der Betroffenen und die Gefahr schwerwiegender Störungen.<sup>63</sup>

<sup>57</sup> Siehe etwa Art. 5 der Verordnung (EG) Nr. 4/2009 des Rates vom 18. Dezember 2008 über die Zuständigkeit, das anwendbare Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Zusammenarbeit in Unterhaltssachen (ABl. 2009, L 7, S. 1) oder Art. 26 der Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (ABl. 2012, L 351, S. 1). Vgl. auch Urteile vom 14. Dezember 1995, van Schijndel und van Veen (C-430/93 und C-431/93, EU:C:1995:441, Rn. 21), und vom 27. Februar 2014, Cartier parfums-lunettes und Axa Corporate Solutions assurances (C-1/13, EU:C:2014:109, Rn. 34 und 36 sowie die dort angeführte Rechtsprechung).

<sup>58</sup> Vgl. Urteil vom 26. Oktober 2006, Mostaza Claro (C-168/05, EU:C:2006:675, Rn. 36 bis 39).

<sup>59</sup> Art. 4 des Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006.

<sup>60</sup> ICSID Convention – Art. 27 und 41 Rules of Procedure for Arbitration Proceedings.

<sup>61</sup> Ungarn beruft sich dafür auf Christoph H. Schreuer (et al.), *The ICSID Convention – A Commentary* (Cambridge University Press, 2. Aufl., 2009), Artikel 25, Rn. 481. Siehe aber auch Rn. 498.

<sup>62</sup> Urteile vom 6. März 2007, Meilicke u. a. (C-292/04, EU:C:2007:132, Rn. 34), und vom 23. April 2020, Herst (C-401/18, EU:C:2020:295, Rn. 54).

<sup>63</sup> Urteile vom 6. März 2007, Meilicke u. a. (C-292/04, EU:C:2007:132, Rn. 35), und vom 23. April 2020, Herst (C-401/18, EU:C:2020:295, Rn. 56).

82. Die hier vorgeschlagene Beantwortung des Vorabentscheidungsersuchens setzt jedoch lediglich voraus, dass die Beachtung des Unionsrechts durch den Schiedsspruch einer umfassenden gerichtlichen Kontrolle unterworfen wird. Der gute Glaube der Betroffenen kann sich aber nicht auf die Erwartung beziehen, dass das Unionsrecht nicht voll durchgesetzt wird. Schon daher verbietet sich eine Beschränkung der zeitlichen Wirkung.

83. Außerdem kann eine Einschränkung der zeitlichen Wirkung nur in dem Urteil selbst vorgenommen werden, in dem über die erbetene Auslegung entschieden wird. Die zeitliche Wirkung der vom Gerichtshof auf ein Ersuchen hin vorgenommenen Auslegung einer Vorschrift des Unionsrechts muss sich nämlich notwendig nach einem einheitlichen Zeitpunkt bestimmen. Insoweit stellt der Grundsatz, dass eine Beschränkung nur in dem Urteil selbst erfolgen kann, in dem über die erbetene Auslegung entschieden wird, die Gleichbehandlung der Mitgliedstaaten und der Einzelnen in Ansehung des Unionsrechts sicher und erfüllt damit die Anforderungen, die sich aus dem Grundsatz der Rechtssicherheit ergeben.<sup>64</sup>

84. Im vorliegenden Fall ergeben sich die wesentlichen Vorgaben bereits aus dem Urteil Achmea, dessen zeitliche Wirkung der Gerichtshof nicht beschränkt hat. Zudem würde die uneingeschränkte Zulassung von Schiedsvereinbarungen auf der Grundlage verspäteter Einwände hinsichtlich der Kompetenz des Schiedsgerichts dieses Urteil vorübergehend seiner praktischen Wirkung berauben.<sup>65</sup> Auch deshalb ist eine Beschränkung der zeitlichen Wirkung des Urteils, das im vorliegenden Verfahren ergehen wird, nicht möglich.

## V. Ergebnis

85. Ich schlage dem Gerichtshof daher vor, wie folgt zu entscheiden:

Individuelle Schiedsvereinbarungen zwischen Mitgliedstaaten und Investoren aus anderen Mitgliedstaaten über die hoheitliche Anwendung des Unionsrechts sind nur mit der Verpflichtung zur loyalen Zusammenarbeit nach Art. 4 Abs. 3 EUV sowie der Autonomie des Unionsrechts nach Art. 267 und 344 AEUV vereinbar, wenn Gerichte der Mitgliedstaaten den Schiedsspruch umfassend auf seine Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht überprüfen können, falls erforderlich nach einem Vorabentscheidungsersuchen gemäß Art. 267 AEUV. Solche Schiedsvereinbarungen müssen darüber hinaus mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung nach Art. 20 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union vereinbar sein.

<sup>64</sup> Urteile vom 6. März 2007, Meilicke u. a. (C-292/04, EU:C:2007:132, Rn. 36 und 37), und vom 23. April 2020, Herst (C-401/18, EU:C:2020:295, Rn. 57).

<sup>65</sup> Siehe oben, Nr. 73.