



INVESTITIONSSCHUTZ IN EUROPA

Im Spannungsfeld zwischen der Autonomie des Unionsrechts und
schiedsrichterlicher Streitbeilegung



DISSERTATION
ZUR ERLANGUNG DES GRADES EINES

DOKTORS DER RECHTE

DES FACHBEREICHS
RECHTS- UND WIRTSCHAFTSWISSENSCHAFTEN
DER JOHANNES GUTENBERG-UNIVERSITÄT MAINZ

VORGELEGT VON REF. IUR. SAMUEL MEYER-OLDENBURG, LL.M.
2021

Erstberichterstatter:

Prof. Dr. iur. Josef Ruthig

Zweitberichterstatter:

Prof. Dr. iur. Peter Huber

Tag der mündlichen Prüfung: 25. April 2023

Vorwort

Die vorliegende Doktorarbeit entstand während meiner Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Dr. Josef Ruthig für Öffentliches Recht, Europarecht und Rechtsvergleichung an der Johannes-Gutenberg-Universität Mainz. Sie wurde von dem Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften der Johannes Gutenberg Universität Mainz als Dissertation angenommen.

Die Arbeit berücksichtigt Literatur und Rechtsprechung bis zum Zeitpunkt ihrer Einreichung im Oktober 2021. Neuauflagen von Kommentaren sind bis Juli 2023 berücksichtigt, auch auf neuere Gerichtsentscheidungen bis zu diesem Zeitpunkt wird in Fußnoten hingewiesen.

Zunächst bedanke ich mich bei Prof. Dr. Josef Ruthig, der im Rahmen der Erstellung der Arbeit stets prägnante Anmerkungen bezüglich bestehender Schwachpunkte beigetragen hat.

Mein Dank gilt weiterhin auch meinem Zweitgutachter, Prof. Dr. Peter Huber, unter dessen Anleitung ich im Rahmen des Frankfurt Investment Arbitration Moot Courts das spannende Thema der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit kennengelernt habe.

Auch der IILCC Forschungsgruppe Köln unter der Leitung von Juniorprofessor Dr. Julian Scheu gilt mein Dank für den intensiven Austausch über die aktuellen Entwicklungen des Investitionsschutzrechts sowie hilfreiche Anmerkungen im Rahmen der Finalisierung dieser Arbeit.

Schließlich gilt besonderer Dank meiner Familie und meinen Freunden, die mich im ganzen Entstehungsprozess dieser Arbeit immer geduldig unterstützt und mich durch die Höhen und Tiefen der Entstehung begleitet haben.

Samuel Meyer-Oldenburg

Mainz, im Dezember 2023

Kapitel 1	Einleitung	1
Kapitel 2	Geschichte des Investitionsschutzrechts	9
§1.	Entwicklungen bis zum 19. Jahrhundert: Entstehung von Handel und internationalen Beziehungen	9
§2.	19. Jahrhundert: Industrialisierung und Zentralisierung	13
§3.	20. Jahrhundert: Neue Welt- (wirtschafts-)ordnung.....	16
§4.	21. Jahrhundert: Zwischen Marktöffnung und Protektionismus	20
Kapitel 3	Investitionsschutz zwischen EU-Mitgliedsstaaten.....	24
§ 1	Überschneidungen zwischen Unionsrecht und Investitionsschutzrecht.....	27
A	Beendigung der Investitionsschutzverträge durch Beitritt zur EU	27
I.	Anwendbarkeit der Wiener Vertragsrechtskonvention	28
1)	Unionsrecht als Völkerrecht.....	29
a)	Europarechtliche Perspektive.....	29
b)	Völkerrechtliche Perspektive.....	29
c)	Ergebnis.....	31
2)	Assoziierungsabkommen als Völkerrecht	32
3)	Investitionsschutzrecht als Völkerrecht	32
4)	Ergebnis.....	32
II.	Vollständige Beendigung der Verträge gemäß Art. 59 Wiener Vertragsrechtskonvention 33	
1)	Vertrag im Sinne des 59 WVK.....	34
a)	Gleiche Vertragspartner.....	34
b)	Gleicher Regelungsgegenstand.....	35
2)	Übereinstimmender Parteiwille zur Beendigung	36
3)	Alternativ: Ausschluss der parallelen Anwendung	37
III.	Teilweise Unanwendbarkeit des Investitionsschutzabkommens gemäß Art. 30 WVK	39
1)	Normenhierarchie zwischen EU-Recht und Investitionsschutzrecht.....	39
2)	Vereinbarkeit von Unionsrecht und Investitionsschutzrecht.....	40
IV.	Fazit.....	42

B	Materieller Investitionsschutz.....	43
I.	Unterschiedliche Schutzkonzepte	45
1)	Investitionsschutzrechtliche Standards	45
2)	Unionsrechtliche Standards	47
II.	Eigentumsschutz.....	48
1)	Sachlicher Schutzbereich.....	49
2)	Verpflichteter	50
3)	Direkte oder indirekte Enteignungen	51
a)	Direkte Enteignung	51
b)	Indirekte Enteignungen.....	52
4)	Rechtsfolge.....	54
5)	Fazit.....	55
III.	Fair and equitable treatment.....	56
1)	Allgemeines	56
2)	Fallgruppen des FET-Standards und deren europarechtliche Entsprechungen	59
a)	Recht auf ein faires Verfahren - Willkürverbot.....	60
b)	Recht auf richterliches Gehör	62
c)	Schutz legitimer Erwartungen – Verbot widersprüchlichen Verhaltens.....	64
3)	Fazit.....	68
IV.	Umbrella clause.....	69
V.	Full protection and security	70
VI.	Diskriminierungsverbot/ Most favoured nation treatment.....	72
1)	Inländergleichbehandlung.....	72
a)	Gleichbehandlungsgebot.....	72
b)	Rechtfertigungsmöglichkeiten.....	74
2)	Most-Favoured-Nation clause	76
3)	Fazit.....	77
VII.	Kapitaltransfer.....	77

VIII.	Unionsrechtliches Wettbewerbsrecht.....	79
IX.	Staatshaftung	80
X.	Fazit.....	81
	1) Marktzugang.....	82
	2) Rechtfertigungsgründe	85
	3) Materielle Vereinbarkeit von Investitionsschutzrecht und Unionsrecht.....	86
C	Anwendbarkeit von Investitionsschutzrecht und Unionsrecht.....	87
I.	Anwendbarkeit von Investitionsschutzrecht.....	88
	1) Örtliche und zeitliche Anwendbarkeit	88
	a) Örtliche Anwendbarkeit	88
	b) Zeitliche Anwendbarkeit	89
	i) Allgemeine zeitliche Anwendbarkeit.....	89
	ii) Sunset-clauses.....	90
	2) Persönliche Anwendbarkeit	91
	a) Natürliche Personen.....	91
	b) Juristische Personen.....	91
	3) Sachliche Anwendbarkeit.....	93
II.	Anwendbarkeit des Unionsrechts	95
	1) Örtlich und zeitlich.....	96
	2) Persönlich.....	97
	a) Natürliche Personen.....	97
	b) Juristische Personen.....	97
	i) Juristische Personen des Privatrechts	97
	ii) Juristische Personen des öffentlichen Rechts.....	98
	c) Entfallen des persönlichen Schutzbereichs	98
	3) Sachlich	98
	4) Fazit.....	99
D	Fazit	100

§2.	Überschneidungen der gerichtlichen Zuständigkeiten.....	101
A	Problematische Überschneidungen	103
I.	Mögliche Konstellationen	103
II.	Regeln zur Vermeidung widersprüchlicher Entscheidungen	104
1)	Stare decisis.....	104
2)	Res Iudicata	105
3)	Lis Pendens.....	105
III.	Fazit.....	106
B	Zuständigkeiten der unionalen Gerichtsbarkeit.....	106
I.	Vorabentscheidungsverfahren.....	107
1)	Vorlagepflicht	107
2)	Ahndung bei fehlender Vorlage.....	107
3)	Unionsrechtliche Fragen	108
4)	Rolle des EuGH.....	108
5)	Fazit.....	108
II.	Vertragsverletzungsverfahren.....	109
III.	Individualnichtigkeitsklage.....	110
1)	Klagegegner	111
2)	Zulässigkeitsvoraussetzungen	111
a)	Adressat eines Rechtsakts	111
b)	Unmittelbare und individuelle Betroffenheit	111
3)	Begründetheit.....	112
4)	Fazit.....	113
IV.	Amtshaftungsklagen	113
1)	Haftung der EU	113
2)	Staatshaftung der Mitgliedsstaaten aufgrund von Unionsrecht	114
V.	Fazit.....	114
C	Zuständigkeiten der Investitionsschiedsgerichte.....	115

I.	Typische Ausgestaltung einer Schiedsklausel	116
II.	Verhältnis zum nationalen Rechtsweg	117
1)	Wahlrecht zwischen den Rechtswegen: Fork in the road	117
2)	Ausschöpfung des Rechtswegs.....	118
3)	Wartefristen	119
4)	Bewertung.....	120
III.	Anwendbares Recht im Schiedsverfahren	120
1)	Auf die Wirksamkeit der Schiedsklausel anwendbares Recht.....	122
2)	Anwendbares Verfahrensrecht.....	124
3)	Materielles Recht.....	124
a)	Investitionsschutzabkommen.....	125
b)	Völkerrecht.....	126
i)	Allgemeines Völkerrecht.....	126
ii)	Europarecht	126
c)	Nationales Recht.....	127
i)	Grundsatz.....	128
ii)	Bestimmung des Inhalts des nationalen Rechts	130
iii)	Fassung der Klausel bezüglich des anwendbaren Rechts.....	131
iv)	Umbrella clause.....	132
v)	Fazit	132
d)	Stabilisierungsklauseln.....	133
e)	Fazit.....	133
D	Fazit zu Zuständigkeitskonflikten	135
§3.	Einbindung der Schiedsgerichte in das Gerichtssystem der Union.....	137
A	Autonomie des Unionsrechts.....	138
I.	Art. 344 AEUV.....	138
1)	Streitigkeit zwischen den Mitgliedsstaaten.....	139
a)	Liegt eine Streitigkeit zwischen den Mitgliedsstaaten vor.....	139

b)	Notwendigkeit einer Streitigkeit zwischen den Mitgliedsstaaten	141
2)	Anwendung oder Auslegung der Verträge.....	142
II.	Rechtsprechung des EuGH.....	144
1)	EuGH Gutachten zur Schaffung eines Organs zur Auslegung der EWR-Regeln.....	144
2)	EuGH Gutachten zum Beitritt der EU zur EMRK.....	145
3)	EuGH Gutachten zum europäischen Patentgericht	146
4)	Rechtsprechung im Fall Mox Plant	147
5)	Vorgaben der Autonomie des Unionsrechts an die Zulässigkeit internationaler Konfliktlösungsmechanismen unter Einbeziehung der EU	148
III.	Fazit.....	149
B	Investitionsschiedsgerichte als Gericht eines Mitgliedsstaats.....	151
I.	Gesetzliche Grundlage	152
II.	Ständiger Charakter	153
III.	Obligatorische Gerichtsbarkeit.....	155
IV.	Streitiges Verfahren.....	157
V.	Anwendung von Rechtsnormen	157
VI.	Unabhängige Entscheidung.....	157
VII.	Zwischenergebnis	159
VIII.	Eines Mitgliedsstaats	159
1)	Schiedsgericht als Gericht mehrerer Mitgliedsstaaten.....	159
2)	Zurechenbarkeit zu den Mitgliedsstaaten.....	160
IX.	Übertragbarkeit.....	161
X.	Bewertung und Fazit.....	163
C	Gewährleistung der Geltung des Unionsrechts durch Kontrolle durch ein vorlageberechtigtes Gericht.....	166
I.	Aufhebungsverfahren	166
1)	Grundsatz	166
2)	ICSID-Schiedssprüche.....	168
II.	Vollstreckungsverfahren	168

1)	Allgemein.....	168
2)	ICSID-Verfahren	169
III.	Durchsetzbarkeit außerhalb Europas	170
IV.	Fazit.....	171
D	Notwendigkeit der Schiedsgerichtsbarkeit	171
I.	Anwendung von IIAs durch nationale Gerichte.....	172
1)	Aktuelle Probleme der Anwendbarkeit.....	172
2)	Mögliche Verbesserungen.....	174
a)	Verfahrenssprache.....	174
b)	Verfahrensdauer	174
c)	Qualität und Unabhängigkeit	175
d)	Überformung nationalen Prozessrechts	175
3)	Fazit.....	176
II.	Mediation.....	176
III.	Umdeutung der Schiedsklausel zur Befassung des EuGH.....	177
1)	Übereinstimmender Parteiwille	177
2)	Vereinbarkeit mit Unionsrecht	178
IV.	Fazit.....	179
§4.	Völkerrechtliche Konsequenzen der Unvereinbarkeit des klassischen Investitionsschutzes mit dem Unionsrecht	182
A	Notwendigkeit der Kündigung	183
I.	Kündigung von IIAs nach den darin enthaltenen Regelungen	183
II.	Kündigung nach Maßgabe der WVK.....	183
1)	Einvernehmliche Kündigung.....	184
2)	Miteinbeziehung Dritter.....	184
3)	Fazit.....	185
B	Umgang mit Sunset-clauses	185
I.	Anwendbarkeit auf einvernehmliche Kündigung.....	186

II.	Vorab-Aufhebung der Sunset-clause.....	187
III.	Verletzung des Vertrauensschutzprinzips.....	188
1)	Aus dem Investitionsschutzvertrag.....	188
2)	Aus dem allgemeinen Völkerrecht.....	190
C	Umgang mit bisherigen Schiedsverfahren nach dem Aufhebungsabkommen.....	190
D	Fazit	191
§5.	Sonderfall Energy Charter Treaty.....	192
Kapitel 4	Investitionsschutz im Verhältnis der EU und ihrer Mitgliedsstaaten zu Drittstaaten	196
§ 1	Kompetenz der Union zum Abschluss von Investitionsschutzabkommen	197
A	Investitionsbegriff.....	198
I.	Direktinvestition im Sinne des Art. 207 AEUV.....	198
1)	Begriffsbestimmung.....	199
2)	Einschränkung auf Handelsaspekte	201
II.	Kompetenz der Union für Portfolioinvestitionen	202
B	Weitere Beschränkungen der EU-Kompetenz	205
I.	Kündigung alter Abkommen	205
II.	Prozessuale Beschränkungen.....	206
1)	Entzug der Zuständigkeit mitgliedstaatlicher Gerichte	207
2)	Rückübertragung auf nationale Gerichte.....	208
II.	Materielle Beschränkungen.....	209
1)	Schutz von Investitionen nach Markteintritt.....	209
2)	Beschränkung aus Art. 345 AEUV	209
3)	Beschränkungen bei Handlungen zu Gunsten der Öffentlichen Ordnung.....	210
4)	Fazit.....	211
C	Fazit: Geteilte Kompetenz.....	211
§2.	Investitionsschutzabkommen der Union insbesondere am Beispiel CETA.....	212
A	Ausschließliche Kompetenzen des EuGH.....	214
I.	Normadressat von Art. 344 AEUV	214

II.	Unionsrecht als anwendbares Recht	215
III.	Fazit.....	218
B	Ausschließliche Kompetenzen nationaler Gerichte bei der Umsetzung von Europarecht..	219
C	Bestimmung des richtigen Klagegegners.....	220
I.	Völkerrechtliche Perspektive	220
II.	Unionsrechtliche Perspektive.....	220
1)	Klagegegner	220
2)	Finanzielle Verantwortlichkeit.....	221
III.	Fazit.....	222
D	Diskriminierungsverbot	223
E	Zugang zu Gericht.....	225
I.	Richterliche Unabhängigkeit	225
1)	Autonomie der CETA-Richter.....	226
a)	Weisungsfreiheit.....	226
b)	Vergütung.....	227
c)	Unabsetzbarkeit.....	228
3)	Ausschluss von Interessenskonflikten.....	228
4)	Fazit.....	229
II.	Freier Zugang zu Gericht.....	230
F	Gewährung von Naturalrestitution	231
G	Festlegung des öffentlichen Interesses und Ausübung des Right to regulate.....	232
H	Fazit	232
§3.	Einzelstaatliche Investitionsschutzabkommen	234
A	Fortgeltung von Altverträgen.....	234
I.	Völkerrechtliche Perspektive	234
II.	Unionsrechtliche Perspektive.....	235
B	Anpassungspflicht.....	237
C	Abschluss neuer Investitionsschutzabkommen	238

Kapitel 5	Ausblick	240
§ 1	Der Reformprozess des Investitionsschutzes.....	240
A	Multilaterale Reformen	240
I.	Reformbestrebungen der UNCITRAL Working Group 3.....	240
II.	Reform der ICSID-Regularien	241
B	Die Schaffung eines multilateralen Investitionsgerichtshofs.....	242
I.	Verhandlungsmandat der Kommission.....	243
II.	Opt-in Verfahren	244
III.	Bewertung.....	245
C	Mögliche Alternativen	247
I.	Rechtliche Alternativen.....	247
II.	Faktische Alternativen	249
1)	Perspektive der Staaten und der Union	249
2)	Investorenperspektive	249
3)	Einvernehmliche Streitbeilegung.....	250
III.	Fazit.....	250
§2.	Fazit	250

Abkürzungsverzeichnis:

AA:	Anderer Auffassung
AEUV:	Vertrag über die Arbeitsweisen der Europäischen Union
ADI:	Ausländische Direktinvestitionen
AG:	Aktiengesellschaft
ART.:	Artikel
ASEAN:	Asean Free Trade Area
AU:	Afrikanische Union
BIT:	Bilateral Investment Treaty
Brexit:	EU-Austritt des Vereinigten Königreichs
BVerfG:	(Deutsches) Bundesverfassungsgericht
CETA:	Comprehensive Economic and Trade Agreement
DARIO:	Draft Articles on the Responsibility of International Organisations
ECT:	Energy Charter Treaty
EFTA:	European Free Trade Area
EG:	Europäische Gemeinschaft
EGKS:	Europäische Gemeinschaften für Kohle und Stahl
EGMR:	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK:	Europäische Menschenrechtskonvention
EU:	Europäische Union
EuG:	Gericht der Europäischen Union
EuGH:	Europäischer Gerichtshof
Euratom:	Europäische Atomgemeinschaft

EUV:	Vertrag über die Europäische Union
F:	Folgende
FF:	Fortfolgende
FET:	Fair and equitable treatment
FPS:	Full protection and security
GA:	Generalanwältin/Generalanwalt am EuGH
GATS:	General Agreement on Trade in Services
GATT:	General Agreement on Tariffs and Trade
GG:	Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland
GrCH:	Europäische Grundrechtecharta
IBA:	International Bar Association
ICC:	International Chamber of Commerce
ICSID:	International Centre for Settlement of Investment Disputes
IGH:	Internationaler Gerichtshof
IIA:	Internationales Investitionsschutzabkommen
ILC:	International Law Commission
ISDS:	Investor-State-Dispute-Settlement
KMU:	Kleine und mittlere Unternehmen
MERCOSUR:	Mercado Común del Sur
MFN:	Most-favoured nation
MIGA:	Multilaterale Investitions-Garantie Agentur
MWN:	Mit weiteren Nachweisen
NAFTA:	North American Free Trade Agreement

NYC:	Convention on the Recognition and Enforcement of Arbitral Awards (New York Convention)
OECD:	Organisation für Wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung
PCA:	Permanent Court of Arbitration
TTIP:	Transatlantic Trade and Investment Partnership
UN:	United Nations
UNCITRAL:	United Nations Commission on International Trade Law
WTO:	World Trade Organisation
WVK:	Wiener Vertragsrechtskonvention
VO:	(EU-) Verordnung
VwVfG:	(Deutsches) Verwaltungsverfahrensgesetz
ZPO:	(Deutsche) Zivilprozessordnung

Kapitel 1 Einleitung

Investitionen sind ein wichtiger Aspekt der Globalisierung. Sie können dazu beitragen, Ressourcen effizient zu verteilen und damit den Gesamtwohlstand zu erhöhen. Sie sind ein Beispiel einer immer engeren Verflechtung der Weltwirtschaft aber auch der Welt insgesamt. Ihre Bedeutung und ihr Umfang sind in den letzten Jahren immer weiter und immer schneller gestiegen¹. Eine Umkehr dieses Prozesses ist, trotz der damit auch einhergehenden Nachteile, die aktuell die Krise rund um das COVID-19 Virus erlebbar macht, allenfalls in begrenzten Teilen wahrscheinlich².

Aufgrund ihrer hohen Bedeutung besteht ein Wettbewerb der Staaten um das Anlocken von Investitionen³. Sie versuchen dazu Anreize unterschiedlichster Art zu setzen. Ein wichtiger Anreiz ist regelmäßig die Schaffung eines stabilen rechtlichen Investitionsumfelds. Die Schaffung eines solchen ist das Ziel des Investitionsschutzrechts. Es beruht dabei im Wesentlichen auf drei Säulen⁴: nationalen Regelungen, internationalen Regelungen und vertraglichen Vereinbarungen zwischen Investor und Staat. Die nachfolgende Arbeit konzentriert sich dabei auf die internationalen Regelungen, weil diese aus Investorensicht am verlässlichsten und am besten nutzbar sind: Nationale Regelungen können zumeist einseitig und schnell beendet werden, vertragliche Regelungen kommen nur für sehr große Investoren bei sehr großen Investitionsprojekten in Betracht. Die internationalen Regelungen sind in erster Linie internationale Investitionsschutzabkommen (IIA), also völkerrechtliche Abkommen mit dem Zweck grenzüberschreitende Investitionen zu fördern. Solche Regelungen sind bisher zumeist bilateraler Natur. Versuche entsprechende multilaterale Abkommen abzuschließen, sind bisher überwiegend gescheitert⁵. Insgesamt sind mehr als 3000 Investitionsschutzabkommen in Kraft, die von etwa 180 Staaten abgeschlossen wurden⁶.

Auch das Unionsrecht dient unter anderem dem Schutz von Investitionen, ist aber sehr viel umfangreicher und präziser in seinen Regelungen. Auch die Methodik des Unionsrechts zum Schutz der Investitionen ist eine andere als in den klassischen IIAs: Das Unionsrecht bedient sich der Vereinheitlichung von Standards und des Diskriminierungsverbots nach dem Grundsatz gegenseitigen Vertrauens und regelt teils sehr konkrete wirtschaftliche Einzelfragen. Das Investitionsschutzrecht

1 Der Jahresdurchschnitt insgesamt getätigter ausländischer Direktinvestitionen aller Länder hat sich im Laufe der letzten 50 Jahre um mehr als den Faktor 500 gesteigert, siehe <http://www.bpb.de/nachschlagen/zahlen-und-fakten/globalisierung/52575/auslaendische-direktinvestitionen-pro-jahr-zuletzt-abgerufen-am-26.05.2023>.

2 Näher zum Konflikt Globalisierung gegen Nationalisierung im Bereich der Schiedsgerichtsbarkeit *Wilske/Markert/Ebert*, *SchiedsVZ* 2020, S. 97, 99ff.

3 Dazu etwa *Diehl*, *The core standard of international investment protection*, S. 8.

4 Diese sind unterschiedlichen Rechtsordnungen zuzurechnen, unter anderem dadurch wird das Investitionsschutzrecht so komplex; siehe dazu *Tietje*, *Transnationales Wirtschaftsrecht* Nr. 104, S. 6

5 Siehe dazu etwa *Ghuri*, *Interaction and Conflict of Treaties in Investment Arbitration*, S. 19ff.

6 *Braun*, *JWIT* 2014, S. 73, 75.

schaft in seinem materiellen Teil dagegen in erster Linie Mindeststandards. Es gibt also einen weiten Rahmen vor, mit dessen konkreter Ausfüllung das nationale Recht betraut ist. Eine Koexistenz zwischen Unionsrecht und Investitionsschutzrecht ist also auf den ersten Blick möglich⁷. Dies gilt insbesondere in materieller Hinsicht: Die Abstraktion der investitionsschützenden Grundsätze macht konkrete Konflikte unwahrscheinlich. Sowohl Unionsrecht als auch Investitionsschutzrecht sind jedoch auch mit eigenen Rechtsschutzsystemen ausgestaltet, die der effektiven Umsetzung der festgelegten Grundsätze im Einzelfall dienen sollen. Die Union bedient sich dabei in erster Linie der nationalen Gerichte und sichert durch den EuGH als Vorlagegericht die einheitliche Anwendung und effektive Durchsetzung des Unionsrechts. Die Streitbeilegung im Investitionsschutzrecht beruht dagegen auf der Vereinbarung von Schiedsklauseln. Diese ermöglichen es den Streitparteien im Konfliktfall eigens dafür zu konstituierende Schiedsgerichte mit der Lösung der Streitigkeit zu befassen.

Die Vorteile von Schiedsgerichten sind etwa die folgenden: Nachdem es sich um eine finale Entscheidung einer einzigen Instanz handelt, ist die Verfahrensdauer regelmäßig kürzer als im Instanzenzug des nationalen Verfahrens. Die Offenheit des Schiedsverfahrens erlaubt eine relativ große Flexibilität bei der Festlegung des Prozessrechts und -verlaufs⁸. Dies betrifft auch und insbesondere die Möglichkeit, Richter mit besonderer Sachkunde zu benennen. Schließlich ist das Schiedsgericht von beiden Seiten im gleichen Maße (un-) abhängig⁹. Gerade dieser letzte Punkt zeigt den möglichen Spannungsbereich auf: Das Investitionsschutzrecht dient der externen Kontrolle nationaler Entscheidungen¹⁰. Im Gegensatz zum Unionsrecht basiert es also gerade nicht auf einem System gegenseitigen Vertrauens, sondern eher des Misstrauens. Die Kontrolle durch das Investitionsschutzrecht ist dabei nicht auf exekutive Maßnahmen beschränkt, sondern umfasst auch Handlungen von Legislative und Judikative¹¹. Dieses Misstrauen ist jedoch nicht unbedingt

7 *Hindelang*, Archiv des Völkerrechts 2015, S. 68, 75; eine solche weitgehend unproblematische Koexistenz besteht auch zwischen internationalem Investitionsschutzrecht und nationalem Recht.

8 Generell zu den Vorteilen einer Schiedsklausel in internationalen Wirtschaftsstreitigkeiten ausführlich *Hobeck/Stubbe*, SchiedsVZ 2003, S. 15, 15ff.

9 So beispielsweise *Classen*, EuzW 2014, 611, 613, der allerdings auch die damit jeweils einhergehenden Problematiken zu Recht erläutert.

10 Zum externen Standpunkt des Investitionsschutzrechts etwa *Börnsen*, Nationales Recht in Investitionsschiedsverfahren, S. 18 mwN; siehe auch Hepburn, Domestic Law in International Investment Arbitration, S. 111.

11 Kritisch dazu *Flessner*, Ludwigs/Remien, Investitionsschutz, Schiedsgerichtsbarkeit und Rechtsstaat in der EU, S. 27f, der insbesondere die Einschränkung der Finalität von Urteilen sehr kritisch sieht und insgesamt den Investitionsschutz aufgrund der damit einhergehenden Einschränkung staatlicher Souveränität ablehnt; auch insgesamt wird ein „regulatory chill“ befürchtet. Bisher war der Großteil der vor den Schiedsgerichten angegriffenen Maßnahmen jedoch der Exekutive zuzurechnen, Siehe dazu *Bungenberg*, GewArch 2014, S. 382, 383 mit Verweis auf *Caddel/Jensen*, Which host country government actors are most involved in disputes with foreign investors? Columbia FDI Perspectives No. 120, April 28, 2014, abrufbar unter <http://ccsi.columbia.eu/files/2013/10/No-120-Caddel-and-Jensen-FINAL-WEBSITE-version.pdf> zuletzt abgerufen am 18.01.2020. Diese Studie ist jedoch von fraglicher Aussagekraft: Steht der Exekutive kein Ermessen

unbegründet. Selbst innerhalb der EU bestehen teils nicht unerhebliche Mängel im Rechtsschutz. Dies zeigt sich etwa konkret in der Justizreform in Polen, die die Unabhängigkeit der Richter in Frage stellt. Die EU-Kommission sieht darüber hinaus Mängel in der Verfahrensdauer in fast allen Mitgliedsstaaten und Probleme mit Korruption oder Diskriminierungen auch im Rahmen der Justiz¹². Darüber hinaus setzt die Wahrung von Rechtsfrieden nicht nur eine funktionierende Streitbeilegung, sondern auch ein hinreichendes Vertrauen in diese voraus. Unabhängig jedoch von der Berechtigung des Misstrauens zeigt dies jedoch die Gegensätzlichkeit der Ausgangspunkte von Unionsrecht und Investitionsschutzrecht sowohl in materieller, als auch in prozessualer Hinsicht, die Ausdruck unterschiedlicher Perspektiven sind.

Sowohl das Europarecht als auch die deutsche Verfassung erkennen Schiedsgerichte grundsätzlich als geeignetes und zulässiges Mittel der Streitbeilegung an, jedenfalls unter Geltung gewisser Voraussetzungen¹³. Problematisch ist bei der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit jedoch im Besonderen, dass hier ein typischerweise privatrechtlicher Streitbeilegungsmechanismus mit der Abwägung öffentlicher Interessen betraut wird¹⁴. Dass deshalb andere Regeln gelten müssen als für die Handelsschiedsgerichtsbarkeit üblich, ist weitgehend unumstritten¹⁵.

Die Stellung dieser Schiedsgerichte und ihre vermeintlich mangelnde Wahrung öffentlicher Interessen macht sie auch über die Union hinaus zum zentralen Anknüpfungspunkt der Kritik am Investitionsschutzrecht. Aufgrund des internationalen Wettbewerbs um Investitionen wird ein „*race to the bottom*“ befürchtet, also insbesondere zu weitreichende Lockerungen von notwendigen Regulierungen¹⁶. Dies gilt umso mehr als zwar die positiven Auswirkungen von Direktinvestitionen überwiegend anerkannt sind¹⁷. Diese bestehen etwa in erhöhten Steuereinnahmen, dem Transfer von

bei der Umsetzung der Regelung zu, wird zwar unmittelbar das Verwaltungshandeln, mittelbar aber auch das Handeln der Legislative angegriffen.

12 Siehe dazu *Schill*, European Yearbook of international economic law 2016, S. 315 mwN. Inzwischen ist es nicht mehr die Ausnahme, dass Investoren Staaten auf enorme Summen verklagen. Bei solchen Summen kann es nicht verwundern, dass ein starker Anreiz für Korruption und politische Einflussnahme auf die Entscheidung und die Entscheidungsträger besteht, dazu etwa *Gindler*, Die local remedies rule im Investitionsschutzrecht, S. 109.

13 Zu diesen näher etwa *Brach*, Die Verfassung als Grundlage und Grenze der Schiedsgerichtsbarkeit.

14 *Schill*, European Yearbook of International Economic Law 2016, S. 309, 312; beim Investitionsschutzrecht handelt es sich insgesamt um eine Querschnittsmaterie.

15 Investitionsschiedsgerichte übernehmen tendenziell Aufgaben, die sonst den Verwaltungsgerichten nicht der ordentlichen Gerichtsbarkeit zugeordnet wären, siehe dazu *Fecak*, International Investment Protection and EU Law, S. 135

16 Siehe dazu *Waibel/Kaushal/Kyo-Hwa Chung/Balchin*, The Backlash against Investment Arbitration, S. xlvii; siehe zu den teils katastrophalen Folgen solcher Deregulierung etwa *Ghuri*, Interaction and Conflict of Treaties in Investment Arbitration, S. 1f mwN.

17 Siehe zum positiven Entwicklungstechnischen Aspekt bezogen auf die wirtschaftliche und soziale Entwicklung den sog. Monterrey Consensus, Report of the International Conference on Financing for Development, UN Doc A/CONF. 198/11 (2002); dazu etwa *Gindler*, Die local remedies rule im internationalen Investitionsschutzrecht, S. 105; siehe auch *Krajewski*, Wirtschaftsvölkerrecht, S. 170.

Know-How und der Schaffung von Arbeitsplätzen¹⁸. Ein konkreter Zusammenhang zwischen IIAs und einem Anstieg von Investitionen konnte jedoch noch nicht nachgewiesen werden¹⁹. Gründe für die fehlende Existenz solcher Studien sind etwa:

- Schwierigkeiten bei der Beschaffung entsprechender Daten, die etwa oft der Vertraulichkeit unterliegen, beziehungsweise deren Unvollständigkeit,
- Schwierigkeiten Gründe zu quantifizieren und
- Die hohe Anzahl an Gründen, die sich auf Investitionsentscheidungen auswirken²⁰: Anreize sind etwa die natürlichen Gegebenheiten wie etwa Rohstoffvorkommen, geringere Lohnkosten oder durch den Gesetzgeber geschaffene Anreize wie eine investitionsfreundliche Gesetzgebung. Diese Anreize müssen die Risiken überwiegen, die politisch, sozial, wirtschaftlich und etwa klimatischer Natur sein können. Investitionsschutzverträge können nur der Absicherung politischer Risiken dienen²¹.

Mangels eindeutiger Studien wird die positive Auswirkung von IIAs auch nicht selten bestritten²². Interessant sind auch die Beispiele von Staaten, die dem klassischen Investitionsschutz aktuell eher skeptisch gegenüberstehen. Zu nennen wären hier insbesondere etwa Brasilien²³, Südafrika²⁴ und Indien, also Staaten, die jedenfalls im regionalen Vergleich wirtschaftlich überdurchschnittlich gut entwickelt sind. Ohne dass das nachfolgende diese Frage zu klären in der Lage wäre, sei hier jedoch

18 *Oeter*, Ipsen, Völkerrecht S. 1019.

19 Die überwiegende Anzahl an Studien geht allerdings wohl von einer positiven Korrelation aus siehe mit einem Überblick über die Studien etwa *Kaufmann-Kohler/Potesta*, Can the Mauritius Convention serve as a model for the reform of investor-State arbitration in connection with the introduction of a permanent investment tribunal or an appeal mechanism, S. 9; siehe auch *Waibel/Kaushal/Kyo-Hwa Chung/Balchin*, The Backlash against Investment Arbitration, S. xlvii; *Schill*, European Yearbook on international economic law 2016, S. 315 mwN; für eine Untersuchung des Einflusses insbesondere auf Zentral- und Osteuropa siehe *Zimny*, FDI has benefitted the EU members from Central and Eastern Europe and can continue to do so, <http://ccsi.columbia.edu/files/2018/10/No-261-Zimny-FINAL.pdf>, zuletzt abgerufen am 11.02.2020.

20 Siehe als aktuelle Studie etwa <https://doi.org/10.1787/e5f85c3d-en>, S. 4, zuletzt abgerufen am 18.4.2019; siehe auch *Schill*, ZaÖRV 2011, 247, 252 mwN.; zu den unterschiedlichen Möglichkeiten Investitionsanreize zu schaffen und der Rolle der IIAs siehe auch *Fecak*, International Investment Agreements and EU Law, S. 15.

21 Näher dazu etwa *Schill*, ZaÖRV 2011, 247, 249 mwN.

22 *Feichtner*, Ludwigs/Remien, Investitionsschutz, Schiedsgerichtsbarkeit und Rechtsstaat in der EU, S. 108.

23 Ausführlich zur Situation in Brasilien siehe *Andrade/Borja Mercereau/Pucci*, Investment Protection in Brazil; *Morosini/Perrone/Sanchez Badin*, Strengthening multi-stakeholder cooperation in the international investment regime: The Brazilian Model <http://ccsi.columbia.edu/files/2018/10/No-263-Morosini-Nicol%C3%A1s-M.-Perrone-and-Michelle-R.-Sanchez-Badin-FINAL.pdf>, zuletzt abgerufen am 11.02.2020; *Cavallo*, Learning from Brazil's bilateral investment treaties, <http://ccsi.columbia.edu/files/2018/10/No-270-Cavallo-FINAL.pdf>, zuletzt abgerufen am 11.02.2020; siehe zur Situation in Brasilien und den Spezifika dort ausführlich <https://www.kooperation-brasilien.org/de/themen/politik-wirtschaft/investitionsschutzvertrag-als-201elight-modell201c> zuletzt abgerufen am 01.02.2020.

24 Siehe zu Brasilien und Südafrika etwa <https://www.iisd.org/itn/2019/10/02/uncitral-working-group-iii-promoting-alternatives-to-investor-state-arbitration-as-isds-reform-jane-kelsey/>; zuletzt abgerufen am 07.11.2019 mit weiteren Nachweisen.

folgendes unterstellt: Ebenso wie aus Sicht der Öffentlichkeit nur angenommene Mängel im aktuellen Investitionsschutzrecht dessen Legitimität in Frage stellen können²⁵, kann der aus Sicht der Investoren auch nur angenommene Schutz ihrer Investitionen ihre Entscheidungen beeinflussen.

Die Absicherung von politischen Risiken ist gerade im Investitionsschutzrecht von besonders hoher Bedeutung: Investoren nehmen oft Aufgaben der öffentlichen Daseinsvorsorge wahr, die sonst dem Staat obliegen würden. Dazu zählen etwa die Versorgung mit Wasser, Energie oder Telekommunikation. Diese Aufgaben erfordern eine erhebliche Infrastruktur seitens der Investoren, welche nur langfristig konzipiert für beide Seiten von Vorteil ist. Es besteht also ein erhebliches öffentliches Interesse an der sachgemäßen Durchführung der Investition und die Notwendigkeit gesicherten gegenseitigen Vertrauens²⁶. Anders als beim reinen Handel erfolgt für den Investor bei der Durchführung einer Investition eine teilweise Unterwerfung unter fremde Souveränität²⁷. Die Einräumung einer Klagemöglichkeit dient folglich der Herstellung von Waffengleichheit und dem Ausgleich des Gefälles beim grenzüberschreitenden Rechtsschutz²⁸. Je höher das Risiko, oder, wirtschaftlich gesprochen, die Transaktionskosten, desto teurer ist eine Investition²⁹ und desto schneller muss ein Return of Investment erfolgen, was nachteilig für eine nachhaltige Entwicklung ist³⁰. Investoren kalkulieren regelmäßig mit zwei bis drei Jahrzehnten, in denen die Rahmenbedingungen insgesamt stabil bleiben sollten³¹.

Um zu verhindern, dass aus Handelskonflikten zwischenstaatliche Krisen und schließlich Kriege werden, ist ein guter Konfliktlösungsmechanismus unerlässlich. Im Rahmen des Investitionsschutzrechts werden deshalb primär den Investoren selbst Klagerechte eingeräumt, um die Beteiligung ihres Heimatstaats und eine damit einhergehende Politisierung von Konflikten zu

25 Dazu ausführlich UNCITRAL working group III, Report zur 36. Sitzung, Wien, November 2018, Rn. 16.

26 *Salacuse*, Fordham International Law Journal 2007, S. 138, 141 formuliert dies anschaulich wie folgt: "A complex connection, often amounting to a State of interdependence, between the investor and the Host State. In cases of privatization of public services, such as water, gas or telecommunications, the investor and the Host country are linked in a more or less permanent relationship that is very difficult to unravel, far more difficult than that arising out of a simple contract of sale of a commodity in international commerce. In such cases, the Host country is dependent on the continued provision of the investor of the needed public service and at least in the short run has no other option than to continue to deal with the investor. Similarly, the investor, having committed substantial capital to the privatized enterprise, is dependent on the Host country for continued revenues and at least in the short run has few options with respect to selling its investment."; siehe dazu auch Diehl, The core standard of international investment protection, S. 8.

27 Siehe ausführlicher zu diesem Aspekt etwa *Börnsen*, SchiedsVZ 2017, S. 2, 4, der anschaulich das Interesse des Heimatstaats am „behalten“ der Investitionen darstellt und jedenfalls einen sicheren Schutz im Drittstaat als Gegenleistung verlangt.

28 So etwa *Dederer*, RIW 2019, S. 397, 399; *Gindler*, Die local remedies rule im internationalen Investitionsschutzrecht, S. 110; *Sattorova*, JWIT 2016, S. 895, 896; *Jaeger*, EuR 2016, S. 203, 209.

29 *Schill*, European Yearbook of International Economic Law 2016, S. 309, 315; *Jaeger*, EuR 2016, S. 203, 209.

30 *Oeter*, Ipsen, Völkerrecht, S. 1020.

31 Dazu etwa *Dederer*, RIW 2019, S. 397, 398.

vermeiden. Dies ist grundsätzlich untypisch für völkerrechtliche Regelungen, die klassisch nur zwischenstaatliches Recht darstellten und macht neue Kollisionsregeln notwendig³². Privatpersonen kommt im Völkerrecht inzwischen eine Teilrechtsfähigkeit zu³³. Auch das Unionsrecht beruht zwar auf Völkerrecht, räumt aber privaten Akteuren Rechte ein³⁴. Dies umfasst insbesondere auch Investoren. Der eingeräumte Schutz war jedoch nur teilweise ineinander verzahnt und teilweise widersprüchlich³⁵. Dies gilt insbesondere für die jeweiligen Konfliktlösungsmechanismen.

Dieser Widerspruch kulminierte in der Achmea-Entscheidung des EuGH, in welcher dieser die Schiedsabrede des niederländisch-slowakischen Investitionsschutzabkommens für unvereinbar mit dem Unionsrecht erklärt hat³⁶. Das Schiedsgericht wende Unionsrecht an, ohne in das Rechtssystem der Union eingebunden zu sein, insbesondere ohne vorlageberechtigt nach Art. 267 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) zu sein oder einer hinreichenden Kontrolle durch ein entsprechend vorlageberechtigtes Gericht zu unterliegen. Das Schiedsgericht würde also die Einheitlichkeit und Autonomie der Unionsrechtsordnung gefährden. Damit stellt der EuGH die Zukunft des Investitionsschutzes mit Beteiligung von EU-Mitgliedsstaaten - in erster Linie natürlich untereinander - aber schlussendlich auch generell in Frage. Ein moderner Investitionsschutz ohne Schiedsabrede ist bisher, mangels gleichwertiger Alternativen, zu Recht

32 Dazu etwa *Sasson*, *Substantive Law in Investment Treaty Arbitration*, S. 7f. die anschaulich aufzeigt, dass durch die Einräumung von Völkerrechtssubjektivität für Einzelne ein Konflikt zwischen nationalem und internationalem Recht überhaupt möglich geworden ist; darin besteht eine grundsätzliche Parallele zu den Menschenrechten.

33 Dazu etwa *Krajewski*, *Wirtschaftsvölkerrecht*, S. 17f; siehe auch *Tietje*, *Transnationales Wirtschaftsrecht 2011*, Heft Nr. 104, S. 1, 20; zu den Parallelen von Menschenrechten und Investitionsschutzrecht (Abwägung von nationalem Recht anhand internationaler Standards) auch *Hepburn*, *Domestic Law in International Investment Arbitration*, S. 111; zur Geschichte der Stärkung individueller Rechte im Völkerrecht und deren Bedeutung im heute geltenden Recht etwa *Kryvoi*, *ICSID Review 2018*, S. 743, 765; *Kriebaum*, *Eigentumsschutz im Völkerrecht*, S. 30ff; die strukturelle Ähnlichkeit zwischen Menschenrechtsschutz und Investitionsschutz zwar bejahend aber kritisch zur Vergleichbarkeit *Taillant/Bonnitcha*, *Cordonier-Segger/Gehring/Newcombe*, *Sustainable Development in World Investment Law*, S. 71.

34 Siehe nur *Frenz*, *Europäische Grundfreiheiten*, Rn. 93.

35 Deshalb wurde im Verhältnis zwischen Unionsrecht und Investitionsschutzrecht ein „Kollisionskurs“ festgestellt, siehe dazu etwa *Lang*, *Policy Papers on Transnational Economic Law*, 50 III, S. 2; *Kerkemeyer*, *EuZW 2016*, S. 10, 10ff.

36 EuGH C-284/16 (Achmea) sowie in der Nachfolgeentscheidung zum ECT (EuGH C-741/19 (Komstroy)); die zitierten EuGH-Entscheidungen haben seitdem ein geteiltes Echo erzielt: Während Gerichte der EU-Mitgliedsstaaten der vom EuGH vorgegebenen Linie folgen, haben internationale Schiedsgerichte und nationale Gerichte von Drittstaaten es regelmäßig abgelehnt, das vom EuGH statuierte Primat des Unionsrechts über das Völkerrecht anzuerkennen (siehe für einen Überblick *Wilske/Markert/Ebert*, *SchiedsVZ 2023*, S. 121, 128ff); dies führt zu komplexen und vielschichtigen Prozessen, in denen nicht lediglich ein (Schieds-) Urteil gefällt und dieses anerkannt und vollstreckt wird, sondern häufig sowohl im Verlauf des Schiedsverfahrens nationale Gerichte von EU-Mitgliedsstaaten angerufen werden, um die Unzuständigkeit des Schiedsgerichts festzustellen, als auch nach dem Abschluss des Schiedsverfahrens der ergangene Schiedsspruch mit dieser Begründung aufgehoben oder jedenfalls dessen Vollstreckung verhindert werden soll.

undenkbar³⁷. Das Unionsrecht wird außerdem auch immer dann angewendet, wenn ein EU- Mitglied Beklagter vor einem Schiedsgericht ist. Das ist in jedem Investitionsschutzabkommen mit Beteiligung eines EU-Mitglieds möglich und in vielen Fällen auch bereits geschehen.

In der nachfolgenden Arbeit sollen die dafür relevanten Grundsätze analysiert und diskutiert werden. Dabei werden auch alternative Lösungsmöglichkeiten betrachtet und die Folgen, die die Rechtsprechung des EuGH für das europäische Investitionsschutzrecht einerseits und für die Beteiligung der EU und ihrer Mitgliedsstaaten an internationaler Streitbeilegung andererseits haben wird. Letzteres betrifft sowohl den in den EU-Verträgen vorgesehenen Beitritt der EU zur EMRK als auch etwa das mögliche Brexit-Abkommen, welches ebenfalls eine Streitbeilegungsklausel wohl zu Gunsten eines Schiedsgerichts enthalten wird³⁸.

In einem ersten Schritt ist nachfolgend die geschichtliche Entwicklung des Investitionsschutzrechts und des Unionsrechts zu betrachten (Kapitel 2). Dabei wird aufzuzeigen sein, wie es zu dem Konflikt der beiden Rechtsgebiete kommen konnte, die doch zu guten Teilen ähnliche Zwecke verfolgen. Im Rahmen des nächsten Schritts wird ausführlich der Investitionsschutz zwischen den EU-Mitgliedsstaaten betrachtet, sowohl der klassisch völkerrechtliche als auch der auf dem Unionsrecht beruhende (Kapitel 3). Dabei werden sowohl die materiellen als auch die prozessualen Schutzmechanismen näher erläutert und geprüft, ob und inwiefern eine Integration des Investitionsschutzrechts ins Unionsrecht möglich gewesen wäre. Anschließend wird zu prüfen sein, wie der Investitionsschutz zwischen der Union und ihren Mitgliedsstaaten im Verhältnis zu Drittstaaten aussehen kann, ohne mit dem Unionsrecht in Konflikt zu geraten (Kapitel 4). Neben den Voraussetzungen, die aus dem innereuropäischen Verhältnis auf das internationale übertragbar sein mögen, wird dabei insbesondere auch die Kompetenz der Union zum Abschluss von Investitionsschutzabkommen näher betrachtet. Abschließend wird im Rahmen eines Ausblicks die Reform des Investitionsschutzrechts und die Rolle der Union und des Unionsrechts in diesem Rahmen zu betrachten sein (Kapitel 5). Dies betrifft insbesondere die Möglichkeit und die Voraussetzungen der Schaffung eines multilateralen Investitionsgerichtshofs.

³⁷ Zumindest im intra-europäischen Investitionsschutz entfällt zukünftig jedoch die Säule des Investitionsschutzes durch IIAs. Im Anschluss an die eben zitierte EuGH-Entscheidung im Fall Achmea haben sich die Mitgliedsstaaten für die Aufhebung sämtlicher bis dahin verbleibender intra-EU-IIAs entschlossen und ein entsprechendes Abkommen unterzeichnet (Abkommen über die Beendigung der bilateralen Investitionsschutzabkommen zwischen den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union vom 05.05.2020); dieses hebt nicht nur die Schiedsklausel auf, was den nationalen Gerichten einen Rückgriff auf die materiell-rechtlichen Vorschriften der IIAs ermöglicht hätte, sondern verwirft den auf IIAs beruhenden Investitionsschutz im Streit zwischen einem Investor aus einem EU-Mitgliedsstaat und einem anderen EU-Mitgliedsstaat vollständig.

³⁸ Näher dazu etwa *Lavranos*, <http://arbitrationblog.practicallaw.com/the-potential-incompatibility-of-the-arbitration-clause-in-the-brexit-withdrawal-agreement/>, zuletzt abgerufen am 03.10.2020.

Kapitel 2 Geschichte des Investitionsschutzrechts

Die Betrachtung der Geschichte des Investitionsschutzrechts ist hilfreich und notwendig, um viele von dessen Facetten verstehen zu können. Dies gilt ausgehend vom römischen Fremdenrecht über die Voraussetzungen für die Entstehung von internationalem Handel und internationalen Investitionen. Die Darstellung erfolgt weitgehend aus europäischer Perspektive, die jedoch, gerade was kolonialistische Aspekte betrifft, kritisch hinterfragt wird.

Folgendes sei noch vorweg gestellt: Das Investitionsschutzrecht ist eng mit dem internationalen Handelsrecht verknüpft und kann als eine Unterform desselben angesehen werden³⁹. Internationale Investitionen stellen sich häufig dort ein, wo regelmäßig Handel betrieben wird. Die nachfolgende Darstellung umfasst folglich nicht nur das Investitionsschutz-, sondern auch das Handelsrecht.

Die enge Verflechtung von Handel und Investitionsschutz wird auch im modernen Europarecht deutlich. So regelt Art. 207 AEUV unter dem Schlagwort gemeinsame Handelspolitik insbesondere auch ausländische Direktinvestitionen. Auch die Literatur hält die Verflechtungen zwischen Handel und Investitionen in Zeiten globaler Wertschöpfungsketten überwiegend für offensichtlich⁴⁰. Die Generalanwältin am EuGH Sharpston formuliert dies wie folgt: *„Investitionen und Handel (sind) wesentliche Komponenten einer wirksamen und einheitlichen gemeinsamen Handelspolitik (...). In einer zunehmend globalisierten Wirtschaft ist davon auszugehen, dass Entscheidungen über Ausfuhr- und Einfuhrmärkte und Produktionsstandorte sowohl von der Handels-, als auch von der Investitionspolitik und -regulierung abhängig sind.“*⁴¹

Im ersten Schritt werden die Entwicklungen bis zum 19. Jahrhundert erläutert (§ 1). 19. (§ 2) und 20. (§ 3) Jahrhundert werden anschließend analysiert und abschließend wird auf die neuesten Ereignisse des 21. Jahrhunderts eingegangen (§ 4).

§1. Entwicklungen bis zum 19. Jahrhundert: Entstehung von Handel und internationalen Beziehungen

In Mitteleuropa wurde der grenzüberschreitende Handel in größerem Maßstab erstmals durch die Römer ermöglicht. Deren Straßenbau und Rechtssystem sorgte für einen Warenaustausch in

³⁹ So auch etwa die Position des Europarats, siehe Schlussanträge der Generalanwältin zum Gutachten 2/2015, Rn. 280. Gleichwohl handelt es sich um trennbare Materien, s. etwa *Flessner*, Ludwigs/Remien, Investitionsschutz, Schiedsgerichtsbarkeit und Rechtsstaat in der EU, S. 52f., der jedoch fälschlicherweise davon ausgeht, dass sie gegenläufige Zielrichtungen verfolgen.

⁴⁰ Statt vieler *Herrmann/Guillard*, Krenzler/Herrmann/Niestedt, 130, Rn. 68 mwN; *Hinojosa-Martinez*, JWIT 2016, S. 86, 96.

⁴¹ Schlussanträge der Generalanwältin Sharpston zum EuGH Gutachten 2/2015, Rn. 329.

nennenswerten Mengen etwa auch über die Alpen hinweg⁴². Nach Ende des römischen Reiches dauerte es eine lange Zeit, bis ab dem zehnten Jahrhundert etwa wieder größere Warenmengen denselben Weg nahmen, zunächst durch fahrende Händler, aber nach und nach durch immer größere Handelsverbände, die schließlich in Familien wie den Fuggern oder den Medici oder in Verbänden wie der Hanse gipfelten.

Die Besonderheit dieser Handelsverbände ist, dass sie sich nicht nur auf den internationalen Handel beschränkten, sondern erstmals dauerhafte Niederlassungen in der Fremde gründeten und damit im modernen Sinne die ersten ausländischen Direktinvestitionen tätigten. Diese bestanden etwa im Erwerb von Bergwerghkonzessionen⁴³. Beispiele für solche Niederlassungen, wenn auch nicht aufgrund bilateraler Investitionsschutzabkommen, sondern privat initialisiert und auch durch den Empfängerstaat gebilligt und erwünscht gab es schon im späten 12. Jahrhundert, etwa die „*fondaco dei tedeschi*“, dem Sitz deutscher Händler in Venedig, oder die Kontore der Hanse in London, Brügge, Bergen und Nowgorod. Diese ständigen Niederlassungen dienten auf Seiten der Kaufleute dem Vertrieb der dorthin verschifften Waren und ermöglichten beziehungsweise vereinfachten auf Seiten der Empfängerstaaten die Erhebung von Zöllen und teilweise der Qualitätssicherung durch das Anbringen von Siegeln, so etwa in London der Stalhof⁴⁴.

Durch die Händler, die in diesen Niederlassungen tätig waren, wurden gleichzeitig, beispielhaft aber zu dieser Zeit gerade im Nord-/Ostseeraum auch besonders wichtig, die deutschen Interessen gebündelt. Staatsoberhäupter hatten von jeher die Tendenz, die nur für kurze Zeit anwesenden Fremden genauer zu überwachen und schlechter zu behandeln, als die schon bekannten und daher einen Vertrauensvorschuss genießenden lokalen Händler. So war die Wahrnehmung der Interessen und das Aufrechterhalten guter Beziehungen zum Empfängerstaat ausdrücklich Aufgabe der Kontorvorsteher⁴⁵.

Auch auf staatlicher Ebene gab es erste wirtschaftsbezogene internationale Abkommen, so etwa ein Zollabkommen zwischen England und Portugal von 1353. Meist wurden Handelskonflikte aber noch militärisch gelöst, so wie im Kampf um die Vorherrschaft auf dem Mittelmeer zwischen Pisa, Genua,

42 Spannend ist das Römische Recht auch als Gegensatz zum heute meist erheblichen Rechtsschutz für Investoren: Hier galt für die, die keine römische Staatsbürgerschaft besaßen, ein deutlich geringerer Rechtsschutz; siehe dazu etwa *Ghuri*, Interaction and Conflict of Treaties in Investment Arbitration, S. 14.

43 *Oeter*, Ipsen, Völkerrecht S. 1018.

44 <https://www.hanse.org/hanse-historisch/die-geschichte-der-hanse/kontore-im-ausland/> zuletzt abgerufen am 02.04.2019.

45 <https://www.hanse.org/hanse-historisch/die-geschichte-der-hanse/kontore-im-ausland/> zuletzt abgerufen am 02.04.2019.

Venedig und Marseille, der erst nach blutigen Auseinandersetzungen sein Ende fand⁴⁶. Generell werden dem Handel und allgemein wirtschaftsbezogenen Austausch allerdings zu Recht eine stabilisierende und friedenssichernde Funktion zugeschrieben⁴⁷.

Für das klassische Völkerrecht ist die einzelne natürliche oder juristische Person nicht Subjekt, sondern nur Objekt von Regelungen. Sie hat also gerade keine eigenen Rechte, weder in materieller noch in prozeduraler Hinsicht. Das Völkerrecht bot keinen hinreichenden Schutz gegen Enteignungen, Diskriminierungen und anderen Maßnahmen des Gaststaates. Für einen Ausländer konnte nur dessen Heimatstaat aus Sicht des Völkerrechts tätig werden. Aus Sicht der Betroffenen ist dies im doppelten Sinne misslich: Zum einen ist die Ausschöpfung des nationalen Rechtswegs – und sei er noch so unzureichend oder langwierig – eine Voraussetzung für die Ausübung von diplomatic protection⁴⁸. Zum anderen und wohl noch wichtiger, lag die Ausübung rein im Ermessen seines Heimatstaates⁴⁹. Hatte der Heimatstaat des Investors andere Interessen oder nicht die Mittel den Anspruch durchzusetzen, blieb der Investor ohne Entschädigung. Es kam also wesentlich auf die Größe und den politischen Einfluss des Investors an, ob er die Wahrnehmung seiner Rechte durch seinen Heimatstaat forcieren konnte. Kleinere Investoren wurden dadurch regelmäßig benachteiligt⁵⁰. Darüber hinaus bestand für die Beziehung der Länder untereinander regelmäßig die Gefahr der Politisierung eines ursprünglich lediglich wirtschaftlichen Konflikts⁵¹. Letztlich ist es für beide Länder positiv, den Konflikt über eine neutrale dritte Instanz, wie ein Schiedsgericht oder Gerichte eines Drittstaats beizulegen: Für den Heimatstaat des Investors ist es positiv, sich aus dem Investitionskonflikt heraushalten zu können. So konnte er weiterhin eine selbstgewählte Außenpolitik betreiben, ohne sich durch die Wahrnehmung der Rechte und Pflichten aus diplomatischem Schutz binden zu lassen. Der Gaststaat wiederum wird durch die Einführung von Schiedsverfahren vor Aggression durch den Heimatstaat des Investors (sog.

46 Siehe etwa <http://lebendom.com/article/venezianischen-kriege-genuesen>, zuletzt abgerufen am 03.03.2020; Auch im Rahmen der Kreuzfahrten wurden häufig im Gegenzug für den Transport der Kreuzfahrer durch die italienischen Stadtstaaten Brückenköpfe für den Handel errichtet, etwa auf Zypern oder Malta.

47 Herdegen, Internationales Wirtschaftsrecht, S. 9.

48 Herdegen, Internationales Wirtschaftsrecht, S. 113; ausführlich dazu auch Gindler, Die local remedies rule im Investitionsschutzrecht, S. 42.

49 Ein Überblick findet sich etwa in *Newcombe/Paradell*, Law and Practice of Investment Treaties, S. 4ff; siehe auch Gindler, Die local remedies rule im internationalen Investitionsschutzrecht, S. 113ff; Diehl, The core standard of international investment protection, S. 300ff; Schill, in European Yearbook of International Economic Law 2016, S. 309, 316f

50 Kriebaum, ICSID Review 2018, S. 1, 18; Redfern/Hunter on International Arbitration, S. 442.

51 Dazu etwa Schill, ZaÖRV 2011, 247, 253 mwN; siehe ausführlich zur Vermischung von Investoren- und Staatsinteressen Miles, Origins of International Investment Law, S. 33ff.; siehe dazu auch Kaufmann-Kohler/Potesta, Can the Mauritius Convention serve as a model for the reform of investor-State arbitration in connection with the introduction of a permanent investment tribunal or an appeal mechanism, S. 8, 15; Ghouri, Interaction and Conflict of Treaties in Investment Arbitration, S. 15; Fecak, International Investment Agreements and EU Law, S. 43; Redfern/Hunter on International Arbitration, S. 444f.

gunboat diplomacy) geschützt⁵². Aus diesem Grund wird der Einführung der Schiedsverfahren eine friedensstiftende Wirkung zugesprochen⁵³. Jedenfalls erlaubt die Schiedsgerichtsbarkeit eine sachgerechtere Betrachtung, der außerdem die Frage der institutionellen Befangenheit des Gerichtssystems eines Landes hinfällig macht⁵⁴. Ein staatliches Gericht eines neutralen Drittstaates für zuständig zu erklären, bliebe regelmäßig erfolglos, weil entsprechende Klagen an der Staatenimmunität scheitern würden⁵⁵. Darüber hinaus sind völkerrechtliche Verträge häufig, jedenfalls im Rahmen des in Europa vorherrschenden dualistischen Verständnisses, nicht durch die Gerichte anwendbar.

Ende des 18. Jahrhunderts wurden erste modernere internationale Abkommen über die Behandlung von Eigentum fremder Staatsangehöriger abgeschlossen. Erstes Beispiel dafür etwa der Jay Treaty von 1794 zur Behandlung von amerikanischen Schuldnern gegenüber englischen Geldgebern nach der Unabhängigkeitserklärung⁵⁶. Der erste Treaty of Friendship, Commerce and Navigation wurde 1778 zwischen den USA und Frankreich abgeschlossen⁵⁷.

Auch die Wirtschaftstheorie erlebte im späten 18. und frühen 19. Jahrhundert einen bisher unbekanntem Aufschwung. Der bekannteste Vertreter ist Adam Smith, dessen Werk über „*Wealth of nations*“ (1776) bis heute eines der meistzitierten Werke darstellt. Zusammen mit Hume war er einer der Vorreiter der Thesen, die den Regierenden die Vorteile von einem freien internationalen Handel aufzeigten. Es war der Beginn der Volkswirtschaftslehre, die nicht nur die einzelnen Betriebe, sondern ihre innerstaatliche Gesamtheit betrachtete und Wechselwirkungen analysierte. Einer der Schüler von Smith, Ricardo verfeinerte und präziserte Smiths Ideen insbesondere im Bereich des Handels und stellte sie auf ein mathematisches Fundament. Er war der Begründer der Theorie der komparativen Kostenvorteile. Dabei vergleicht er beispielhaft zwei Volkswirtschaften, nämlich England und Portugal,

52 Ausführlich zu den Vor- und Nachteilen von diplomatic protection *Kriebaum*, ICSID Review 2018, S. 1, 16f; siehe auch *Fecak*, International Investment Agreements and EU Law, S. 43; Redfern/Hunter on International Arbitration, S. 442f; zur *gunboat diplomacy* ausführlich etwa *Miles*, The Origins of International Investment Law, S. 27; insbesondere England als führende Handelsnation hat dieses Mittel im 20. Jahrhundert regelmäßig angewendet, sei es tatsächlich oder nur angedroht, siehe dazu *Gindler*, Die local remedies rule im Investitionsschutzrecht, S. 46f.; *Ghouri*, Interaction and Conflict of Treaties in Investment Arbitration, S. 15; *Schwebel*, Franke/Magnusson/Dahlquist Cullborg, Arbitrating for Peace, S. 5.

53 Ausführlich *Schwebel*, Franke/Magnusson/Dahlquist Cullborg, Arbitrating for Peace, S. 1ff; siehe auch *Engel*, SchiedsVZ 2015, S. 218, 219.

54 *Classen*, EuR 2018, S. 361, 367.

55 Dazu näher, *Schütze*, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, S. 224; siehe auch *Gindler*, Die local remedies rule im internationalen Investitionsschutzrecht, S. 110.

56 Dazu näher *Kryvoj*, ICSID Review 2018, S. 743, 749f; siehe auch *Lock*, Das Verhältnis zwischen dem EuGH und internationalen Gerichten, S. 4f.; *Gindler*, die local remedies rule im Investitionsschutzrecht, S. 41; *Ghouri*, Interaction and Conflict of Treaties in Investment Arbitration, S. 26; *Schwebel*, Franke/Magnusson/Dahlquist Cullborg, Arbitrating for Peace, S. 1.

57 Dazu *Dolzer/Schreuer*, Principles of International Investment Protection, S. 1.

die das oben zitierte Zollabkommen von 1353 abschlossen, die je zwei Waren herstellen und zeigt mathematisch, dass es, unter der Voraussetzung, dass nicht beide Wein und Tuch zu den gleichen Kosten herstellen, für beide Nationen vorteilhaft ist sich zu spezialisieren und Waren auszutauschen. Dies gilt selbst dann, wenn eine Nation beide Waren zu einem günstigeren Preis herstellen kann als die andere. Weitere bedeutende Ökonomen waren etwa Turgot, ein starker Befürworter des freien Handels und Quesnay, der in seinen Analysen zum Wirtschaftskreislauf maßgeblich zum Verständnis der Volkswirtschaft beitrug.

Die Möglichkeit von freiem Handel und der Tätigkeit von Direktinvestitionen führten also zu mehr Wohlstand⁵⁸. Daher sollten entsprechende Anreize dafür geschaffen werden, dies geschieht insbesondere über rechtliche Rahmenbedingungen. Diese entstanden in ihren Anfängen zumeist im 19. Jahrhundert (§ 2).

§2. 19. Jahrhundert: Industrialisierung und Zentralisierung

Einheitliche rechtliche Regelungen wurden insbesondere durch Napoleon und den *Code Civile* Anfang des 19. Jahrhunderts geschaffen. Durch die Einnahme von großen Teilen Westeuropas erlangten die napoleonischen Gesetzeswerke schnell große Bedeutung und galten auch eine Zeit in den linksrheinischen deutschen Gebieten. Nach dem Sturz Napoleons ordnet sich Europa neu. Bisher zersplitterte Staaten, wie Deutschland und Italien, wachsen zu größeren Staaten zusammen. In Deutschland geschieht dies zunächst auf wirtschaftlicher Basis. 1834 wird der deutsche Zollverein gegründet⁵⁹, der Ansätze einer modernen Freihandelszone aufweist. Auch die Währung wird vereinheitlicht. Am Beispiel Deutschlands kann in einem Punkt gut das Voranschreiten des Rechtsrahmens verdeutlicht werden. Obwohl noch aus zahlreichen Kleinstaaten bestehend, wurden im deutschsprachigen Raum mit den deutschen Gesetzen zum Handel, wie die allgemeine deutsche Wechselordnung von 1849 oder dem allgemeinen Handelsgesetzbuch von 1871, gemeinsame wirtschaftliche Grundlagen gelegt, die das tatsächliche Zusammenschließen zu einem Staat 1871 in Teilen schon vorwegnahmen.

Weiterhin hatte die Industrielle Revolution, insbesondere durch die Erfindung der Dampfmaschine erheblichen Einfluss auf die Wirtschaft. Die Dampfmaschine machte die großen Kohlebergwerke und die Stahlindustrie erst möglich und notwendig. Dampfschiffahrt und Eisenbahnen boten neue und ungleich schnellere und effizientere Transportmöglichkeiten, die einen internationalen Austausch von Gütern und Personen zu sinnvolleren Preisen ermöglichte. Durch maschinelle Produktion, die in vielen

58 Griebel, Internationales Investitionsschutzrecht, S. 41.

59 Osterhammel, Das 19. Jahrhundert, Informationen zur politischen Bildung 2/2012, S. 30.

Bereichen das klassische Handwerk effizienter machte oder ablöste, wurden höhere Überschüsse erwirtschaftet und die klassische Subsistenzwirtschaft insbesondere im Bereich der Landwirtschaft abgelöst. Mit der Industrialisierung stieg auch das Gesamtvermögen der Bevölkerung. Neu war dabei insbesondere, dass der technische Fortschritt und die daraus resultierende höhere Wirtschaftskraft nicht mehr wie bisher von einer steigenden Einwohnerzahl kompensiert wurde. Auch das Pro-Kopf Einkommen stieg und weckte damit neue Bedürfnisse nach Gütern, die bisher unmöglich zu erreichen waren⁶⁰. Gleichzeitig entstanden große Akkumulationen von Kapital und dem nachfolgend von Projekten, die nur durch das Zusammenwirken zahlreicher Investoren möglich waren⁶¹. Beispiele sind der Bau der Eisenbahnen oder Flussbegradigungen, die wiederum den Transport von Waren simplifizierten.

Mit der Einführung des Goldstandards auf internationaler Ebene wird auch der Wechsel zwischen verschiedenen Währungen deutlich vereinfacht⁶². Aber nicht nur der Goldstandard beruht auf gemeinsamen Vereinbarungen. Um Fahrpläne für die Eisenbahnen zu schaffen, wird die Einheitszeit eingeführt. Standardmaße für Längen und Gewicht werden normiert und Gebühren vereinheitlicht. Dies zeigt die Bedeutung der zentralen Regel, auf der der heutige europäische Binnenmarkt gründet: Einheitlichkeit. Je weniger unterschiedliche Regeln Händler und Investoren zu beachten haben, desto kosteneffizienter können sie auch international agieren.

Insgesamt entwickelt sich rasant ein internationaler Markt. Ein bedeutendes Bankensystem entsteht mit Investitionen in Aktien und Staatsanleihen auch vieler unterschiedlicher Staaten⁶³. Dies wiederum macht internationale Zusammenarbeit, insbesondere durch den Abschluss von völkerrechtlichen Verträgen, notwendig.

Solche Abkommen werden insbesondere von der damaligen Großmacht Großbritannien vorangetrieben, die im Rahmen ihrer Stellung als Kolonialherren den freien Handel etwa mit Indien fördern wollen. Interessant ist insbesondere der Ansatz Großbritanniens: die völkerrechtlichen Verträge wurden durch Großbritannien zwar selbst abgeschlossen, die Ausübung der faktischen Besatzungsmacht aber insbesondere der Ostindienkompanie überlassen⁶⁴. Diese war der bedeutendste und letzte private Wirtschaftsverbund jener Zeit und dieser Größenordnung, der, wie

60 *Osterhammel*, Das 19. Jahrhundert, Informationen zur politischen Bildung 2/2012, S. 40.

61 *Oeter*, Ipsen, Völkerrecht, S. 1018.

62 Dazu näher, *Lowenfeld*, International Economic Law, S. 10ff.

63 *Osterhammel*, Das 19. Jahrhundert, Informationen zur politischen Bildung 2/2012, S. 75.

64 Und zwar in einem gewaltigen Ausmaß. Davon umfasst waren nicht nur der Abschluss von Handelsverträgen sondern auch militärische Aspekte und die Ausübung von Verwaltung und Rechtsprechung; siehe dazu insbesondere am Beispiel der niederländischen Ostindienkompanie ausführlich *Miles*, Origins of International Investment Law, S.33ff.

früher etwa die Hanse, aber geografisch noch weitläufiger auch politisch tätig war. Insgesamt ist das Vereinigte Königreich Vorreiter für eine globalisierte Wirtschaft. Viele Verträge zwischen dem militärisch hochentwickelten Westen und Staaten wie Indien aber auch Japan und China sind jedoch auch Beispiele für sog. asymmetrische Verträge, also Verträge, die unter der Androhung oder Ausübung von militärischer Gewalt und zum deutlichen Nachteil der weniger entwickelten Staaten geschlossen wurden. Das dafür proklamierte „Recht auf freien Handel“ wurde also regelmäßig auch militärisch durchgesetzt⁶⁵. Dies zeigt, dass die in moderneren Zeiten gestellte Frage, wer der David und wer der Goliath in der Beziehung zwischen Gaststaat und Investor ist⁶⁶, auch früher nicht eindeutig zu beantworten war.

In unterschiedlichem Maße und unterschiedlicher Art wurden außerdem Kolonien außerhalb Europas gegründet oder verfestigt, insbesondere in Afrika. Die Kolonialisierung erfolgte wiederum häufig durch private Gesellschaften zur Ausbeutung der vor allem in Afrika vorhandenen Ressourcen⁶⁷. Die in diesem Zusammenhang abgeschlossenen internationalen Verträge, die den militärisch unterlegenen Staaten der Südhalbkugel aufgezwungen wurden, sind Ursache und Begründung der auch heute noch bestehenden Kritik am Investitionsschutzrecht als postkolonialistisch⁶⁸.

Im späten 19. Jahrhundert beginnt die USA mit zunehmend mehr Staaten treaties of friendship and commerce abzuschließen⁶⁹. Außerhalb von Europa werden von den USA die ersten moderneren völkerrechtlichen Friedens- und Handelsabkommen getroffen. Sie sind Antwort auf den nicht hinreichend erfolgreichen Versuch, völkerrechtliche *minimum standards of treatment* zu etablieren. Diese fanden ihre Antwort im späten 19. Jahrhundert in der sogenannten Calvo-Doktrin⁷⁰, die der Existenz solcher *minimum standards* widerspricht. Stattdessen könnten Fremde nur Inländergleichbehandlung verlangen und nur nationale Gerichte dürften über eventuelle Verletzungen entscheiden⁷¹.

65 Miles, *Origins of International Investment Law*, S. 25ff.

66 Dazu etwa Böckstiegel, *SchiedsVZ* 2016, S. 121, 122; Trakman/Sharma, Hindelang/Krajewski, *Shifting Paradigms in International Investment Law: More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified*, S. 320.

67 Osterhammel, *Das 19. Jahrhundert, Informationen zur politischen Bildung* 2/2012, S. 76.

68 Dazu ausführlich, Feichtner, Ludwigs/Remiens, *Investitionsschutz, Schiedsgerichtsbarkeit und Rechtsstaat in der EU*, S. 104.

69 Griebel, *Internationales Investitionsschutzrecht*, S. 42; Ghouri, *Interaction and Conflict of Treaties in Investment Arbitration*, ordnet den Beginn fälschlicherweise erst in die 20 Jahre des 20. Jahrhunderts, siehe S. 17.

70 Benannt nach dem argentinischen Publizisten Carlos Calvo.

71 Dazu Hepburn, *Domestic Law in International Investment Arbitration*, S. 111.; siehe auch Gindler, *Die local remedies rule im internationalen Investitionsschutzrecht*, S. 47f; Redfern/Hunter *on International Arbitration*, S. 441f.

Auch in Europa gibt es mit dem Cobden-Chevalier-Vertrag von 1860 erste solche Verträge, in diesem Fall zwischen Frankreich und England, denen aber in rascher Folge Verträge mit dem deutschen Bund, Italien, Belgien und der Schweiz folgen⁷². Diese Verträge schreiben grundlegende, hauptsächlich wirtschaftsbezogene Rechte fest, allerdings zumeist noch in klassischer Weise nur für die beteiligten Staaten, nicht für die privaten Händler und Investoren.

In Anwendung dieser Verträge wurden außerdem zahlreiche gemischte Kommissionen tätig, um Kompensationszahlungen für die Enteignung von Ausländern festzulegen. Diese enthalten teilweise sogar schon Beteiligungsrechte Privater⁷³. Soweit für die Beurteilung eines gesamten Sachverhalts tatsächlich Schiedsgerichte, oder häufiger Einzelschiedsrichter tätig wurden, handelte es sich dabei regelmäßig um Staatsoberhäupter, also politische Entscheidungsträger keine professionellen Juristen⁷⁴, die darüber hinaus eher auf Basis von „equity“, also ihrem Verständnis von Fairness, entschieden und nicht auf Basis geltenden Rechts⁷⁵. Ab etwa 1840 gab es einige Schiedsgerichte, die Investitionsstreitigkeiten behandelten. Allerdings handelte es sich dabei weit überwiegend um Streitigkeiten zwischen zwei Staaten, ohne dass der Investor als eigentlich Betroffener Einfluss auf diesen Prozess hätte ausüben können⁷⁶.

Insgesamt lässt sich feststellen, dass es bis zum Beginn des 1. Weltkriegs unter den Staaten üblich war, für Enteignungen ausländischer Bürger eine Entschädigung zu zahlen; dies änderte sich insbesondere mit dem Sturz des Zaren in Russland und dem damit verbundenen Umbruch dort⁷⁷.

§3.20. Jahrhundert: Neue Welt- (wirtschafts-)ordnung

In größerem Maßstab werden im Rahmen der russischen *Roten Revolution* im Jahr 1917 unter anderem ausländische Landeigner entschädigungslos enteignet. In diesem Zusammenhang stellt sich also die Frage nach dem Umgang mit dem Eigentum ausländischer Staatsangehöriger in besonderer Weise⁷⁸.

Insbesondere in Lateinamerika wächst auch der Widerstand gegen den zu diesem Zeitpunkt üblichen „diplomatischen“ Schutz, der immer aggressivere Formen annimmt. Deutsche, englische und italienische Truppen versuchen zum Beispiel im Jahr 1902 wirtschaftliche Forderungen gegen

72 Siehe dazu etwa https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/deutschland-hat-gute-erfahrungen-mit-schutzsoellen-15486097.html?printPagedArticle=true#pageIndex_0 zuletzt abgerufen am 04.03.2020.

73 Siehe näher und mit Beispielen etwa *Kryvoi*, ICSID Review 2018, S. 743, 750.

74 Beispiele für Schiedsrichter waren etwa Napoleon III oder Zar Alexander I; zur Entwicklung in dieser Hinsicht ausführlich *Kryvoi*, ICSID Review 2018, S. 743, 752ff. mwN.

75 Dazu *Kryvoi*, ICSID Review 2018, S. 743, 761.

76 *Newcombe/Paradell*, Law and Practice of Investment Treaties, S. 7f; *Oeter*, Ipsen, Völkerrecht, S. 1022.

77 Siehe zu diesen Entwicklungen ausführlich, *Lowenfeld*, International Economic Law, S. 469ff; siehe auch *Kriebaum*, Eigentumsschutz im Völkerrecht, S. 24f.

78 Dazu *Dolzer/Schreuer*, Principles of International Investment Protection, S. 1f.

Venezuela gewaltsam durchzusetzen⁷⁹. Schon im Haager Friedensübereinkommen von 1907 werden Schiedsgerichte als das beste Mittel der internationalen Streitbeilegung benannt⁸⁰ und der Permanent Court of Arbitration (PCA) entsteht⁸¹. Letztendlich resultieren diese Widerstände im Briand-Kellogg-Pakt von 1928, der den Einsatz von Gewalt als Mittel zur Konfliktlösung von Staaten als Verstoß gegen Völkerrecht ansieht⁸². Generell kann das 20. Jahrhundert als Jahrhundert der Institutionalisierung von internationaler Streitbeilegung betrachtet werden⁸³. Aus dem Ständigen internationalen Gerichtshof entwickelt sich einige Zeit später auch der Internationale Gerichtshof (IGH), der, etwa im Fall *Elsi* gegen Italien, auch letztlich investitionsschutzrechtliche Fragestellungen zu beantworten hatte⁸⁴.

Insgesamt ist es jedoch eine Zeit massiver kriegerischer Auseinandersetzungen. Im Rahmen der League of Nations scheitert 1924 im Bereich des Investitionsschutzes etwa eine Resolution zum Thema „*Responsibility of States for Damage done in their Territory to the person or property of Foreigners*“⁸⁵ und schließlich mit dem Ausbruch des 2. Weltkriegs die League of Nations in ihrer Eigenschaft als friedenssichernde Institution.

Dem Ziel der Friedenssicherung verschreiben sich nach dem zweiten Weltkrieg weitere internationale Organisationen, global die Vereinten Nationen (UN), auf europäischer Ebene die Europäischen Gemeinschaften für Kohle und Stahl (EGKS) und die Europäische Atomgemeinschaft (Euratom), um die kriegswichtigen Wirtschaftsgebiete so zu verflechten, dass ein gegenseitiges Aufrüsten unmöglich wird. Auch generell wächst die Beteiligung von internationalen Organisationen am Völkerrecht⁸⁶.

Suez- und Kubakrise (1956 und 1962) zeigen außerdem, dass die *gunboat diplomacy* auch nach dem zweiten Weltkrieg nicht vollständig der Vergangenheit angehört. Deren Aufhänger waren jeweils wirtschaftliche Streitigkeiten⁸⁷.

Ende der fünfziger und Anfang der sechziger Jahre neigt sich außerdem der Kolonialismus immer mehr dem Ende zu. Insbesondere afrikanische Staaten erlangen zunehmend die Unabhängigkeit von ihren ehemaligen Kolonialherren. Damit entsteht das Bedürfnis, die zukünftige Zusammenarbeit auf neue

79 Siehe dazu etwa Redfern/Hunter on International Arbitration, S. 441.

80 Siehe dort Art. 38; dazu etwa Lock, Das Verhältnis zwischen dem EuGH und internationalen Gerichten, S. 7.

81 Siehe näher zu dieser Entwicklung Ghouri, Interaction and Conflict of Treaties in Investment Arbitration, S. 26; Schwebel, Franke/Magnusson/Dahlquist/Cullborg, Arbitrating for Peace, S. 2; Athen/Dörr, Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 344 AEUV, Rn. 10.

82 Newcombe/Paradell, Law and Practice of Investment Treaties, S. 9f.; Redfern/Hunter on International Arbitration, S. 442.

83 So etwa Kryvoi, ICSID Review 2018, S. 743, 755.

84 ICJ *Elsi* (USA vs. Italien), IGH Urteil vom 20.07.1989, wenn auch deutlich später im Jahrhundert.

85 Dazu etwa Ghouri, Interaction and Conflict of Treaties in Investment Arbitration, S. 18.

86 Dazu allgemein Kryvoi, ICSID Review 2018, S. 743, 745.

87 Dazu etwa Kriebaum, ICSID Review 2018, S. 1, 16 mwN.

Füße zu stellen. Zudem halten viele Staatsangehörige der alten Kolonialmächte weiterhin großen Landbesitz in den ehemaligen Kolonien und diese drängen folglich auf deren Schutz. Diesem Interesse zuwiderlaufend stehen die neu entstandenen Staaten, die etwa alte Konzessionsverträge mit großen Konzernen der ehemaligen Kolonialmächte zu Recht als ungerecht empfinden und diese entschädigungslos aufkündigen und die Produktionsmittel verstaatlichen⁸⁸. Gleichzeitig werden Auslandsinvestitionen immer mehr als förderlich für die Entwicklung eines Landes angesehen⁸⁹, sodass eine Balance zwischen den berechtigten Interessen des Gaststaates für Investitionen und denen der Investoren gefunden werden muss, die in aus ihrer Sicht zu unsicherem Umfeld nicht gewillt sind zu investieren. 1959 wird das erste als solches bezeichnete Investitionsschutzabkommen zwischen Deutschland und Pakistan abgeschlossen.

Multilateral ist es im Rahmen der Vereinten Nationen jedoch schwierig, einen gemeinsamen Nenner für den Investitionsschutz zu finden⁹⁰. Nichtsdestotrotz wurden zu diesem Thema verschiedene Resolutionen erlassen, insbesondere die Resolution 1803 und die *Declaration on Permanent Sovereignty over Natural Resources* von 1962. Als kleinster gemeinsamer Nenner einigte man sich lediglich auf folgende vier Punkte:

- Im Falle einer Enteignung von ausländischen Bürgern war eine Entschädigung zu leisten
- Deren Bestimmung hatte anhand international anerkannter Kriterien zu erfolgen
- Investitionsschutzverträge zwischen Staat und Investor sind als bindend zu erachten und
- Schiedsabreden in solchen Verträgen sind ebenfalls als bindend anzusehen⁹¹.

Nicht im Rahmen der UN sondern durch ein völkerrechtliches Abkommen unter der Schirmherrschaft der Weltbank wird 1966 das International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) geschaffen, insbesondere auch mit dem Ziel der Entpolitisierung von Investitionsstreitigkeiten⁹². Innerhalb eines Jahres ratifiziert eine hinreichende Zahl an Staaten das Abkommen, welches dadurch in Kraft tritt. ICSID ist die mit Abstand bedeutendste Schiedsinstitution für Investitionsstreitigkeiten mit 163 Staaten, die das Abkommen unterzeichnet haben. Mehr als die Hälfte aller Investitionsstreitigkeiten weltweit werden unter Geltung des ICSID Abkommens beigelegt. Das ICSID

88 Ausführlich dazu *Kriebaum*, Eigentumsschutz im Völkerrecht, S. 25ff mwN.; siehe auch *Fecak*, International Investment Agreements and EU Law, S. 1, 13f.

89 Siehe zu diesen Auswirkungen oben unter Einleitung, siehe zur zeitlichen Parallelität von Dekolonialisierung und Investitionsschutz etwa *Ghuri*, Interaction and Conflict of Treaties in Investment Arbitration, S. 13ff.

90 Dazu etwa *Ghuri*, Interaction and Conflict of Treaties in Investment Arbitration, S. 19ff.

91 Nach *Lowenfeld*, International Economic Law, S. 486ff.; siehe zu einer Darstellung des Investitionsschutzes durch die UN Generalversammlung auch *Ghuri*, Interaction and Conflict of Treaties in Investment Arbitration, S. 21ff.

92 Näher dazu *Kriebaum*, ICSID Review 2018, S. 1, 16f.

Abkommen selbst enthält jedoch nur Regelungen über Streitbelegungsregeln, nicht über den materiellen Schutz der Investitionen. In dieser Hinsicht konnte multilateral kein Konsens erzielt werden, weshalb Investitionsschutzabkommen in großer Zahl bilateral abgeschlossen wurden⁹³. Neben ICSID gibt es seit 1985 noch ein zweites im Rahmen der Weltbank bestehendes Abkommen, welches für den Investitionsschutz relevant ist, nämlich die multilaterale Investitions-Garantie-Agentur (MIGA), die in Art. 11 gegen einige typische nichtkommerzielle Probleme ausländischer Investitionen schützen soll. Dies gilt insbesondere für nicht konvertible Währungen bzw. Transferrestriktionen, Enteignungen, Kriege, Terrorismus, Vertragsbrüche seitens des Staates oder die Nichteinhaltung finanzieller Verpflichtungen⁹⁴. Ähnliche Versicherungen bestehen auch teilweise auf nationalstaatlicher Ebene⁹⁵. Ökonomisch betrachtet geht mit Versicherungen jedoch in jedem Fall eine Erhöhung der Transaktionskosten einher.

Als wirtschaftlich aus Investorensicht vorzugswürdige Alternative werden zunehmend internationale Investitionsschutzverträge geschlossen. Schiedsabreden, insbesondere Investor-Staat-Schiedsabreden, sind zu diesem Zeitpunkt jedoch noch selten, allerdings erreichen erste internationale Wirtschaftsstreitigkeiten den IGH. Diese sind jedoch völkerrechtlicher Natur und schließen die Investoren von der Verfahrensbeteiligung aus. Letzteres ändert sich erst mit den Investitionsschutzverträgen, die in den 60er Jahren erstmals Schiedsabreden zu Gunsten des Investors enthalten⁹⁶. Der Modus der Schiedsgerichtsbarkeit wurde dabei gewählt, um einigen, nicht nur aber insbesondere in den Entwicklungsländern, bestehenden Problemen im Justizsektor gerecht zu werden. In erster Linie sollte damit der Eindruck institutioneller Befangenheit durch nationale Gerichte entgegengewirkt werden und durch die Beteiligung des betroffenen Investors auch die Anerkennung des Schiedsspruchs sichergestellt werden. Gleichzeitig konnte das besondere Wissen der Schiedsrichter um die Materie so miteinbezogen werden, welches in der staatlichen Gerichtsbarkeit nicht vorhanden sein kann. Durch dieses Vorwissen und die vorwiegende Beschäftigung mit einem bestimmten Fall sollen darüber hinaus die Verfahrensdauer und die Kosten reduziert werden⁹⁷.

93 Dazu *Ghuri*, *Interaction and Conflict of Treaties in Investment Arbitration*, S. 23ff.

94 Siehe dazu näher <https://www.miga.org/>, zuletzt abgerufen am 30.07.2023.

95 Dazu etwa *Griebel*, *Internationales Investitionsschutzrecht*, S. 112.

96 Der erste solche Vertrag wurde 1969 zwischen Italien und dem Tschad abgeschlossen. Siehe dazu *Kriebaum*, *ICSID Review* 2018, 1, 19f; *Dolzer/Schreuer*, *Principles of International Investment Protection*, S. 7.

97 Beide Punkte sind jedoch nicht (mehr) unumstritten. Ahner verweist etwa auf verschiedene Studien, nach denen Kostenvorteile nur (noch) bei Verfahren mit sehr hohem Streitwert und Aufwand entstehen, *Ahner*, *Investor-Staat-Schiedsverfahren nach Europäischem Unionsrecht*, S. 35 mwN.; selten miteinbezogen wird dabei allerdings, dass die von den Parteien zu tragenden Gerichtskosten nicht mit den dem Staat tatsächlich entstehenden Kosten gleichzusetzen sind.

Gleichzeitig gehen damit einige Probleme einher. Die Unabhängigkeit der Gerichte vom Gaststaat, die die Neutralität sicherstellen soll, wird aus unterschiedlichsten Gründen kritisiert⁹⁸. In den moderneren Investitionsschutzabkommen wird auf diese Kritikpunkte teilweise auch schon eingegangen: Der Kritikpunkt der fehlenden Transparenz resultierte etwa darin, dass inzwischen weitgehende Veröffentlichungspflichten bestehen⁹⁹ und das Verfahren Deutschland-Vattenfall etwa live auf youtube zu verfolgen war und nach wie vor dort abrufbar ist¹⁰⁰. Die Transparenz geht an dieser Stelle also deutlich weiter als die meisten Prozessordnung für nationale Prozesse zulassen würden.

Neben diesen globalen Entwicklungen entstanden und wuchsen in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts die Europäischen Gemeinschaften, die sowohl in geographischer Hinsicht eine immer weiterreichende Ausdehnung erreichten als auch in kompetenzieller Hinsicht. Unter anderem galt dies für die sich ständig erweiternden Kompetenzen für den Außenhandel und die Investitionsförderung¹⁰¹. Die Schaffung eines Binnenmarkts, zunächst durch allgemeine oder besondere Diskriminierungsverbote etwa im Rahmen der Grundfreiheiten wurde nach und nach durch die Forcierung von Beschränkungsverboten insbesondere durch den EuGH aber auch durch Änderungen der Verträge, wie etwa durch die Einheitliche Europäische Akte von 1981, vorangetrieben.

Nicht im gleichen Maße fortgeschritten aber mit der gleichen Zielrichtung wurden mit dem North American Free Trade Agreement (NAFTA), dem Mercado Común del Sur (Mercosur), der Asean Free Trade Area (ASEAN) und der Afrikanischen Union (AU) weitere Institutionen gegründet und Verträge geschlossen, die im innerkontinentalen Zusammenhang unter anderem den Austausch von Waren und Investitionen ermöglichen und vereinfachen sollten. Diese Tendenzen setzten sich auch im 21. Jahrhundert fort.

§4.21. Jahrhundert: Zwischen Marktöffnung und Protektionismus

Mit dem Ende des Kalten Krieges wurden zahlreiche neue Staaten des ehemaligen Ostblocks zu Beitrittskandidaten für die Europäischen Gemeinschaften. Zur wirtschaftlichen Annäherung wurden zu dieser Zeit zahlreiche Investitionsschutzabkommen mit EU-Mitgliedsstaaten abgeschlossen¹⁰². Auch global gesehen erlebt das Investitionsschutzrecht mit Ende des Kalten Krieges einen deutlichen

98 Siehe für einen Überblick zur Kritik etwa *Schill*, ZaÖRV 2011, 247, 253 mwN. Auf einzelne Kritikpunkte wird im weiteren Verlauf der Arbeit näher eingegangen.

99 Diese führten etwa zum Abschluss der United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration im Jahr 2014.

100 https://www.youtube.com/watch?v=7Sv81ebnxAc&list=PLAL1ID388hzk8C9cyDaasj1P_pf1APqDM zuletzt abgerufen am 23.05.2020.

101 Ausführlich dazu *Ahner*, Investor-Staat-Schiedsverfahren nach Europäischem Unionsrecht, S. 64ff

102 *Tietje*, Transnationales Wirtschaftsrecht Nr. 104, S. 7.

Aufschwung¹⁰³. Immer mehr völkerrechtliche Verträge werden geschlossen, nicht mehr nur zwischen einem Industriestaat und einem Entwicklungsland, sondern zunehmend auch innerhalb dieser jeweiligen Gruppen¹⁰⁴. Dies zeigt insbesondere eine neuere Entwicklung: es gibt keine klare Trennung mehr zwischen kapitalexportierenden und kapitalimportierenden Staaten. Damit sind die Herkunftsländer von Investoren immer häufiger auch Gaststaaten für Investoren aus anderen Staaten. Zwar wird aus der EU immer noch mehr Geld ex- als importiert, der Unterschied ist jedoch vergleichsweise geringer. Für Nordamerika hat sich dieses Verhältnis für die Jahre 2015 und 2016 sogar schon umgekehrt¹⁰⁵.

IAs enthalten zudem inzwischen standardmäßig Schiedsabreden, so dass das System des internationalen Investitionsschutzes durch Schiedsgerichte entsteht¹⁰⁶. Auch Ansätze über regionale Abkommen hinaus wurden insbesondere in den 90er Jahren ebenfalls verfolgt, insbesondere zu nennen sind hier die Bemühungen der Organisation für Wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD) um ein multilaterales Investitionsschutzabkommen, welches letztlich jedoch an öffentlichem Widerstand und zu großem Dissens der Staaten untereinander über materielle Fragen scheiterte. Grundlegende Regelungen zum Investitionsschutz finden sich teilweise auch in der World Trade Organisation (WTO), insbesondere soweit ein Bezug zum Warenhandel besteht¹⁰⁷. Diese können im Rahmen der nachfolgenden Arbeit jedoch nicht vertieft werden.

Mit dem Beitritt zahlreicher Länder des ehemaligen Ostblocks im Jahr 2004 stellt sich erstmals die Frage, wie mit innereuropäische IAs umzugehen ist. Die Europäische Kommission, die den Abschluss solcher Verträge vorher zur gegenseitigen Annäherung gefördert hatte, geht nun von einer Unvereinbarkeit mit dem Unionsrecht aus und argumentiert mit dem Willen der Parteien, die Investitionsschutzverträge mit Beitritt der Staaten zur EU wieder zu beenden¹⁰⁸.

Mit dem Vertrag von Lissabon im Jahr 2009 geht schließlich auch die Regelungskompetenz für Fragen des internationalen Investitionsschutzes weitgehend auf die Union über. Schon vorher hatte die Europäische Kommission die Mitgliedsstaaten dazu gedrängt, interne Investitionsschutzabkommen aufzukündigen und 2015 gegen fünf Staaten sogar ein entsprechendes Vertragsverletzungsverfahren

103 Vorher 358 Verträge, inzwischen mehr als 3000, *Oeter, Ipsen, Völkerrecht*, 1023; *Kryvoj, ICSID Review* 2018, S. 743, 743 und 750; *Fecak, International Investment Agreements and EU Law*, S. 14.

104 Siehe zur Situation vorher etwa *Fecak, International Investment Agreements and EU Law*, S. 3.

105 UNCTAD World Investment Report 2018, Investment and new industrial policies.

106 Die Fallzahlen von Investitionsschiedsentscheidungen sind seit 1990 sprunghaft angestiegen, siehe etwa ICSID Caseload Statistics 2020-1, S. 7, abrufbar unter <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/resources/ICSID-Caseload-Statistics.aspx>, zuletzt abgerufen am 05.03.2020.

107 Näher dazu etwa *Krajewski, Wirtschaftsvölkerrecht*, S. 177f.

108 Siehe dazu näher unten unter Übereinstimmender Parteiwille zur Beendigung.

eingeleitet. Tatsächlich gekündigt wurden bis zum Achmea-Urteil des EuGH allerdings nur zwei Verträge, mehr als 190 waren zu diesem Zeitpunkt noch verblieben. Auf deren Basis wurde in den letzten Jahren auch eine Vielzahl von Schiedsverfahren durchgeführt. Von den 105 unter der Geltung von ICSID durchgeführten Investitionsstreitigkeiten mit einem EU-Mitgliedsstaat als Beklagten kam der klagende Investor in 78 % der Fälle ebenfalls aus einem EU-Mitgliedsstaat¹⁰⁹. Überschneidende Kompetenzen, seien sie materieller oder gerichtlicher Natur, stellen also nicht nur theoretisch ein Problem dar. Inzwischen liegt jedoch ein Abkommensentwurf zur gemeinsamen Kündigung aller verbleibenden Intra-EU-Investitionsschutzabkommen vor¹¹⁰.

Seit dem Übergang der Kompetenz auf die Union arbeitet diese zudem daran, die von einzelnen Mitgliedsstaaten mit Drittstaaten abgeschlossenen Investitionsschutzabkommen nach und nach durch solche zu ersetzen, die die Union als Ganzes nach außen repräsentieren. Das Bedürfnis nach Rechtsschutz für Investoren ist auch weiterhin vorhanden: Auch in grundsätzlich hochentwickelten Rechtssystemen bestehen nicht unerhebliche Rechtsschutzlücken. In Deutschland ist das beste Beispiel dafür etwa der fehlende Schutz ausländischer juristischer Personen nach Art. 19 III GG¹¹¹, der nur unter dem Zwang des Europarechts überhaupt auf jedenfalls europäische juristische Personen erweitert wurde¹¹². Ein Beispiel in den USA ist der Ausschluss von „*political questions*“ aus der gerichtlichen Überprüfbarkeit¹¹³. Insoweit wird argumentiert, es handele sich beim Schutz ausländischer Investoren nicht um eine bevorzugte Sonderstellung derselben, sondern vielmehr um das notwendige Schließen von Rechtsschutzlücken¹¹⁴.

Insgesamt lässt sich in den letzten Jahren eine gewisse Skepsis dem Investitionsschutzrecht oder jedenfalls seiner Durchsetzung durch Schiedsgerichte gegenüber feststellen. Diese erfolgt im Rahmen einer Rückbesinnung auf die eigene Souveränität, die mit tendenziell restriktiveren Investitionsregelungen einhergeht. Besonders deutlich zeigen dies Bestrebungen, keine neuen Investitionsschutzabkommen mehr abzuschließen, oder jedenfalls keine, die entsprechende

109 ICSID Caseload statistics, April 2017, S. 11.

¹¹⁰ Dieser ist inzwischen auch in Kraft getreten (siehe im Detail unten unter Einvernehmliche Kündigung).

¹¹¹ Für die deutsche Verfassung als Beispiel fehlenden Investorenschutz mangels Beschwerdebefugnis ausländischer juristischer Personen näher, *Schill*, in *European Yearbook of International Economic Law* 2016, S. 309, 316; siehe auch *Tietje*, <https://voelkerrechtsblog.org/investor-state-arbitration-as-part-of-the-international-rule-of-law/> zuletzt abgerufen am 16.07.2019.

¹¹² Eine zunehmend weite Auslegung des Schutzbereichs lässt sich jedoch etwa am Beispiel der BVerfGE zum Atomausstieg erkennen, BVerfGE 143, 246, der den Schutz sogar auf (europäisch-) ausländische juristische Personen ausdehnte, die unter staatlicher Kontrolle standen; zu dieser Schutzlücke etwa *Schill*, *ZaöRV* 2018, S. 33, 48f; siehe zur Problematik der staatlichen Kontrolle unten unter Juristische Personen des öffentlichen Rechts.

¹¹³ *Schill*, *European Yearbook of International Economic Law* 2016, S. 309, 316.

¹¹⁴ Dazu etwa *Tietje*, <https://voelkerrechtsblog.org/investor-state-arbitration-as-part-of-the-international-rule-of-law/> zuletzt abgerufen am 16.07.2019.

Schiedsklauseln enthalten, etwa durch Österreich oder Kündigungen des ICSID-Abkommens¹¹⁵. Im größeren Zusammenhang lassen sich diese Tendenzen noch besser am Brexit und der Wahl beziehungsweise den Erklärungen von Donald Trump und dem Rückzug aus den Verhandlungen zur Transatlantischen Handels- und Investitionspartnerschaft (TTIP) aufzeigen¹¹⁶. Trotzdem werden nach wie vor auch „klassische“ Investitionsschutzverträge mit ISDS abgeschlossen¹¹⁷ und die Zahl der Investitionsschutzverfahren, der ICSID Mitgliedsstaaten nehmen zu, während gleichzeitig weitere Investitionsschutzinstitutionen gegründet werden¹¹⁸.

Nach wie vor wird das Investitionsschutzrecht als postkolonial kritisiert: Es würde zur Manifestation von in der Kolonialzeit erlangten Rechtspositionen eingesetzt und könnte daher nicht als Ausdruck der neugewonnenen Souveränität insbesondere der Staaten der südlichen Hemisphäre verstanden werden¹¹⁹. Gegen eine solche Argumentation spricht die zunehmende auch geographische Diversifizierung des Investitionsschutzrechts. Neben den klassischen Abkommen zwischen kapitalexportierenden nördlichen Staaten gibt es inzwischen auch zahlreiche Süd-Süd-Abkommen, die die zunehmenden und neuen Kapitalflüsse von Auslandsinvestitionen abbilden und schützen sollen¹²⁰.

Ähnlich wie im Bereich des Menschenrechtsschutzes und der Problematik des EU-Beitritts zur Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) stellt sich im Rahmen dieser Arbeit eine zentrale Frage: (Wie) Kann die EU einer externen Kontrolle unterworfen werden, die einerseits effektiv ist, aber

115 Etwa durch südamerikanische Länder wie Bolivien, Ecuador und Venezuela, siehe dazu mwN *Gindler*, Die local remedies rule im Investitionsschutzrecht, S. 251; insbesondere in Südamerika ist die Kritik gerade an ICSID besonders stark: Nachdem ICSID bei der Weltbank angesiedelt ist, die Investitionskredite vergibt wird ICSID systematische Parteilichkeit vorgeworfen, siehe dazu näher *Gindler*, ebenda, S. 241; siehe auch *Waibel/Kaushal/Kyo-Hwa Chung/Balchin*, The Backlash against Investment Arbitration, S. xlix; trotzdem gab es mehr neue Unterzeichnungen von IIAs und der ICSID Konvention, so dass kein insgesamt rückläufiger Trend festgestellt werden kann, siehe *Redfern/Hunter on International Arbitration*, S. 445f.

116 Dazu etwa *Hofmann*, *Ludwigs/Remien*, Investitionsschutz, Schiedsgerichtsbarkeit und Rechtsstaat in der EU, S. 80; siehe auch *Wilske/Markert/Bräuninger*, *SchiedsVZ* 2019, S. 101, 113.

117 Besonders bedeutend etwa das CPTPP zwischen Neuseeland, Australien, Brunei, Kanada, Chile, Japan, Singapur, Malaysia, Mexiko, Peru, Vietnam etwa abrufbar unter <https://www.mfat.govt.nz/en/trade/free-trade-agreements/free-trade-agreements-in-force/cptpp/>, zuletzt abgerufen am 14.08.2019; insbesondere Japan ist generell ein Verfechter des „klassischen“ Investitionsschutzes und ist damit eines der wenigen Länder, welche an Investitionsschiedsverfahren festhalten wollen, ohne grundlegende Änderungen einzuführen (siehe dazu die Reformbestrebungen der UNCITRAL Working Group III (seit 2017) zur ISDS Reform, näher dazu unten unter Reformbestrebungen der UNCITRAL Working Group 3).

118 *Wilske/Markert/Bräuninger*, *SchiedsVZ* 2019, 101, 104f; siehe für einen Überblick über die aktuellen Entwicklungen etwa *Kaufmann-Kohler/Potesta*, Can the Mauritius Convention serve as a model for the reform of investor-State arbitration in connection with the introduction of a permanent investment tribunal or an appeal mechanism, S. 20ff.

119 Dazu ausführlich, *Feichtner*, *Ludwigs/Remiens*, Investitionsschutz, Schiedsgerichtsbarkeit und Rechtsstaat in der EU, S. 104.

120 Dazu etwa *Joubin-Bret/Rey/Weber* in *Segger/Gehring/Newcombe*, Sustainable Development in World Investment Law, S. 19 mwN.

andererseits auch die Eigenheiten des Unionsrechts hinreichend wahr?¹²¹ Die Antwort auf diese Frage mag durchaus für den Investitionsschutz zwischen EU-Mitgliedsstaaten – diskutiert in Kapitel 3 – anders ausfallen als für das Verhältnis zu Drittstaaten – dargestellt in Kapitel 4.

Kapitel 3 Investitionsschutz zwischen EU-Mitgliedsstaaten

Das System des internationalen zumeist auf bilateralen Investitionsschutzabkommen beruhenden Investitionsschutzrecht weist viele Parallelitäten zum Europarecht auf. Dies gilt zum Beispiel für die Intention der Friedenssicherung. Es bleibt aber in seinen Regelungen hinsichtlich des Umfangs und der Dichte – jedenfalls inzwischen – weit dahinter zurück. Im nun folgenden Kapitel sollen die Schnittpunkte dieser beiden Regelungsgebiete und deren Konfliktlösungsmechanismen dargestellt werden. Dabei soll die Frage beantwortet werden, ob und wenn ja wie die beiden Systeme nebeneinander existieren können oder sollten.

Eine ausdrückliche Regelung besteht dabei weder im Unionsrecht noch im Investitionsschutzrecht. Art. 207 AEUV ist auf „ausländische“ Direktinvestitionen beschränkt, dies umfasst insbesondere nicht innereuropäische Sachverhalte¹²². Auch die VO 1219/12 regelt nur die Rechtswirkung bestehender IIAs mit Drittstaaten und schließt ausdrücklich ihre Anwendung auf Intra-EU-IIAs aus. Die IIAs enthalten ebenfalls keine entsprechenden Regelungen.

Auch wenn der EuGH diese Frage in dem schon angesprochenen Achmea-Verfahren grundsätzlich abschlägig beschieden hat, ist es dennoch interessant, die Gründe, die dabei berücksichtigt wurden, näher zu beleuchten, da sich trotzdem noch einige Fragen zumindest der Abwicklung der Investitionsschutzverträge, aber auch etwa dem Fortgang laufender Verfahren stellen¹²³. Insgesamt wurden durch das Achmea-Verfahren mehr neue Fragen aufgeworfen, als alte beantwortet¹²⁴. Aus Sicht der Schiedsgerichte mag darüber hinaus die Antwort auf die Zulässigkeit des Investitionsschutzrechts in der Union durchaus auch eine andere sein.

Aus dem Vergleich des materiellen und prozessualen Investitionsschutzes heraus kann man darüber hinaus ablesen, ob ein ersatzloser Wegfall der Intra-EU-IIAs eine mögliche Alternative ist, oder ob dieser, wie von den Investoren bemängelt, sie ohne hinreichenden Schutz dastehen ließe. Die am Intra-

121 Für den Menschenrechtsschutz und den EU-Beitritt zur EMRK insoweit *Wendel*, NJW 2015, S. 921, 921.

122 *Weiß*, Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 207 AEUV, Rn. 39; *Keller/Schmitt*, Krenzler/Herrmann/Niestedt, EU-Außenwirtschafts- und Zollrecht, VO 1219/2012, Vor Art. 1, Rn. 8.

123 Aktuell laufen noch mehr als 80 Intra-EU-Investitionsschiedsverfahren, Stand 01.01.2020, siehe näher dazu *Scheu/Nikolov*, Arbitration International 2020, S. 1, 4.

124 So etwa auch *Scheu/Nikolov*, The Incompatibility of Intra-EU Investment Treaty Arbitration with European Union Law – Assessing the scope of the ECJ’s Achmea Judgement, S. 2, abrufbar unter https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3545811, zuletzt abgerufen am 10.03.2020.

EU-Investitionsschutz entwickelten Vorgaben insbesondere für eine internationale Gerichtsbarkeit neben dem EuGH lassen sich außerdem zumindest teilweise auf das Verhältnis zu Drittstaaten (dazu Kapitel 4) einerseits und zu anderen internationalen (Schieds-) Gerichten andererseits übertragen, wie sie etwa im Fall des anstehenden Brexits aktuell vorgesehen sind. Insgesamt soll dieser Teil daher trotz der infolge der Achmea-Entscheidung getroffenen Erklärung der EU-Mitgliedsstaaten Intra-europäische-IIAs aufzukündigen¹²⁵, ausführlich behandelt werden.

Vor dem Achmea-Verfahren waren immerhin 196 Intra-EU-BITs in Kraft, elf davon mit deutscher Beteiligung¹²⁶. Diese bildeten die Grundlage für einen auch weltweit beachtlichen Anteil an Investitionsschiedsverfahren von beispielsweise 42 % aller Verfahren weltweit im Jahr 2013¹²⁷. Auch wenn die EU-Mitgliedsstaaten inzwischen ihren Willen zum Ausdruck gebracht haben, diese zu beenden, stoßen sie damit auf näher zu beleuchtende Widerstände. Insbesondere gilt das für die Zukunft des Energy Charter Treaty (ECT), der als multilaterales Investitionsschutzabkommen nicht nur die Unionsstaaten sondern auch die Union und einige Drittstaaten völkerrechtlich bindet und der mit dem Fall Vattenfall Deutschland den aus deutscher Sicht sicherlich aktuell brisantesten Fall hervorgebracht hat. Vielleicht in weiser Voraussicht wurde in diesem Fall mit Washington ein außerhalb der EU liegender Schiedsort gewählt¹²⁸.

Auch wenn es sich bei den Gerichtssystemen der EU-Mitgliedsstaaten grundsätzlich um weitentwickelte und generell als unparteiisch zu betrachtende Systeme handelt¹²⁹, kann es nicht

125 Declaration of the Representatives of the Governments of the Member States, 15 January 2019; Näher dazu unten unter Völkerrechtliche Konsequenzen der Unvereinbarkeit des klassischen Investitionsschutzes mit dem Unionsrecht.

126 *Wernicke*, NJW 2018, S. 1644, 1645. Tatsächlich bilden diese wenigen deutschen intra-EU-BITs die Rechtsgrundlage für knapp 50% der Verfahren mit deutscher Beteiligung weltweit, siehe dazu *Sprich*, Ludwigs/Remien, Investitionsschutz, Schiedsgerichtsbarkeit und Rechtsstaat in der EU, S. 250.

127 Zahl nach *Sackmann*, SchiedsVZ 2015, S. 15, 16; generell muss zu den hier angeführten Statistiken noch folgendes angemerkt werden: Es besteht und insbesondere bestand die Möglichkeit, durchgeführte Investitionsschiedsverfahren geheim zu halten. Dies umfasst nicht nur die Nichtveröffentlichung des Ergebnisses, sondern auch die Existenz der Streitigkeit an sich. Die im Folgenden verwendeten Statistiken beziehen sich notwendigerweise nur auf die bekannten Zahlen. Dies war und ist einer der wesentlichen Kritikpunkte am Schiedssystem insgesamt, dem allerdings, etwa durch den Abschluss der Mauritius Konvention, inzwischen auch begegnet wurde. Siehe zur fehlenden Transparenz in innereuropäischen Verfahren etwa *Sackmann*, SchiedsVZ 2015, 15ff.

128 Aus diesem Grund sind nicht deutsche (oder andere der dem EuGH vorlagepflichtige) Gerichte mit einer eventuellen Aufhebung des Schiedsspruchs befasst. Näher dazu unten unter Durchsetzbarkeit außerhalb Europas.

129 Auch dazu allerdings bereits kritisch die Entwicklungen in einigen osteuropäischen Ländern, insbesondere Polen, s. etwa die Pressemitteilung vom 03.04.2019, https://ec.europa.eu/germany/news/20190403-kommission-eroeffnet-neues-verfahren-gegen-polen-warnt-rumaenien-und-debatte_de zuletzt abgerufen am 16.07.2019; kritisch auch etwa *Stöbener de Mora*, EuZW 2018, S. 363, 370; *Hindelang*, Conceptualisation and Application of the Principle of Autonomy of EU Law – The CJUE’s Judgement in Achmea put in Perspective, S. 2, abrufbar unter https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3266123, zuletzt abgerufen am

verwundern, dass nicht selten der Gang vor die Investitionsschiedsgerichte auch in Konflikten mit anderen EU-Mitgliedsstaaten, den USA, Japan, und Kanada kommt. Etwa 80 Prozent der Direktinvestitionen findet zwischen diesen Ländern statt¹³⁰, was die Wahrscheinlichkeit für Konflikte erhöht. Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit ist dort ebenfalls gut bekannt und bringt folglich, anders als ein Verfahren, das durch nationales Recht bestimmt wird, aus Investorensicht weniger Unsicherheiten mit sich.

Der Fall „Micula“ zeigt die Wichtigkeit einer klaren Position: Mehr als zehn Jahre liefen diverse Gerichtsprozesse, mit mehreren Entscheidungen der Schiedsgerichte und Versuchen der Durchsetzung in Belgien, Frankreich, Luxemburg, Rumänien, UK und den USA und Entscheidungen durch den EuGH¹³¹. Diese Situation ist nicht nur für den Investor misslich, sondern beansprucht auch weitere Gerichtsbarkeiten in einem unverhältnismäßigen Maß. Auch einige Mitgliedsstaaten beschreiben die Situation als „*highly detrimental to both EU Member-States and European Investors and more generally to the internal market as a whole*“¹³². Inzwischen ist die Streitigkeit jedoch zumindest teilweise geklärt: Das EuG hat bestätigt, dass der von Rumänien gezahlte Schadensersatz nicht mit dem Unionsrecht unvereinbar war, weil der Sachverhalt vor Rumäniens Beitritt zur Union spielte und das europäische Beihilfenrecht keine Anwendung fand. Auch wenn der Schiedsspruch erst nach dem Beitritt erfolgte, erfolgte dieser rückwirkend und sollte in seiner Entschädigungswirkung nur die Zeit vor dem Beitritt betreffen¹³³.

Zunächst sollen hier die fehlende Aufkündigung der Investitionsschutzverträge durch den Beitritt zur EU (§ 1), dann die Überschneidungen zwischen Unionsrecht und Investitionsschutzrecht dargestellt werden (§ 2), dann die Überschneidungen der gerichtlichen Zuständigkeiten (§ 3) und die Konsequenzen der Unvereinbarkeit der Schiedsklausel mit dem Unionsrecht (§ 4) bevor die Situation und die Besonderheiten des ECT näher beleuchtet werden sollen (§ 5).

30.10.2019; der Fall Micula zeigt außerdem, dass auch die europäischen Gerichte selbst nicht immer über jeden Zweifel erhaben sind, in diesem Fall kam es zu einer Verurteilung wegen zu langer Verfahrensdauer vor dem EuG (dessen Personalbestand inzwischen, auch als Folge dessen, aufgestockt wurde.

130 Zahlen nach *Krajewski*, Wirtschaftsvölkerrecht S. 167 mwN.

131 Ausführlich dazu *Burgstaller*, in Baltag, 50 Years of ICSID: Unsettled Issues, S. 419ff; siehe für einen Überblick über den Prozessverlauf auch <https://www.italaw.com/cases/697> zuletzt abgerufen am 09.03.2020.

132 Non Paper von Österreich, Finnland, Frankreich, Deutschland und den Niederlanden vom 07.04.2016, abrufbar unter https://www.tni.org/files/article-downloads/intra-eu-bits2-18-05_0.pdf, zuletzt abgerufen am 06.03.2020.

133 EuGH T-624/15, T-694/15 und T-704/15, Rn. 73ff.

§ 1 Überschneidungen zwischen Unionsrecht und Investitionsschutzrecht

Um zu dem rechtlich problematischen Fall zu kommen, dass zwei Regelungswerke Geltung bezüglich des gleichen Falles beanspruchen, müssen zwei Voraussetzungen erfüllt sein: Beide Regelungswerke müssen anwendbar sein und die gleichen Sachverhalte regeln wollen. Im ersten Schritt muss dazu eine implizite Kündigung der Investitionsschutzabkommen durch den Beitritt zur EU abgelehnt werden (A). Weitgehend anders als beim Investitionsschutzrecht hängt die Anwendbarkeit von Europarecht regelmäßig von der konkreten materiell-rechtlichen Fragestellung ab, so dass hier zunächst die materiellen Überschneidungen dargestellt werden sollen, um zu bestimmen, für welche materiellen Regelungsgebiete die Frage der Anwendbarkeit überhaupt geklärt werden muss (B). Unter welchen Umständen Europarecht und Investitionsschutzrecht parallel anwendbar sind, wird dann in einem dritten Schritt zu klären sein (C).

A Beendigung der Investitionsschutzverträge durch Beitritt zur EU

Mit Ausnahme zweier deutscher Verträge¹³⁴ ist das Konfliktfeld des intraeuropäischen Investitionsschutzes durch die EU – Osterweiterungen insbesondere in den Jahren 2004 und 2007 entstanden¹³⁵. Investitionsschutzabkommen, die vorher einen Mitgliedsstaat und einen Drittstaat betrafen, wurden zu Intra-EU-Investitionsschutzabkommen. Insofern stellt sich für diesen Großteil der Verträge zunächst die Frage, ob diese durch den Beitritt des zweiten Vertragsstaates des Investitionsschutzabkommens zur EU in irgendeiner Form berührt, insbesondere implizit ganz oder teilweise gekündigt oder inhaltlich abgeändert wurden. Vorweg sei festgestellt: Eine Klausel, die dies ausdrücklich feststellt, wurde in den Assoziierungsabkommen oder den späteren Beitrittsabkommen (im Folgenden wird nur noch auf erstere verwiesen) nicht vereinbart¹³⁶. Auch die Investitionsschutzabkommen enthalten keine entsprechende Regelung. Zwar war die Problematik schon zu diesem Zeitpunkt bis zu einem gewissen Grad vorhersehbar und mit dem Beitritt zur Union könnte man von einer Zweckerfüllung der Investitionsschutzabkommen ausgehen, auf eine ausdrückliche entsprechende Regelung wurde jedoch verzichtet.

134 Mit Portugal und Griechenland. Beide haben jedoch nie ein Schiedsverfahren zur Folge gehabt und haben demzufolge wenig Beachtung erfahren, siehe dazu *Rösch*, Intraeuropäisches Investitionsschutzrecht, S. 25; siehe für eine Übersicht der in Deutschland geltenden Investitionsschutzabkommen etwa <http://www.disarb.org/de/53/bit/uebersicht-id0>, zuletzt abgerufen am 15.08.2019.

135 Ab 2006 versuchte auch die Kommission auf die Kündigung der Intra- EU-IIAs hinzuwirken die in den letzten Jahren immer weiter intensiviert wurden; siehe dazu etwa *Andersen/Hindelang*. JWIT 2016, S. 984, 989, 1002 mwN.

136 Für die Notwendigkeit einer solchen, zumindest zur Schaffung von Rechtssicherheit, *Lang*, Transnationales Wirtschaftsrecht 2018, Heft 156, S. 1, 38; Art. 351 AEUV gilt nur für Abkommen, die mit Drittstaaten geschlossen wurden und ist nach allgemeiner Auffassung nicht auf Abkommen zwischen zwei EU-Mitgliedsstaaten übertragbar, dazu etwa *Lorenzmeier*, Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 351 AEUV, Rn. 69ff mwN.

Mangels spezieller Regelung in den Investitionsschutzabkommen käme eine Kündigung folglich insbesondere nach den Regeln der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK) in Betracht¹³⁷, die unter strengen Voraussetzungen auch Vorschriften zur impliziten Beendigung völkerrechtlicher Verträge vorsieht.

Nachdem im Folgenden zunächst die Anwendbarkeit der WVK geprüft wird (I), sind anschließend die Einschlägigkeit der dort geregelten Kollisionsnormen zu analysieren und zwar zunächst Art. 59 WVK (II), der eine vollständige Unanwendbarkeit des Investitionsschutzabkommens zur Folge hätte und dann Art. 30 WVK (III), der lediglich ein Außer-Acht-Lassen einzelner Vorschriften bewirken würde.

I. Anwendbarkeit der Wiener Vertragsrechtskonvention

Zunächst ist zu prüfen ob und inwieweit die Wiener Vertragsrechtskonvention auf das Verhältnis zwischen Investitionsschutzrecht und Unionsrecht anwendbar ist¹³⁸. Dafür müsste es sich sowohl beim Beitrittsabkommen (2) als auch beim Unionsrecht (1) und schließlich bei den Investitionsschutzabkommen (3) um Völkerrecht im Sinne der WVK handeln¹³⁹.

Die Definition, was Völkerrecht ist, ist nach allgemeiner Auffassung aus Art. 38 Abs. 1 IGH Statut zu entnehmen, der in seinen für die nachfolgende Arbeit relevanten Passage wie folgt lautet:

„The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply a. international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states;“

Nachfolgend ist also zu prüfen, ob das Unionsrecht, die Beitrittsabkommen und das Investitionsschutzrecht diesen aufgestellten Kriterien entsprechen.

137 Kritisch dazu etwa Nowrot, Hindelang/Krajewski, Shifting Paradigms in International Investment Law: More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified, S. 241.

138 Die Europäische Union selbst kann sich nicht auf die WVK berufen, da diese ausschließlich auf Staaten anwendbar ist, vgl. Art. 1 der WVK. Für sie gilt die WVKIO für Verträge zwischen Staaten und internationalen Organisationen bzw. zwischen internationalen Organisationen (siehe dazu die Präambel der WVKIO; Schmalenbach, Dörr/Schmalenbach WVK Preamble, Rn. 18f), die jedoch inhaltlich nur insoweit von der WVK abweicht als dies der unterschiedlichen Organisationsstruktur von Staaten und internationalen Organisationen geschuldet ist. Nachdem sich für die hier zu untersuchenden Artikel keine Abweichungen ergeben wird im Folgenden nur auf die WVK verwiesen, ohne im Einzelnen zu prüfen, ob es sich um Verträge mit oder ohne Beteiligung der Europäischen Union handelt. Die WVKIO hat außerdem noch nicht die notwendige Zahl an Ratifikationen erreicht und ist daher bisher nicht in Kraft getreten. Auch der EuGH verwendet die WVK als Rechtskenntnisquelle, siehe etwa EuGH C-158/91, Rn. 19.

139 Bis auf Rumänien sind alle EU-Mitgliedsstaaten Vertragsstaaten der WVK. Für Rumänien sind die meisten Regeln der WVK als Völkergewohnheitsrecht ebenfalls anwendbar; siehe für Art. 59 WVK Giegerich, Dörr/Schmalenbach, Art. 59 WVK, Rn. 2; teilweise angezweifelt aber nach herrschender Meinung ebenfalls gültig für Art. 30 WVK, von der Decken, Dörr/Schmalenbach, Art. 30 WVK, Rn. 9. Auch der EuGH stuft die WVK zu Recht als kodifiziertes Völkergewohnheitsrecht ein, siehe etwa EuGH NJOZ 2008, S. 4499, 4510.

1) Unionsrecht als Völkerrecht

Die Einordnung des Unionsrechts in das Rechtssystem ist nicht einfach und zumindest in seinen Details umstritten. Die einzelnen Auffassungen können und sollen nachfolgend nicht im Detail dargestellt werden, sondern nur insoweit als es zu einer generellen Einstufung notwendig erscheint. Zur Einstufung bestehen eine unionsrechtliche (a) und eine völkerrechtliche (b) Perspektive.

a) Europarechtliche Perspektive

Das Unionsrecht selbst sieht sich nicht als klassisches Völkerrecht, dies hat der EuGH schon in seinen frühen Entscheidungen von Gend und Loos sowie später in Costa/ENEL so entschieden. Es handle sich um „mehr als nur ein Abkommen, das nur wechselseitige Verpflichtungen zwischen den vertragsschließenden Völkern begründet. Diese Auffassung wird durch die Präambel des Vertrages bestätigt, die sich nicht nur an die Regierungen, sondern auch an die Völker richtet. Sie findet eine noch augenfälligere Bestätigung in der Schaffung von Organen, welchen Hoheitsrechte übertragen worden sind“¹⁴⁰. Es soll sich daher um eine „neue Rechtsordnung des Völkerrechts“ handeln, wobei diese Formulierung dem Wortlaut nach auch eine Anerkennung des Unionsrechts als Teil des Völkerrechts zu entnehmen sein könnte. Generalanwalt Maduro beschrieb in Kadi das Unionsrecht als „*un ordre juridique interne d'origine internationale*“¹⁴¹. Aus der Innenperspektive ist das Unionsrecht allerdings wohl nicht als Völkerrecht einzustufen¹⁴². Dafür spricht auch die Rechtsprechung des EuGH, die in Anwendung des Rechtsprinzips aus Art. 27 WVK dem Unionsrecht die gleiche, hier dem Völkerrecht untergeordnete Rolle zuspricht, wie dem nationalen Recht¹⁴³. Etwa im Electrabel-Fall hat EU-Kommission sich jedoch auch schon auf das Unionsrecht als anwendbares internationales Recht gestützt¹⁴⁴.

b) Völkerrechtliche Perspektive

Aus völkerrechtlicher Sicht könnte das Unionsrecht dennoch als Völkerrecht einzuordnen sein. Dafür spricht zunächst, dass es sich um Verträge zwischen Staaten, also den typischen Völkerrechtssubjekten handelt. Jedenfalls der Ursprung der Verträge über die EU und ihre Vorgänger ist unumstritten

140 EuGH C-26/62, S. 18.

141 Schlussanträge des Generalanwalts zu EuGH C-402/05 und 415/05, Rn. 21.

142 Ruffert, Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 1 AEUV, Rn. 5; Tietje, Transnationales Wirtschaftsrecht 2011 Heft Nr. 104, S. 1, 9f., der die Anwendung der WVK auf das Unionsrecht insgesamt ablehnt, weil diese den Eigenheiten des Unionsrechts nicht hinreichend gerecht werden kann; ders. zu den „schlechten“ Lösungen über Art. 27 WVK in Ludwigs/Remien, Investitionsschutz, Schiedsgerichtsbarkeit und Rechtsstaat in der EU, S. 191f; Hindelang, Archiv des Völkerrechts 2015, S. 68, S. 73 begründet den Unterschied zum Völkerrecht etwa auch in der Auslegungshoheit des EuGH bezüglich der Bedeutung des Unionsrechts.

143 Siehe etwa EuGH C-84/98 Rn. 53.

144 Electrabel vs. Ungarn, ICSID Case No. ARB/07/19, Award vom 25.11.2015, Rn. 4.102.

völkerrechtlich¹⁴⁵. Gegen eine Einstufung als Völkerrecht spricht darüber hinaus die unmittelbare Anwendbarkeit von Unionsrecht durch die mitgliedstaatlichen Organe, die in einem dualistischen System für das Völkerrecht nicht vorgesehen sind¹⁴⁶. Auch in dualistischen Systemen ist eine Beachtung, jedoch keine Bindung an völkerrechtliche Regelungen vorgesehen, siehe beispielsweise Art. 25 des Grundgesetzes der Bundesrepublik Deutschland (GG BRD). Aus der jeweiligen mitgliedstaatlichen Verfassung und nicht dem Völkerrecht folgt auch der unmittelbare Anwendungsbefehl für das Unionsrecht¹⁴⁷.

Rösch argumentiert für die Anwendbarkeit der WVK wie folgt: Die Konstitution und Änderung der Gründungsverträge der Union sei völkerrechtlicher Natur, Schiedsgerichte und EGMR wenden Unionsrecht als Völkerrecht an, die „Ungewöhnlichkeit“ stünde der Einordnung ebenso wenig entgegen, wie die Stellung der EU als internationale Organisation und kommt daher zu dem Schluss, dass es sich beim Unionsrecht um Völkerrecht handele¹⁴⁸.

Dem lässt sich entgegenhalten, dass die WVK nicht für die eventuelle Kollision von Unionsrecht mit anderem Völkerrecht gedacht war, sondern nur die Fälle von Kollisionen klassischen Völkerrechts regeln sollte. Auf das Verhältnis von transnationalem Recht zum Völkerrecht sei sie daher nicht anwendbar, um die Eigenheiten des Unionsrechts so weit wie möglich zu bewahren. Ohne eine *disconnection clause*, also einer Bestimmung, die die Anwendbarkeit eines Abkommens vom Nichtabschluss eines späteren Abkommens gleichen Inhalts abhängig macht, bestünde daher ein Vorrang des als Völkerrecht zu qualifizierenden und spezielleren IIAs¹⁴⁹. Für eine solche Sichtweise spricht dabei, dass der EU die Möglichkeit und potentielle Notwendigkeit einer solchen Klausel etwa beim Abschluss des Energy Charter Treaty durchaus bewusst war, sich aber wohl aktiv dagegen entschieden hat¹⁵⁰.

Selbst wenn das Investitionsschutzrecht aus unionsrechtlicher Sicht nicht mit dem Unionsrecht vereinbar ist, hat dies keinen Einfluss auf die grundsätzliche Gültigkeit der entsprechenden

145 Siehe etwa *Herdegen*, Europarecht, S. 87ff; *Ruffert*, Callies/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 1 AEUV, Rn. 5; die schiedsrechtliche Praxis sieht dies auch als den entscheidenden Faktor, siehe nur *Vattenfall vs. Deutschland*, Decision on the Achmea issue, 31.08.2018, Rn. 146. Anderes könnte jedoch für das Sekundärrecht gelten, welches nicht in gleicher Weise durch die Vertragsstaaten ratifiziert wurde.

146 *Kulick*, SchiedsVZ 2013, S. 81, 85.

147 Siehe dazu näher *Rösch*, Intraeuropäisches Investitionsschutzrecht, S. 51.

148 *Rösch*, Intraeuropäisches Investitionsschutzrecht, S. 49ff.

149 So etwa *Tietje*, Transnationales Wirtschaftsrecht, Nr. 104, S. 12f, 19; *ders.*, Ludwigs/Remien, Investitionsschutz, Schiedsgerichtsbarkeit und Rechtsstaat in der EU, S. 191f. Die Rechtfertigung für Art. 27 bestünde in der Selbstbindung des Staates. Im Falle des Konflikts zwischen Europarecht und Investitionsschutzrecht sei dieses Konfliktverhältnis aber nicht vorhersehbar, weil das innerstaatliche Recht nicht ohne Beteiligung der Union völkerrechtskonform ausgestaltet werden könne.

150 Siehe ausführlich dazu *Reuter*, ZaöRv 2020, S. 379, S. 396f.

völkerrechtlichen Verträge¹⁵¹. Dies ergibt sich etwa aus dem Rechtsgedanken des Art. 27 WVK, der besagt, dass nationales Recht der Gültigkeit internationalen Rechts nicht entgegengehalten werden kann. Seiner Intention nach soll Art. 27 WVK die Umgehung internationaler Verpflichtungen aufgrund einseitiger Maßnahmen verhindern. Dieses Risiko besteht im Unionsrecht nur sehr bedingt, weil der Einfluss des Gaststaates auf die Unionsgesetzgebung beschränkt ist¹⁵². Teils wird zwar argumentiert, Art. 27 WVK diene dem Schutz Dritter und würde daher innerhalb der Union keine Anwendung finden, weil das Unionsrecht auch dem anderen Vertragsstaat bekannt sei¹⁵³. Allerdings ist in diesem Fall der Investor als der zu schützende Dritte anzusehen.

Für die Anwendung von Art. 27 WVK wird die Vergleichbarkeit zum nationalen Recht aufgrund der unmittelbaren Anwendbarkeit angeführt¹⁵⁴. Zwar handelt es sich beim Unionsrecht nicht um klassisches nationales Recht, aber doch um „internes Recht“ der Mitgliedsstaaten der Union¹⁵⁵. Auch ein Doppelcharakter, sowohl als Teil des nationalen als auch des internationalen Rechts wird dem Unionsrecht teilweise zugesprochen¹⁵⁶. Dies dürfte letztendlich die überzeugendste Sichtweise sein, je nach Perspektive ist das Unionsrecht Teil des Völkerrechts oder Teil des nationalen Rechts. Auch aus völkerrechtlicher Perspektive ist die Einordnung des Unionsrechts als Völkerrecht nicht eindeutig vorzunehmen.

c) Ergebnis

Unzweifelhaft handelt es sich beim Unionsrecht nicht um klassisches Völkerrecht. Diese Betrachtung ergibt sich sowohl aus unionsrechtlicher, als auch aus völkerrechtlicher Perspektive. Die Einstufung des Unionsrecht als autonome Rechtsordnung durch den EuGH ist angesichts der zahlreichen Unterschiede zum Völkerrecht durchaus gerechtfertigt. Allerdings hilft diese Abgrenzung bei der Frage, ob sonst geltende Regelungen des Völkerrechts anzuwenden sind, nicht weiter. Anders als die zumeist theoretische Diskussion hat die Einstufung des Unionsrechts in diesem Fall konkrete Folgen.

151 Dazu etwa *Fecak*, International Investment Agreements and EU Law, S. 392; *Lock*, Das Verhältnis des EuGH zu internationalen Gerichten, S. 211.

152 Siehe dazu etwa *Rösch*, Intraeuropäisches Investitionsschutzrecht, S. 245ff.

153 So etwa *Lock*, Das Verhältnis des EuGH zu internationalen Gerichten, S. 211.

154 *Rösch*, Intraeuropäisches Investitionsschutzrecht, S. 245.

155 Zur Diskussion um Art. 27 WVKIO und dessen Reichweite siehe *Schmalenbach*, *Dörr/Schmalenbach*, Art. 27 WVK Rn. 23ff.; die gleiche Diskussion um das Verhältnis zum Unionsrecht besteht bezüglich der Anwendung des Art. 30 WVK, siehe dazu *von der Decken*, *Dörr/Schmalenbach*, Art. 30 WVK Rn. 10 mwN.

156 EuGH C-286/16 (*Achmea*) Rn. 33, 41; *Hindelang*, Conceptualisation and Application of the Principle of Autonomy of EU Law – The CJUE’s Judgement in *Achmea* put in Perspective, S. 9, abrufbar unter https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3266123, zuletzt abgerufen am 30.10.2019; siehe auch *Vattenfalls vs. Deutschland*, Decision on the *Achmea* Issue, 31.08.2018, Rn. 48; siehe dazu etwa *Lang*, Policy Papers on transnational economic law, 50 III, S. 3.

Daher ist es überzeugend, jedenfalls für die Zwecke dieser Arbeit die WVK als Ausdruck allgemeiner Rechtsprinzipien einzustufen, hier insbesondere die lex posterior und lex specialis Regelung des Kollisionsrechts, die sie letztendlich auch für Nichtabkommensstaaten verbindlich werden lässt und daher auch in seinen Grundsätzen zur Auslegung des Verhältnisses unterschiedlicher internationaler Verträge zur Anwendung kommen kann, selbst wenn man das Unionsrecht nicht als Völkerrecht einstuft¹⁵⁷. Dies muss umso mehr gelten, als es sich beim Unionsrecht im Grundsatz um eine internationale Konvention im Sinne des Art. 38 IGH-Statut handelt, welcher jedenfalls für die Anwendbarkeit der WVK als maßgeblich anzusehen ist.

2) Assoziierungsabkommen als Völkerrecht

Sowohl die Staaten auf der einen, als auch die Union auf der anderen Seite sind Völkerrechtssubjekte und als solche in der Lage, völkerrechtliche Verträge abzuschließen. Auch die Union ist inzwischen als Völkerrechtssubjekt (vgl. Art. 48 des Vertrags über die Europäische Union (EUV)) und nach dem Maßstab der begrenzten Einzelermächtigung teilrechtsfähig und somit in der Lage das für sie geltende Völkerrecht mittels Abkommen zu gestalten. Der Beitritt neuer Staaten dürfte als Modifikation des Unionsrechts hinsichtlich etwa seines räumlichen Anwendungsbereichs ebenfalls als Völkerrecht einzustufen sein¹⁵⁸.

3) Investitionsschutzrecht als Völkerrecht

Weitgehend unproblematisch ist die Einstufung der Investitionsschutzverträge als Völkerrecht. Zwar räumen diese, für das Völkerrecht untypisch, auch Privaten, in diesem Falle Investoren, Rechte ein¹⁵⁹, basieren jedoch auch auf klassischen zwischenstaatlichen Abkommen und sind daher ohne weiteres als Völkerrecht im Sinne des IGH-Statuts und damit auch der WVK einzuordnen¹⁶⁰.

4) Ergebnis

Auch wenn es sich weder beim Unionsrecht noch bei den Assoziierungsabkommen um klassisches Völkerrecht handelt, anders als bei den IIAs, erscheint es durchaus sinnvoll, die Grundsätze der WVK auf die Situation des potentiellen Normkonflikts zwischen Unionsrecht und Investitionsschutzrecht anzuwenden. Ob dies nun unmittelbar oder nur sinngemäß erfolgt, muss und kann hier nicht entschieden werden. Jedenfalls statuiert die WVK allgemeine Grundsätze des Vertragsrechts, die

157 Im Ergebnis auch *Binder*, JWIT 2016, S. 964, 966; Für eine Einstufung des Unionsrechts als Sondervölkerrecht etwa *Nikolov/Dünkelsbühler*, SchiedsVZ 2019, S. 141, 142.

158 So im Ergebnis auch *Rösch*, Intraeuropäisches Investitionsschutzrecht, S. 41; näher zu den Beitrittsabkommen etwa *Cremer*, Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 49 EUV, Rn. 5ff.

159 Dazu etwa *Schill*, ZaÖRV 2011, 247, 261ff mwN, der anschaulich die Unterschiede im Regelungsgegenstand im Vergleich zum klassischen Völkerrecht darstellt.

160 So die wohl einhellige Meinung; ausführlich dazu *Rösch*, Intraeuropäisches Investitionsschutzrecht, S. 45 mwN.

selbst für Staaten, die diese nicht ratifiziert haben als Völkergewohnheitsrecht anzuwenden sind¹⁶¹. Gleiches soll hier für jedenfalls völkerrechtsähnliche Rechtsordnungen wie das Unionsrecht gelten¹⁶².

Im Folgenden sind folglich die Voraussetzungen der Nichtanwendung des gesamten IIAs (II) oder einzelner Bestimmungen daraus (III) zu prüfen.

II. *Vollständige Beendigung der Verträge gemäß Art. 59 Wiener Vertragsrechtskonvention*

In verschiedenen Investitionsschutzstreitigkeiten gegen die Tschechische Republik wendete insbesondere diese ein, die Investitionsschutzverträge seien durch den Beitritt Tschechiens zur EU aufgrund der *lex posterior* Regel hinfällig geworden¹⁶³. Dabei beruft sie sich auf Art. 59 der Wiener Vertragsrechtskonvention, nachdem von zwei Verträgen über den gleichen Gegenstand nur der spätere (also das EU-Recht) anwendbar wäre, wenn dies entweder dem Parteiwillen entsprechen würde oder es unmöglich sei, beide Verträge gleichzeitig anzuwenden¹⁶⁴. Beides sei der Fall: Das Assoziierungsabkommen sehe in Rn. 118 vor, dass frühere Übereinkommen nicht berührt würden bis gleiche Rechte wie in dem genannten früheren Abkommen unter Geltung des Unionsrechts geschaffen worden wären. Dies sei durch die Grundfreiheiten der Fall, die den gleichen Zweck verfolgten wie der IIA. Letztere Alternative sei ebenso einschlägig, weil das Diskriminierungsverbot des EU-Rechts bei Anwendung des IIA verletzt wäre und ebenso der Grundsatz gegenseitigen Vertrauens zwischen den EU-Mitgliedsstaaten.

Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass nicht einmal die Kommission, die den Intra-EU-IIAs sehr kritisch gegenübersteht und politisch schon eine Weile versucht, gegen diese Investitionsschutzabkommen vorzugehen, die Voraussetzungen des Art. 59 WVK in ihren *amicus curiae* Stellungnahmen zu den tschechischen Verfahren gegen *Binder* und *Eastern Sugar* als erfüllt ansah¹⁶⁵. Auch die Slowakei, die mit Intra-EU-Verfahren schon vermehrt befasst war, argumentierte zwar im Laufe des *Achmea*-Verfahrens mit der Unwirksamkeit der Investitionsschutzabkommen aufgrund der Unvereinbarkeit mit dem Unionsrecht, nahm diese Argumente aber im Laufe des späteren Verfahrens ausdrücklich zurück¹⁶⁶.

161 Siehe dazu oben unter Ergebnis

162 So im Ergebnis auch etwa *Fecak*, *International Investment Agreements and EU Law*, S. 383ff.

163 *Binder vs. Tschechien*, Award on Jurisdiction, 06.06.2007, Rn. 13ff.; *Eastern Sugar vs. Tschechien*, Rn. 99ff.

164 *Binder vs. Tschechien*, Award on Jurisdiction, 06.06.2007, Rn. 19; *Eastern Sugar vs. Tschechien*, Rn. 100; dabei ist selbst die Feststellung des „neueren“ Rechts nicht unbedingt einfach: IIAs sind regelmäßig für einen gewissen Zeitraum abgeschlossen und gelten bei fehlender Kündigung fort. Sieht man dies vertretbar als „Erneuerung“ des Vertrags würde mit Ablauf der Kündigungsfrist wieder der IIA (und nicht mehr das Unionsrecht) gelten. Dies soll verdeutlichen, dass diese Lösung, auch und insbesondere aus Sicht des Unionsrechts, weder überzeugend noch wünschenswert wäre.

165 Dazu *Rösch*, *Intraeuropäisches Investitionsschutzrecht*, S. 60 mwN.

166 Siehe dazu *Böhm/Motaabbed*, *Austrian Yearbook on International Arbitration 2014*, S. 384f.

Ob es sich nur eine übliche Verteidigungsstrategie, jedes noch so fernliegende mögliche Problem anzusprechen und zu rügen, handelt – oder, ob die Voraussetzungen des Art. 59 WVK tatsächlich erfüllt sein könnten ist folglich genauer zu analysieren. Art. 59 WVK lautet wie folgt:

Art. 59 Beendigung oder Suspendierung eines Vertrages durch Abschluss eines späteren Vertrages

(1) Ein Vertrag gilt als beendet, wenn alle Vertragsparteien später einen sich auf denselben Gegenstand beziehenden Vertrag schließen und

- a. Aus dem späteren Vertrag hervorgeht oder anderweitig feststeht, dass die Vertragsparteien beabsichtigen, den Gegenstand durch den späteren Vertrag zu regeln, oder*
- b. Die Bestimmungen des späteren Vertrags mit denen des früheren Vertrags in einem solchen Maße unvereinbar sind, dass die beiden Verträge eine gleichzeitige Anwendung nicht zulassen.*

(2) Der frühere Vertrag gilt nur als suspendiert, wenn eine solche Absicht der Vertragsparteien aus dem späteren Vertrag hervorgeht oder anderweitig feststeht.

Es müsste sich folglich um einen Vertrag über denselben Gegenstand (1) handeln und entweder ein übereinstimmender Parteiwille vorliegen den früheren Vertrag zu beenden (2), oder die parallele Anwendung aufgrund zu großer Abweichungen unmöglich sein (3).

1) Vertrag im Sinne des 59 WVK

Ein Vertrag über denselben Gegenstand setzt voraus, dass zunächst die Vertragspartner (a) und auch der wesentliche Inhalt (b) übereinstimmen.

a) Gleiche Vertragspartner

Für die Einschlägigkeit von Art. 59 Abs. 1 WVK bedarf es eines inhaltlich gleichartigen Vertrags und darüber hinaus der Übereinstimmung der Vertragsparteien des alten wie des neuen Vertrags¹⁶⁷. Beide Punkte zu bejahen ist nicht ohne weiteres möglich, wie hier am Beispiel des Falles Saluka aufgezeigt werden soll: Die Vertragsparteien des IIAs waren die Tschechoslowakei als Rechtsvorgänger von Tschechien¹⁶⁸ auf der einen und Deutschland auf der anderen Seite. Das Assoziierungsabkommen wurde dagegen von Tschechien und der EU abgeschlossen. Parallele Problematiken, jedenfalls was den Aspekt der Parteiidentität auf Seiten der Union beziehungsweise ihrer Mitgliedsstaaten angeht, stellen sich in nahezu allen Fällen. Bezieht man jedoch mit ein, dass die Assoziierungsabkommen im

¹⁶⁷ Dazu Giegerich, Dörr/Schmalenbach, Art. 59 WVK, Rn. 11ff.

¹⁶⁸ Zur Rechtsnachfolge in Folge des Zerfalls der Tschechoslowakei siehe ausführlich Mahulena Vloskova, ZaöRV 1993, S. 689, 689ff.

unionsrechtlichen Kontext der Einstimmigkeit unterliegen, vergleiche Art. 49 EUV, dürfte von einer entsprechenden Parteiidentität auszugehen sein. Dieser sieht zwar nicht für das Europäische Parlament, wohl aber für den Rat, also das Gremium der Regierungsoberhäupter der EU-Mitgliedsstaaten, Einstimmigkeit vor.

b) Gleicher Regelungsgegenstand

Fecak formuliert die Bedingung der Notwendigkeit zweier Verträge über den gleichen Inhalt anschaulich wie folgt: „*the test of whether two treaties deal with the ‘same subject matter’ is resolved through the assessment of whether the fulfilment of the obligation under one treaty affects the fulfilment of the obligation of another. This ‘affecting’ might then take place either as strictly preventing the fulfilment of the other obligation or undermining its object and purpose in one or another way*“¹⁶⁹. Ob es vorliegend eine solche problematische Überschneidung gibt, wird unten näher zu beleuchten sein. Die Anwendung von Art. 59 WVK scheitert bereits an anderen Kriterien.

Insgesamt ist Art. 59 WVK nur im Ausnahmefall anzuwenden. Zu Recht werden hohe Hürden dafür gesetzt, insbesondere identische (!) Zielsetzungen und ein vergleichbares Maß an Generalität¹⁷⁰.

Zweck und wesentlicher Inhalt gerade von internationalen Verträgen können regelmäßig aus der Präambel abgelesen werden. Die Präambel des EUV bezieht sich in drei der 14 Absätze auf wirtschaftliche Fragestellungen. Der für den Achmea-Fall grundlegende IIA war hingegen in seiner Präambel wie folgt ausgestaltet:

“Desiring to extend and intensify the economic relations between them particularly with respect to investments by the investors of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party, Recognizing that agreement upon the treatment to be accorded to such investments will stimulate the flow of capital and technology and the economic development of the Contracting Parties and that fair and equitable treatment is desirable”.

Modernere Investitionsschutzverträge stellen bereits in der Präambel nicht selten in höherem Maße auf einen angemessenen Ausgleich zwischen den Investitionsschutz und sonstigen öffentlichen Belangen des Heimatstaats ab¹⁷¹. In der Regel sind die Investitionsschutzverträge allerdings noch so ausgestaltet, dass sie nur den Schutz der Investitionen sicherstellen sollen, ohne das öffentliche

169 Fecak, Investment Agreements and EU Law, S. 388.

170 Binder, JWIT 2016, S. 964, 968.

171 Siehe insbesondere den norwegischen Mustervertrag von 2015, der in vielerlei Hinsicht den aufgekommenen Kritiken entgegenkommt. Siehe zu einer ausführlichen Analyse etwa Gatzsche, Aufhebungen und Abänderungen von Investitionsschutzabkommen, S. 41ff.

Regulierungsinteresse jedenfalls in so prominenter Weise zu betonen. Selbst den modernen IIAs allerdings durch deren größere Berücksichtigung von Regulierungsinteressen einen identischen Zweck zuzuschreiben, erscheint nicht als überzeugend.

Investitionsschutzrecht und Europarecht verfolgen also nicht gegensätzliche, sondern ähnliche, allerdings nicht identische Ziele, nämlich eine wirtschaftliche Integration etwas unterschiedlicher Art und unterschiedlichen Ausmaßes¹⁷². Die Ziele der Union sind sehr viel weiter und genereller als die des Investitionsschutzrechts¹⁷³. Sich abstrakt unmittelbar widersprechende Regelungen sind angesichts des vergleichbaren Zwecks zwar nicht ausgeschlossen, aber doch unwahrscheinlich.

Dem Assoziierungsabkommen und dem IIA tatsächlich den gleichen Inhalt zuzuschreiben ist ebenso fernliegend. Der Inhalt ist ähnlich, aber nicht deckungsgleich. Das Unionsrecht ist in seinen Regeln deutlich umfassender und im Assoziierungsabkommen selbst sind wiederum keinerlei Regelungen zum Investitionsschutz enthalten.

2) Übereinstimmender Parteiwille zur Beendigung

Das Schiedsgericht wies die oben erläuterte Argumentation Tschechiens insbesondere auch mit Blick auf die damalige Position der EU-Kommission zurück, die für eine Ungültigkeit des IIAs eine vorher erfolgte Kündigung desselben voraussetzte¹⁷⁴. Wenn also nicht einmal die Union vom Außerkrafttreten der Investitionsschutzverträge ausging, konnte kaum ein diesbezüglich übereinstimmender Wille festzustellen sein. Ein auf beiden Seiten vorhandener Wille die Investitionsschutzabkommen mit Beitritt zur Union zu beenden, lässt sich nicht eindeutig erkennen.

Dies scheint auch der Auffassung der Kommission zu entsprechen: Um den Grundsatz des *pacta sunt servanda* weitestgehend zu beachten, soll die Kollision von Unionsrecht und Investitionsschutzrecht nur zur Unanwendbarkeit einzelner Investitionsschützender Vorschriften führen, jedenfalls aber nicht

172 Für die europäische Perspektive GA Jääskinen zu EuGH C 264/09, Rn. 50; für die investitionsschiedsrechtliche Perspektive siehe etwa *Electrabel vs Ungarn*, ICSID Case No. ARB/07/19, Award vom 25.11.2015, Rn. 4.137; dazu jeweils *Rösch*, *Intraeuropäisches Investitionsschutzrecht*, S. 255 mwN; *Andersen/Hindelang*, *JWIT* 2016, S. 984, 998; *Binder*, *JWIT* 2016, S. 964, 968, *Gatzsche*, *Aufhebungen und Abänderungen von Investitionsschutzabkommen*, S. 62f.

173 *Böhm/Motaabbed*, *Austrian Yearbook on International Arbitration* 2014, S. 385f. Der Einordnung als zumindest ähnlich in der Zielrichtung steht auch Art. 345 AEUV nicht entgegen, der grundsätzlich die Eigentumsordnung der Mitgliedsstaaten von der Rechtssetzungskompetenz der Union ausnimmt, gleichzeitig aber einen Kernbestandteil der Investitionsschutzverträge ausmacht; siehe dazu Siehe auch *Gatzsche*, *Aufhebungen und Abänderungen von Investitionsschutzverträgen*, S. 68.

174 *Eastern Sugar/Tschechien*, Rn. 127.

zur Unwirksamkeit des ganzen Abkommens¹⁷⁵. Alternative 1 kann also nicht als einschlägig erachtet werden¹⁷⁶.

3) Alternativ: Ausschluss der parallelen Anwendung

Die Argumentation Tschechiens in den oben genannten Fällen ist zwar als Parteivorbringen in einem Fall verständlich, juristisch jedoch keineswegs überzeugend¹⁷⁷. Die Voraussetzungen des Art. 59 WVK sind nicht erfüllt. Zwar weisen Unionsrecht und Investitionsschutz erhebliche Ähnlichkeiten auf, daher ja auch der potenzielle Konflikt, von einem Vertrag über denselben Gegenstand zu sprechen, ist jedoch nicht überzeugend. Investitionsschützende Regelungen im Sinne klassischen völkerrechtlichen Investitionsschutzes machen einen kleinen Bruchteil des Europarechts aus und lassen erhebliche Regelungsbereiche außen vor. Andersherum zeigen etwa die Schiedsklauseln, dass es Gebiete gibt, die im Investitionsschutz nicht nur weniger präzise, sondern vor allem auch anders geregelt wurden als dies im Europarecht der Fall ist. Ist der Geltungsbereich auch nur eines Teils eines späteren Vertrags enger als der frühere, kann Art. 59 WVK nicht zur Anwendung kommen¹⁷⁸. Das Europarecht setzt insgesamt auf die Schaffung eines geregelten Binnenmarkts und stellt in seinen wirtschaftlichen Verflechtungen ein bisher ungekanntes Maß an wirtschaftlicher Zusammenarbeit dar¹⁷⁹, während das Investitionsschutzrecht nur einige Eckpfeiler für Änderungen in der Investitionspolitik eines Landes setzt. Von einer so weitgehenden Inkompatibilität¹⁸⁰, dass die Anwendung von Investitionsschutzrecht und Europarecht kein Raum mehr besteht, kann folglich nicht ausgegangen werden¹⁸¹.

Zu Recht argumentiert auch das Schiedsgericht im Achmea Fall mit Art. 65 WVK¹⁸², der die Notwendigkeit einer Notifikation statuiert, für den Fall, dass sich eine Vertragspartei aus

175 Achmea vs. Slowakei, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, 26.10.2010, Rn. 180.

176 *Gatzsche*, Aufhebungen und Abänderungen von Investitionsschutzverträgen, S. 70.

177 Interessant insgesamt die Darstellung des GA Wathelet zu EuGH C-284/16 (Rn. 34ff), der aufzeigt, wie sämtliche verklagten Staaten (insbesondere Tschechien, Spanien, Italien) sich auf die Unwirksamkeit der Schiedsklauseln berufen, während Länder die typischerweise Herkunftsländer der Investoren waren, diese Argumentation weitgehend zurückwiesen. Erstere setzten sich weiter auch dadurch ins Unrecht, dass sie bis auf wenige Ausnahmen ihre eigenen Investitionsschutzverträge nicht aufkündigten und so ihren (wenigeren aber vorhandenen) Investoren weiterhin den Schutz durch die BITs gewähren wollten; zu den Interessensgebundenen Argumentationen der EU-Mitgliedsstaaten bereits vorher siehe auch *Fecak*, International Investment Agreements and EU Law, S. 374.

178 *Fecak*, International Investment Agreements and EU Law, S. 385.

179 Dazu näher *Herdegen*, Internationales Wirtschaftsrecht, S. 62.

180 Zu den erheblichen Anforderungen an dieses Merkmal siehe *Giegerich*, Dörr/Schmalenbach, Art. 59 WVK Rn. 30ff.

181 Dies entspricht auch dem Standpunkt der herrschenden Lehre: Statt vieler *Schill*, Bungenberg/Reinisch/Tietje, EU and Investment Agreements, S. 50; *Rösch*, Intraeuropäisches Investitionsschutzrecht, S. 60ff; siehe zu einer näheren Analyse der Vergleichbarkeit auch unten unter Materieller Investitionsschutz.

182 Achmea vs. Slowakei, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, 26.10.2010, Rn. 235ff.; dazu auch *Rösch*, Intraeuropäisches Investitionsschutzrecht, S. 59f.

unterschiedlichen Gründen – unter anderem der Beendigung des Vertrags – nicht mehr an den Vertrag gebunden fühlt. In der Notifikation sind die relevanten Gründe abzugeben. Gemäß Abs. 5 ist die Notifikation zwingend, kann aber auch nach Berufung der anderen Partei auf den in Rede stehenden Vertrag noch abgegeben werden. Achmea ist allerdings keine andere Partei in diesem Sinne, nachdem sie nicht Vertragspartner des Investitionsschutzabkommens sind. Selbst wenn man die Einschlägigkeit von Art. 59 akzeptiert, bliebe jedenfalls gemäß Art. 65 Abs. 4 WVK der Streitbeilegungsmechanismus davon unberührt¹⁸³. Auch das Beispiel Achmea zeigt also: Die Intention den Investitionsschutzabkommen durch den EG-Vertrag zu ersetzen, wurde in keiner Weise deutlich: Weder wurden entsprechende Notifizierungen vorgenommen, noch der Vertrag aus der Übersicht der anwendbaren Verträge gelöscht. Im Gegenteil, Minister der slowakischen Regierung bezogen sich in ihrer Kommunikation mit Achmea in einer Form darauf, die ersichtlich die fortwährende Geltung des IIAs unterstellte¹⁸⁴.

Trotz unbestreitbarer Ähnlichkeiten zwischen den Regelungsgegenständen kann es folglich nicht überzeugen, Art. 59 WVK dergestalt anzuwenden, dass die Investitionsschutzverträge mit Beitritt der jeweils zweiten Vertragsstaaten des IIAs zur Union hinfällig geworden sind, weil weder die notwendige Notifikation erfolgt ist, noch es sich um denselben Vertragsgegenstand gehandelt hat, der für die weitreichende Folge des Art. 59 WVK eng auszulegen ist¹⁸⁵. Auch ein entsprechender Parteiwille lässt sich nicht feststellen.

Auch wenn dies auch nur mit dem Argument der Schaffung von Rechtssicherheit begründet sein mag, so sprechen doch die Existenz von Vorschriften bezüglich der Beendigung bisheriger IIAs etwa in Art. 30.8 CETA jedenfalls als Indiz für deren Notwendigkeit. Wäre eine automatische Beendigung gemäß Art. 59 WVK erfolgt wären diese andernfalls unnötig¹⁸⁶.

Art. 59 WVK führt folglich nicht zur vollständigen Unanwendbarkeit der IIAs. Letztendlich kann also nicht davon ausgegangen werden, dass die Investitionsschutzverträge implizit mit Beitritt des zweiten Vertragsstaats zur EU beendet wurden¹⁸⁷.

183 *Ghuri*, Interaction and Conflict of Treaties in Investment Arbitration, S. 175.

184 Siehe für eine diesbezügliche Übersicht *Achmea vs. Slowakei*, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, 26.10.2010, Rn. 100ff (dabei handelt es sich zwar um die Anträge von Achmea (Claimant), die aber von der Slowakei (Respondent) insoweit nicht bestritten wurden).

185 *Carducci*, ICSID Review 2018, 582, 605; *Fecak*, International Investment Agreements and EU Law, S. 383ff.

186 So im Ergebnis auch *Carducci*, ICSID Review 2018, 582, 603f. Jedenfalls im Verhältnis zu Drittstaaten bedarf es der Beendigungsvorschriften auch allein zum Schutz des Vertrauens des Drittstaates.

187 Sehr ausführlich dazu *Rösch*, Intraeuropäisches Investitionsschutzrecht, S. 42ff.

III. Teilweise Unanwendbarkeit des Investitionsschutzabkommens gemäß Art. 30 WVK

Weiterhin käme eine teilweise Unanwendbarkeit der Investitionsschutzverträge gemäß Art. 30 Abs. 2 und 3 in Betracht, die wie folgt lauten:

Art. 30 Anwendung aufeinander folgender Verträge über denselben Gegenstand

(2) Bestimmt ein Vertrag, dass er einem früher oder später geschlossenen Vertrag untergeordnet ist oder nicht als mit diesem unvereinbar anzusehen ist, so hat der andere Vertrag Vorrang.

(3) Sind alle Vertragsparteien eines früheren Vertrags zugleich Vertragsparteien eines späteren, ohne dass der frühere Vertrag beendet oder nach Art. 59 suspendiert wird, so findet der frühere Vertrag nur insoweit Anwendung, als er mit dem späteren Vertrag vereinbar ist.

Art. 30 der WVK soll folglich die Fälle regeln, in denen unterschiedliche, gleichzeitig anwendbare Verträge in einem konkreten Fall unterschiedliche Ergebnisse erfordern¹⁸⁸. Bejaht man die Einschlägigkeit von Art. 30, hat dies, im Gegensatz zu Art. 59 WVK, folglich nur Auswirkungen auf einen konkreten Fall und ist nicht ohne weiteres auf andere Konstellationen übertragbar. Im Zweifel müsste ein Investitionsschiedsgericht materielles Recht aus dem IIA zu Gunsten von entsprechenden unionsrechtlichen Regelungen außen vor zu lassen¹⁸⁹.

1) Normenhierarchie zwischen EU-Recht und Investitionsschutzrecht

Nachdem sowohl die Investitionsschutzverträge als auch das Europarecht (unter anderem) die gleichen Vertragsparteien haben, wäre eine Klausel, die ein Über- oder Unterordnungsverhältnis in einem der Verträge bestimmt, die erste Quelle den Konflikt zwischen den Normen zu bestimmen. Grundsätzlich sind völkerrechtliche Verträge gleichrangig und damit auch gleichzeitig anzuwenden, sofern sich nicht eine andere Einstufung aus den jeweiligen Verträgen ergibt¹⁹⁰.

Weder EUV noch AEUV bestimmen eine klare Rangordnung, die das Unionsrecht über die Investitionsschutzverträge stellen würde¹⁹¹. In Betracht käme zwar etwa Art. 344 AEUV. Dieser könnte als *lex specialis* anderen Konfliktlösungsmechanismen vorgehen und damit nicht nur von den

188 Orakhelashvili, ICSID Review 2016, S. 344, 354, insbesondere dort Fn. 24.

189 Orakhelashvili, ICSID Review 2016, S. 344, 357.

190 So auch die Auslegungspraxis der Investitionsschiedsgerichte, siehe nur CME vs. Tschechien, Partial Award, 13.09.2001, Rn. 419.

191 Diese sind im Bereich von IIAs generell eher unüblich, aber gerade in neueren Verträgen durchaus vorhanden, siehe die Verträge etwa von Kanada mit Peru und Kolumbien; dazu Kammerhofer, Cordonier-Segger/Gehring/Newcombe, Sustainable Development in World Investment Law, S. 97 mwN; ebenso Rösch, Intraeuropäisches Investitionsschutzrecht, S. 93.

Mitgliedsstaaten zu beachten sein. Überzeugend ist diese Lösung etwa in Hinblick auf den IGH, dem eine allgemeine Zuständigkeit für Fragen des Völkerrechts zugeordnet ist. Hier lässt sich gut vertreten, dass für innereuropäische Streitigkeiten eine Entscheidung durch den EuGH spezieller wäre. Für die Investitionsschiedsgerichte muss allerdings wohl anderes gelten. Zwar können auch diese für Streitigkeiten aller Staaten mit entsprechenden Investitionsschutzverträgen zuständig sein, aber die Materie ist beschränkter und damit wohl spezieller als die des EuGH¹⁹². Darüber hinaus ist Art. 344 aus völkerrechtlicher Sicht als Binnenrecht allenfalls zwischen den betroffenen Staaten anwendbar¹⁹³, also nur insoweit beachtlich wie das Unionsrecht insgesamt¹⁹⁴.

Eine strikte Rangordnung wäre auch in jedem Fall für den Investor nachteilig: Der Vorrang des Unionsrechts würde zu Beschneidungen seiner Rechte führen, der Vorrang des Investitionsschutzrechts dafür sorgen, dass entsprechende Schiedssprüche wegen Verstoßes gegen das Unionsrecht faktisch nicht mehr vollstreckbar wären¹⁹⁵. Anders als für alte völkerrechtliche Verträge mit Drittstaaten, deren grundsätzliche Fortgeltung in Anwendung von Art. 351 AEUV statuiert wurde¹⁹⁶, wurde eine solche Regelung für Abkommen zwischen Staaten die EU-Mitglieder waren, nicht für notwendig erachtet, da das Unionsrecht seinem eigenen Verständnis nach die Rechtsbeziehungen der Mitgliedsstaaten untereinander vorrangig regeln sollte¹⁹⁷. Auch die Investitionsschutzverträge enthalten typischerweise keine Über- oder Unterordnungsklausel, sondern bestimmen meist, dass andere völkerrechtliche Bestimmungen, die zwischen den Vertragsstaaten gelten, ebenfalls durch das Schiedsgericht zu berücksichtigen sind. Eine klare Normenhierarchie zwischen dem Unionsrecht und dem Investitionsschutzrecht besteht folglich nicht.

Im nächsten Schritt ist folglich zu prüfen, inwieweit die beiden Rechtsgebiete sich in ihrer Anwendung gegenseitig ausschließen.

2) Vereinbarkeit von Unionsrecht und Investitionsschutzrecht

In der Achmea-Entscheidung hat der EuGH allerdings zumindest für die Schiedsklausel als solche die Derogation dieser Klausel durch das Europarecht angenommen. Geht man überzeugenderweise davon aus, dass dem EuGH die Auslegung der EU-Verträge obliegt, kann er folglich auch von einer solchen

192 Lock, Das Verhältnis des EuGH zu internationalen Gerichten, S. 211.

193 Für die – fehlende – Anwendbarkeit im Mox Plant Fall siehe etwa Wegener, ZUR 2006, S. 582, 584.

194 Siehe dazu oben unter Anwendbarkeit des Unionsrechts.

195 Rösch, Intraeuropäisches Investitionsschutzrecht, S. 253f.

196 Siehe dazu Verordnung 1219/12; ausführlich dazu unten unter Einzelstaatliche Investitionsschutzabkommen.

197 Dazu Fecak, International Investment Agreements and EU Law, S. 390ff.

Unvereinbarkeit ausgehen¹⁹⁸. Andererseits haben auch die Schiedsgerichte als die zur Auslegung der IIAs berufenen Organe eine Auslegungskompetenz bezüglich der Investitionsschutzabkommen. Soweit sie also ihre eigene Kompetenz bejahen ist das Argument wieder ausgeglichen.

Auch wenn Art. 30 WVK in seiner Formulierung deutlich weiter gehalten ist als Art. 59 WVK¹⁹⁹, ist auch Art. 30 WVK generell zurückhaltend anzuwenden. Die Regelung greift nur, wenn unterschiedliche und beide anwendbare Verträge im konkreten Fall eindeutig ein unterschiedliches Ergebnis erfordern, also eine Unvereinbarkeit besteht, die nicht durch Auslegung der unterschiedlichen Verträge behoben werden kann²⁰⁰.

Ein Auslegungskriterium wäre etwa noch Art. 31. Abs. 1 lit. c WVK, der besagt, dass bei der Auslegung der internationalen Verträge, spätere zwischen den Parteien geschlossene völkerrechtliche Verträge miteinzubeziehen sind. Solche impliziten Änderungen sind allerdings nur insoweit möglich, als diese nicht dem eindeutigen Wortlaut des ursprünglichen Vertrags widersprechen²⁰¹. Damit soll auch dem völkerrechtlichen Grundsatz der grundsätzlich harmonischen Auslegung unterschiedlicher Verträge Geltung verliehen werden.

Aus Sicht des Investitionsschutzrechts ist das Verhältnis zum Unionsrecht systematisch nicht anders als das zum nationalen Recht, es handelt sich also nicht um gegensätzliche, sondern um komplementäre Regelungen²⁰².

Inwiefern diese Unvereinbarkeit auch für weitere Teile der Investitionsschutzverträge anzunehmen ist, hat der EuGH, mangels Entscheidungserheblichkeit, offengelassen. Nachfolgend sollen dennoch die Bereiche möglicher materiell-rechtlicher Überschneidungen überblicksartig dargestellt werden (B).

198 *Wehland*, SchiedsVZ 2008, S. 222, 227; siehe dazu auch *Lang*, Transnationales Wirtschaftsrecht, Nr. 156, S. 40; a. A. *Rösch*, Intraeuropäisches Investitionsschutzrecht, S. 87; siehe zur Einstufung der Achmea-Entscheidung als Teil des Völkerrechts etwa auch *Vattenfall vs. Deutschland*, Decision on the Achmea Issue, 31.08.2018, Rn. 146.

199 Siehe dazu etwa *von der Decken*, Dörr/Schmalenbach, Art. 30 WVK, Rn. 12ff mwN.; dazu auch *Rösch*, Intraeuropäisches Investitionsschutzrecht, S. 89ff.

200 *Rösch*, Intraeuropäisches Investitionsschutzrecht, S. 89ff; siehe auch *Orakhelashvili*, ICSID Review 2016, S. 344, 354, dort insbesondere Fn. 24; so auch *Carducci*, ICSID Review 2018, S. 582, 605.

201 *Vattenfall vs. Deutschland*, Decision on the Achmea Issue, 31.08.2018, Rn. 151ff.

202 *Binder*, JWIT 2016, S. 964, 973 mwN.; *Enron vs. Argentinien*, ICSID Case Nr. ARB/01/3 vom 22.05.2007, Rn. 207.

IV. Fazit

Schlussendlich kann es folglich nicht überzeugen, aufgrund der Regeln der WVK die Investitionsschutzverträge oder auch nur Teile davon außer Acht zu lassen²⁰³. Sofern keine hinreichende Klarheit besteht, dass die Parteien etwas anderes gewollt haben, ist vom Fortbestehen der alten Verträge auszugehen²⁰⁴. Selbst wenn man das Unionsrecht als jedenfalls zwischen den Mitgliedsstaaten höherrangiges Sondervölkerrecht einordnet, muss allgemein die Verlässlichkeit des Völkerrechts gewahrt bleiben²⁰⁵, die eine klare Disposition der Parteien über die (Un-) Gültigkeit der Verträge erfordert hätte. Dies entspricht auch der schiedsgerichtlichen Praxis, sowohl vor als auch nach der Achmea-Entscheidung. Mit dem Verweis, diese sei nicht auf ICSID oder ECT Verfahren übertragbar, haben durchweg alle Schiedsgerichte in Intra-EU-Verfahren ihre Kompetenz auch weiterhin bejaht²⁰⁶.

Auch die Praxis der Mitgliedsstaaten, nämlich das erfolgte oder jedenfalls angekündigte Aufkündigen der Intra-EU-IIAs, spricht gegen eine Beendigung aufgrund der Vorschriften der WVK. Dabei ist zu beachten, dass der gängigen Praxis im Völkerrecht eine weitaus höhere Bedeutung bei der Gestaltung des geltenden Rechts zukommt, als dies sonst der Fall ist²⁰⁷.

Selbst wenn man also die (sinngemäße) Anwendung der WVK bejaht²⁰⁸, sind die Voraussetzungen des Art. 59, 65 WVK eindeutig nicht erfüllt, ebenso wenig wie die des Art. 30 WVK. Dies entspricht auch dem der WVK zugrundeliegenden Grundsatz, Verträge grundsätzlich harmonisch auszulegen, also von verschiedenen Auslegungen diejenige zu wählen, die nicht im Konflikt mit anderen Verträgen steht²⁰⁹. Eine solche Auslegung wird im Zweifel dem Willen der Parteien entsprechen, sofern diese nicht etwas anderes vereinbart haben. Ein solcher Grundsatz ist auch regelmäßig in den nationalen Verfassungen (etwa Art. 25 GG BRD) und auch im Unionsrecht anerkannt und ist bei der Auslegung des Rechts

203 Durchaus mit überzeugenden Argumenten gegen die Anwendung der üblichen Kollisionsregeln über die Anwendbarkeit von Normen in diesem Bereich etwa *Kammerhofer, Cordonier-Segger/Gehring/Newcombe, Sustainable Development in World Investment Law*, S. 91ff.

204 Streng bezüglich des Nachweises eines entsprechenden Parteiwillens etwa *Orakhelashvili*, ICSID Review 2016, S. 344, 358.; allenfalls ließe sich argumentieren, dass die IIAs die zur wirtschaftlichen Annäherung der ehemaligen Ostblockstaaten an die Union zur Vorbereitung ihres Beitritts abgeschlossen wurden durch letzteres Ereignis sozusagen auflösend bedingt waren. Nachdem sich für einen solchen Willen der Parteien allerdings nicht genügend Anhaltspunkte finden lassen kann es im Interesse der Rechtssicherheit nicht überzeugen so weitgehende Folgen aus den grundsätzlichen Absichtserklärungen bei Abschluss der IIAs zu knüpfen.

205 Dazu etwa *Nikolov/Dünkelsbühler*, SchiedsVZ 2019, S. 141, 142.

206 Siehe dazu etwa *Höfling*, SchiedsVZ 2019, S. 86, 88 mwN; siehe auch *Nikolov/Dünkelsbühler*, SchiedsVZ 2019, S. 141, 141f mwN.

207 Siehe dazu etwa *Herdegen*, Völkerrecht, § 16 Rn. 1ff.

208 Siehe dazu oben unter Ergebnis.

209 Zum Grundsatz der „harmonious interpretation“ etwa *Fecak*, International Investment Agreements and EU Law, S. 392; *Binder*, JWIT 2016, S. 964, 974f.

regelmäßig unter dem Stichwort „völkerrechtsfreundliche Auslegung“ mitzuberücksichtigen²¹⁰. Jedenfalls auf dieser abstrakten Ebene ist noch nicht von einer Unvereinbarkeit von Investitionsschutzrecht mit dem Unionsrecht auszugehen²¹¹.

Um die Reichweite der Problematik verständlich zu machen, sollen im nächsten Schritt die Regelungen des materiellen Investitionsschutzes dargestellt werden, die in ihren Grundsätzen sowohl im Unionsrecht als auch – natürlich – im Investitionsschutzrecht verankert sind.

B Materieller Investitionsschutz

Um die Problematik überschneidender Regelungsgebiete des Investitionsschutzrechts mit dem Europarecht darlegen zu können, sollen im Folgenden kurz die typischen materiellen Inhalte von Investitionsschutzverträgen aufgezeigt werden. Dieses Vorgehen bietet sich an, weil Investitionsschutzverträge in ihrer jedenfalls noch vorherrschenden klassischen Ausgestaltung eine sehr beschränkte Anzahl an materiellen Schutzvorschriften haben²¹² und es so möglich ist, diesen relativ umfänglich ihnen entsprechende europarechtliche Vorschriften zuzuordnen. Gerade die Intra-EU-IIAs weisen eine besonders große Ähnlichkeit auf²¹³. Andersherum wäre es unmöglich, alle europarechtlichen Vorschriften darzustellen, die im Investitionsschutzrecht immer nur dieselben wenigen Parallelen hätten.

Aufgrund der weiten Formulierungen des Investitionsschutzes ist es jedoch regelmäßig nicht möglich eine deckungsgleiche Regelung zu finden – wäre dies der Fall, wäre die Problematik ähnlicher wenn auch nicht gleicher, Regelungen auch weniger relevant. Schließlich kann die Zuordnung von EU-Regelungen zum Investitionsschutzrecht nur beispielhaft erfolgen, eine abschließende Aufzählung ist weder im Rahmen dieser Arbeit machbar, noch aufgrund der sich dauerhaft wandelnden Vorschriften, insbesondere des Unionsrechts von bleibendem Nutzen²¹⁴. Nicht alle investitionsschützenden Normen sind unionsrechtlicher Natur, denn Art. 207 AEUV beinhaltet keine Kompetenz der Union, den

210 Dazu für das Unionsrecht etwa EuGH C-286/90, Rn. 9; EuGH NJOZ 2008, S. 4499, 4509; zur Bedeutung im Investitionsschutzrecht *Börnsen*, Nationales Recht in Investitionsschiedsverfahren, S. 201.

211 So auch *Fecak*, International Investment Protection and EU Law, S. 393; Die Unmöglichkeit über das Völkervertragsrecht zu einer zufriedenstellenden Lösung zu kommen zeigt exemplarisch das generelle Fehlen einer konsistenten international anerkannten Lösung zum Konflikt völkerrechtlicher Verträge, dazu etwa *Athen/Dörr*, Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 344 AEUV, Rn. 20; kritisch zur Anwendung der üblichen Regeln des Normkonflikts auch etwa *Binder*, JWIT 2016, S. 964, 972.

212 Trotz der großen Zahl materieller Investitionsschutzabkommen ist deren Inhalt oft sehr ähnlich, siehe dazu zum Beispiel *Joubin-Bret/Rey/Weber*, *Segger-Cordonier/Gehring/Newcombe*, Sustainable Development in World Investment Law, S. 19ff.

213 Dies liegt darin begründet, dass alle dieser Abkommen dazu gedacht waren, die ehemaligen Ostblockstaaten an die EU heranzuführen; siehe schon oben unter 20. Jahrhundert: Neue Welt- (wirtschafts-)ordnung; siehe ausführlich auch *Sattorova*, JWIT 2016, S. 895, 896.

214 Ausführlich zu den Schwierigkeiten der Vergleichbarkeit des materiellen Investitionsschutzes etwa *Fecak*, International Investment Agreements and EU Law, S. 67ff.

Investitionsschutz zwischen den Mitgliedsstaaten zu regeln. Dafür greifen lediglich die Grundfreiheiten²¹⁵. Wie oben bereits angesprochen, besteht eine grundsätzliche Vergleichbarkeit von Investitionsschutzrecht mit den wirtschaftsbezogenen Grundrechten beziehungsweise, auf europäischer Ebene, den Grundfreiheiten, die zwar sehr abstrakte rechtliche Grundsätze statuieren, aber in zahllosen Einzelnormen ihre Konkretisierung finden²¹⁶.

Auf die trotz aller Ähnlichkeit im Detail unterschiedlichen Vorschriften des Investitionsschutzrechts kann nicht im Einzelnen eingegangen werden. Es soll jedoch ein Überblick über die wichtigsten Regelungen gegeben werden, der keinen Anspruch auf Vollständigkeit haben kann. Als wichtig werden hierbei diejenigen Klauseln erachtet, die regelmäßig Inhalt eines IIAs sind und vom Investor im Falle einer Klage als verletzt geltend gemacht werden. Auch die Darstellung der europarechtlichen Entsprechungen zu den Investitionsschutzvorschriften ist lediglich überblicksartig. Gerade bei generalklauselartig gefassten Schutzvorschriften wie *fair and equitable treatment* aber auch den meisten anderen investitionsschützenden Standards sind die Umsetzungen dieser Klausel im Europarecht so zahlreich, dass sie nur beispielhaft benannt werden können.

Ganz allgemein formuliert gibt es im Unionsrecht drei und im Investitionsschutzrecht zwei Voraussetzungen für den Investor, um auf Schadensersatz klagen zu können: Das Investitionsschutzrecht verlangt eine Verletzung einer Verpflichtung aus internationalem Recht, die dem Staat zugerechnet werden kann. Das Unionsrecht verlangt eine drittschützende Norm, gegen die in hinreichend schwerer Art und Weise verstoßen wurde, was kausal einen Schaden verursacht hat²¹⁷. Die Voraussetzungen sind folglich sehr ähnlich. Normen des Investitionsschutzes sind generell drittschützend, auch Kausalität und Schaden werden natürlich auch im Investitionsschutzrecht geprüft. Der Hauptunterschied ist folglich, dass es keines besonders schwerwiegenden Verstoßes bedarf, um im Investitionsschutzrecht eine Schadensersatzpflicht zu begründen.

Im Folgenden sollen zunächst die unterschiedlichen Schutzkonzepte (I) dargestellt werden, bevor eine Einzelanalyse der verschiedenen Schutzstandards vorgenommen wird (II-VII). Abschließend folgt eine Darstellung wirtschaftsrelevanter unionsrechtlicher Vorschriften ohne typische Entsprechung im Investitionsschutzrecht (VIII und IX).

215 Hinojosa-Martinez, JWIT 2016, S. 86, 103f.

216 Dazu etwa Bungenberg, VerwArch 2014, S. 382, 386.

217 Nach Paporinskis, JWIT 2016, S. 919, 929.

I. Unterschiedliche Schutzkonzepte

Investitionsschutzrecht und Unionsrecht haben eine unterschiedliche Wirkweise, um den Investitionsfluss zwischen den Staaten zu fördern. Diese soll hier zunächst abstrakt dargestellt werden, bevor im Anschluss auf die einzelnen investitionsschützenden Standards eingegangen wird.

1) Investitionsschutzrechtliche Standards

Das klassische internationale Investitionsschutzrecht enthält verschiedene Schutzstandards für ausländische Investoren. Diese sind zumeist recht offen formuliert, um auf eine Vielzahl möglicher Szenarien angewendet werden zu können. Für den Investor enthalten die Vorschriften in aller Regel nur Rechte. Die konkreten Verpflichtungen und Regulierungen werden dem nationalen Recht überlassen. Aus der Offenheit der Schutzpflichten folgt auch, dass das Investitionsschutzrecht dem Staat keine konkreten Handlungen vorschreibt, sondern gewisse Maßstäbe abstrakt festsetzen soll, anhand derer die Vereinbarkeit der staatlichen Maßnahme mit dem IIA geprüft wird.

Die unterschiedlichen Schutzstandards des Investitionsschutzrechts sind nicht strikt voneinander zu trennen, sondern betreffen im Gegenteil oft unterschiedliche Aspekte der gleichen Frage. Eine klare Abgrenzung untereinander ist also nicht nur unmöglich, sondern auch nicht von den Vertragsstaaten vorgesehen. Darüber hinaus schützen die investitionsschutzrechtlichen Standards im Grundsatz, soweit denklogisch möglich, sowohl den Investor als auch die Investition als solche.

Für den Bereich des Investitionsschutzes sei darüber hinaus noch folgendes angemerkt: Die materiellen Regelungen und Schutzstandards für die Investition sind völkerrechtlicher Natur. Das hat zweierlei Konsequenzen: Das Völkerrecht kann nicht verhindern, dass das nationale Recht später geändert wird, gleichzeitig kann das geänderte nationale Recht aber einer völkerrechtlichen Verpflichtung nicht entgegeng gehalten werden, Art. 27 WVK. Im Gegenteil kann die Änderung des nationalen Rechts durchaus eine Verletzung der völkerrechtlichen Pflichten darstellen, selbst wenn die Völkerrechtswidrigkeit nicht auf die Gültigkeit der nationalen Regeln durchschlägt.

Aus der völkerrechtlichen Natur der Investitionsschutzregelungen folgt auch ein weiterer erheblicher allgemeiner Unterschied, nämlich die Wirkweise von Investitionsschutz- und Europarecht im nationalen Recht. Wenn Europarecht anwendbar ist, besteht ein Anwendungsvorrang vor dem nationalen Recht. Diese Schlussfolgerung ist für das Investitionsschutzrecht nicht möglich. Dieses tritt vielmehr neben das nationale Recht. Ohne Umsetzungsakt kann das Investitionsschutzrecht aber

aufgrund des dualistischen Systems²¹⁸, welches in den Mitgliedsstaaten der EU vorherrschend ist, weder durch die Exekutive, noch die Judikative unmittelbar angewandt werden. Etwas anderes gilt für völkerrechtliche Abkommen der Union selbst. Diese gelten ohne weiteren Anwendungsbefehl²¹⁹. Eine Einflussnahme des Investitionsschutzrechts ist sonst nur im Wege der völkerrechtsfreundlichen Auslegung (zum Beispiel Art. 24 GG) innerhalb der einer Auslegung gesetzten Grenzen möglich. Das Europarecht hingegen kann entgegenstehende oder anderslautende nationale Regeln selbst dann verdrängen, wenn es nicht in nationales Recht umgesetzt worden ist²²⁰.

Im Bereich des Investitionsschutzrechts ist zwischen zwei unterschiedlichen Standards zu unterscheiden: absolute Standards und relative Standards. Erstere erwachsen aus dem internationalen Recht, ohne dass ein Bezug auf das nationale Recht unbedingt notwendig ist²²¹. Bei Letzteren bestimmt sich jedoch die Stellung des Investors anhand eines Vergleichs zu Investoren aus anderen Ländern (sogenanntes *most-favoured-nation treatment*, bzw MFN) oder zu Inländern (*national treatment*)²²². Bedeutsam ist diese Unterscheidung daher insbesondere für die Rolle des nationalen Rechts. Bei absoluten Standards kann das nationale Recht allenfalls als Auslegungshilfe herangezogen werden, kann aber nicht über die Verletzung eines absoluten Standards entscheiden. Anderes gilt für die relativen Standards. Um eine Aussage über die Rechtsposition anderer Investoren, seien diese aus Drittstaaten oder dem Gaststaat selbst, zu treffen, muss das Investitionsschiedsgericht nationales Recht genauer analysieren. Allgemein lässt sich dazu noch anmerken, dass die Bedeutung von absoluten Standards sinkt, je höher entwickelt das nationale Rechtssystem ist. Das Unionsrecht hat, ganz im Gegensatz zum Investitionsschutzrecht, seinen Ursprung in den relativen Standards, insbesondere dem Diskriminierungsverbot, die nach und nach zu Beschränkungsverboten ausgebaut wurden.

Die staatliche Bindung an die versprochenen Standards hat hier zwei Aspekte: Zum einen gilt sie für die Beziehung Staat-Staat, zum anderen aber, wie ein Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter²²³,

218 Im Gegensatz zum monistischen, siehe dazu unten unter **Error! Bookmark not defined.**. Zur Komplementärfunktion von nationalem und internationalem Recht auch unten unter Anwendbares Recht im Schiedsverfahren.

219 Siehe dazu *Hobe*, Europarecht, § 10, Rn. 80; sofern sie inhaltlich unbedingt und hinreichend bestimmt sind, können sie auch unmittelbare Wirkung entfalten.

220 Zum Anwendungsvorrang etwa ausführlich *Hobe*, Europarecht, § 10, Rn. 94ff.

221 Trotzdem ist dabei der nationale Entwicklungsstand zu berücksichtigen, insbesondere bei der Bemessung dessen, ob der Gaststaat seine *due diligence* Verpflichtungen erfüllt hat.

222 Dazu auch *Diehl*, The core standard of international investment protection, S. 10; Redfern/Hunter on International Arbitration, S. 485.

223 *Oeter*, Ipsen, Völkerrecht, S. 1038; *Diehl*, The core standard of international investment protection, S. 303ff; ein echter Vertrag zu Gunsten Dritter ist in Investitionsschutzverträgen aber regelmäßig nicht zu sehen, siehe dazu *Gatzsche*, Aufhebungen und Abänderungen von Investitionsschutzabkommen, S. 163 mwN; damit würden

auch vom Gaststaat gegenüber dem Investor. Aus dieser Doppelbeziehung folgt auch, dass der Investor nur über seine eigenen Rechte im konkreten Fall verfügen kann, nicht aber generell auf den Schutz durch den IIA im Allgemeinen²²⁴. Die Vertragsstaaten wachen also in generellerer Form über die Einhaltung des IIAs. Sie haben zwar auch selbst eine Klagemöglichkeit²²⁵, diese bezieht sich allerdings nicht auf die verletzten Rechte des Investors unmittelbar, sondern vielmehr auf die eigenen verletzten Interessen.

2) Unionsrechtliche Standards

Für das unionsrechtliche Investitionsschutzregime lässt sich mit den Worten von Fecak insbesondere folgendes feststellen: „*There is no comprehensive EU policy specifically devoted to ‘investment’ within the understanding of the term in international investment law. The investment-related rules of EU law are diffused within the legal framework of the internal market (...)*“²²⁶. Stattdessen erfolgt der Investitionsschutz durch primäres und sekundäres Unionsrecht, die Grundrechtecharta, nationales Recht und die EMRK²²⁷. So sehr diese Tatsache auch den Investitionsschutz innerhalb der EU erschwert und eine andere Lösung wünschenswert machen würde, so wenig dürfte sie zu ändern sein: Angesichts der unzähligen Rechtsgebiete, durch die Investitionen gefördert oder beschränkt werden können, wäre der Versuch ein Regelungswerk zu schaffen, welches umfassend den Schutz von Investitionen regelt, notwendigerweise erfolglos²²⁸. Im Europarecht wird der Investitionsschutz stattdessen im Wesentlichen durch Art. 26ff. AEUV, die Vorschriften zur Verwirklichung des Binnenmarkts, umgesetzt, der den freien Fluss von Waren, Dienstleistungen und Kapital sowie die Niederlassungsfreiheit und die Arbeitnehmerfreizügigkeit umfasst.

Im Folgenden werden nur die investitionsschützenden Vorschriften des Primärrechts dargestellt, insbesondere auch die GrCH, die gemeinsam ein „*Gesamtsystem wirtschaftlicher Freiheit*“ ergeben sollen²²⁹. Die entsprechenden Vorschriften des unionsrechtlichen Sekundärrechts und der EMRK werden bewusst außen vorgelassen, weil sie in der Summe den Rahmen dieser Arbeit sprengen

den Investoren zu weitreichende Kompetenzen bezüglich späterer Vertragsänderungen eingeräumt, die durch die Vertragsstaaten nicht gewollt wurden; siehe dazu näher unten unter Miteinbeziehung Dritter.

224 Siehe zur Problematik etwa *Griebel*, Internationales Investitionsschutzrecht, S. 92f.

225 Dies ist zwar die Ausnahme, bisher gab es lediglich drei Staats-Staats-Investitionsschiedsverfahren, zwei davon dienten allerdings gerade dazu einem unliebsamen Ergebnis eines ISDS entgegengehalten werden zu können; siehe dazu etwa *Kriebaum*, ICSID Review 2018, S. 1, 21ff – zur Vermeidung dieser Situation wurde inzwischen Art. 27 der ICSID Konvention eingefügt; siehe zur Problematik auch *Dalhuizen/Guzman*, The applicable Law in foreign investment disputes, verfügbar unter <http://ssrn.com/abstract=2209503>, zuletzt abgerufen am 12.04.19, S. 12f.

226 *Fecak*, International Investment Agreements and EU Law, S. 6.

227 *Andersen/Hindelang*, JWIT, 2016, S. 984, 991

228 Das Investitionsschutzrecht ist auch deshalb so abstrakt gehalten.

229 *Frenz*, Europäische Grundfreiheiten, Rn. 64.

würden. Auf die EMRK²³⁰ wird trotzdem teilweise verwiesen, um aufzuzeigen, dass vermeintliche Lücken im Unionsrecht, was den Investitionsschutz angeht, teilweise kleiner sind, als es zunächst scheint²³¹. Nachdem der Beitritt der Union zur EMRK bisher allerdings gescheitert ist²³², handelt es sich dabei allerdings auch nicht um Unionsrecht im engeren Sinne und ist für die Handlungen der Union noch nicht im gleichen Maße verbindlich. Allgemein lässt sich darüber hinaus festhalten, dass unionsrechtlicher Investitionsschutz in erster Linie durch die Vorschriften zu den Grundfreiheiten verwirklicht wird. Diese binden die Mitgliedsstaaten in ihrem Anwendungsbereich umfassend und sind nicht, wie beispielsweise die unionsrechtlichen Grundrechte, auf die Umsetzung von Unionsrecht beschränkt²³³.

Die Standards des Investitionsschutzrechts sind jedenfalls nicht schon deshalb mit dem Unionsrecht unvereinbar soweit sie über den Schutz des Unionsrechts hinausgehen. Grundsätzlich sind die Mitgliedsstaaten frei, einen weitergehenden Schutz für Investitionen zu gewähren, sofern dabei das Unionsrecht, etwa das Wettbewerbsrecht, beachtet wird²³⁴.

Ein weiterer allgemeiner Unterschied zwischen Investitionsschutzrecht und Unionsrecht ist der folgende: Das Unionsrecht liberalisiert Investitionen nicht nur, sondern reguliert diese auch an vielen Stellen. Solche Regelungen sind in IIAs selten bis gar nicht anzutreffen²³⁵.

Für den Enteignungsschutz (II) und die fair and equitable treatment clause (III) gilt, dass diese wohl nicht nur dem Investitionsschutzrecht, sondern dem allgemeinen Völkergewohnheitsrecht zuzuordnen sind, wenn auch das Investitionsschutzrecht in der Reichweite seines Schutzes nicht selten über letzteres hinausgehen wird. Inwieweit auch full protection and security (V) vom Völkerrecht umfasst ist, ist umstritten. Unzweifelhaft nur durch entsprechende Verträge gewährleistet sind jedenfalls das

230 Alle EU-Mitgliedsstaaten haben auch die EMRK ratifiziert, ein Beitritt der Union selbst ist in Art. 6 Abs. 2 EUV vorgesehen, scheiterte bisher allerdings an einem unionsrechtskonformen Beitrittsabkommen; siehe näher dazu unten unter EuGH Gutachten zum Beitritt der EU zur EMRK.

231 Der Schutz von Investitionen durch die EMRK ist zwar hilfreich, weist aber gegenüber dem klassischen Investitionsschutz einige Nachteile auf, in materieller Hinsicht etwa die Bemessung des Schadensersatzes bei Enteignungen; dazu *Boknik*, *EuZW* 2018, S. 837, 837. Dazu kommt insbesondere die erschwerte Durchsetzbarkeit, mangels Anwendbarkeit der New York Convention, die eine relativ einfache Durchsetzung in mehr als 150 Staaten für Schiedssprüche garantiert, näher dazu unten unter Gewährleistung der Geltung des Unionsrechts durch Kontrolle durch ein vorlageberechtigtes Gericht.

232 Dies wird wohl auf absehbare Zeit auch so bleiben wie sich insbesondere aus der Rechtsprechung des EuGH ergibt, die im Folgenden für die Investitionsschiedsgerichte noch aufzuzeigen ist.

233 Siehe dazu etwa *Frenz*, *Europäische Grundfreiheiten*, Rn. 62, 73.

234 So auch *Fecak*, *International Investment Protection and EU Law*, S. 378.

235 Inzwischen teilweise etwa mit dem Verweis auf die sogenannte „corporate social responsibility“ etwa im neuen CPTPP, siehe dazu *Wilske/Markert/Bräuninger*, *SchiedsVZ* 2019, S. 101, 114 mwN.

Diskriminierungsverbot beziehungsweise das most favoured nation treatment (VI), das Recht auf freien Gewinntransfer (VII) und die sogenannte umbrella clause (IV).

II. Eigentumsschutz

Im Folgenden werden zunächst der sachliche Schutzbereich (1) und die Verpflichteten (2) des Eigentumsschutzes analysiert, bevor auf die Unterscheidung zwischen direkten und indirekten Enteignungen eingegangen wird (3). Schließlich wird der Umfang der Entschädigungspflicht näher beleuchtet (4) und ein Fazit gezogen (5).

Dabei enthält das Unionsrecht auf den ersten Blick keine Regelungen zur Enteignung. Im Gegenteil: Art. 345 AEUV statuiert eindeutig, dass die Eigentumsordnung der Mitgliedsstaaten vom Unionsrecht unberührt bleiben muss. Allerdings gelten im Rahmen der Enteignung auch die europarechtlichen Grundsätze, insbesondere etwa das Diskriminierungsverbot²³⁶. Daneben gilt jedoch auch die Grundrechtecharta, bezogen auf den Eigentumsschutz also insbesondere Art. 17 GrCH²³⁷. Das Eigentumsrecht ist auch als elementarer Bestandteil des Unionsrechts gemäß Art. 6 Abs. 3 EUV anzusehen²³⁸.

1) Sachlicher Schutzbereich

Voraussetzung für jede Enteignung ist das Eigentum. Was darunter zu verstehen ist und welche Rechte (und Pflichten) davon umfasst sind, ist regelmäßig nicht einmal innerhalb einer einzelnen Rechtsordnung einheitlich²³⁹. Es lässt sich allerdings allgemein feststellen, dass der Eigentumsbegriff, der dem Investitionsschutzrecht zu Grunde liegt, autonom zu bestimmen und sehr weit gefasst ist. Er umfasst „im Grundsatz alle vermögenswerten Rechtspositionen Privater (...) soweit sich aus dem Wortlaut oder dem Sinn und Zweck eines Vertrags nichts anderes ergibt“²⁴⁰. Regelmäßig ist der Begriff des Eigentums und der der Investition in diesem Zusammenhang deckungsgleich²⁴¹. Auch innerhalb des Investitionsschutzrechts können jedoch unterschiedliche Eigentumsbegriffe verwendet werden, die Vertragsstaaten können diese im Grundsatz frei definieren.

236 EuGH Gutachten 2/15, Rn. 107 mwN; zum ganzen ausführlich, *Schill*, ZaöRV 2018, 33, 53 mwN.

237 Zum Verhältnis von Art. 17 GrCH zu Art. 345 AEUV siehe *Wernicke*, Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 345 AEUV, Rn. 23.

238 Siehe etwa Schlussanträge des Generalanwalts zu EuGH C-501/11, Rn. 203.

239 Die Eigentumsbegriffe des bürgerlichen Rechts und des Verfassungsrechts sind regelmäßig unterschiedlich, vgl. etwa zur Situation in Deutschland *Papier/Shirvani*, Maunz/Dürig, Art. 14 GG, Rn. 160.

240 *Dolzer*, Eigentum, Enteignung und Entschädigung im geltenden Völkerrecht, S. 149ff, 171; siehe dazu auch *Kriebaum*, Eigentumsschutz im Völkerrecht, S. 40ff. Zur Autonomie des Begriffs siehe etwa *Diehl*, The core standard of international investment protection, S. 254.

241 Dazu näher *Diehl*, The core standard of international investment protection, S. 254; näher zum Investitionsbegriff unten unter Sachliche Anwendbarkeit und Investitionsbegriff.

Im Unionsrecht ist der Eigentumsschutz durch Art. 17 GrCH gewährleistet, der wie folgt lautet:

„Jede Person hat das Recht, ihr rechtmäßig erworbenes Eigentum zu besitzen, zu nutzen, darüber zu verfügen und es zu vererben. Niemandem darf sein Eigentum entzogen werden, es sei denn aus Gründen des öffentlichen Interesses in den Fällen und unter den Bedingungen, die in einem Gesetz vorgesehen sind, sowie gegen eine rechtzeitige angemessene Entschädigung für den Verlust des Eigentums. Die Nutzung des Eigentums kann gesetzlich geregelt werden, soweit dies für das Wohl der Allgemeinheit erforderlich ist.“

Im Gegensatz zum investitionsschutzrechtlichen Eigentumsbegriff umfasst der durch Art. 17 GrCH gesicherte Eigentumsschutz, der ebenfalls unionsrechtlich autonom auszulegen ist, das Eigentum in einem engeren Sinne, etwa Besitz, Nutzung, Verfügung und Vererbung²⁴². Das Vermögen hingegen ist nicht vom Eigentumsbegriff umfasst²⁴³, wohl aber vermögenswerte Rechte, die in den Mitgliedsstaaten nicht als Eigentum anerkannt sein müssen²⁴⁴. Handelt es sich bei der Investition um einen eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, sind substanzbezogene Eingriffe ebenfalls vom Schutz der Grundrechtecharta umfasst²⁴⁵.

Die Warenverkehrsfreiheit setzt das Eigentum zwar voraus, schützt es aber nicht unmittelbar. Insbesondere ist die Zuordnung des Eigentums zu einer Person nicht von der Warenverkehrsfreiheit umfasst²⁴⁶. Anderes gilt, in einem eingeschränkten Rahmen, wenn etwa der Transfer von Geld ins Ausland beschränkt wird. In diesem Fall greift vielmehr die Kapitalverkehrsfreiheit²⁴⁷.

Schon der sachliche Schutzbereich des Unionsrechts ist also deutlich enger, als derjenige des Investitionsschutzrechts. Vertragliche Rechte beispielsweise sind regelmäßig durch das Investitionsschutzrecht, nicht aber das Unionsrecht (jedenfalls nicht unter dem Stichwort Eigentumsschutz), geschützt.

242 Siehe Achmea, Achmea vs. Slowakei, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, 26.10.2010, Rn 261; siehe dazu auch Rösch, Intraeuropäisches Investitionsschutzrecht, S. 74; Jarass, Charta der Grundrechte der EU, Art. 17, Rn. 14f.

243 Jarass, Charta der Grundrechte der EU, Art. 17, Rn. 21; Calliess, Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 17 GrCH, Rn. 8.

244 Bernsdorff, Meyer/Hölscheidt, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Art. 17, Rn. 13; die Verfassungstraditionen der Mitgliedsstaaten dienen zwar als Auslegungshilfe, bestimmen aber nicht final über den Eigentumsbegriff, der der GrCH zugrunde liegt.

245 Wollenschläger, von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 17 GrCH, Rn. 16; Calliess, Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 17 GrCH, Rn. 10.

246 Frenz, Europäische Grundfreiheiten, Rn. 67.

247 Frenz, Europäische Grundfreiheiten, Rn. 72.

2) Verpflichteter

Das Investitionsschutzrecht sieht, außer der Notwendigkeit der Zurechnung der enteignenden Handlung zum Staat, keine weiteren Einschränkungen des Kreises der Verpflichteten vor. Die Zurechnung einer schädigenden Handlung zum Staat oder alternativ die Verletzung von Schutzpflichten seitens des Staates sind eine allgemeine Voraussetzung für jede Art von möglichen Verletzungen von investitionsschützenden Standards. Die Zurechnung ist dabei regelmäßig nicht investitionsschutzspezifisch geregelt und richtet sich daher zumeist nach den Regeln des allgemeinen Völkerrechts, zusammengefasst in den *Draft Articles on State Responsibility*²⁴⁸.

Im Gegensatz dazu ist an dieser Stelle anzumerken, dass die Verpflichtung, die sich aus Art. 17 GrCH ergibt, sich lediglich an die Union selbst und ihre Organe richtet. Davon sind die Mitgliedsstaaten (nur) insoweit erfasst, wie sie Unionsrecht umsetzen²⁴⁹. Enteignungen durch die Mitgliedsstaaten ohne Bezug zum Unionsrecht sind also auch ohne Entschädigung möglich²⁵⁰. In dieser Hinsicht bleibt der Enteignungsschutz durch das Unionsrecht deutlich hinter dem Investitionsschutzrecht zurück.

3) Direkte oder indirekte Enteignungen

Enteignungen können durch den rechtlichen Entzug der Eigentümerstellung erfolgen (a), aber auch indirekt, durch eine erhebliche Aushöhlung der mit dieser Stellung verbundenen Rechte (b).

a) Direkte Enteignung

Eine der ersten und unzweifelhaft wichtigsten materiellen Regelungen des Investitionsschutzrechts betrifft den Enteignungsschutz. Betont sei gleich zu Beginn, dass das Investitionsschutzrecht Enteignungen keineswegs grundsätzlich verbietet – ebenso wenig wie keine dem Verfasser bekannte Verfassung – sondern lediglich an bestimmte Bedingungen knüpft²⁵¹. Diese Bedingungen sind in den meisten Investitionsschutzverträgen vergleichbar. Insbesondere muss eine Enteignung „zum Wohle der Allgemeinheit und gegen Entschädigung“²⁵² erfolgen. Nach wohl herrschender Meinung muss die Enteignung zudem diskriminierungsfrei und unter Einhaltung der *due process* Regeln erfolgen²⁵³. Diese

248 Abrufbar etwa unter legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf, zuletzt abgerufen am 07.10.2019; diese werden regelmäßig von den Investitionsschiedsgerichten herangezogen, siehe nur Siemens vs. Argentinien, Award, 06.02.2007, Rn. 350, Toto vs. Libanon, Decision on Jurisdiction, 11.09.2009, Rn. 43f; siehe allgemein zur Anwendung dieser Regeln Griebel, Internationales Investitionsschutzrecht, S. 50ff.

249 Jarass, Grundrechtecharta, Art. 17 Rn. 3, Art. 51 Rn. 11 ff. Der Schutz des Kernbereichs der Rechte der Grundrechtecharta geht noch darüber hinaus, weil die Mitgliedsstaaten die grundlegenden Werte der Union nicht verletzen dürfen, dies dürfte allerdings selten relevant werden, ebenda Rn. 26; Jarass, NVwZ 2012, S. 457, 457.

250 Siehe zu diesem Punkt etwa Tietje, Transnationales Wirtschaftsrecht, Nr. 104, S. 14; aus diesem Grund ist die fehlende Einschlägigkeit der Warenverkehrsfreiheit relevant (siehe dazu eben).

251 Ebenso Fecak, International Investment Agreements and EU Law, S. 26.

252 Muster BIT Deutschland, 2008, Art. 4 Abs. 2.

253 Griebel, Internationales Investitionsschutzrecht, S. 76.

due process Regeln werden in der schiedsgerichtlichen Praxis sowohl aus dem nationalen als auch aus dem internationalen Recht abgeleitet. Das nationale Recht wird darüber hinaus auch zur Bestimmung des legitimen Enteignungszwecks hinzugezogen, meist, um beim Fehlen einer legislativen Grundlage dessen Vorliegen zu verneinen. Auch wenn es sich um einen (absoluten) internationalen Schutzstandard handelt, kann und wird das nationale Recht bei dessen Ausgestaltung nicht außen vor gelassen²⁵⁴. Welche Zwecke legitim sind, wird nicht anhand des internationalen Rechts überprüft, dies fällt vielmehr in die Regelungskompetenz des Staates²⁵⁵. Überprüft wird lediglich ob zur Durchsetzung dieses Zwecks ein konsistentes, auf sachlichen Kriterien beruhendes Konzept angewendet wird²⁵⁶.

Auch das Unionsrecht verlangt für die Rechtmäßigkeit einer Enteignung ein öffentliches Interesse, die Erfüllung der Voraussetzungen der Rechtsgrundlage der Enteignung und eine rechtzeitige und angemessene Entschädigung²⁵⁷.

Die direkten Enteignungen sind inzwischen praktisch verhältnismäßig selten und von nicht mehr allzu großer Bedeutung. Dies gilt sowohl für das Investitionsschutzrecht, als auch für das Unionsrecht²⁵⁸. In beiden finden sich Regelungen, die vom Umfang her als vergleichbar zu betrachten sein dürften.

b) Indirekte Enteignungen

Neben den Schutz gegen den formalen Entzug des Eigentumsrechts tritt der Schutz gegen die Aushöhlung der mit dem Eigentum einhergehenden Rechte. Dabei ist zu beachten, dass das Eigentumsrecht als normgeprägtes Grundrecht zu verstehen ist²⁵⁹. Das heißt insbesondere, dass es genauerer, typischerweise einfachrechtlicher Ausprägung bedarf. Daraus wiederum folgt die Schwierigkeit, zwischen Einschränkungen des Eigentumsrechts und der ursprünglichen Definition des Eigentumsrechts zu unterscheiden.

Die meisten Investitionsschutzverträge enthalten, ebenso wie das internationale Gewohnheitsrecht, neben dem Schutz gegen direkte Enteignungen auch noch einen solchen gegen indirekte

254 Eine ausführliche und instruktive Analyse zur schiedsgerichtlichen Praxis findet sich bei *Kriebaum*, Eigentumschutz im Völkerrecht, insbesondere S. 501ff.

255 Entsprechende Kritik geht dementsprechend regelmäßig fehl. Der Staat darf zur Durchsetzung seiner Ziele, seien diese Umwelt-, Gesundheits-, Verbraucherschutz oder weitere, selbstverständlich tätig werden auch ohne sich entschädigungspflichtig zu machen. Siehe dazu ausführlich *Schill*, *European Yearbook of international economic law* 2016, S. 312ff.

256 *Schill*, *European Yearbook of international economic law* 2016, S. 328f.

257 *Bernsdorff*, *Meyer/Hölscheidt*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Art. 17, Rn. 19.

258 Zur Verlagerung der Erforderlichkeit der Entschädigung für indirekte/teilweise Enteignungen siehe *Paulus/Nölscher*, *Ludwigs/Remien*, Investitionsschutz, Schiedsgerichtsbarkeit und Rechtsstaat in der EU, S. 164f mwN; *Calliess*, *Calliess/Ruffert* 17 GrCH, Rn. 17ff.

259 Sowohl nach der Grundrechtecharta, siehe *Bernsdorff*, *Meyer/Hölscheidt*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Art. 17, Rn. 13, als auch zB der deutschen Verfassung *Manssen*, Staatsrecht II, § 28, Rn. 741.

Enteignungen. Dabei soll es nicht um den formalen Entzug der Eigentumsposition gehen, sondern die Aushöhlung der mit der Eigentümerposition verbundenen Nutzungsrechte²⁶⁰. Eine solche Aushöhlung soll etwa dann der Fall sein, wenn die Kontroll-, Nutzungs-, oder Leistungsfähigkeit des Eigentums durch die Regulierung nicht unerheblich beeinträchtigt ist²⁶¹. Erfasst sind also Maßnahmen, die in ihren Auswirkungen einer Enteignung gleichkommen. Dies sind Maßnahmen, die zwar kein formeller Entzug der Eigentumsposition sind, allerdings das grundsätzlich uneingeschränkte Nutzungsrecht des Eigentums soweit reduzieren, dass es zwar rechtlich im Eigentum des Investors verbleibt, faktisch die Nutzbarkeit aber soweit herabgesetzt ist, dass eine entsprechende Nutzung nicht möglich ist²⁶². Dies kann durch eine einmalige staatliche Maßnahme geschehen („*regulatory taking*“) oder durch eine Reihe zeitlich aufeinanderfolgender Maßnahmen („*creeping expropriation*“²⁶³). Die Reichweite dieses Schutzes vor „indirekten Enteignungen“ ist eines der umstrittensten Gebiete des aktuellen Investitionsschutzes. Der Grund dafür ist einfach: In besonders hohem Maße ist hier die staatliche Regelungsbefugnis betroffen, insbesondere im Verwaltungsrecht regelnd tätig zu werden²⁶⁴.

Aus diesem Grund ist die Fallgruppe der indirekten Enteignung generell restriktiv anzuwenden: Nicht jede Einschränkung des Nutzungsrechts kann als ausreichend für eine Verletzung des IIAs erachtet werden²⁶⁵. Die Verletzung muss hinreichend substantiell sein, um eine Entschädigung notwendig zu machen²⁶⁶. Letztendlich wird in diesem Rahmen regelmäßig eine Verhältnismäßigkeitsprüfung durchgeführt²⁶⁷. Weniger erhebliche Eingriffe dürften regelmäßig mit Hinweis auf die Sozialbindung des Eigentums und der Regelungsbefugnis des Gaststaates entschädigungsfrei möglich sein. Greift eine Regelung aber in besonderem Maße in die Rechte eines Einzelnen ein, ist dafür ein Ausgleich zu erbringen. Insgesamt lässt sich jedoch eine deutliche Zurückhaltung der Schiedsgerichte bei der Anwendung dieses Standards feststellen²⁶⁸.

260 Siehe allgemein dazu etwa *Alpha Projektholding vs Ukraine*, 08.11.2010, Rn. 408.

261 *Bungenberg*, *VerwArch*, 2014, S. 382, 386.

262 Ein Beispiel dazu wäre die faktische Verdrängung des Investors aus der Eigentümerposition durch die Einsetzung eines staatlichen Verwalters, wie etwa im Falle eines amerikanischen Unternehmens nach der Revolution im Iran 1979, siehe dazu *Krajewski*, *Wirtschaftsvölkerrecht*, S. 192; *Schill*, *ZaÖRV* 2018, S. 33, 66 mwN; *Kriebaum*, *Eigentumsschutz im Völkerrecht*, S. 423.

263 Siehe zur Einstufung etwa *El Paso vs. Argentinien*, Award, 31.10.2011, Rn. 459, 515. Danach stellt eine schleichende Enteignung einen „*composite act*“ im Sinne des Art. 15 ILC Draft Articles of State Responsibility dar.

264 *Oeter*, *Ipsen*, *Völkerrecht*, S. 1032; aus diesem Grund wurde etwa im CPTPP der Enteignungsschutz ausdrücklich auf direkte Enteignungen beschränkt, siehe dazu *Wilske/Markert/Bräuninger*, *SchiedsVZ* 2019, S. 101, 114 mwN.

265 *Krajewski*, *Wirtschaftsvölkerrecht*, S. 197.

266 *Griebel*, *Internationales Investitionsschutzrecht*, S. 77.

267 *Bungenberg*, *VerwArch* 2014, S. 382, 387.

268 Dazu ausführlich *Kriebaum*, *Eigentumsschutz im Völkerrecht*, S. 458 mit detaillierter Analyse und Einordnung der Fallgestaltungen der schiedsgerichtlichen Praxis.

Eine Entsprechung für diese Fallgruppe im Europarecht zu finden, ist nicht leicht. Viele Vorschriften regeln zumindest mittelbar die Nutzbarkeit von Eigentum und müssen dabei ein Gleichgewicht zwischen den Interessen des Eigentümers an der Nutzbarkeit und den Interessen der Allgemeinheit bezüglich des Zwecks der Nutzung treffen²⁶⁹. Eine generelle Sozialbindung des Eigentums ist jedenfalls Teil der Verfassungstradition der Mitgliedsstaaten und wird im Grundsatz auch durch das Unionsrecht anerkannt²⁷⁰.

Unter Art. 17 der Grundrechtecharta ist allerdings auch das Verfügen und Nutzen der vom Eigentumsrecht umfassten Aspekte geschützt²⁷¹. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist eine de facto Enteignung verboten. Allerdings soll es sich erst dann um eine solche de facto Enteignung handeln, wenn dem Eigentümer jede Art der sinnvollen Nutzung seines Eigentums unmöglich ist²⁷². Solche Fälle wurden bislang sehr selten angenommen und sind konzeptionell noch enger gefasst als im Investitionsschutzrecht. Auch im Unionsrecht wird eine Abwägung zwischen dem Allgemein- und dem Individualinteresse vorgenommen. Im Falle eines „Sonderopfers“ ist eine Entschädigung zu leisten, welche in der Höhe jedoch nicht derjenigen entspricht, die mit dem Verlust des Eigentumstitels als solchen einhergegangen wäre²⁷³.

Insgesamt lässt sich feststellen, dass das Kriterium der de facto Enteignung im Investitionsschutzrecht schneller erfüllt sein dürfte, als es im Unionsrecht aufgrund der sehr strengen Voraussetzungen des EuGH der Fall ist.

4) Rechtsfolge

Gemeinsam haben direkte und indirekte Enteignung im Investitionsschutzrecht grundsätzlich die Pflicht zu einer Entschädigungszahlung, die nach der sog. Hull Formel²⁷⁴, „*prompt, adequate and effective*“ zu sein hat. Danach muss die Entschädigung sofort bei der Enteignung ausgezahlt werden, in einer konvertiblen Währung erfolgen und im Verhältnis zum Marktwert der Enteignung stehen. Für die Entschädigungspflicht als solche spielt die Rechtmäßigkeit der Enteignung grundsätzlich keine

269 Am Beispiel des Weinanbaus und unter Analyse der Verfassungspraxis der Mitgliedsstaaten etwa EuGH NJW 1980, S. 505, 506.

270 Siehe etwa *Calliess*, *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, Art. 17 GrCH, Rn. 13 mwN.

271 *Jarass*, Grundrechtecharta, Art. 17 Rn. 14, 19; *Bernsdorff*, Meyer/Hölscheidt, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Art. 17, Rn. 16.

272 Dazu *Calliess*, *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, Art. 17 GrCH, Rn. 18 mit den Nachweisen aus der Rechtsprechung.

273 *Bernsdorff*, Meyer, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Art. 17, Rn. 20 mwN.

274 Nach Cordell Hull, dem amerikanischen Staatssekretär (1933-1944), der diese Forderung im Streit mit Mexiko stellte. Die Formel wird als westliche Antwort auf die Calvo Doktrin angesehen (dazu oben unter 19. Jahrhundert: Industrialisierung und Zentralisierung).

Rolle. Diese kann allenfalls bei der Bemessung der Summe berücksichtigt werden²⁷⁵. Darüber hinaus funktioniert das Investitionsschutzrecht noch nach dem alten Prinzip des „*dulde und liquidiere*“. Es wird also nicht vorausgesetzt, dass auch schon vor der Enteignung Einspruch gegen die staatlichen Maßnahmen eingelegt wurde. Eine Schadensminderungspflicht obliegt dem Investor zwar auch nach dem Investitionsschutzrecht, diese reicht aber weniger weit, als die unionsrechtliche Verpflichtung gegen die enteignende Maßnahme selbst vorzugehen.

Im Unionsrecht ist dagegen zwischen einer rechtmäßigen und einer rechtswidrigen Enteignung zu unterscheiden. Im letzteren Fall kommt regelmäßig eine Naturalrestitution zum Tragen. Für den Fall einer rechtmäßigen Enteignung sieht dagegen Art. 17 GrCH lediglich eine „angemessene“ Entschädigung vor. Auch in dieser Hinsicht bleibt das Unionsrecht allerdings nur auf den ersten Blick hinter dem Investitionsschutzrecht zurück. Der Wortlaut „angemessen“ lässt deutlich größeren Spielraum für die Bemessung der Schadensersatzsumme als die Hull-Formel, die rein auf den entsprechenden Marktwert abstellt²⁷⁶. Betrachtet man die Auslegung in der Praxis jedoch näher, ist auch nach der Grundrechtecharta etwa eine rechtzeitige Entschädigung vorgesehen²⁷⁷. Teilweise wird sogar ausdrücklich auf die Hull-Formel Bezug genommen²⁷⁸.

5) Fazit

Es besteht ein Unterschied schon hinsichtlich des Eigentumsbegriffs, der im Unionsrecht enger ist als im Investitionsschutzrecht. Der Hauptunterschied zwischen Unionsrecht und Investitionsschutzrecht bezüglich des Eigentumsschutzes liegt allerdings im Kreis der Verpflichteten. Während die Grundrechtecharta in erster Linie die Union bindet und die Mitgliedsstaaten nur bei Ausführung von Unionsrecht, kennt das Investitionsschutzrecht keine entsprechenden Begrenzungen. Im Grundsatz leitet aber auch die Kommission den Enteignungsschutz aus europäischen Normen, insbesondere etwa Art. 63 AEUV, also der Kapitalverkehrsfreiheit her²⁷⁹, die die EU-Mitgliedsstaaten umfänglich binden. Etwas limitiert wird dieser Unterschied bezüglich der durch den Eigentumsschutz Verpflichteten weiterhin durch die umfassende Bindung der Mitgliedsstaaten an die EMRK, die in ihrem 1.

275 *Kriebaum*, Eigentumsschutz im Völkerrecht, S. 425 unterscheidet diesbezüglich begrifflich zwischen Schadensersatz für rechtswidrige Enteignungen und Entschädigungen für rechtmäßige. Ein Schadensersatzanspruch kann dabei auch aus der Enteignung resultierende Schäden berücksichtigen.

276 Bezieht man das besonders hohe Interesse des Staates am Eigentumsentzug mit ein, welches gerade Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit einer Enteignung ist, wäre der Marktwert wohl entsprechend hoch zu bemessen.

277 *Bernsdorff*, Meyer/Hölscheidt, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Art. 17, Rn. 19.

278 *Bernsdorff*, Meyer/Hölscheidt, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Art. 17, Rn. 19.

279 Schlussanträge der Generalanwältin zum Gutachten 2/2015 EuGH, Rn. 276.

Zusatzprotokoll vergleichbare Schutzstandards enthält, welche hier jedoch nicht näher beleuchtet werden können.

Weitere Unterschiede sind die Reichweite des Eigentumsbegriffs und die Hürden für die Feststellung einer indirekten Enteignung. Insgesamt geht der Eigentumsschutz des Investitionsschutzrechts etwas weiter als das unionsrechtliche Pendant. Dies gilt insbesondere im Zusammenhang mit der sogenannten indirekten Enteignung²⁸⁰. Zu Recht kommt auch die schiedsgerichtliche Praxis zu diesem Schluss²⁸¹. Allerdings dürften Maßnahmen, die das Investitionsschutzrecht als indirekte Enteignung einordnet, nicht selten Entsprechungen in anderen unionsrechtlichen Vorschriften finden, wie sie etwa unter dem nachfolgenden Punkt Fair and equitable treatment (III) dargestellt werden. Auch in der Rechtsfolge bestehen erhebliche Unterschiede zwischen dem investitionsschutzrechtlichen und dem unionsrechtlichen Eigentumsschutz.

III. *Fair and equitable treatment*

Ein weiterer materieller Schutzstandard, der in den meisten Investitionsschutzverträgen enthalten ist, ist die sogenannte *fair and equitable treatment clause* (FET)²⁸². FET hat den Eigentumsschutz als bedeutsamster Schutzstandard abgelöst²⁸³ und dessen Verletzung wird in Schiedsverfahren mit wenigen Ausnahmen immer durch den Investor gerügt.

1) Allgemeines

Die FET-Klausel wird regelmäßig als Auffangklausel angesehen, um Verhalten des Gaststaates, welches nicht unter einen der spezielleren Tatbestände fällt, justitiabel zu machen. Dementsprechend kann die FET-Klausel durch die Exekutive, Legislative und Judikative gleichermaßen verletzt werden²⁸⁴. Sie hat materielle und prozedurale Aspekte²⁸⁵.

Die Formulierung, „*faire und angemessene Behandlung*“, zeigt exemplarisch den gewaltigen Unterschied zwischen Europarecht und Investitionsschutz. Natürlich gibt es auch im Europarecht vergleichbar weite und folglich unklare Formulierungen. Diese werden jedoch durch zahllose Normen, insbesondere des Sekundärrechts, präzisiert, die im klassischen Investitionsschutzrecht nicht existieren. In letzterem haben folglich die Schiedsrichter eine enorm wichtige Rolle bei der

280 Andersen/Hindelang, JWIT 2016, S. 984, 996.

281 Siehe etwa Achmea vs. Slowakei, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, 26.10.2010, Rn. 259ff.

282 Newcombe/Paradell, Law and Practice of Investment Treaties, verweisen auf eine Untersuchung, die lediglich in 19 von 365 Investitionsschutzabkommen keinen FET-Standard verankert fand siehe dort S. 261.

283 Diehl, The core standard of international investment protection, S. 9; Redfern/Hunter on International Arbitration, S. 476.

284 Diehl, The core standard of international investment protection, S. 312; Sattorova, JWIT 2016, S. 895, 900.

285 Diehl, The core standard of international investment protection, S. 327.

Interpretation der Verträge, eben weil diese in den wenigsten Fällen konkrete Vorgaben machen, was fair und angemessen bedeutet. Gerade bezüglich der FET-Klausel gibt es allerdings auch im Investitionsschutzrecht Tendenzen diese präziser zu fassen. Dafür werden insbesondere von den Schiedsgerichten entwickelte Fallgruppen herangezogen und sollen diesen Standard konkretisieren. Teilweise soll diese Konkretisierung abschließend verstanden werden, was jedoch im Widerspruch zum Auffangcharakter des FET-Standards steht.

Insgesamt ist festzuhalten, dass der FET-Standard abhängig von seiner Formulierung weiter oder enger gefasst sein kann. In der Literatur wird im Wesentlichen zwischen vier Formulierungen unterschieden, nämlich

- FET-Klauseln ohne nähere Spezifizierung,
- FET-Klauseln, die ausdrücklich auf den völkergewohnheitsrechtlichen Mindeststandard referieren,
- FET-Klauseln mit allgemeinem Verweis auf das Völkergewohnheitsrecht und
- FET-Klauseln, deren Schutzzumfang näher spezifiziert ist²⁸⁶.

FET-Klauseln ohne nähere Spezifizierung sind in den meisten bisher abgeschlossenen Investitionsschutzabkommen zu finden²⁸⁷. FET-Klauseln, deren Schutzzumfang genauer definiert ist, finden sich vor allem in den moderneren Investitionsschutzabkommen wie etwa Art. 8.10 CETA. Die FET-Klausel steht mit im Zentrum der Kritik am Investitionsschutzrecht insgesamt, weil sie den Schiedsrichtern zu große Entscheidungsfreiheiten einräumt, die diese ohne entsprechende Miteinbeziehung der öffentlichen Interessen wahrnehmen würden²⁸⁸.

Keine Voraussetzung für die Feststellung einer Verletzung des FET-Standards ist eine zielgerichtete Handlung des Gaststaates²⁸⁹. Auch wenn die Handlung nicht konkret auf einen Investor oder seine Investition gerichtet ist, kann eine Verletzung einer fairen und angemessenen Behandlung vorliegen. Gerade in der Nichtbeachtung der Interessen der Investoren kann eine Verletzung des FET-Standards zu sehen sein. Generell lässt sich zwar feststellen, dass Gut- oder Bösgläubigkeit sicherlich wesentlichen Einfluss auf die Entscheidung haben, ob eine Handlung fair und angemessen war oder nicht. Sie stellen aber weder eine Voraussetzung dar, noch schließen sie eine andere Einordnung aus²⁹⁰. Bösgläubigkeit ist jedoch wohl als der stärkere Indikator anzusehen: Handelt der Staat nur oder in

286 So etwa *Von Hammerstein/Roegele*, SchiedsVZ 2015, 275, 276.

287 *Newcombe/Paradell*, Law and Practice of Investment Treaties, S. 257.

288 So etwa *Miles*, The Origins of International Investment Law, S. 83 mwN.

289 *Redfern/Hunter on International Arbitration*, S. 474f; *Newcombe/Paradell*, Law and Practice of Investment Treaties, S. 262; *Enron vs. Argentinien*, ICSID Case Nr. ARB/01/3 vom 22.05.2007, Rn. 268.

290 *Newcombe/Paradell*, Law and Practice of Investment Treaties, S. 276.

erster Linie, um einem Investor Schaden zuzufügen, dürften nur wenige Argumente gewichtig genug sein, um seine Handlung zu rechtfertigen.

Aufgrund der Weite der Formulierung des FET-Standards fällt es sehr schwer, Parallelen im Europarecht zu finden, die ebenso generalklauselartig unfaires Verhalten verbieten sollen. Die einzelnen im Folgenden kurz auszuführenden Fallgruppen haben aber in aller Regel Entsprechungen im Europarecht gefunden. In seiner Generalität ist dem FET-Standard am ehesten das Rechtsstaatsprinzip zuzuordnen²⁹¹, welches der EuGH aus Art. 2 EUV ableitet. Art 2 S. 1 EUV lautet wie folgt:

„Die Werte, auf die sich die Union gründet, sind die Achtung der Menschenwürde, Freiheit, Demokratie, Gleichheit, Rechtsstaatlichkeit und die Wahrung der Menschenrechte einschließlich der Rechte der Personen, die Minderheiten angehören.“

Aus dieser Rechtsgemeinschaft folgt insbesondere auch der Anspruch, jede potentielle Verletzung des Unionsrechts einer gerichtlichen Überprüfung zugänglich zu machen²⁹². In dieser Beziehung besteht folglich eine starke Ähnlichkeit zum FET-Standard. Insbesondere aus dem anglophonen Rechtskreis stammt die Bezeichnung der „*rule of law*“, die ebenfalls als Entsprechung des Rechtsstaatsprinzips und damit im Unionsrecht als verankert anzusehen ist und als deren Vorbild verwendet wurde. Die „*rule of law*“ kann dabei definiert werden, als ein Regelwerk, welches die Ausübung öffentlicher Gewalt reguliert und damit beschränkt²⁹³. Die Europäische Kommission leitet den Grundsatz der fairen und billigen Behandlung von Investitionen insbesondere auch aus der Kapitalverkehrsfreiheit, Art. 63 AEUV her²⁹⁴.

Diehl leitet aus dem FET-Standard vier Fallgruppen ab, die dem Rechtsstaatsprinzip entsprechen: Die Bindung der staatlichen Organe an das Recht (Legalitätsprinzip), die Gleichheit vor dem Gesetz, die Allgemeinheit der Gesetze und das Prinzip der Verhältnismäßigkeit²⁹⁵. Über die Bindung an das Recht

291 Dies gilt auch wenn der EuGH bei der Verwendung des Rechtsstaatsbegriffs sehr zurückhaltend ist, weil die EU nicht als Staat und folglich auch nicht als Rechtsstaat einzuordnen ist. Dass die unter dem „Rechtsstaatsprinzip“ zusammen gefassten Grundsätze allerdings auch auf die EU anwendbar sind ist weitgehend unumstritten, siehe dazu *Weiler*, *The Rule of Law as a Constitutional Principle of the European Union*, S. 13; siehe zu diesen Grundprinzipien und deren Vergleichbarkeit in Investitionsschutzrecht und Unionsrecht auch etwa *Andersen/Hindelang*, *JWIT* 2016, S. 984, 994.

292 Dazu *Rengeling/Kotzur*, *Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union*, § 1, Rn. 12ff; siehe auch *Weiler*, *The Rule of Law as a Constitutional Principle of the European Union*, S. 46.

293 Dazu *Weiler*, *The Rule of Law as a Constitutional Principle of the European Union*, S. 9, 20.

294 Schlussanträge der Generalanwältin zum Gutachten 2/2015, Rn. 276.

295 *Diehl*, *The core standard of international investment protection*, S. 330ff. Sie begründet die Bedeutung der FET-Klausel mit dem Zweck des IIAs der Investitionsförderung. Dazu sei ein stabiles rechtliches Fundament von Nöten, welches insbesondere durch die FET-Klausel geschaffen werden sollte.

hinaus wird auch das Erfordernis einer Rechtsgrundlage aus der Geltung des Rechtsstaatsprinzips abgeleitet²⁹⁶.

Spiegelbildlich werden Art. 2 EUV folgende Aspekte zugeordnet: Die Bindung aller staatlichen Gewalt an das Recht, Rechtsschutz durch unabhängige Gerichte, die Existenz von Staatshaftung und Menschenrechten²⁹⁷, der Vorbehalt des Gesetzes und die Grundsätze von Verhältnismäßigkeit²⁹⁸, Vertrauensschutz und das Rückwirkungsverbot²⁹⁹. Auch das Verbot des Einzelfallgesetzes wird als Grundsatz des Unionsrechts anerkannt³⁰⁰. Allerdings werden diese Grundsätze des Unionsrechts bisher nur selten als justitiabel eingestuft³⁰¹.

Allgemein lässt sich darüber hinaus festhalten, dass FET und Rechtsstaatsprinzip jeweils nicht eine konkrete Handlung von einem Staat fordern, sondern lediglich das Bewusstsein, dass er unterschiedliche Interessen abzuwägen und in ein Gleichgewicht zu bringen hat³⁰². Ist er sich der Existenz und Reichweite dieser jeweiligen Interessen bewusst und hat eine auf rechtlich akzeptablen Gründen beruhende Entscheidung getroffen, dürfte weder der eine noch der andere Grundsatz durch diese Entscheidung verletzt sein. Auch in diesem Rahmen gilt das zum Enteignungsschutz gesagte: Welche Ziele der Staat verfolgt, darf und muss er selbst entscheiden. Das Investitionsschutzrecht prüft lediglich, ob das zugrundeliegende Konzept konsistent ist und auf sachlichen Kriterien beruht³⁰³, also insbesondere weder das Willkür- noch das Diskriminierungsverbot verletzt.

2) Fallgruppen des FET-Standards und deren europarechtliche Entsprechungen

Allgemein lässt sich zu den nachfolgenden Standards feststellen, dass diese in ihrer Reichweite von Land zu Land divergieren. In hochentwickelten Staaten sind höhere Ansprüche an das Verhalten der staatlichen Autoritäten zu stellen als in Entwicklungsländern, in denen regelmäßig allein schon nicht die notwendigen staatlichen Ressourcen und Kapazitäten zur Verfügung stehen, um einen nach westlichen Maßstäben gut funktionierenden Staatsapparat zu gewährleisten³⁰⁴. Dies muss dem Investor bei der Wahl seines Ziellandes bewusst sein und kann dem Zielland nicht oder nur in dem

296 Dazu *Weiler*, *The Rule of Law as a Constitutional Principle of the European Union*, S. 27.

297 *Hilf/Schorkopf*, *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, *Das Recht der Europäischen Union*, Art. 2 EUV, Rn. 34f.

298 *Sattorova*, *JWIT* 2016, S. 895, 901f mwN.

299 Zu den beiden letzteren Aspekten EuGH C 98/78, Rn. 20, EuGH C 90/95, Rn. 35; zu einem Überblick über die Rechtsprechung etwa auch *Calliess*, *Calliess/Ruffert*, Art. 2 EUV Rn. 27f; zum Rückwirkungsverbot etwa auch *Weiler*, *The Rule of Law as a Constitutional Principle of the European Union*, S. 46.

300 Dazu etwa EuGH NJOZ 2008, S. 4499, 4508.

301 *Hilf/Schorkopf*, *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, *Das Recht der Europäischen Union*, Art. 2 EUV, Rn. 46; zur Entsprechung im deutschen Verfassungsrecht siehe etwa *Schill*, *ZaöRV* 2018, S. 33, 47.

302 So auch *Diehl*, *The core standard of international investment protection*, S. 329.

303 Dazu etwa *Redfern/Hunter on International Arbitration*, S. 478.

304 Näher dazu etwa *Newcombe/Paradell*, *Law and Practice of Investment Treaties*, S. 310.

Maße, in dem es sich während der Investition geändert hat, entgegengehalten werden³⁰⁵. Andererseits garantiert der FET-Standard als Minimumstandard auch gewisse Verhaltensstandards, die nicht unterschritten werden dürfen. Nur die Frage, inwieweit der Standard darüber hinaus anderes gebietet, ist relativ zur Entwicklung des Landes zu beurteilen.

Schließlich handelt es sich bei dem FET-Standard nicht um eine Vorschrift, die den Schiedsrichtern eine ex aequo et bono Entscheidung erlaubt³⁰⁶, also der Willkür der Schiedsrichter obliegt, sondern um einen – wenn auch vagen – aber doch objektiven Schutzstandard.

Nachfolgend sollen die besonders relevanten Fallgruppen des Rechts auf ein faires Verfahren (a), effektives richterliches Gehör (b) und der Schutz legitimer Erwartungen des Investors (c) näher dargestellt werden.

a) Recht auf ein faires Verfahren - Willkürverbot

Durch die FET-Klausel geschützt ist etwa das Recht auf ein faires und effizientes Verwaltungs- aber auch Gerichtsverfahren (zu letzterem gleich), was insbesondere das Willkürverbot umfasst. Um zu einer Feststellung willkürlichen Verhaltens zu kommen sind jedoch hohe Maßstäbe notwendig, nicht jeder Gesetzesverstoß ist als willkürlich anzusehen³⁰⁷. Für die Feststellung von Willkür dürfen weiterhin auch keine rationalen Politikziele verfolgt werden³⁰⁸. So ist etwa nicht jeder Verstoß gegen die Grundsätze des nationalen Verwaltungsprozessrechts gleichzeitig als Verstoß gegen den IIA anzusehen. Dies gilt insbesondere dann, wenn dieser rasch durch den Gaststaat selbst wieder behoben wurde³⁰⁹. Hand in Hand mit dem Willkürverbot gehen Grundsätze wie derjenige der Vorhersehbarkeit und Konsistenz staatlicher Entscheidungen³¹⁰.

Auch ein gewisses Maß an Transparenz des Verhaltens der staatlichen Autoritäten ist vom Recht auf ein faires Verfahren umfasst³¹¹. Dies findet seine europarechtliche Entsprechung etwa in Art. 41 und 42 der GrCh. Art. 41 Grundrechtecharta nennt dabei einige Kriterien, die zur Erfüllung des Merkmals „gute Verwaltung“ notwendig sind, so etwa eine unparteiische, gerechte und angemessen schnelle Entscheidung (Abs. 1) und das Recht, vor einer negativen Entscheidung gehört zu werden, und eine

305 Zur Relevanz des Investitionsumfeldes etwa auch von *Hammerstein/Roegele*, SchiedsVZ 2015, S. 275, 278f.

306 *Newcombe/Paradell*, Law and Practice of Investment Treaties, S. 275.

307 Regelmäßig verwiesen wird in den Entscheidungen der Schiedsgerichte etwa auf die Passagen in *Waste Management/Mexico ICSID Case 98/2*, 30. April 2004, Rn. 98 oder *Saluka/Tschechien Partial Award*, 17.03.2006, Rn. 309; siehe dazu auch *Fecak*, International Investment Agreements and EU Law, S. 36f.

308 *Von Hammerstein/Roegele*, SchiedsVZ 2015, S. 275, 277.

309 *Glamis Gold vs. USA*, 08.06.2009, Rn. 771.

310 *Sattorova*, JWIT 2016, S. 895, 900.

311 Siehe dazu etwa *Dolzer/Schreuer*, Principles of international investment law, S. 133ff; *Sattorova*, JWIT 2016, S. 895, 900.

Begründungspflicht der Verwaltung (Abs. 2)³¹². Art. 42 GrCH statuiert das Recht auf den Zugang zu den jeweilig relevanten Dokumenten. Der Geltungsbereich der Grundrechtecharta ist jedoch sehr beschränkt³¹³.

Das Willkürverbot ist allerdings auch als Teil des Rechtsstaatsprinzips anzusehen. Der EuGH erkennt das Rechtsstaatsprinzip als Schutz gegen willkürliche oder anderweitig unrechtmäßige Ausübung öffentlicher Gewalt an³¹⁴. Gleichzeitig stellt eine willkürliche, also ohne sachlichen Grund vorgenommene Handlung, regelmäßig eine Diskriminierung dar, weil Gleiches ungleich oder Ungleiches gleich behandelt wurde³¹⁵. Ein Recht auf ein faires Verwaltungsverfahren wird schließlich auch aus den Grundfreiheiten abgeleitet. Die effektive Umsetzung des Unionsrechts gebiete, dass auch entsprechende Verfahren zur Umsetzung der Grundfreiheiten vorhanden seien, die insbesondere dem Grundsatz der Rechtmäßigkeit genügen müssen³¹⁶.

Das Recht, auch im Verwaltungsverfahren bereits gehört zu werden, hat der EuGH über den Geltungsbereich der GrCH hinaus als allgemeinen, ungeschriebenen Rechtsgrundsatz des Unionsrechts anerkannt³¹⁷. Dies schließt den vorherigen Zugang zu den relevanten Akten mit ein. Durch die Einordnung als primärrechtlichen Grundsatz ist dieses Recht unmittelbar in den Mitgliedsstaaten anwendbar, entgegenstehendes nationales Recht muss außer Acht gelassen werden. Auch die elementaren Grundsätze der guten Verwaltungspraxis sind davon umfasst, die gleichzeitig als Teil des Rechtsstaatsprinzips anzusehen sind. Dazu zählen insbesondere das Prinzip der Rechtmäßigkeit der Verwaltung, das Diskriminierungsverbot, der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und das Missbrauchsverbot³¹⁸. Diese sind in allen Verwaltungsverfahren der EU-Mitgliedsstaaten zu beachten³¹⁹.

Trotzdem der EuGH in der Annahme der Verletzung dieser Vorschrift zurückhaltend ist, geht der Schutzbereich über das hinaus, was die Investitionsschutzabkommen regelmäßig erfordern dürften. Dies gilt erst recht, wenn mit einbezogen wird, dass die effektive Anwendung des Unionsrechts nicht

312 Ausführlich dazu *Jarass*, Grundrechtecharta der Europäischen Union, Art. 41 GrCH, Rn. 14ff. Allerdings sind durch diese Rechte zunächst nur die Unionsorgane selbst gebunden, siehe etwa *Magiera*, Meyer/Hölscheidt, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Art. 41, Rn. 9.

313 Siehe dazu auch schon eben unter Unionsrechtliche Standards.

314 Dazu *Weiler*, The Rule of Law as a Constitutional Principle of the European Union, S. 46.

315 Siehe dazu *Frenz*, Europäische Grundfreiheiten, Rn. 50.

316 *Frenz*, Europäische Grundfreiheiten, Rn. 196.

317 Siehe ausführlich *Huck*, EuZW 2016, S. 132, 132ff; siehe auch *Magiera*, Meyer/Hölscheidt, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Art. 41, Rn. 11.

318 *Magiera*, Meyer/Hölscheidt, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Art. 41, Rn. 17 mwN.

319 *Sattorova*, JWIT 2016, S. 895, 903.

selten Überprägungen des nationalen Verwaltungsrechts fordert³²⁰, was im Investitionsschutzrecht nicht gewährleistet werden kann.

b) Recht auf richterliches Gehör

Versagt der Anspruch auf ein faires Verfahren bei der Verwaltung, ist in einem Rechtsstaat ein Recht auf richterliches Gehör verankert, der das Recht auf einen wirkungsvollen Zugang zu Gericht miteinschließt. Damit werden grundlegende Standards auch für ein insgesamt effizientes Gerichtssystem garantiert, was insbesondere auch die Verfahrensdauer beschränken soll. In der Schiedsgerichtsbarkeit läuft dieser Standard unter dem Schlagwort *denial of justice*, der gegenüber den anderen Standards einige Besonderheiten aufweist und insbesondere der einzige Schutzstandard ist, der gegen das Verhalten der Justiz des Gaststaates gerichtet werden kann³²¹. Damit eine Verletzung des Rechts auf richterliches Gehör erfolgreich vor einem Schiedsgericht gerügt werden kann, muss der nationale Rechtsweg erschöpft sein³²².

Wie im Bereich des Willkürverbots in der Verwaltung ist auch hier eine „einfache“ Verletzung nationalen Rechts nicht ausreichend, um von einem *denial of justice* auszugehen³²³, sondern es bedarf eines qualifizierten Verstoßes, der den Rahmen sprengt den das internationale Recht der nationalen Souveränität auferlegt³²⁴. Die Rechtsschutzgarantie soll dabei sicherstellen, dass die grundlegenden Verfahrensprinzipien vor einem Gericht gewahrt bleiben: Kläger und Beklagter müssen Zugang zu allen notwendigen Dokumenten erhalten, müssen vom Gericht gehört werden und ggf. sprachliche oder anwaltliche Unterstützung bekommen. Schließlich darf der gerichtliche Prozess nicht unangemessen lang sein, wobei bei der Beurteilung der Unangemessenheit auf die Umstände des Einzelfalles abzustellen ist, also die Komplexität des Falles, das Verhalten der Parteien und sogar auf die außergewöhnliche Belastung der Justiz³²⁵.

Schon das Infragestellen der Finalität der nationalen Rechtsprechung wird vielfach kritisch gesehen³²⁶. Aus guten Gründen sind Schiedsrichter deshalb sehr zurückhaltend, was die Annahme einer Verweigerung rechtlichen Gehörs angeht. Als wohl zu restriktives und viel diskutiertes Beispiel soll hier

320 Siehe dazu etwa *Frenz*, Europäische Grundfreiheiten, Rn. 196 mwN; *Hobe*, Europarecht, § 14, Rn. 11ff.

321 Jan de Nul/ Ägypten, ICSID Case No. ARB/04/13 vom 06.11.2008, Rn. 259.

322 ATA vs. Jordanien, ICSID Case Nr. ARB/08/2 vom 18.05.2010 Rn. 107; *Chevron vs. Ecuador*, Interim Award, 01.12.2008, Rn. 232f; siehe ausführlich dazu *Gindler*, Die local remedies rule im Investitionsschutzrecht, S. 63ff. mwN; *Fecak*, International Investment Agreements and EU Law, S. 38.

323 Jan de Nul/Ägypten, ICSID Case No. ARB/04/13 vom 06.11.2008, Rn. 199.

324 *Wälde*, ICSID Review 2006, S. 480.

325 *Toto vs. Libanon*, ICSID Case Nr. ARB/07/12, vom 07.06.2012, Rn. 165; siehe ausführlich zur Regel und ihren Ausnahmen *Gindler*, Die local remedies rule im Investitionsschutzrecht, S. 63ff.; 295ff.

326 Siehe dazu nur *Flessner*, Ludwigs/Remien, Investitionsschutz, Schiedsgerichtsbarkeit und Rechtsstaat in der EU, S. 28 mwN.

der Fall Loewen/USA dienen. Loewen wurde bei einem Streitwert im niedrigen zweistelligen Millionenbereich von einer Jury zu einer Zahlung von 500 Mio. Dollar verpflichtet, davon 400 Mio. Strafschadensersatz und 75 Mio. Dollar Ersatz für immaterielle Schäden. Um gegen diese Verpflichtung Rechtsmittel einzulegen, hätte Loewen nach dem geltenden Prozessrecht 125% der Summe hinterlegen müssen, eine Summe, die weit über die Möglichkeiten des mittelständischen Unternehmens hinausging. Der Grund für die enorme Summe an zugesprochenem Schadensersatz dürfte wohl in den nationalistischen Gefühlen der Jury gelegen haben³²⁷, die durch den Anwalt der Klägerseite angeheizt und durch den Richter ungeahndet blieb. Trotzdem, so die Schiedsrichter, hätte Loewen Rechtsmittel einlegen müssen und jedenfalls versuchen müssen, das nächsthöhere Gericht von der Unmöglichkeit der Hinterlegung zu überzeugen.

Dieser Fall zeigt darüber hinaus exemplarisch, dass selbst grundsätzlich hochentwickelte Rechtssysteme, die regelmäßig zu gerechten und angemessenen Urteilen führen, nicht davor bewahren, dass dem Investor der ihm zustehende Schutz verwehrt wird. Ob dies durch das Investitionsschutzrecht gewährleistet werden kann, darf zwar auch nicht als gegeben vorausgesetzt werden, es erhöht jedoch jedenfalls den Rechtsschutz und damit zumindest die Wahrscheinlichkeit auf zumindest ein faires Verfahren.

Das Recht auf richterliches Gehör und einen effektiven Zugang zu Gericht garantiert auch das Unionsrecht, etwa in Artikel 47 Grundrechtecharta. Es folgt aber im entsprechenden Zusammenhang auch schon aus der Auslegung der Grundfreiheiten³²⁸. Nachdem der Rechtsschutz im Wesentlichen auf der Anwendung des Europarechts durch nationale Gerichte beruht, verlangt der EuGH die unionsrechtsfreundliche Auslegung des nationalen Prozessrechts, bis hin zur Schaffung im nationalen Recht bisher unbekannter Klagemöglichkeiten, um die effektive Umsetzung des Unionsrechts zu garantieren³²⁹. Das Recht auf ein faires Verfahren umfasst dabei insbesondere die Entscheidung durch ein unparteiisches, vor der konkreten Rechtsstreitigkeit auf gesetzlicher Grundlage geschaffenes Gericht³³⁰, das Recht dort gehört zu werden, sich anwaltlich vertreten zu lassen und den Anspruch auf eine Entscheidung innerhalb einer angemessenen Frist³³¹. Sogar ein Anspruch auf Prozesskostenhilfe wird aus Art. 47 GrCH hergeleitet, soweit diese notwendig ist, damit der Kläger oder Beklagte seine

327 Es handelte sich um ein mit japanischen Mitteln finanziertes kanadisches Unternehmen, welches in erster Linie in Konkurrenz zu kleineren nationalen Unternehmen stand, die von Kriegsveteranen aus dem Japankrieg geführt wurden

328 Siehe dazu *Frenz*, Europäische Grundfreiheiten, Rn. 196 mwN.

329 EuGH C 64/16, Rn. 31ff; siehe auch *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Art. 47, Rn. 33.

330 *Eser/Kubiciel*, Meyer/Hölscheidt, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Art. 47, Rn. 13

331 *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Art. 47, Rn. 52ff. Für das Strafverfahren wird Art. 47 noch um die in Art. 48 normierte Unschuldsvermutung ergänzt. Diese ist jedoch für den Investitionsschutz eher selten relevant.

Rechte entsprechend wahrnehmen kann³³². Die Garantie effektiven Rechtsschutzes wird auch als ein wichtiger Teil des „Rechtsstaatsprinzips“ der Union angesehen³³³.

Zusammenfassend lässt sich diesbezüglich feststellen, dass die unionsrechtlichen Garantien bezüglich des Gerichtsverfahrens wohl deutlich über diejenigen des Investitionsschutzrechts hinausgehen, welches eher als *minimum standard* angelegt ist und keine vergleichbare Reichweite hat. Auch praktisch gesehen dürften die Gerichtsverfahren in den EU-Mitgliedsstaaten, auch durch die Kontrolle durch EuGH und Kommission, insgesamt eine überdurchschnittliche Qualität aufweisen.

c) Schutz legitimer Erwartungen – Verbot widersprüchlichen Verhaltens

Neben diesen vorwiegend prozessualen Rechten werden durch den FET-Standard auch Vorgaben an eine materielle Entscheidung festgelegt. Im Grundsatz darf der Investor einigermaßen stabile und vorhersehbare Rahmenbedingungen für seine Investition erwarten³³⁴, welches unter anderem die bei Tätigung der Investition geltenden Rechtsvorschriften umfasst. Dies gilt jedenfalls soweit Änderungen nicht schon zum Zeitpunkt der Investition absehbar waren³³⁵. Es geht folglich um die Erwartungen, die der Investor zum Zeitpunkt der Investition hatte und berechtigterweise haben durfte³³⁶. Prinzipiell ist daher, wie im Unionsrecht, ein dreistufiger Test anzuwenden: Der Investor muss Erwartungen gehabt haben, die als legitim oder schutzwürdig einzuordnen sind und die Änderung der Umstände muss den Investor unverhältnismäßig geschädigt haben.

Inwieweit Erwartungen als legitim einzustufen sind und welche Schlüsse der Investor daraus ziehen darf, hängt von der jeweiligen Handlung des Gaststaates ab. Generell lässt sich feststellen: Je konkreter und individueller die hervorgerufene Erwartung durch Handlungen des Gaststaates unterfüttert ist, desto größer ist das daraus resultierende berechnete Interesse einzuschätzen³³⁷. Grob eingeteilt lässt sich zwischen vier Kategorien unterscheiden:

- Öffentliche politische Aussagen, die nicht spezifisch einen Fall betreffen. Darauf fußendes Vertrauen des Investors ist nur sehr gering schutzwürdig;
- Materielle Gesetze können schutzwürdige Interessen der Investoren begründen, insbesondere wenn sie zur Schaffung einer investitionsfreundlichen Umgebung erlassen wurden;

332 Siehe dazu unten unter Freier Zugang zu Gericht.

333 EuGH C-402/05 und C-415/05 (Kadi), Rn. 322; siehe auch *Weiler*, *The Rule of Law as a Constitutional Principle of the European Union*, S. 13ff.

334 Redfern/Hunter on International Arbitration, S. 476f.

335 *Gatzsche*, *Aufhebungen und Abänderungen von Investitionsschutzabkommen*, S. 147f; siehe zum Einfluss absehbarer Änderungen etwa *Rösch*, *Intraeuropäisches Investitionsschutzrecht*, S. 213f.

336 *Fecak*, *International Investment Agreements and EU Law*, S. 37.

337 Dazu auch *Kriebaum*, *Eigentumsschutz im Völkerrecht*, S. 560ff.; siehe auch *Fecak*, *International Investment Agreements and EU Law*, S. 37f.

- Maßnahmen der Administrative, insbesondere in Form von Genehmigungen begründen ein hohes Maß an schutzwürdigem Interesse³³⁸;
- Investitionsverträge, die vom Investor vor oder während der Investition mit dem Gaststaat abgeschlossen wurden, begründen ein gewichtiges Vertrauen, sich an getroffene Absprachen auch zu halten³³⁹. Enthält der BIT eine sog. umbrella clause, kann ein Verstoß gegen das Investitionsabkommen des Investors mit seinem Gaststaat allerdings als eigene Vertragsverletzung im Sinne des IIAs eingeklagt werden.

Strikte Vorgaben gelten jedoch für die rückwirkende Änderung von Gesetzen, diese greift in besonders hohem Maße in das berechtigte Vertrauen des Investors ein³⁴⁰. Tätigt ein Investor eine Investition in einem Drittland, muss ihm auch bewusst sein, dass damit gewisse Risiken auch politischer Art einhergehen. In einem Krisenfall zu erwarten, dass die wirtschaftlichen, rechtlichen und politischen Rahmenbedingungen konstant bleiben, dürfte folglich nur bedingt als legitim eingestuft werden³⁴¹.

Generell muss auch das Verhalten des Investors bei der Beurteilung der Legitimität der Erwartungen mit einbezogen werden³⁴². Wurden Genehmigungen oder Investitionsschutzverträge unter Vortäuschung falscher Tatsachen oder Absichten oder sogar mit Hilfe von Bestechung erreicht, ist dies selbstverständlich in die Abwägung, welche Erwartungen der Investor berechtigterweise haben durfte, miteinzubeziehen und kann diese auch vollständig entfallen lassen³⁴³. Legitime Erwartungen können nicht oder jedenfalls nur sehr eingeschränkt gegen geltendes Recht bestehen, selbst wenn entsprechende Genehmigungen erteilt wurden. So sah es das Schiedsgericht in MTD Equity gegen Chile³⁴⁴ als Verletzung der Regeln eines ordentlichen Geschäftsmannes, einen Kauf eines Grundstückes abzuschließen, ohne die geltenden Rechtsvorschriften geprüft zu haben (die der endgültigen Durchführung der Investition entgegenstanden) und reduzierte dementsprechend die dem Investor zustehenden Schadensersatzansprüche³⁴⁵.

338 *Von Hammerstein/Roegele*, SchiedsVZ 2015, 275, 279.

339 Siehe dazu etwa *Rösch*, Intraeuropäisches Investitionsschutzrecht, S. 215f.

340 *Schill*, ZaöRV 2018, 33, 61f mwN; siehe auch *Kriebaum*, Eigentumsschutz im Völkerrecht, S. 563.

341 Ausführlich zu diesem Punkt *Taillant/Bonnitscha*, *Cordonier-Segger/Gehring/Newcombe*, Sustainable Development in World Investment Law, S. 67f, die insgesamt die Legitimität des Investitionsschutzes vor internationalen Schiedsgerichten mit dem Argument in Frage stellen, es sei kaum als fair zu erachten, wenn Klagen in Staaten mit nicht hinreichend entwickelten Rechtssystem durch Investoren effektiv vor internationalen Schiedsgerichten durchgesetzt werden könnten, während Klagen gegen den Investor wegen Verletzungen von Arbeitnehmerschutzbedingungen etc. nicht in gleicher Weise schnell und effektiv entschieden würden.

342 Dazu etwa *Taillant/Bonnitscha*, *Cordonier-Segger/Gehring/Newcombe*, Sustainable Development in World Investment Law, S. 65 mwN.

343 *Von Hammerstein/Roegele*, SchiedsVZ 2015, 275, 279.

344 ICSID Case ARB/01/7.

345 Ebenda, Rn. 168ff, 242.

Dies zeigt auch, dass die Fälle, in denen das Unionsrecht eine Entscheidung vorgibt, die mit den Pflichten des Staates aus dem Investitionsschutzabkommen in Konflikt steht, sehr selten sein dürften. Der Investor hat die Pflicht, sich über die geltenden Rechtsnormen in dem jeweiligen Land zu informieren, wozu auch das Europarecht zu zählen ist. Ergibt eine Behördenentscheidung, die diese Rechtsnormen verletzt, kann er sich nur sehr bedingt auf Vertrauensschutz bezüglich der Entscheidung berufen, wenn er wusste oder hätte wissen müssen, dass diese nicht mit dem gültigen Rechtsrahmen vereinbar ist. In diesen Fällen kann schon kein schützenswertes Vertrauen entstehen³⁴⁶.

Von enormer Bedeutung ist weiterhin, dass dieses Interesse immer sein Gegengewicht im berechtigten Regulierungsinteresse des Staates findet, welches gegen das Stabilitätsinteresse des Investors abzuwägen ist³⁴⁷. Von keinem Staat kann erwartet werden, dass er seine Gesetzgebung nicht mehr anpasst³⁴⁸. Die diesbezüglich grundlegende Entscheidung Tecmed gegen Mexico liest sich hinsichtlich dieser Frage wie folgt: „*the principle that the State’s exercise of its sovereign powers within the framework of its police power may cause economic damage to those subject to its powers as administrator without entitling them to any compensation whatsoever is undisputable*“³⁴⁹. Ebenso wenig kann erwartet werden, dass der Gaststaat seine Gesetzgebung nur zum Besseren des Investors anpasst. Das Bedürfnis nach staatlicher Regulierungsmacht steht in einem generellen Konflikt zum Interesse des Investors nach stabilen Verhältnissen. Diesen konfligierenden Interessen kann man jedoch durch Übergangsfristen, von vornherein zeitlich beschränkten Erlaubnissen und ähnlichen Instrumenten gerecht werden³⁵⁰. Die Möglichkeit einer Neuregelung dürfte dem Gaststaat in den seltensten Fällen verwehrt bleiben, nur an die Ausgestaltung derselben bestehen Vorgaben aus dem Investitionsschutzrecht³⁵¹. Insgesamt lässt sich jedenfalls festhalten, dass das Investitionsschutzrecht Zusagen des Gaststaats, in welcher Form und Konkretisierung auch immer, grundsätzlich vor internationalen Schiedsgerichten justitiabel macht³⁵².

346 Basener, Investment Protection in the European Union, S. 162ff, sieht schon solche Konstellationen trotzdem bereits als problematisch an.

347 Zu den schutzwürdigen Interessen des Staates (bei Enteignungen, nach der Einordnung hier aber besser unter FET zu fassen) ausführlich Kriebaum, Eigentumsschutz im Völkerrecht, S. 565ff.

348 Etwa Micula vs. Rumänien, ICSID Case No. ARB/05/20, Award vom 11.12.2013, Rn. 529; dazu Börnsen, Das nationale Recht in Investitionsschiedsverfahren, S. 100; Saluka vs. Tschechien, Partial Award, 17.03.2006, Rn. 305, dazu Griebel, Internationales Investitionsschutzrecht, S. 72f.

349 Tecmed vs. Mexico, Award, 29.05.2003, Rn. 119; siehe dazu auch Schill, European Yearbook of International economic law 2016, S. 323.

350 Dazu ausführlich Romson, Cordonier-Segger/Gehring/Newcombe, Sustainable Development in World Investment Law, S. 39 mwN.

351 Siehe auch etwa Schill, ZaöRV 2018, 33, 60f mwN.

352 Schill, European Yearbook of international economic law 2016, S. 314, der darin die Umsetzung des Grundrechts auf Rechtsschutz sieht, was als Teil der rule of law grundsätzlich international anerkannt ist.

Im europäischen Zusammenhang finden sich aktuell zahlreiche Beispiele der Anwendung von FET unter dem ECT, wegen der Kürzung von Einspeisevergütungen für erneuerbare Energien³⁵³. Zahlreiche Verfahren laufen und liefen gegen Spanien, weitere aber auch gegen Tschechien, Italien und Rumänien.

Einen ausdrücklich normierten Schutz legitimer Erwartungen gibt es im Unionsrecht nicht. Vertrauensschutzargumente sind jedoch auch dem EuGH nicht fremd³⁵⁴.

Generell hat der EuGH in seiner ALCAN Entscheidung den Vertrauensschutz bezüglich staatlicher Subventionen restriktiv gehandhabt³⁵⁵. Insbesondere muss das öffentliche Interesse an einer Rücknahme stärker gewichtet werden, als es etwa in §§ 48, 49 VwVfG vorgesehen ist. Ein Unternehmen darf auf die Rechtmäßigkeit einer Beihilfe nur dann vertrauen, wenn diese unter Beachtung der entsprechenden unionsrechtlichen Normen gewährt wurde. Ihm obliegt dementsprechend eine weitreichende Prüfpflicht³⁵⁶. Der Beihilfeempfänger muss dabei das vollständige unionsrechtlich vorgesehene Verfahren auf eventuelle Fehler überwachen³⁵⁷. Generell dürfen Argumente zur Rechtskraft und zum Vertrauensschutz, die im nationalen Recht vorgesehen sind, nicht so ausgelegt und angewendet werden, dass sie der effektiven Umsetzung des Unionsrechts entgegenstehen³⁵⁸. Der EuGH prüft die mögliche Anwendung von vertrauensschützenden Regelungen danach, ob ein Vertrauenstatbestand vorlag, dieses schutzwürdig war und in Abwägung der Interessen das Interesse des Einzelnen überwiegt³⁵⁹.

Auf nationaler Ebene kann die Verfassungsgerichtsentscheidung zum Fall Vattenfall beispielhaft zeigen, wie eine entsprechende Abwägung anzustellen ist³⁶⁰. Das Verfassungsgericht prüft dabei detailliert die Erwartungen der verschiedenen Energiekonzerne und deren Herkunft. Unter Betonung der starken Sozialbindung im Bereich der Kernenergie und unter dem Gesichtspunkt einer fehlenden Gegenleistung geht es von einer herabgesetzten Schutzwürdigkeit der Investoren hinsichtlich der im Jahr 2010 zusätzlich zugestandenen Kapazitäten aus, insbesondere, weil diese auch erst so kurz in Kraft

353 Ausführlich dazu und mit weiteren Nachweisen *Bungenberg*, Ludwigs/Remien, Investitionsschutz, Schiedsgerichtsbarkeit und Rechtsstaat in der EU, S. 169ff.

354 Siehe für ein frühes Beispiel EuGH 111/63, in dem zwar die Existenz des Vertrauensschutzes nicht hergeleitet aber doch vorausgesetzt wird.

355 EuGH C 24/95.

356 EuGH C 24/95, Rn. 27ff.

357 Siehe dazu etwa *Rappe*, NVwZ 1998, S. 26, 27f.

358 EuGH C 119/05, Rn. 60f.

359 Dazu näher *Classen*, Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 197 AEUV, Rn. 46 mwN.

360 Das BVerfG prüft die legitimen Erwartungen im Rahmen des Enteignungsschutzes, weil kein separater Schutz für „legitime Erwartungen“ im Grundgesetz vorgesehen ist. Für das Investitionsschutzrecht ist es jedoch überzeugender diese Überlegungen unter die FET Klausel zu fassen, auch wenn auch dort auch unter dem Schlagwort indirekte Enteignung argumentiert worden war.

waren, dass noch keine darauf begründeten Verfügungen getroffen worden waren. Anders war dies für die verfallenden Kapazitäten der Erhöhung von 2002 einzuordnen, die im Gegenzug für die nicht mehr unbegrenzte Nutzbarkeit der Kernkraftwerke zugesagt wurden³⁶¹. Anders als für erstere legte die ATG-Novelle für letztere jedoch Ausgleichsmaßnahmen fest, die jedoch auch für die neu zugesagten Kapazitäten hätten gefunden werden müssen, soweit enttäuschte Investitionen vorlagen.

3) Fazit

Die FET-Klausel umfasst grundlegende rechtsstaatliche Werte, die, wenn auch nur teilweise kodifiziert, auch im Unionsrecht anerkannt sind. Versteht man die FET-Klausel in einer Weise, dass sie nicht oder nicht viel über den völkerrechtlichen gebotenen minimum standard hinausgeht, wird man wohl zu dem Ergebnis kommen, dass der Schutz durch das Unionsrecht grundsätzlich weiter geht, als es im Investitionsschutzrecht vorgesehen ist. Allerdings besteht bei der Weite der Formulierungen zu FET sowohl als Grundsatz des Unionsrechts als auch im Investitionsschutzrecht immer ein nicht unerhebliches Risiko, dass die mit der Auslegung dieser Grundsätze befassten Streitschlichtungsorgane in einem konkreten Fall zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen würden.

Insgesamt ist das FET Konzept in Investitionsschutzverträgen wohl als weiter anzusehen als die vergleichbaren Prinzipien im Unionsrecht. Dieses schützt jedoch deutlich mehr durch Einzelschriften in kleinerem und dementsprechend vermutlich nicht völlig lückenlosen Maßstab³⁶². Trotzdem dürfte der materielle Schutz durch das Unionsrecht faktisch sehr selten hinter den des Investitionsschutzrechts zurückfallen. Ein solcher Fall könnte insbesondere dann vorliegen, wenn das Unionsrecht dem Investor strengere Vorgaben bezüglich einer Nachforschungspflicht zur Rechtmäßigkeit einer Maßnahme stellt, als dies im Investitionsschutzrecht üblicherweise der Fall ist. Solche Pflichten sind zwar auch dem Investitionsschutzrecht nicht unbekannt, etwa bei der Frage der Legalität der Investition, dürften allerdings regelmäßig weniger weitreichend sein, als das Unionsrecht dies fordert.

Bezüglich des FET-Standards lässt sich folglich abschließend feststellen, dass im Investitionsschutzrecht ein grundsätzlich umfassenderer Schutz gewährleistet wird, im Unionsrecht dagegen ein im Einzelfall weitreichenderer.

Aufgrund der Weite der FET-Klausel bestehen in moderneren IIAs Tendenzen, diese durch abschließende Aufzählungen, was davon umfasst ist, zu konkretisieren, siehe zum Beispiel Art. 8.10

361 BVerfGE 143, 246; ausführlich dazu *Paulus/Nölscher*, Ludwigs/Remien, Investitionsschutz, Schiedsgerichtsbarkeit und Rechtsstaat in der EU, S. 149ff.

362 *Andersen/Hindelang*, JWIT 2016, S. 984, 995; *Sattorova*, JWIT 2016, S. 895, 901.

Abs. 1-3 CETA. Auch der Schutz legitimer Erwartungen kann nur noch auf einige vorher festgelegte Verhalten des Staates gestützt werden, Art. 8.10 Abs. 4 CETA. Damit wird der umfassenden Überprüfungsgrundlage des Investitionsschutzrechts der Boden entzogen, dies dürfte jedoch politisch auch so gewollt sein. Zugleich wird der Schutzbereich damit demjenigen des Unionsrechts angenähert³⁶³.

IV. *Umbrella clause*

Einen Sonderfall der vertraglichen Schutzpflichten im Investitionsschutzrecht stellt die sogenannte umbrella clause oder Schirmklausel dar. Diese erhebt Streitigkeiten, die auf einem von Investor und Gaststaat geschlossenen Investitionsvertrag beruhen, auf die Ebene einer Verletzung der völkerrechtlichen Pflicht³⁶⁴. Es ist demzufolge nicht nur der Investitionsschutzvertrag verletzt, sondern gleichzeitig auch das IIA. Dies gilt unabhängig davon, ob die Verletzung einer solchen vertraglichen Pflicht im Einzelfall auch eine Verletzung legitimer Erwartungen darstellt. Verletzungen dieses Vertrages können nun auch direkt vor dem Schiedsgericht gerügt werden³⁶⁵. Hier könnten unionsrechtswidrige und deshalb später aufgehobene Entscheidungen des Gaststaates etwa analog einer vorvertraglichen Haftung bereits Schadensersatzpflichten hervorrufen.

Investitionsverträge zwischen einem Investor und dem Gaststaat werden insbesondere bei Großprojekten relevant. Sie regeln sehr detailliert die Rechte und Pflichten von Staat und Investor, und enthalten teilweise selbst schon Schiedsabreden. In diesem Fall hat die umbrella clause nur eine eingeschränkte Bedeutung, weil die entsprechenden Abreden auch im Investor-Staat-Vertrag geregelt werden. Darüber hinaus werden häufig Stabilisierungsklauseln vereinbart, die das für den Investor geltende Recht auf den Zeitpunkt der Tätigkeit der Investition fixieren, um diesem Planungssicherheit zu gewährleisten, diesbezüglich besteht folglich eine speziellere Regelung zu den legitimen Erwartungen³⁶⁶.

Eine Entsprechung zur Umbrella clause besteht im Unionsrecht nicht³⁶⁷, in dieser Hinsicht bleibt der Schutz des Unionsrechts für Investitionen also hinter demjenigen durch das klassische Investitionsschutzrecht zurück. Im Einzelfall mögen Verletzungen vertraglicher Verpflichtungen

363 *Sattorova*, JWIT 2016, S. 895, 902.

364 *Dalhuizen/Guzman*, The applicable Law in foreign investment disputes, verfügbar unter <http://ssrn.com/abstract=2209503>, zuletzt abgerufen am 12.04.19, S. 9; eine umbrella clause ist immerhin in etwa 40% der IIAs enthalten, siehe dazu *Fecak*, International Investment Agreements and EU Law, S. 40ff mwN, die Zahl scheint allerdings rückläufig, siehe *Bungenberg*, VerwArch 2014, S. 382, 387.

365 Siehe dazu etwa *Schramke*, SchiedsVZ 2006, S. 249, 256ff.

366 *Oeter*, Ipsen, Völkerrecht, S. 1027f.

367 So auch die Kommission, Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, 19.07.2018 (COM (2018) 547 final, Protection of intra-EU Investment.

gleichzeitig auch eine Verletzung etwa der europäischen Grundfreiheiten darstellen. Dazu bedarf es jedoch im Einzelfall einer näheren Begründung, die über den einfachen Vertragsbruch hinausgeht³⁶⁸. Ob gleiches auch im Investitionsschutzrecht gilt, ist umstritten. Die Bestimmung des Inhalts von umbrella clauses ist eines der Beispiele weitreichend divergierender Entscheidungen von Investitionsschiedsgerichten³⁶⁹.

V. *Full protection and security*

Die nächste standardmäßig enthaltene Schutzvorschrift betrifft *full protection and security* (FPS)³⁷⁰. Wie oben ausgeführt war das Investitionsschutzrecht zunächst dafür gedacht, insbesondere Investitionen in Drittländern zu schützen und diese Schutzklausel sollte insbesondere den physischen Schutz im Fall von gewaltsamen Demonstrationen, Aufständen oder konkreten Angriffen auf die Fabriken oder Werke der Investoren schützen und zwar meist gegen private Akteure³⁷¹. Eine Verletzung der FPS clause besteht in aller Regel im Unterlassen oder einem mangelhaften Ausmaß eines geschuldeten Schutzes³⁷². Auf der anderen Seite gerät diese Klausel schnell an ihre eigenen Grenzen, denn in Staaten, in denen die Polizei oder sogar das Militär nicht mehr in der Lage sind geordnete Zustände zu bewahren oder herzustellen, kann legitimer Weise kein größerer Schutz für Investoren erwartet werden. Es handelt sich folglich um eine due diligence Vorschrift³⁷³ – ein absoluter Schutz gegen jeden eintretenden Schaden kann von keinem Staat verlangt werden.

Eine klare Entsprechung, die dem Investor und der Investition physischen Schutz unter dem Unionsrecht verspricht, besteht dennoch nicht. Dies wurde auch von der schiedsgerichtlichen Praxis beim Vergleich der Schutzstandards angemahnt³⁷⁴. Der durch das Unionsrecht garantierte Schutz dürfte dennoch nicht hinter dem des Investitionsschutzrechts zurückbleiben.

Entsprechungen zur FPS clause sind zunächst im Polizeirecht zu finden. Nachdem es sich dabei um eine Materie handelt, die in der ausschließlichen Zuständigkeit der Mitgliedsstaaten liegt, hat das Unionsrecht hier keinen besonderen Einfluss und kann folglich keinen äquivalenten Schutz garantieren.

368 Näher dazu *Sattorova*, JWIT 2016, S. 895, 908f.

369 Siehe *Schramke*, SchiedsVZ 2006, S. 249, 256ff mit Beispielen aus der Praxis. Auch in der Zwischenzeit hat sich noch keine allgemein akzeptierte Auslegung von umbrella clauses gefunden.

370 Siehe zur Häufigkeit der Verankerung eines FPS Standards etwa *Fecak*, International Investment Agreements and EU Law, S. 39.

371 *Oeter*, Ipsen, Völkerrecht, S. 1036.

372 Redfern/Hunter on International Arbitration, S. 482 mwN; siehe auch *Nikolov/Dünkelsbühler*, SchiedsVZ 2019, S. 141, 144

373 Redfern/Hunter on International Arbitration, S. 482f.

374 So etwa *Achmea vs. Slowakei*, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, 26.10.2010, Rn. 259ff.

Schutzpflichten bestehen nach der Rechtsprechung des EuGH allerdings aus den Grundfreiheiten und den Grundrechten. Dies gilt insbesondere etwa für die Niederlassungsfreiheit³⁷⁵, aber auch das Eigentumsrecht³⁷⁶. Grundfreiheiten können also auch durch Unterlassen verletzt werden, wenn der notwendige Schutz nicht sichergestellt wird³⁷⁷.

Private sind durch die Grundfreiheiten nicht unmittelbar gebunden, allerdings bestehen über den „Umweg“ über Schutzpflichten und mittelbare Drittwirkung doch Pflichten³⁷⁸. Das wohl beste Beispiel dafür ist der Sachverhalt, der dem EuGH im Fall C-265/95 zu Grunde lag. Französische Landwirte setzten sich darin in gewaltsamer Weise gegen den Transport und Vertrieb von Agrarprodukten aus anderen EU-Mitgliedsstaaten zur Wehr, ohne dass Frankreich hinreichend wirkungsvolle Maßnahmen dagegen ergriffen hätte. Der EuGH stellte dabei fest:

„Art. 30 verbietet den Mitgliedsstaaten somit nicht nur eigene Handlungen oder Verhaltensweise, die zu einem Handelshemmnis führen könnten, sondern verpflichtet sie in Verbindung mit Artikel 5 EG-Verträge auch dazu, alle erforderlichen und geeigneten Maßnahmen zu ergreifen, um in ihrem Gebiet die Beachtung dieser Grundfreiheit sicherzustellen.“³⁷⁹

Dieser Fall zeigt anschaulich die weitgehenden Parallelen, die, wenn auch nicht auf den ersten, so doch auf einen näheren Blick, hinsichtlich Investitionsschutzrecht und Unionsrecht bestehen. Auch Frankreich wurde nicht zu einem Erfolg verpflichtet, sondern lediglich dazu, geeignete Maßnahmen zum Schutz der ausländischen Investitionen zu treffen.

Die neuere– und äußerst umstrittene – Frage, die die Bedeutung der FPS clause betrifft, ist diejenige, ob mit full protection auch ein Schutz durch das Gesetz gemeint ist, der über geltende Vorschriften hinaus geht. Im Investitionsschutzrecht wird ein solcher Schutz überwiegend abgelehnt und insoweit auf den Schutz durch den FET-Standard verwiesen³⁸⁰.

Denkbar wäre etwa die Schaffung wirksamen Schutzes von geistigem Eigentum – im Unionsrecht wird dieses etwa durch Art. 17 Abs. 2 Grundrechtecharta geschützt. Der eben zitierten Rechtsprechung des EuGH ist darüber hinaus keine Beschränkung auf den physischen Schutz zu entnehmen.

Trotzdem FPS also nicht ausdrücklich als Schutzstandard im Unionsrecht normiert ist, wird der Schutz regelmäßig nicht hinter dem des internationalen Investitionsschutzrechts zurückbleiben – im

375 A.A. Rösch, Intraeuropäisches Investitionsschutzrecht, S. 65f.

376 Bernsdorff, Meyer/Hölscheidt, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Art. 17, Rn. 18.

377 Leible/Streinz, Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 34 AEUV, Rn. 57.

378 Frenz, Europäische Grundfreiheiten, Rn. 372ff.

379 EuGH C-265/95, Rn. 30.

380 Siehe dazu etwa Rösch, Intraeuropäisches Investitionsschutzrecht, S. 65.

Gegenteil. Gerade was den Schutz durch das Gesetz angeht, bestehen im Unionsrecht wohl weiterreichende Verpflichtungen, als sie durch das Investitionsschutzrecht bestehen.

VI. Diskriminierungsverbot/ *Most favoured nation treatment*

Nachfolgend sollen das Diskriminierungsverbot beziehungsweise positiv ausgedrückt, das Gebot der Inländergleichbehandlung (1) und die *Most favoured nation clause* (2) dargestellt werden. Beide Schutzstandards beziehen sich sowohl auf faktische als auch auf rechtliche Diskriminierungen³⁸¹. Neben den „absoluten“ oder minimal- Standards gibt es mit dem Diskriminierungsverbot und der *most favoured nation clause* auch relative Standards in Investitionsschutzverträgen, also Standards, deren Reichweite nicht allein anhand des internationalen Rechts bestimmt werden können, sondern die einen Vergleich mit Investoren aus anderen Ländern und eine Analyse von deren Situation unter Geltung des nationalen Rechts erfordern³⁸².

1) Inländergleichbehandlung

Die Inländergleichbehandlung umfasst sowohl im Unionsrecht, als auch im Investitionsschutzrecht das Gebot, Inländer und Ausländer in der gleichen Situation auch gleich zu behandeln (a), sofern kein Rechtfertigungsgrund (b) vorliegt.

a) Gleichbehandlungsgebot

Das Diskriminierungsverbot betrifft dabei das Verhältnis von Inländern zu Staatsangehörigen des Vertragspartners des Investitionsschutzabkommens. Es verbietet Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit eines Investors. Üblich ist die Formulierung „*no less favourable than (...)*“³⁸³. Internationale Investoren, die in der gleichen Situation sind, wie nationale Investoren, dürfen nicht schlechter, wohl aber besser, behandelt werden als diese. Für die Bestimmung eines Verstoßes gegen die Inländergleichbehandlung bedarf es folglich einer Handlung durch den Gaststaat, die internationale Investoren ohne legitimen Grund schlechter stellt als vergleichbare nationale Investoren³⁸⁴.

Ein allgemeines Diskriminierungsverbot aufgrund der Staatsangehörigkeit findet sich im Unionsrecht in Art. 18 AEUV. Bezüglich des Investitionsschutzes leitet die Kommission diesen Grundsatz auch insbesondere aus der Anwendung der Kapitalverkehrsfreiheit, Art. 63 AEUV her³⁸⁵. Sowohl im Investitionsschutzrecht als auch im Unionsrecht müssen folglich die richtigen Vergleichsgruppen

381 Oeter, Ipsen, Völkerrecht, S. 1033.

382 Redfern/Hunter on International Arbitration, S. 485f; zur Bedeutung des nationalen Rechts bei der Beachtung von Investitionsschutzrechtsstandards siehe ausführlich unten unter Nationales Recht.

383 So etwa Art. 3 des deutschen Modell-IIAs.

384 Dolzer/Schreuer, Principles of international investment law, S. 198ff.

385 Siehe dazu Schlussanträge der Generalanwältin zum Gutachten 2/2015, Rn. 276.

gebildet werden, anhand derer bemessen werden kann, ob eine Schlechterbehandlung aufgrund der Staatsangehörigkeit erfolgt. Was das Gebot der Inländergleichbehandlung angeht, bestehen also deutliche Ähnlichkeiten zwischen Unionsrecht und Investitionsschutzrecht.

Das Unionsrecht verbietet jedoch nicht nur Diskriminierungen, sondern auch die „Maßnahmen gleicher Wirkung“. Dieses Merkmal versteht der EuGH sehr weit. Nach der Dassonville Rechtsprechung umfasst eine Maßnahme gleicher Wirkung „jede Regelung der Mitgliedsstaaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern“³⁸⁶. Dies gilt sogar für unterschiedslos anwendbare Regelungen³⁸⁷. Das Unionsrecht beschränkt sich also nicht auf Diskriminierungen im engeren Sinne. Es umfasst im Gegenteil ein sehr weites Regulierungsverbot bezüglich zahlreicher Maßnahmen, die den Handel und die Investitionen beschränken, soweit dadurch der Austausch zwischen den EU-Mitgliedsstaaten negativ betroffen ist. Die Dassonville Formel ist auf die anderen Grundfreiheiten übertragbar³⁸⁸. Der EuGH hat in seiner Keck-Rechtsprechung die Dassonville Formel etwas eingeschränkt, andernfalls wäre faktisch jede regulierende Maßnahme rechtfertigungsbedürftig. Die Keck-Rechtsprechung unterscheidet dabei zwischen vertriebsbezogenen Maßnahmen, die, wenn sie unterschiedslos anwendbar sind und den Marktzugang nicht beschränken, keiner Rechtfertigung bedürfen und produktbezogenen Regelungen³⁸⁹. Letztere sind grundsätzlich unzulässig, es sei denn sie sind durch geschriebene oder ungeschriebene Rechtfertigungsgründe legitimiert. Als produktbezogene Regelung sind Merkmale der Produkte zu verstehen wie etwa Aufmachung, Eigenschaften, Etikettierung etc.³⁹⁰.

Das Gebot der Inländergleichbehandlung wird im Unionsrecht sehr extensiv angewendet und hat einen weiten Geltungsbereich. Maßnahmen, die grundsätzlich Aus- und Inländer gleichermaßen treffen, für Inländer allerdings einfacher zu erfüllen sind, werden nach dem Investitionsschutzrecht regelmäßig zulässig, im Unionsrecht aber unzulässig sein. Dies gilt, obwohl auch die Möglichkeiten der Rechtfertigung im Unionsrecht weiter gefasst werden, als dies im Investitionsschutzrecht der Fall ist. Das Diskriminierungsverbot ist im Investitionsschutzrecht zweifellos ein wichtiger Bestandteil. Die Calvo-Doktrin oder später die „new economic order“³⁹¹, nach der ein internationaler Investor auf die Geltendmachung von Diskriminierungen beschränkt ist, hat sich jedoch nicht durchgesetzt. Im

386 EuGH C-8/74, Rn. 5.

387 EuGH C-120/78, Rn. 8.

388 Dazu etwa *Leible/Strein*, *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, *Das Recht der EU*, Art. 34 AEUV, Rn. 61ff mwN.

389 EuGH C-268/91, Rn. 16.

390 *Leible/Strein*, *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, *Das Recht der EU*, Art. 34 AEUV, Rn. 80.

391 *Dolzer/Schreuer*, *Principles of international investment law*, S. 198.

Unionsrecht dagegen ist es der Kern der investitionsschützenden Normen und Ausgangspunkt der Prüfung der Rechtmäßigkeit einer Maßnahme.

Um die Rechtsstellung eines Inländers zu bestimmen, bedarf es dabei der Bestimmung des Inhalts des einschlägigen nationalen Rechts³⁹². Dies wird insbesondere im Rahmen der (exklusiven) Zuständigkeiten des EuGH, dazu sogleich, erhebliche Folgen haben.

b) Rechtfertigungsmöglichkeiten

Nicht jede Ungleichbehandlung ist als Diskriminierung anzusehen, es bedarf dabei immer eines umfassenden Vergleichs der Situationen. Unterschiedliche Behandlungen können durch legitime Interessen begründet sein³⁹³. Ein grundlegender Unterschied ist an dieser Stelle allerdings die nur im Unionsrecht vorgesehene Möglichkeit, Diskriminierungen aufgrund der Nationalität durch geschriebene Rechtfertigungsgründe, Art. 36 AEUV, und ungeschriebene zwingende Gründe des Gemeinwohls zu rechtfertigen³⁹⁴. Als zwingende Gründe des Gemeinwohls wurden vom EuGH insbesondere die Erfordernisse einer wirksamen steuerlichen Kontrolle, der Schutz der öffentlichen Gesundheit, der Lauterkeit des Handelsverkehrs und der Verbraucherschutz angesehen³⁹⁵. Die Auflistung ist jedoch nicht abschließend³⁹⁶. Die ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe unterliegen dabei dem gleichen Verhältnismäßigkeitserfordernis wie die geschriebenen³⁹⁷. Eine Rechtfertigung ist weiterhin auch über konkurrierende Grundfreiheiten möglich³⁹⁸.

Auch im Investitionsschutzrecht ist eine Rechtfertigung grundsätzlich möglich. Rechtfertigungsgründe sind jedoch nicht im IIA, sondern nur im allgemeinen Völkerrecht zu finden, welches in dieser Hinsicht sehr restriktiv ist. Folglich hat die investitionsschiedsgerichtliche Praxis bisher in keinem Fall eine Rechtfertigung angenommen³⁹⁹. Das kann angesichts der Hürden auch nicht weiter verwundern. Das allgemeine Völkerrecht sieht insbesondere etwa den sogenannten „state of necessity“ als einen solchen Rechtfertigungsgrund an. Ein solcher „state of necessity“ liegt im Völkerrecht aber nur vor, wenn die Voraussetzungen des Art. 25 ILC Articles of State Responsibility erfüllt sind. Relevant ist dabei insbesondere Abs. 1 der wie folgt lautet:

392 Dazu *Börnsen*, Nationales Recht in Investitionsschiedsverfahren, S. 117.

393 Auch schon auf der „Schutzbereichsebene“; siehe dazu Redfern/Hunter on International Arbitration, S. 486.

394 Siehe dazu die *Cassis de Dijon* Rechtsprechung des EuGH, C-120/78.

395 EuGH C-120/78, Rn. 8.

396 *Leible/Streinz*, Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 34 AEUV, Rn. 120.

397 *Leible/Streinz*, Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 34 AEUV, Rn. 108, 123ff.

398 Siehe *Frenz*, Europäische Grundfreiheiten, Rn.75.

399 Dazu *Rösch*, Intraeuropäisches Investitionsschutzrecht, S. 68.

Necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding the wrongfulness of an act not in conformity with an international obligation of that State unless the act:

(a) is the only way for the State to safeguard an essential interest against a grave and imminent peril; and

(b) does not seriously impair an essential interest of the State or States towards which the obligation exists, or of the international community as a whole.

Die Formulierungen „essentielles Interesse“ gegen eine „schwerwiegende und unmittelbare Gefahr“ zeigen die hohen Hürden, die für die Einschlägigkeit des Artikels 25 erfüllt werden müssen. Dies dürfte im investitionsschutzrechtlichen Zusammenhang selten bis nie der Fall sein⁴⁰⁰. In neueren IIAs gibt es jedoch Tendenzen Ausnahmeklauseln und Rechtfertigungsgründe insbesondere für Diskriminierungen zu integrieren⁴⁰¹.

Letztendlich erweist sich jedoch auch dieser Unterschied als geringer, als es zunächst erscheinen mag. Zwar bestehen nach dem IIA keine Rechtfertigungsgründe und die völkerrechtlichen Rechtfertigungsgründe sind sehr restriktiv. Allerdings ist in der schiedsrichterlichen Praxis anerkannt, dass es legitime Gründe zur unterschiedlichen Behandlung von Investoren gibt. Ob diese nun tatbestandsausschließend oder rechtfertigend wirken, dürfte in aller Regel keine gewichtigen Konsequenzen haben⁴⁰². Die selten einschlägig werdenden völkerrechtlichen Rechtfertigungsgründe werden dann gar nicht erst notwendig, wenn schon keine Verletzung des IIAs an sich vorliegt.

Trotzdem das Unionsrecht Rechtfertigungsmöglichkeiten vorsieht, die im Investitionsschutzrecht wohl nicht als hinreichend erachtet werden würden, ist das Diskriminierungsverbot, das der EuGH anhand der Dasonville Formel entwickelt hat, viel weitreichender, als dasjenige, welches üblicherweise in IIAs zu finden ist⁴⁰³.

Die ausdrückliche Regelung von Rechtfertigungsmöglichkeiten nicht nur im Zusammenhang mit dem Gebot der Inländergleichbehandlung ist eines der wichtigsten Anliegen aktueller Reformen des Investitionsschutzrechts. Dabei ist jedoch Vorsicht geboten: Insbesondere abschließende Aufzählungen möglicher Rechtfertigungsgründe können schnell zu einem sehr engen

400 Ablehnend insbesondere zur Rechtfertigung durch Unionsrecht für Verstöße gegen investitionsschützende Klauseln siehe *Rösch*, Intraeuropäisches Investitionsschutzrecht, S. 239f.

401 Siehe dazu am Beispiel des norwegischen MusterIIAs *Gatzsche*, Aufhebungen und Abänderungen von Investitionsschutzabkommen, S. 46.

402 Deshalb für einen dreistufigen Aufbau plädierend etwa *Dolzer/Schreuer*, Principles of international investment law, S. 196ff.

403 So im Ergebnis auch *Fecak*, International Investment Agreements and EU Law, S. 114.

Rechtfertigungskatalog führen, der nicht mehr durch einen Rückgriff auf allgemeine Prinzipien erweitert werden kann.

2) Most-Favoured-Nation clause

Für die Most favoured nation clause gelten im Investitionsschutzrecht im Wesentlichen ähnliche Grundsätze wie für das Gebot der Inländergleichbehandlung. Dabei bezieht sich die most favoured nation clause auf das Verhältnis von ausländischen Investoren untereinander⁴⁰⁴, deren Herkunftsländer wiederum Vereinbarungen mit dem Empfängerstaat der Investition getroffen haben. Hier kann sich ein Investor des einen Staates auf für ihn günstigere Vorschriften aus dem Investitionsschutzabkommen eines anderen Staates berufen. Die Zielrichtung der MFN – clause entspricht im Wesentlichen derjenigen der Grundfreiheiten: Es soll ein „*level-playing field*“ und „*equality of competitive opportunities*“ geschaffen werden⁴⁰⁵, wobei das Unionsrecht dies nicht auf die wirtschaftliche Komponente beschränkt, sondern um die soziale erweitert⁴⁰⁶.

Die Reichweite des Schutzes durch die MFN-clause ist umstritten. Problematisch ist dabei insbesondere die Anwendung auf das Klagerecht⁴⁰⁷, sowie die Möglichkeit bilateral durch die Vertragsstaaten absichtlich so gewählte Beschränkungen zu umgehen⁴⁰⁸. Insbesondere wird versucht, Rechte zu schaffen, die so von keinem einzelnen IIA vorgesehen sind, sondern nur in der Zusammenschau unterschiedlicher Verträge entstehen können⁴⁰⁹. Auf der einen Seite scheint dies zu weitreichend, andererseits hätte für die Vertragsstaaten durchaus die Möglichkeit bestanden, die Ausgestaltung der MFN-clause in einer Weise vorzunehmen, die diesen Auslegungen ausdrücklich entgegensteht. In moderneren IIAs ist dies auch bereits der Fall. Teilweise relevant wird dies etwa durch die Ausgestaltung des Verhältnisses zum Unionsrecht: Es besteht die Möglichkeit die MFN clause so zu beschränken, dass die durch Unionsrecht garantierten Rechte auf die Mitgliedsstaaten beschränkt bleiben⁴¹⁰. Aus den Investitionsschutzverträgen folgt also keine Pflicht, Investoren aus Drittstaaten so zu behandeln, wie solche aus der Europäischen Union, die insbesondere von der gegenseitigen Anerkennung zahlreicher Standards profitieren.

Während das Diskriminierungsverbot allerdings dem Europarecht nicht fremd, sondern gerade eines seiner grundlegendsten Prinzipien ist, gilt für das Meistbegünstigungsprinzip anderes. In gewissem

404 Bungenberg, GewArch 2014, S. 382, 387.

405 Titi, Journal of International Arbitration, S. 425, 428.

406 Hindelang, Archiv des Völkerrechts 2015, S. 68, 72.

407 Siehe zur Diskussion etwa Dolzer/Schreuer, Principles of international investment law, S. 207ff; Aus diesem Grund etwa ausdrücklich ausgeschlossen in Art. 8.7 Abs. 4 CETA.

408 Oeter, Ipsen, Völkerrecht, S. 1034.

409 Titi, Journal of International Arbitration, S. 425, 429.

410 Ahner, Investor-Staat-Schiedsverfahren nach Europäischem Unionsrecht, S. 129.

Maße umfasst das Diskriminierungsverbot auch die MFN-Klausel: Die Herkunft oder Nationalität ist generell als Anknüpfungspunkt für Unterscheidungen verboten, jedenfalls im Verhältnis von Investoren aus unterschiedlichen Mitgliedsstaaten. Insoweit reicht das Diskriminierungsverbot im Unionsrecht weiter als im Investitionsschutzrecht. Allerdings hat diese Ähnlichkeit seine Grenzen: Bilaterale Verträge zwischen Mitgliedsstaaten werden vom EuGH so ausgelegt, dass diese sich nur auf die betroffenen Länder auswirken.

Der EuGH hat etwa im Zusammenhang mit Doppelbesteuerungsabkommen entschieden, dass gerade keine Pflicht zur Meistbegünstigung aus dem Unionsrecht folge, sondern der bilaterale Ansatz solcher Abkommen geachtet werden müsse⁴¹¹. Staatsangehörige von Staaten, die kein solches Abkommen abgeschlossen hätten, befänden sich nicht in der gleichen Situation wie Staatsangehörige von Staaten, die Vertragspartner eines Doppelbesteuerungsabkommens sind. Eine solche Argumentation wäre unter Geltung des MFN-Prinzips nicht haltbar. Inwiefern sie im unionsrechtlichen Kontext überzeugen, wird zwar zu Recht in Frage gestellt, ändert jedoch nichts an der aktuellen Geltung dieser Rechtsprechung.

Sofern Investoren aus Drittstaaten über IIAs folglich weitergehende Rechte eingeräumt werden als Investoren aus anderen Mitgliedsstaaten, ist dies durch das Unionsrecht zulässig. Die MFN-clause im Investitionsschutzrecht wiederum würde die Geltendmachung jedenfalls der materiellen Rechte aus den Investitionsschutzabkommen mit den Drittstaaten ermöglichen.

3) Fazit

Was den Schutz vor Diskriminierungen auf Grund der Staatsangehörigkeit angeht, ist das Unionsrecht weiterreichender als das Investitionsschutzrecht. Ein Gebot der Meistbegünstigung besteht zwar nicht, gerade der Begriff der mittelbaren Diskriminierung hat im Unionsrecht allerdings einen sehr viel weiteren Anwendungsbereich als im Investitionsschutzrecht.

VII. Kapitaltransfer

Die letzte an dieser Stelle zu behandelnde Schutzvorschrift betrifft das Recht auf den freien Kapitaltransfer. Diese Klausel ist für ausländische Investoren besonders wichtig, die regelmäßig ein hohes Interesse daran haben, die erzielten Gewinne wieder in ihr Herkunftsland zurück zu transferieren⁴¹². Potentielle Beschränkungen bestehen dabei nicht nur aus Transferverboten, sondern auch aus Einschränkungen der Konvertibilität. Die meisten IIAs sind darüber hinaus so ausgestaltet,

411 Siehe etwa EuGH C-176/15, Rn. 28ff.

412 *Dolzer/Schreuer*, Principles of international investment Law, S. 212 bezeichnen dies sogar als das eigentliche Ziel des Investors.

dass sie nicht nur den Transfer von erzielten Gewinnen schützen, sondern auch den Transfer von Kapital in den Gaststaat, um die Investition zu ermöglichen oder unterstützen. Der Transfer muss dabei auf Basis des offiziellen Wechselkurses und ohne unangemessene Verzögerung möglich sein⁴¹³.

Diese Klausel wird etwa durch Beschränkungen des freien Kapitalverkehrs aber auch potentiell durch die Beeinflussung von Währungsschwankungen verletzt. Die den freien Gewinntransfer schützende Vorschrift ist eine der wenigen, die regelmäßig auch Rechtfertigungsgründe vorsehen⁴¹⁴. Die Geldpolitik eines Landes ist regelmäßig für dieses von fundamentalem Interesse⁴¹⁵ – nicht jede Modifikation darf deshalb zu einem Schadensersatzanspruch des Investors führen.

Das Recht auf freien Gewinntransfer ist auch eines der Paradebeispiele für die auftretenden Überschneidungen mit dem Europarecht. Die Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 63ff. AEUV) bietet einen vergleichbaren Schutz, der sogar auch gegenüber Drittstaaten zum Tragen kommt⁴¹⁶.

Allerdings ist dieser Schutz nicht notwendigerweise deckungsgleich. Im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens verurteilte der EuGH Schweden, welches es versäumt hatte, einige Investitionsschutzverträge anzupassen, die ein uneinschränkbares Recht auf freien Gewinntransfer einräumten⁴¹⁷. Als Begründung wurde angeführt, eventuelle Einschränkungen, die der Rat aufgrund der (alten) Art. 57, 59 und 60 EG-Vertrag erlassen könnte, müssten unverzüglich wirksam werden, was durch die Investitionsschutzverträge nicht sichergestellt sei⁴¹⁸. Ähnliche Urteile ergingen gegen Österreich⁴¹⁹ und Finnland⁴²⁰, und das, obwohl die EU bisher noch keine entsprechenden Beschränkungen erlassen hatte⁴²¹. Ein potentieller Konflikt wurde vom EuGH folglich als ausreichend erachtet⁴²². In der Regel sind allerdings auch in den IIAs Beschränkungsmöglichkeiten vorgesehen. Beispiele wären eine Mindestdauer zur Aufrechterhaltung der Investition oder Beschränkungen, die in erheblicher Weise für die Aufrechterhaltung von Finanzinstitutionen notwendig sind⁴²³. Das Unionsrecht erlaubt solche Beschränkungen gemäß Art. 66 AEUV unter außergewöhnlichen

413 *Dolzer/Schreuer*, Principles of international investment Law, S. 214.

414 Dazu näher Redfern/Hunter on International Arbitration, S. 348.

415 *Dolzer/Schreuer*, Principles of international investment Law, S. 214 sprechen daher von monetärer Souveränität.

416 Dazu etwa *Schill*, ZaöRV 2018, S. 33, 52 mwN.; die Kapitalverkehrsfreiheit war auch eines der vorgebrachten Argumente in den oben schon näher beleuchteten Fällen *Binder/Tschechien* und *Eastern Sugar/Tschechien*, siehe dazu oben unter Vollständige Beendigung der Verträge gemäß Art. 59 Wiener Vertragsrechtskonvention.

417 EuGH C 249/06.

418 EuGH C 249/06, Rn. 39ff.

419 EuGH C 205/06.

420 EuGH C 118/07.

421 *Böhm/Motaabbed*, Austrian Yearbook on International Arbitration 2014, S. 375

422 *Lorenzmeier*, Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 351 AEUV, Rn. 68.

423 *Dolzer/Schreuer*, Principles of international investment Law, S. 215.

Umständen, wenn das Funktionieren der Wirtschafts- oder Währungsunion schwerwiegend gestört würde, allerdings maximal für eine Dauer von sechs Monaten.

Was diesen Standard angeht, liegen erhebliche Ähnlichkeiten zwischen Investitionsschutzrecht und primärem Unionsrecht vor⁴²⁴. Letzteres wird durch das diesbezüglich erlassene Sekundärrecht unter Beachtung des grundfreiheitlichen Grundsatzes weiter präzisiert.

VIII. Unionsrechtliches Wettbewerbsrecht

Das Unionsrecht hat mit dem Regelwerk zum Wettbewerbsrecht (Art. 101ff AEUV) wirtschaftsbezogene Regelungen, die investitionsbezogen, aber in IIAs nicht zu finden sind, weil sie weniger dem Schutz von Investitionen als vielmehr dem des freien Wettbewerbs dienen. Bis zu einem gewissen Grad kann man zwar etwa das Beihilferecht über das Diskriminierungsverbot erfassen, nicht aber die Regelungen zum Monopolverbot. In diesem Fall geht folglich der Investitionsschutz durch das Unionsrecht über denjenigen durch die IIAs deutlich hinaus. Andersherum schränkt das Wettbewerbsrecht die Kompetenz von Staaten ein, dem Investor Beihilfen bestimmten Inhalts zuzusichern und war aus diesem Grunde schon einige Male Gegenstand einer schiedsgerichtlichen Überprüfung⁴²⁵. Gerade der Widerruf von staatlichen Beihilfen wird einerseits regelmäßig von Art. 107 AEUV gefordert, soweit diese mit Unionsrecht unvereinbar sind, von Investitionsschiedsgerichten allerdings als Verstoß gegen den Vertrauensschutz angesehen⁴²⁶.

Schiedsgerichte haben folglich die Rückgewährung der Beihilfe im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs des Investors angeordnet. Strittig ist nun, ob dies wiederum selbst eine Beihilfe darstellt. Dagegen wird vor allem eingewendet, dass Freiwilligkeit ein konstitutives Merkmal der Beihilfe sei. Im Falle einer schiedsgerichtlichen Verurteilung und einer daraus folgenden völkerrechtlichen Pflicht könne aber von Freiwilligkeit kaum die Rede sein. Darüber hinaus fehle es aufgrund der fehlenden Freiwilligkeit an der Zurechenbarkeit zum Staat⁴²⁷. Auf der anderen Seite wird auf diese Weise eine de facto Umgehungsmöglichkeit des Unionsrechts geschaffen, in der der EuGH nicht zu Unrecht eine gewisse Gefährdung der Autonomie des Unionsrechts sieht⁴²⁸. Andererseits besteht gemäß der Rechtsprechung des EuGH, etwa im Fall *Asteris*, ein fundamentaler Unterschied zwischen Beihilfe und Schadensersatz. Zahlungen, zu denen nationale Behörden durch ein Gericht

424 So im Ergebnis etwa auch *Rösch*, *Intraeuropäisches Investitionsschutzrecht*, S. 63f.

425 Eine nähere Analyse der zugrundeliegenden Fälle findet sich dazu etwa bei *Rösch*, *Intraeuropäisches Investitionsschutzrecht*, S. 203ff.

426 Siehe dazu *Burgstaller*, *Baltag*, *50 Years of ICSID: Unsettled Issues*, S. 412f.

427 *Burgstaller*, *Baltag*, *50 Years of ICSID: Unsettled Issues*, S. 412ff.

428 Siehe dazu *Hindelang*, *Archiv des Völkerrechts* 2015, S. 68, 76; zur Autonomie des Unionsrechts und ihrer Folgen siehe auch unten unter Autonomie des Unionsrechts.

verurteilt werden, stellen keine Beihilfen im Sinne der EU-Verträge dar⁴²⁹. Diese Rechtsprechung müsste wohl auf die Entscheidungen von Schiedsgerichten übertragen werden. Problematisch dürfte daher nur die Konstellation sein, die dem Micula-Fall zu Grunde lag. Hier hatte die Kommission eine Beihilfe für unionsrechtswidrig erklärt. Genau dies war Anlass für das Schiedsgericht, den Gaststaat zur Zahlung von Schadensersatz zu verpflichten, dessen Auszahlung wiederum durch Kommission und EuGH zunächst verhindert wurden⁴³⁰, bevor das EuG in einer zweiten Entscheidung die Unionsrechtswidrigkeit doch abgelehnt hat⁴³¹. Das Verfahren vor dem EuGH läuft noch⁴³².

Schließlich enthalten IIAs zwar keine Wettbewerbsregeln, sollen allerdings gleichermaßen die Bedingungen für einen fairen Wettbewerb schaffen⁴³³. Insofern besteht kein genereller Konflikt zwischen unionsrechtlichem Wettbewerbsrecht und dem Investitionsschutz.

IX. *Staatshaftung*

Begreift man, nicht völlig zu Unrecht aber wohl zu kurz greifend, die Regeln des Investitionsschutzrechts als Regeln der Staatshaftung, ließe sich weiterhin noch argumentieren, die Regelung des Art. 340 AEUV, der den Staatshaftungsanspruch wegen Verstoßes gegen Unionsrecht normiert, sei abschließend zu verstehen und würde daher eventuellen Ansprüchen aus den IIAs entgegenstehen⁴³⁴. Dafür bestehen aber zum einen keine hinreichenden Anhaltspunkte, zum anderen ist zwischen der innenrechtlichen Staatshaftung und der außenrechtlichen völkerrechtlichen Haftung zu unterscheiden⁴³⁵, der auch das Verfassungsrecht nicht entgegengehalten werden könnte (Art. 27 WVK).

Hier wird vor allem ein weiterer fundamentaler Unterschied in der Konzeption zwischen Unionsrecht und Investitionsschutzrecht sichtbar: Während das Unionsrecht in erster Linie auf Primärrechtsschutz und Naturalrestitution abzielt, ist dies im Investitionsschutzrecht die Ausnahme. Art. 340 AEUV mag daher zwar den Umfang des unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruch beschränken, daraus folgt aber nicht, dass jeder nicht von Art. 340 AEUV umfasste Verstoß gegen das Unionsrecht keine Folgen haben darf. In diesen Fällen ist nur nicht Kompensation in Geld das klägerische Begehren, sondern die Herstellung des rechtmäßigen Zustands. Darüber hinaus besteht neben Art. 340 AEUV durchaus noch

429 EuGH C 106-120/87, Rn. 22ff.

430 Ausführlich dazu etwa *Burgstaller*, Baltag, 50 Years of ICSID: Unsettled Issues, S. 412ff.

431 EuGH T-624/15, T-694/15 und T-704/15, Rn. 73ff.

432 EuGH C-639/19 P; siehe zum aktuellen Stand auch *Wilske/Markert/Ebert*, SchiedsVZ 2020, S. 97, 116.

433 Siehe etwa *Electrabel vs. Ungarn*, ICSID Case No. ARB/07/19, Award vom 25.11.2015, Rn. 4.141.

434 Für das deutsche Verfassungsrecht mit einer parallelen Argumentation zur Ausschließlichkeit von Art. 34 GG siehe *Flessner*, Ludwigs/Remien, Investitionsschutz, Schiedsgerichtsbarkeit und Rechtsstaat in der EU, S. 33ff.

435 Dazu etwa *Hofmann*, Ludwigs/Remien, Investitionsschutz, Schiedsgerichtsbarkeit und Rechtsstaat in der EU, S. 82ff.

ein weiterer Staatshaftungsanspruch aus dem Unionsrecht: Dieser ist allerdings gegen die Mitgliedsstaaten und nicht gegen die Union selbst gerichtet. Zwar richtet sich der unionsrechtliche Staatshaftungsanspruch nach dem nationalen Recht der Mitgliedsstaaten. Die Einhaltung der Grundsätze dieses Staatshaftungsanspruchs kann allerdings durch das Vorabentscheidungsverfahren durch den EuGH überprüft werden.

Eine tatsächliche Harmonisierung des Unionsrechts bezüglich des Investitionsschutzrechts wäre als ein erster Schritt zu einem umfassenden einheitlichen Staatshaftungsrecht anzusehen⁴³⁶.

Insbesondere muss miteinbezogen werden, dass das Investitionsschutzrecht zwar Staatshaftungsregelungen mit umfasst, aber in seiner Wirkweise darüber hinausgeht. Das Staatshaftungsrecht setzt regelmäßig staatliche Verstöße gegen materielle Normen voraus, regelt diese aber nicht selbst. Das Investitionsschutzrecht ist in dieser Hinsicht umfassender, indem es ebendiese Normen selbst enthält. Vor allem zeigt dies jedoch, dass Investitionsschutzrecht und Staatshaftungsrecht einer anderen Logik folgen. Aus der Existenz des einen auf die Unzulässigkeit des anderen zu folgen, ist daher nicht überzeugend.

X. Fazit

Was oben insbesondere zum FET-Standard festgestellt wurde, gilt weitgehend für das gesamte Verhältnis von Investitionsschutz- und Unionsrecht: Die unionsrechtlichen Standards schützen in einem weitreichenderen Maße, allerdings nicht so umfassend wie das Investitionsschutzrecht. Abstrakt gesehen dürfte ein ähnlicher Schutz durch beide Rechtsgebiete gewährleistet werden.

Einigen investitionsschutzrechtlichen Schutzstandards, insbesondere dem Diskriminierungsverbot, lassen sich gut unionsrechtliche Entsprechungen zuordnen, etwa Art. 18 AEUV und dessen spezialgesetzliche Ausprägungen. Gleiches gilt auch für das Recht auf freien Gewinntransfer, welches in der Kapitalverkehrsfreiheit eine wohl noch weitergehende Entsprechung findet. Einigen anderen Schutzstandards lassen sich schon schwieriger unionsrechtliche Gegenparte zuordnen, das gilt für den Großteil der „absoluten“ Schutzstandards, wie fair and equitable treatment und full protection and security. In den meisten Fällen dürften Unionsrecht und Investitionsschutzrecht zu ähnlichen, wenn nicht sogar gleichen Ergebnissen kommen. Zumindest die Wirkweise ist jedoch erheblich unterschiedlich. Einige weitere Klauseln, wie etwa die sogenannte Umbrella clause, ist eine Eigenheit des Investitionsschutzrechts, die in keiner Weise eine Entsprechung im Unionsrecht hat.

436 Andersen/Hindelang, JWIT 2016, S. 984, 1000f.

Unionsrecht und Investitionsschutzrecht weisen wie aufgezeigt durchaus einige Parallelen auf. Es bestehen jedoch auch gewichtige Unterschiede⁴³⁷. Das Investitionsschutzrecht ist, sicherlich mit einigen Besonderheiten versehen, aber doch zunächst klassisches Völkerrecht. Das heißt, es ist ein Abkommen zwischen zwei Völkerrechtssubjekten, welches, und dies ist etwas untypisch, Rechte, insbesondere Klagerechte, an juristische und natürliche Personen verleiht, die keinen völkerrechtlichen Subjektstatus genießen. Die Einordnung von Europarecht als Völkerrecht würde der Unionsrechtsordnung jedoch nicht mehr gerecht. Früh vom EuGH in der Rechtssache van Gend⁴³⁸ entschieden und danach zu Recht immer wieder betont, wurde der besondere Charakter des Unionsrechts als neue Rechtsordnung eigener Art. Auch wenn der Verfassungsvertrag für Europa gescheitert ist, weist die Union doch inzwischen unzweifelhaft viele Ähnlichkeiten zu einer Verfassung auf. Diese Begrifflichkeit wird auch in der Rechtsprechung des EuGH durchaus so verwendet⁴³⁹. Das Unionsrecht hat in vielerlei Hinsicht Vorrang vor dem nationalen Recht – dies wäre für das Investitionsschutzrecht in dieser Form in den meist dualen Systemen der Mitgliedsstaaten undenkbar.

Konkretere Unterschiede finden sich hauptsächlich den Regelungen zum Marktzugang (1) und in möglichen Rechtfertigungsgründen (2). Abstrakt und materiell gesehen besteht dabei zwischen Unionsrecht und Investitionsschutzrecht kein Konflikt (3).

1) Marktzugang

Der Schutz von Investitionen im Investitionsschutzrecht ist ein statischer Schutz, der hauptsächlich auf den Bestandsschutz abzielt. Das Unionsrecht hingegen schützt hauptsächlich den Investitionsfluss sowohl zwischen den Mitgliedsstaaten, als auch im Verhältnis zu Drittstaaten⁴⁴⁰. Beides wirkt jedoch investitionsfördernd: In einem Fall werden die Schranken abgebaut, die einer „Umsiedlung“ der Investition entgegenstehen, im anderen Fall wird der Schutz der Investition vor Ort erhöht. Es ist schwierig dabei zwischen den beiden Stadien zu unterscheiden und es bestehen erhebliche Wechselwirkungen.

Der wohl grundlegendste materielle Unterschied zwischen Investitionsschutzrecht und Europarecht betrifft die Phase vor der Tätigkeit der Investition. Das Investitionsschutzrecht schützt Investition und Investor erst ab dem Moment des Beginns der wirtschaftlichen Betätigung – davor nur mit starken Einschränkungen⁴⁴¹. Dies gilt vor allem in Bezug darauf, dass auf das Investitionsschutzrecht kein

437 So auch etwa *Wehland*, *SchiedsVZ* 2008, S. 222, 228.

438 EuGH C-26/62, siehe dazu auch schon oben unter Europarechtliche Perspektive.

439 Siehe etwa EuGH Gutachten 2/2013, Rn. 165.

440 *Fecak*, *International Investment Agreements and EU Law*, S. 62.

441 *Fecak*, *International Investment Agreements and EU Law*, S. 13.

Anspruch auf Zulassung einer Investition oder des Marktzugangs gestützt werden kann⁴⁴². Insbesondere europäische Investitionsschutzverträge enthalten des Öfteren Klauseln wie die Folgende in Art. 2 Abs. 1 tschechisch-ungarischer BIT:

*“Each Contracting Party shall encourage and create favourable conditions for investors of the other Contracting Party to make investments in its territory and shall **admit such investments in accordance with its laws and regulations**”* (Hervorhebung hinzugefügt).

Daraus ergibt sich klar das Recht des Zielstaates, die Zulassung von Investitionen zu regeln, also auch diese zu beschränken, und zwar auch in einer Weise, die zwischen einheimischen und fremden Investoren differenziert⁴⁴³. Es sollen zwar „*favourable conditions*“ für die Förderung von Investitionen geschaffen werden; dies ist jedoch ein soft law Ansatz, der, wie es wohl auch die Absicht der Vertragsstaaten gewesen sein dürfte, kaum je zu einer erfolgreichen Klage führen dürfte.

Der US-amerikanische Modell-BIT enthält dagegen in Art. 3 Abs. 1 eine weitergehende Regelung des Marktzugangs, indem das Diskriminierungsverbot auf den Marktzugang ausgeweitet wird⁴⁴⁴:

*„Each Party shall accord to investors of the other Party treatment no less favourable than it accords, in like circumstances, to its own investors with respect to the **establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation and sale or other disposition of investments in its territory**”*(Hervorhebung hinzugefügt).

Freier Zugang zu den Märkten wird durch das Investitionsschutzrecht regelmäßig also gerade nicht geschaffen. Regelungen, die gerade in sensiblen Bereichen einen solchen Marktzugang beschränken, bestehen somit regelmäßig und sind auch nicht durch IIAs ausgeschlossen oder auch nur anhand dieser gerichtlich kontrollierbar.

Auch die WTO, die über die Regelungen wie die GATT grundsätzlich das Ziel hat, Zollhindernisse zu verringern, bietet keine Möglichkeit des Marktzugangs für Investitionen. Soweit darüber ein Marktzugang gewährt wird, ist dieser auf den Austausch von Waren oder Dienstleistungen beschränkt. Nur der Aspekt des Freihandels, nicht der des Investitionsschutzes, ist davon betroffen. Sofern auf dieser Ebene Konflikte bestehen, werden diese zudem in klassischer Manier zwischen den Staaten

442 Dazu Rösch, Intraeuropäisches Investitionsschutzrecht, S. 65f.

443 Fecak, International Investment Agreements and EU Law, S. 24.

444 Die entsprechende Klausel in NAFTA wurde allerdings im Rahmen der Neuverhandlung kürzlich gestrichen, siehe dazu Wilske/Markert/Bräuninger, SchiedsVZ 2019, S. 101, 113.

ausgetragen, ohne dass die Beteiligung von Privaten vorgesehen wäre⁴⁴⁵. Die WTO füllt diese Schutzlücke des Investitionsschutzrechts folglich nicht.

Das Unionsrecht geht in dieser Hinsicht weit über das klassische Investitionsschutzrecht hinaus, indem es auch die Einschränkungen des Marktzugangs generell verbietet oder jedenfalls unter enge Voraussetzungen stellt⁴⁴⁶. Die Schaffung eines Binnenmarkts, also eines Marktes ohne Binnengrenzen gemäß Art. 26 AEUV, ist das wesentliche Ziel der Grundfreiheiten. Rechtliche und faktische Beeinträchtigungen, die einen Markteintritt erschweren oder sogar unmöglich machen, sollen durch das Unionsrecht gerade verringert oder abgeschafft werden. Im innereuropäischen Bereich ist also der Aspekt der Zulassung von EU-ausländischen Investitionen in besonderem Maße geschützt und stellt den Ausgangspunkt der weiteren Betrachtung dar. Spätere Maßnahmen, die die Investitionssicherheit beeinträchtigen, werden gleichzeitig als faktisches Zulassungshindernis angesehen.

Teils wurde sogar in die gegenteilige Richtung argumentiert: Das Unionsrecht würde nur den Marktzugang schützen, nicht die Phase der Ausübung der Investition. So einfach und vorteilhaft eine solche Aussage sich auf die Abgrenzung der Anwendungsgebiete auswirken würde, so falsch ist sie auch. Auch das Unionsrecht schützt Investitionen nach deren Tätigkeit. Ein reiner Zulassungsschutz würde auch verkennen, dass deutlich mehr Investitionsbeschränkungen existieren als nur bezüglich des Marktzugangs. Um die Investitionshindernisse effektiv abzubauen, bedarf es auch Regelungen zum materiellen Schutz von Investitionen während der Investition⁴⁴⁷. Insofern muss für den Investitionsschutz das gleiche gelten wie für die Grundfreiheiten. Auch diese haben als Verbot von Marktzugangsbeschränkungen begonnen, bevor der EuGH sie zu Beschränkungsverboten ausgeweitet hat, weil jede Art der späteren Beschränkung gleichzeitig auch den Marktzugang betrifft. Eine diesbezügliche Unterscheidung ist folglich nicht sinnvoll möglich.

Bezüglich des Marktzugangs geht folglich das Unionsrecht in seinem Schutz über den durch das Investitionsschutzrecht gewährleistete hinaus.

445 *Trakman/Sharma*, *Hindelang/Krajewski*, *Shifting Paradigms in International Investment Law: More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified*, S. 318.

446 Siehe zu einem Vergleich in diesem Punkt etwa das Kommuniqué der Kommission Com (2018) 547 final (Protection of intra-EU investment); *Frenz*, *Europäische Grundfreiheiten*, Rn. 164 spricht etwa von einem „umfassenden Recht auf Marktzugang“; siehe zu diesem Unterschied auch etwa *Andersen/Hindelang*, *JWIT* 2016, S. 984, 993.

447 So auch die Schlussanträge der Generalanwältin Sharpston zum EuGH Gutachten 2/2015, Rn. 329ff.

2) Rechtfertigungsgründe

Im Unionsrecht wird in sehr viel größerem Maße als im Investitionsschutzrecht auch die soziale Komponente der wirtschaftlichen Freiheiten betont⁴⁴⁸. Dies schlägt sich in der Existenz von Rechtfertigungsgründen für tatbestandliche Verstöße gegen etwa die Wirtschaftsgrundfreiheiten nieder.

Investitionsschutzverträge sehen regelmäßig keine oder nur extrem enge Rechtfertigungsgründe vor⁴⁴⁹. Dies scheint zunächst vermuten zu lassen, dass sie die Schutzstandards unbeschränkt gewährleistet werden. Dies ist allerdings nicht der Fall. So werden etwa bei der Beurteilung, ob eine faire und angemessene Behandlung vorliegt – sozusagen schon auf Tatbestandsebene – die Umstände mit einbezogen, die denklogisch sonst im Rahmen der Rechtfertigungsgründe geprüft würden. Weitgehend gleiches gilt parallel für die anderen Schutzvorschriften. Ist ein Schutzstandard eines IIAs jedoch einmal verletzt, werden die Regeln des völkerrechtlichen Staatsnotstands hilfsweise herangezogen. Diese sind jedoch im investitionsrechtlichen Zusammenhang selten erfüllt und auch nicht passend⁴⁵⁰. Darüber hinaus werden etwa konkurrierende Menschenrechtsverletzungen als Rechtfertigungsgrund herangezogen⁴⁵¹.

Das Fehlen von Rechtfertigungsgründen und die jedenfalls vermeintliche Vernachlässigung staatlicher Regulierungsbefugnis werden stark kritisiert. Während die Interessen der Investoren geschützt werden, fehlt es in den Investitionsschutzverträgen an einer Klausel, die die legitimen Interessen des Staates schützt. Dies bedeutet andererseits wiederum nicht, dass diese staatlichen Interessen nicht generell anerkannt wären und in den schiedsgerichtlichen Entscheidungen berücksichtigt nicht werden. Über den genauen Inhalt besteht jedoch Unklarheit, nämlich welche Interessen schutzwürdig sind und welche Verletzungen sie rechtfertigen können. Neuere Investitionsschutzabkommen greifen diesen Konfliktpunkt auch bereits auf und stellen mögliche Rechtfertigungsgründe auf eine vertragliche Basis, die die Einschätzungsfreiheit der Schiedsrichter – aus guten Gründen – einschränkt. Die Festschreibung des sog. Right to regulate ist ein wichtiger Fortschritt. Auch insoweit werden Unionsrecht und Investitionsschutzrecht sich in Zukunft weiter annähern.

448 *Sattorova*, JWIT 2016, S. 895, 918.

449 *Andersen/Hindelang*, JWIT, 2016, S. 984, 993; *Sattorova*, JWIT 2016, S. 895, 898.

450 *Gatzsche*, Aufhebungen und Abänderungen von Investitionsschutzabkommen, S. 219.

451 Entscheidung des Inter-American Court of Human Rights, Case of the Sawhoyamaya Indigeneous Community v. Paraguay, Urteil vom 29.03.2006, Rn. 140; abrufbar unter http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_ing.pdf, zuletzt abgerufen am 09.03.2020.

3) Materielle Vereinbarkeit von Investitionsschutzrecht und Unionsrecht

Insgesamt ist es schwierig, Unionsrecht und Investitionsschutzrecht zu vergleichen⁴⁵². Die unterschiedlichen Systeme, die dem jeweiligen Rechtsschutz zugrunde liegen, können ohne weiteres im Einzelnen abweichen, ohne im Ergebnis unterschiedliche Folgen zu haben. Allein dies ist jedoch ein Ergebnis, welches wichtig festzuhalten ist: Geht man von dieser Schlussfolgerung aus, könnte ohne weiteres eines der Rechtsgebiete, nämlich das Investitionsschutzrecht, abgeschafft werden, ohne dass dadurch ein signifikanter Rückgang des materiellen Investitionsschutzes insgesamt gefolgert werden könnte. Investitionsschutz und Unionsrecht folgen einer unterschiedlichen Logik, sind jedoch in der generellen Zielrichtung und Reichweite vergleichbar⁴⁵³.

Auch wenn Unionsrecht und Investitionsschutzrecht im Wesentlichen eine ähnliche Zielrichtung haben, können sie doch im Einzelfall zu zwingend unterschiedlichen Ergebnissen kommen, etwa wenn ein Rechtsgebiet eine staatliche Handlung vorschreibt und das andere dieselbe Handlung ausdrücklich verbietet⁴⁵⁴. Genau dies ist geschehen im Fall *Micula*⁴⁵⁵. Hier hatte das Investitionsschiedsgericht einen Schadensersatzanspruch für begründet erklärt, der nach der Entscheidung des EuGH als beihilferechtswidrig zu betrachten war. In diesem Fall ist der Konflikt jedoch erst durch die Konkretisierung des Investitionsschutzes durch das Schiedsgericht entstanden, abstrakt widersprechen sich Beihilfenrecht und Investitionsschutz nicht. In einer späteren EuGH Entscheidung hat dieser es darüber hinaus abgelehnt, die Beihilfe am Maßstab des Unionsrechts zu messen, weil sie vor dem Beitritt Rumäniens zur EU erfolgte⁴⁵⁶.

Der Schutz speziell für Investoren bleibt im Unionsrecht hinter dem Investitionsschutzrecht zurück⁴⁵⁷. Dies liegt auch daran, dass Investitionsschiedsgerichte vornehmlich eine ökonomische Perspektive einnehmen und einnehmen müssen, während das Unionsrecht und damit der EuGH eine stärkere Berücksichtigung sozialer Komponenten vornehmen⁴⁵⁸. Allerdings gibt es auch Bereiche, in denen der Schutz durch das Unionsrecht deutlich weiterreichender ist als derjenige durch IIAs. Unterschiedliche Schutzkonzepte bedeutet nicht notwendigerweise geringerer Schutz für Investoren unter dem

452 *Paparinskis*, JWIT 2016, S. 919, 936ff, der weitestgehend erfolglos versucht einzelne Fälle, die sowohl durch das Investitionsschutzrecht als auch das europäische Staatshaftungsrecht erfasst wurden zu finden und auf Vergleichbarkeit zu analysieren.

453 *Gatzsche*, Aufhebungen und Abänderungen von Investitionsschutzabkommen, S. 62f.

454 Anschaulich dazu *Basener*, Investment Protection in the European Union, S. 154f; für eine Analyse der entsprechenden Rechtsprechung durch EuGH und Schiedsgerichte siehe etwa auch *Rösch*, Intraeuropäisches Investitionsschutzrecht, S. 202ff.

455 ICSID Case No. ARB/05/20, Award vom 11.12.2013.

456 EuGH T-624/15, T-694/15 und T-704/15, Rn. 73ff.

457 *Lorenzmeier*, Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 351 AEUV, Rn. 28; *Rösch*, Intraeuropäisches Investitionsschutzrecht, S. 234; *Andersen/Hindelang*, JWIT 2016, S. 984, 997.

458 Siehe dazu etwa *Rösch*, Intraeuropäisches Investitionsschutzrecht, S. 202.

Unionsrecht⁴⁵⁹. Dies ist aufgrund des fehlenden speziellen Regelwerks zum Investitionsschutz allerdings teilweise schwierig zu erkennen. Zu Recht wird daher angemerkt, dass der Investitionsschutz im Unionsrecht zwar geringer scheint, dies aber auch nur das Ergebnis einer Analyse des Primärrechts ist, während die Zusammenschau investitionsschützender Normen aus Primär- und Sekundärrecht sowie den nationalen Regelungen durchaus über das Schutzniveau der IIAs hinausreichen könnte⁴⁶⁰. Die Schwierigkeit das tatsächliche Schutzniveau abzusehen, ist jedoch dem Investitionsschutzrecht wiederum abträglich, weshalb auch gefordert wird, bestimmte letztendlich rechtsstaatliche Grundsätze allein schon aus Gründen der Rechtssicherheit für Investoren zusammenzufassen⁴⁶¹.

Insgesamt lässt sich feststellen, dass mit der Tendenz zur genaueren Regulierung der investitionsschützenden Standards und der Integration von Ausnahmereichen beziehungsweise Rechtfertigungsgründen eine materielle Annäherung des Investitionsschutzrechts und des Unionsrechts stattfindet⁴⁶².

Im Grundsatz lässt sich für das Verhältnis zwischen Unionsrecht und Investitionsschutzrecht mit Sasson konstatieren „*The key issue in this context is not which law – municipal or international – prevails, since there is normally no direct conflict. Rather, the issue is how these rules of law should interact.*“⁴⁶³ Aus den materiellen Schutzvorschriften folgt jedenfalls keine Unvereinbarkeit des Investitionsschutzrechts mit dem Unionsrecht generell⁴⁶⁴.

Nachdem nun die materiellen Regeln zum Schutz von Auslandsinvestitionen sowohl durch das Unionsrecht als auch durch das völkerrechtliche Investitionsschutzrecht dargestellt wurden, ist in einem nächsten Schritt zu untersuchen, in welchen Fällen die jeweiligen Rechtsregime zur Anwendung kommen (C).

C Anwendbarkeit von Investitionsschutzrecht und Unionsrecht

Wie aufgezeigt bestehen materielle Überschneidungen investitionsschutzrechtlicher Regelungen mit allen Arten von Unionsrecht: Grundfreiheiten, Grundrechten, weiterem Primärrecht und auch dem Sekundärrecht. Ein Konflikt zwischen Investitionsschutzrecht und Unionsrecht entsteht daraus aber nur, wenn auch beide Regelwerke Geltung in einem konkreten Fall beanspruchen. Dem gleichen Muster wie eben folgend wird deswegen hier die Anwendbarkeit des Investitionsschutzrechts (I) und

459 Andersen/Hindelang, JWIT 2016, S. 984, 1013.

460 Andersen/Hindelang, JWIT 2016, S. 984, 998.

461 Andersen/Hindelang, JWIT 2016, S. 984, 999.

462 Siehe dazu etwa Sattorova, JWIT 2016, S. 895, 906f.

463 Sasson, Substantive Law in Investment Treaty Arbitration, S. 9.

464 Position der EU-Kommission etwa im Fall EuGH 264/09, siehe Schlussanträge des Generalanwalts Jääskinen, Rn. 78; auch vorausgesetzt etwa durch das Draft Agreement zur Beendigung der Intra-EU-IIAs, IX.

des Unionsrechts (II) darzustellen sein und in den einzelnen Punkten jeweils auf die Gemeinsamkeiten und Unterschiede abgestellt werden. Ebenso wie im materiellen Investitionsschutz wird die nachfolgende Darstellung aus Gründen der Übersichtlichkeit auf die Anwendbarkeit des unionsrechtlichen Primärrecht und der Grundrechte beschränkt. Schließlich wird auf die Voraussetzungen einer möglichen parallelen Anwendbarkeit Bezug genommen (III) und ein Fazit gezogen (IV).

Außen vor bleibt zunächst auch noch die Frage, durch wen die Anwendung der jeweiligen Regelungswerke erfolgt, dies wird im nächsten Schritt zu klären sein (§ 2).

I. Anwendbarkeit von Investitionsschutzrecht

Die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des Investitionsschutzrechts weisen keine grundsätzlichen Besonderheiten auf. Örtliche und zeitliche (A), persönliche (B) und sachliche (C) Anwendbarkeit müssen gegeben sein. Die Anwendbarkeit des Investitionsschutzrechts und der Schiedsklausel im Besonderen hängt, wie im Bereich der Schiedsgerichtsbarkeit üblich, in erster Linie von der Reichweite der diesbezüglich erfolgten staatlichen Zustimmung ab. Diese wird in der Regel im Rahmen eines IIAs erteilt, kann dort aber auch beschränkt werden⁴⁶⁵. Hinzuweisen ist an dieser Stelle noch darauf, dass die nachfolgende Analyse keine Details zu einzelnen Investitionsschutzverträgen enthalten kann, sondern nur einen allgemeinen Überblick über typischerweise enthaltene Klauseln und deren Formulierungen geben wird.

1) Örtliche und zeitliche Anwendbarkeit

Die Anwendbarkeit soll zunächst in örtlicher (a), dann in zeitlicher (b) Hinsicht dargestellt werden.

a) Örtliche Anwendbarkeit

Die örtliche Anwendbarkeit setzt typischerweise die Realisierung einer Investition auf dem Staatsgebiet des Empfängerstaates der Investition voraus. Art. 2 Abs. 1 des deutsch-chinesischen IIAs lautet etwa wie folgt: „Jede Vertragspartei wird Investoren der anderen Vertragspartei ermutigen, Kapitalanlagen **in ihrem Hoheitsgebiet** vorzunehmen (...)“ (Hervorhebung hinzugefügt).

465 Dazu etwa ausführlich und instruktiv *Carducci*, ICSID Review 2018, S. 581, 613ff. Weitere Möglichkeiten seitens des Staates, das Einverständnis für die Einleitung eines Schiedsverfahrens zu geben sind entsprechende Klauseln im nationalen Recht oder diesbezügliche Vereinbarungen in Investor-Staats-Verträgen.

Bestehen nicht gerade Gebietsstreitigkeiten für die entsprechende Region oder handelt es sich nicht um offshore Einrichtungen, die auf der Grenze des einem Staat zugeordneten Gebiets liegen, ist dieses Merkmal in aller Regel eindeutig⁴⁶⁶.

b) Zeitliche Anwendbarkeit

Bezüglich der zeitlichen Anwendbarkeit gelten die allgemeinen, zumeist im IIA selbst festgelegten Regeln (i). Eine Besonderheit des Investitionsschutzrechts sind die regelmäßig vorgesehenen Sunset-clauses (ii).

i) Allgemeine zeitliche Anwendbarkeit

Auch die zeitliche Anwendbarkeit ist in der Regel eindeutig zu bestimmen. Unstrittig anwendbar ist der Investitionsschutz für Investitionen, die nach Abschluss des Investitionsschutzabkommens geschlossen wurden. Ob auch schon getätigte Investitionen geschützt sind, hängt von der jeweiligen Formulierung des einzelnen Abkommens ab und kann nicht generell beantwortet werden – beide Modelle sind juristisch natürlich möglich und beide sind auch jeweils schon umgesetzt worden. Ausdrücklich mitumfasst sind schon bestehende Investitionen etwa vom IIA zwischen Argentinien und den USA⁴⁶⁷ oder Art. 8.1 CETA. Nicht anwendbar sind IIAs jedoch regelmäßig auf Fälle, in denen schon die Verletzungshandlung vor dem Inkrafttreten des IIAs vorgenommen wurde.

Die zeitliche Anwendbarkeit ist in aller Regel im Investitionsschutzabkommen definiert. Sie beginnt meist mit dem Tag der Unterzeichnung beziehungsweise Ratifizierung, auch wenn grundsätzlich auch eine Rückwirkung vereinbart werden kann. Die Geltungsdauer der Investitionsschutzverträge ist in unterschiedlichen Modellen geregelt. Meistens ist sie zunächst für eine Mindestdauer von zehn bis fünfzehn Jahren vorgesehen⁴⁶⁸, mit einer Kündigungsfrist bis sechs Monate vor Ende der Laufzeit.

466 Problematisch ist es etwa aktuell bei Investitionsrechtlichen Streitigkeiten auf der Krim, die zwar rechtlich ukrainisches Hoheitsgebiet ist, jedoch faktisch unter russischer Vorherrschaft steht. Klagen müssen zwar weiterhin gegen die Ukraine gerichtet werden, werden aber mangels Zurechenbarkeit regelmäßig scheitern. Siehe zur Problematik etwa *Nikolov/Dünkelsbühler*, SchiedsVZ 2019, S. 141, 146 mwN; *Muryn*, SchiedsVZ 2020, S. 16, 16ff.

Im digitalen Zeitalter ist allenfalls noch darauf hinzuweisen, dass allein die Erreichbarkeit einer Internetseite in einem Land keine Investition in demselben darstellt; siehe dazu am Beispiel facebook *Tuchfeld/Borchardt*, <https://voelkerrechtsblog.org/why-international-investment-law-is-not-violated-by-the-gdpr/> zuletzt abgerufen am 16.07.2019).

467 Siehe dort Art. XIV Abs. 1; siehe dazu Redfern/Hunter on International Arbitration, S. 447.

468 Teilweise sind sogar bis zu 30 Jahre vorgesehen, siehe *Nowrot*, Hindelang/Krajewski, Shifting Paradigms in International Investment Law: More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified, S. 240.

Bleibt eine Kündigung aus, wird das Investitionsschutzabkommen in der Regel automatisch um weitere Jahre oder sogar unbefristet verlängert⁴⁶⁹.

Soweit auch schon getätigte Investitionen durch das später abgeschlossene Abkommen geschützt werden sollen, hat dies jedoch einen Einfluss auf die materiellen Schutzstandards, insbesondere auf denjenigen des Vertrauensschutzes. Zwar ist dieser mit dem im internationalen Gewohnheitsrecht verankerten Schutz vergleichbar, aber nicht im Einzelnen jeweils deckungsgleich. Der Schutz dieser Investitionen wird im Regelfall also etwas weniger weitreichend sein als der Schutz der erst nach dem Abschluss des IIAs getätigten Investitionen.

ii) Sunset-clauses

Üblich ist darüber hinaus die Verankerung einer Sunset- oder Survival-clause, die den Fortbestand des Investitionsschutzes für zum Zeitpunkt der Beendigung des IIA bereits bestehende Investitionen für eine Zeit nach Ablauf des Abkommens sicherstellen soll⁴⁷⁰. Dies kann sowohl das gesamte Abkommen als auch nur einzelne Bestimmungen, wie etwa die Schiedsklausel, betreffen.

Damit soll der Tatsache gerecht werden, dass Investitionen meist auf längere Zeiträume ausgerichtet sind. Sechs Monate sind nicht lange genug, um Investitionen auch nur geordnet abzuwickeln, geschweige denn einen erwarteten und grundsätzlich legitimen Profit aus der Investition zu ziehen. Die Sunset-clauses sehen daher eine Verlängerung des Schutzes um einen gewissen Zeitraum vor, der in der Regel etwa zehn bis fünfzehn Jahre beträgt, im Einzelfall aber auch noch länger sein kann⁴⁷¹. Dieser Schutz bezieht sich nur auf zu diesem Zeitpunkt bereits bestehende Investitionen. Die Dauer

469 Nowrot, Hindelang/Krajewski, Shifting Paradigms in International Investment Law: More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified, S. 240; siehe für ein Beispiel etwa Art. 15 des deutsch-chinesischen IIAs der wie folgt lautet:

(1) Dieses Abkommen tritt einen Monat nach dem Tag in Kraft, an dem beide Vertragsparteien einander notifiziert haben, dass die innerstaatlichen Voraussetzungen für das Inkrafttreten erfüllt sind. Maßgebend ist der Tag des Eingangs der letzten Notifikation.

(2) Dieses Abkommen bleibt zehn Jahre lang in Kraft; nach deren Ablauf verlängert sich die Geltungsdauer auf unbegrenzte Zeit, sofern nicht eine der beiden Vertragsparteien das Abkommen mit einer Frist von zwölf Monaten vor Ablauf auf diplomatischem Weg schriftlich kündigt.

(3) Nach Ablauf der ersten zehn Jahre kann jede der beiden Vertragsparteien das Abkommen jederzeit mit einer Frist von mindestens zwölf Monaten gegenüber der anderen Vertragspartei auf diplomatischem Weg schriftlich kündigen.

470 Dazu Titi, Journal of International Arbitration, S. 425, 435; Gatzsche, Aufhebungen und Abänderungen von Investitionsschutzabkommen, S. 104f.; Nowrot, Hindelang/Krajewski, Shifting Paradigms in International Investment Law: More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified, S. 241f.

471 Dazu Redfern/Hunter on International Arbitration, S. 447; Gatzsche, Aufhebungen und Abänderungen von Investitionsschutzabkommen, S. 104f. Beispielsweise der deutsch-tschechische BIT sah einen Schutz 15 Jahre über die Kündigung des Investitionsschutzes hinaus vor (Art. 13 Abs. 3); der deutsch-polnische BIT sieht die Fortgeltung der Schiedsklausel für 20 Jahre nach Kündigung vor, dazu etwa Dederer, RIW 2019, 397, 398; ähnliches gilt etwa für den Energy Charter Treaty, vgl. Art. 45 ECT.

der survival clause entspricht zumeist in etwa der durchschnittlichen Amortisierungsdauer einer Investition⁴⁷².

2) Persönliche Anwendbarkeit

Der persönliche Anwendungsbereich zielt auf die (natürliche oder juristische) Person des Investors ab. Dieser muss aus dem anderen Vertragsstaat des IIAs kommen. Große internationale Investoren sind dabei regelmäßig als juristische Personen konzipiert, Klagen von natürlichen Personen sind eher die Ausnahme, nichtsdestoweniger aber möglich⁴⁷³.

a) Natürliche Personen

Bei natürlichen Personen ist hier auf die Staatsangehörigkeit abzustellen, welche sich nach dem Recht des jeweiligen Herkunftslandes bestimmt⁴⁷⁴. Üblicherweise knüpft dieses die Staatsangehörigkeit entweder an das Abstammungsprinzip, also die Nationalität der Eltern, oder das Territorialitätsprinzip, also den konkreten Geburtsort. Nur in Ausnahmen ist für die persönliche Anwendbarkeit neben der Staatsangehörigkeit noch ein sogenannter „*effective link*“ erforderlich⁴⁷⁵. Dieser ist Ausdruck einer gewissen völkerrechtlichen Beschränkung der ansonsten freien Bestimmung der Staatsangehörigkeit durch das nationale Recht⁴⁷⁶. Problematisch sind bei natürlichen Personen noch die Fälle, in denen der Kläger die Staatsangehörigkeit beider Vertragsstaaten des IIAs besitzt. Zumindest unter ICSID sind solche Klagen ausgeschlossen, vgl. dort Art. 25 Abs. 2 lit. a).

b) Juristische Personen

Etwas komplizierter ist die Bestimmung der Herkunft von juristischen Personen. Teilweise bestehen hier Sonderregelungen in den IIAs, wie etwa in Art. 17 ECT⁴⁷⁷. Fehlt eine solche vertragliche Vereinbarung gibt es mehrere mögliche Anknüpfungspunkte: Den Gründungsort, den Ort wo eine juristische Person in einem entsprechenden Register geführt wird oder den Ort der effektiven

472 Gatzsche, Aufhebungen und Abänderungen von Investitionsschutzabkommen, S. 104f.

473 Siehe dazu etwa Fecak, International Investment Agreements and EU Law, S. 16.

474 Es bestünde auch die Möglichkeit, auch die Staatsangehörigkeit über Regelungen im IIA zu bestimmen, dies ist bislang allerdings nicht erfolgt.

475 ICJ, Nottebohm (Lichtenstein vs Guatemala), ICJ Rep. 1955, S. 4; dazu auch Gindler, Die local remedies rule im Investitionsschutzrecht, S. 142; zur Anwendung dieser Regel im Investitionsschutzrecht siehe auch Sasson, Substantive Law in Investment Treaty Arbitration, S. 246.

476 Siehe dazu Börnsen, Nationales Recht in Investitionsschiedsverfahren, S. 107f, der zu Recht in dieser Hinsicht die Parallelen zur diplomatic protection zieht und auf Art. 4 der Draft Articles on diplomatic protection (2006) verweist, der wie folgt lautet: „For the purpose of the diplomatic protection of a natural person, a State of nationality means a State whose nationality that person has acquired, in accordance with the law of that State, by birth, descent, naturalization, succession of States or in any other manner, not inconsistent with international law“.

477 Siehe dazu etwa Sasson, Substantive Law in Investment Treaty Arbitration, S. 99.

Verwaltung⁴⁷⁸. Alle Merkmale weisen die an dieser Stelle üblichen Problematiken auf, sind also entweder eindeutig, aber leicht zu manipulieren oder schwer zu bestimmen. Auch bei juristischen Personen ist die Staatszugehörigkeit anhand der einschlägigen Regeln des nationalen Rechts zu bestimmen. Nach diesen richtet sich darüber hinaus auch die Existenz der juristischen Person an sich⁴⁷⁹.

Ungeklärt ist bisher auch, wie Mehrfachklagen vermieden werden können⁴⁸⁰. Wenn eine Aktiengesellschaft in einem Gaststaat investiert, dann sind aktuell sowohl die AG als auch die Anteilseigner vom persönlichen Schutz umfasst. Dies kann eine Mehrzahl von Klagen zur Folge haben⁴⁸¹, die sogar unter unterschiedliche Investitionsschutzverträge fallen können, wenn die Anteilseigner, die wiederum selbst juristische Personen sein können, einem anderen Staat zuzuordnen sind als die juristische Person als unmittelbare Investor⁴⁸². Dies eröffnet eine Vielzahl von Klagemöglichkeiten, die mangels Bindungswirkung von Präzedenzfällen unterschiedlich ausgehen können⁴⁸³. Bisherige Versuche diese Klagemöglichkeiten durch entsprechende Klauseln im IIA einzuschränken, sind bislang die Ausnahme und folgen, sofern vorhanden, noch keinem umfassenden Konzept⁴⁸⁴.

Zu Recht wird dieser Aspekt regelmäßig kritisiert und Reformbedarf angemahnt⁴⁸⁵. Ein diesbezüglicher Ansatz könnte etwa der IGH Rechtsprechung im Fall *Barcelona traction* entnommen werden, in der

478 *Oeter*, Ipsen, *Völkerrecht*, S. 1030; *Krajewski*, *Wirtschaftsvölkerrecht*, S. 188ff.; *Gindler*, *Die local remedies rule im Investitionsschutzrecht*, S. 138.

479 Dazu *Börnsen*, *Nationales Recht in Investitionsschiedsverfahren*, S. 109.

480 Siehe zu deren Vermeidung in CETA etwa *Bungenberg*, *GewArch* 2014, S. 382, 385.

481 Dies ist auch bereits geschehen: Die Fälle *CME vs. Tschechien* und *Lauder vs. Tschechien* haben den im Wesentlichen gleichen faktischen Hintergrund; siehe dazu etwa *Griebel*, *Internationales Investitionsschutzrecht*, S. 137.

482 Ausführlich und mit Beispielen dazu, *Herdegen*, *Internationales Wirtschaftsrecht*, S. 337ff.; kritisch dazu auch *Gindler*, *Die local remedies rule im Investitionsschutzrecht*, S. 140ff.; *Kriebaum*, *Eigentumsschutz im Völkerrecht*, S. 107ff; *Sasson*, *Substantive Law in Investment Treaty Arbitration*, S. 246 will die Mehrfachklagen vermeiden, indem Aktieneigner nur in Situationen Klagen können, in denen Ihre eigenen Rechte betroffen sind; um jedenfalls den doppelten Schutz durch eine grundsätzlich zusätzliche Möglichkeit des diplomatischen Schutzes zu vermeiden wurde Art. 27 der ICSID Konvention hinzugefügt. In *Banro vs. Kongo* (ICSID Case No ARB98/7, Award vom 01.09.2000) führte etwa die Ausübung diplomatischen Schutzes durch Kanada zum Ausschluss von Ansprüchen unter dem US-Kongo IIA, siehe dazu *Kriebaum*, *ICSID Review* 2018, S. 1, 19f; Beispiele finden sich auch etwa bei *Orakhelashvili*, *ICSID Review* 2016, S. 344, 358f.

483 Siehe zur fehlenden Präzedenzwirkung genauer unten unter Regeln zur Vermeidung widersprüchlicher Entscheidungen.

484 Siehe dazu *Arato/Claussen/Lee/Zarra*, *Reforming Shareholder Claims in ISDS*, Rn. 23ff.; abrufbar unter <https://www.jus.uio.no/pluricourts/english/projects/leginvest/academic-forum/papers/concept-papers.html> zuletzt abgerufen am 04.01.2020.

485 Siehe dazu etwa die aktuellen Verhandlungen der UNCITRAL Working group 3, Stichwort multiple proceedings und shareholder claims, siehe dazu insbesondere *Arato/Claussen/Lee/Zarra*, *Reforming Shareholder Claims in ISDS*, abrufbar unter <https://www.jus.uio.no/pluricourts/english/projects/leginvest/academic-forum/papers/concept-papers.html> zuletzt abgerufen am 04.01.2020.

betont wird, dass für ein Klagerecht und erst recht für die Begründetheit einer Klage ein berührtes Interesse nicht ausreichend sei, sondern ein verletztes Recht von Nöten⁴⁸⁶. Der lediglich teilweise Wertverlust einer Aktie könnte folglich als bloßes Interesse eingeordnet werden und somit Mehrfachklagen jedenfalls in vielen Fällen ausgeschlossen werden.

Weitere Probleme können insbesondere im Zusammenhang mit der zeitlichen Anwendbarkeit auftreten, nämlich immer dann, wenn die Staatsangehörigkeit der natürlichen oder, vermutlich noch häufiger auftretend, der juristischen Person während der Investitionsdauer wechselt. Hier kann auf die erstmalige Realisierung der Investition oder auch auf den Zeitpunkt der Klageerhebung oder sogar auf den Zeitpunkt der Entscheidung durch das Schiedsgericht abgestellt werden. Nach der Kontinuitätstheorie muss die Staatszugehörigkeit mindestens während der Verletzung bis zur Klageerhebung, teilweise sogar bis zum Schiedsspruch vorliegen⁴⁸⁷.

Eine weitere Einschränkung des persönlichen Schutzbereichs ist vorzunehmen, wenn ein privatwirtschaftliches Unternehmen unter staatlicher Kontrolle steht und mit gewissen Hoheitsrechten ausgestattet ist. In diesem Fall handelt es sich regelmäßig nicht mehr um einen Investor im Sinne des IIAs⁴⁸⁸. Wenn die Staaten öffentliche Unternehmen miteinbeziehen wollten, haben sie die Möglichkeit dies ausdrücklich im IIA festzulegen, wie etwa in Art. 1 des US Model IIAs von 2004: „*investor of a Party means a Party or **State enterprise thereof** (...)*“ (Hervorhebung hinzugefügt). Zumeist ist eine solche Regelung jedoch nicht getroffen.

3) Sachliche Anwendbarkeit

Im Gegensatz zum Unionsrecht ist die sachliche Anwendbarkeit des Investitionsschutzrechts eng begrenzt. Sie stellt auf den Begriff der Investition beziehungsweise des Investors ab. Was darunter zu fassen ist, ist in jeder Hinsicht uneinheitlich. Es gibt Unterschiede zwischen den betriebswirtschaftlichen und juristischen Begriffen, aber auch innerhalb des juristischen Verständnisses regeln die einzelnen IIAs, die WTO, MIGA, ICSID und die nationalen Investitionsschutzgesetze diesen Begriff insgesamt sehr uneinheitlich⁴⁸⁹.

486 Barcelona Traction, IGH- Entscheidung vom 05.02.1970, dazu auch *Herdegen*, Internationales Wirtschaftsrecht, S. 320; *Gindler*, Die local remedies rule im Investitionsschutzrecht, S. 141f.

487 *Griebel*, Internationales Investitionsschutzrecht S. 23.

488 So etwa *Tietje*, Ludwigs/Remien, Investitionsschutz, Schiedsgerichtsbarkeit und Rechtsstaat in der EU, S. 188; ausführlich dazu ICSID Review 2016, S. 1-57 (mehrere Artikel); zum Status von öffentlichen Unternehmen im Unionsrecht siehe unten unter Juristische Personen des öffentlichen Rechts.

489 Ausführlich zu den verschiedenen Investitionsbegriffen etwa *Ahner*, Investor-Staat-Schiedsverfahren nach Europäischem Unionsrecht, S. 50ff. Zumindest das erstere Merkmal ist bei Vattenfall erfüllt und könnte daher noch für das laufende Verfahren gegen Deutschland relevant werden.

Der Begriff der Investition ist das zentrale Einschränkungskriterium für die Anwendbarkeit des Investitionsschutzrechts. Er ist üblicherweise sehr weit gefasst, wie hier am Beispiel von Art. 1 des deutsch-chinesischen IIAs aufgezeigt werden soll:

The term investment comprises every kind of asset which is directly or indirectly invested by investors of one Contracting State in the territory of the other Contracting state. The investments include in particular:

Movable and immovable property as well as any other rights in rem such as mortgages, liens and pledges;

Shares of companies and other kinds of interest in companies;

Claims to money which has been used to create an economic value or claims to any performance having an economic value;

Intellectual property rights, in particular copyrights and related rights, patents, utility-model patents, industrial designs, trademarks, plant variety rights;

Trade-names, trade and business secrets, technical processes, know-how and good-will;

Business concessions under public law, including concessions to search for, extract or exploit natural resources;

Any alternation of the form in which assets are invested shall not affect their classification as investment. In the case of indirect investments, in principle only those indirect investments shall be covered which the investor realizes via a company situated in the other contracting state.

Insgesamt ist der Definitionsbegriff also sehr weit gefasst und einer dynamischen Auslegung gegenüber offen⁴⁹⁰. Eine erwähnenswerte Einschränkung geht jedoch mit dem Merkmal der Beherrschung oder jedenfalls wesentlicher Einflussnahme einher, die in alten Investitionsschutzverträgen üblich war, in neueren sind Portfolioinvestitionen allerdings meist mitumfasst⁴⁹¹.

Einige IIAs enthalten ausdrückliche Klauseln, dass die Investition „*in accordance with the host state law*“ erfolgt sein muss. Dies kann jedoch nicht bedeuten, dass jede Investition, die im Nachhinein durch

490 Redfern/Hunter on International Arbitration, S. 453.

491 Oeter, Ipsen, Völkerrecht, S. 1029; siehe zu den kompetenzrechtlichen Folgen im Unionsrecht dazu unten unter Investitionsbegriff.

den Gaststaat verboten wird, nicht mehr in den Schutzbereich des IIAs fällt⁴⁹². Am Maßstab des nationalen Rechts ist jedoch die Existenz und die Reichweite von Rechten zu bestimmen, die aus einer Investition folgen. Das internationale Recht nimmt jedoch eine Art Evidenzkontrolle vor, um Illegalität als Schutzbehauptung durch den Staat vorzubeugen. Es wird etwa geprüft, ob der Investor ein berechtigtes Vertrauen in die Legalität der Investition haben durfte⁴⁹³. Die schiedsgerichtliche Praxis verpflichtet den Investor auch entsprechende Nachforschungen anzustellen, ob seine Investitionen unter dem Recht des Gaststaates geschützt sind⁴⁹⁴.

Regelmäßig ist es überzeugender Fälle, in denen die Legalität einer Investition in Frage steht, nicht im Rahmen der Zulässigkeit einer Schiedsklage zu klären, sondern erst im Rahmen der Begründetheit. Dort ist eine dem Verschuldensprinzip angemessenere Lösung möglich ist⁴⁹⁵. Insbesondere gilt dies für Fälle, in denen die Illegalität der Investition nicht aus deren Natur, sondern deren Erwerb folgt. Dies gilt für mit Hilfe von Korruption erlangte Investitionen, wo nicht nur der Investor, sondern auch der Staat nicht legal gehandelt hat.

II. Anwendbarkeit des Unionsrechts

Die Anwendbarkeit des Unionsrechts ist nicht abstrakt zu bestimmen, sondern hängt von der jeweils einschlägigen Norm ab. Nicht immer sind dabei alle Kategorien der Anwendbarkeitsvoraussetzungen relevant. Auch strukturell ist das Unionsrecht nicht mit dem Investitionsschutzrecht vergleichbar. Es gibt im Unionsrecht keine Vorschriften, die für das ganze Unionsrecht gültig deren konkrete Anwendbarkeit regeln. Die Anwendbarkeit ist im Einzelfall anhand der jeweils in Frage stehenden Norm zu prüfen. Auch dadurch wird die Vergleichbarkeit erschwert. Eine Besonderheit in diesem Zusammenhang ist, dass die Union häufig nicht durch ihre eigenen Organe handelt, sondern die Umsetzung des Unionsrechts den Mitgliedsstaaten überlässt. Daraus ergibt sich regelmäßig die Frage, wann die Mitgliedsstaaten nationales Recht anzuwenden haben und wann das Unionsrecht zu beachten ist. Grundlegend ist an dieser Stelle darüber hinaus, dass das Unionsrecht, anders als das klassische Völkerrecht, in den Mitgliedsstaaten grundsätzlich unmittelbar anwendbar ist, also keiner

492 Siehe dazu auch *Börnsen*, Nationales Recht in Investitionsschiedsverfahren, S. 126ff; dies wird etwa in Art. 8.1 CETA auch klargestellt, welches „covered investment“ u.a. wie folgt definiert (b) „made in accordance with the applicable law **at the time the investment is made**“ (Hervorhebung hinzugefügt).

493 *Kardassopoulos vs. Georgien*, ICSID Case Nr. ARB/05/18, 03.03.2010; siehe dazu kritisch *Börnsen*, Nationales Recht in Investitionsschiedsverfahren, S. 60.

494 *Alasdair Ross Anderson vs. Costa Rica*, 19.05.2010, Rn 58. Der zugrundeliegende IIA sah allerdings ausdrücklich die Notwendigkeit einer legalen Investition vor.

495 So auch *Börnsen*, Nationales Recht in Investitionsschiedsverfahren, S. 126ff.

Durchführungs- oder Umsetzungsanordnung (etwa im Rahmen eines Ratifizierungsverfahrens) bedarf⁴⁹⁶.

Bezüglich der Anwendbarkeit der Grundfreiheiten ist einleitend noch festzustellen, dass diese nicht (mehr) einschlägig sind, soweit durch Sekundärrecht eine Vollharmonisierung des nationalen Rechts umgesetzt wurde⁴⁹⁷. Das Sekundärrecht ist allerdings selbst wiederum am Maßstab der Grundfreiheiten zu messen.

1) Örtlich und zeitlich

Die örtliche Anwendbarkeit des Unionsrechts ist regelmäßig auf die Hoheitsgebiete ihrer Mitgliedsstaaten beschränkt, die sich wiederum nach dem Völkerrecht und den geltenden nationalen Regeln bestimmen, Art. 52 EUV, 355 AEUV⁴⁹⁸. Der darin bestimmte örtliche Anwendungsbereich gilt über den Wortlaut hinaus nicht nur für die Verträge selbst, sondern, sofern nichts anderes bestimmt ist, für das gesamte Unionsrecht⁴⁹⁹. Personalitäts- und Auswirkungsprinzip können eine Anwendung unionsrechtlicher Regelungen über den klassischen räumlichen Geltungsbereich hinaus rechtfertigen⁵⁰⁰. Das Unionsrecht gilt darüber hinaus, wenn die Parteien ihr Rechtsverhältnis dem Unionsrecht unterworfen haben, auch ohne dass ein räumlicher Bezug zu den Hoheitsgebieten der Mitgliedsstaaten bestehen muss⁵⁰¹.

Die zeitliche Anwendbarkeit wiederum ist regelmäßig im konkreten Rechtsakt selbst festgelegt, beispielsweise in Art. 357 AEUV, der eine grundsätzlich unbegrenzte Geltung des Unionsrecht ab dem Inkrafttreten vorsieht. Grundsätzlich gilt auch hier, dass Rechtsakte erst Wirkung für die Zukunft, nicht aber für die Vergangenheit entfalten. Zwar gibt es außerhalb des Strafrechts auch im Unionsrecht kein striktes Rückwirkungsverbot, der Grundsatz des Vertrauensschutzes ist aber auch im Unionsrecht fundamental⁵⁰².

496 Siehe dazu etwa *Nettesheim*, Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 1 AEUV, Rn. 67ff., Richtlinien bedürfen zwar der mitgliedstaatlichen Umsetzung, können aber unter bestimmten Voraussetzungen ebenfalls unmittelbare Wirkung entfalten.

497 *Frenz*, Europäische Grundfreiheiten Rn. 382ff.

498 *Dörr*, Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 52 EUV, Rn. 1; *Schmalenbach*, Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 52 EUV, Rn. 3.

499 *Dörr*, Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 52 EUV, Rn. 3, Abweichungen sind etwa in Art. 355 AEUV den Beitrittsabkommen oder einigen Sekundärrechtsakten enthalten; insbesondere gilt der genannte örtliche Geltungsbereich auch für die Charta der Grundrechte, siehe dazu *Jarass*, Charta der Grundrechte der EU, Art. 51, Rn. 44.

500 *Dörr*, Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 52 EUV, Rn. 8, 13; teilweise erweitern Assoziierungsabkommen auch den räumlichen Geltungsbereich, siehe am Beispiel Türkei dazu *Frenz*, Europäische Grundfreiheiten, Rn. 417.

501 *Frenz*, Europäische Grundfreiheiten, Rn. 419.

502 Siehe zum Rückwirkungsverbot und Vertrauensschutz im Unionsrecht oben unter Fair and equitable treatment.

2) Persönlich

Die persönliche Anwendbarkeit des Unionsrecht bestimmt sich nach unterschiedlichen Regeln, je nachdem, ob es sich um eine natürliche (a) oder juristische (b) Person handelt. Teilweise entfällt aber auch die Anbindung an die persönliche Anwendbarkeit (c).

a) Natürliche Personen

Die persönliche Anwendbarkeit des Unionsrechts ist bei natürlichen Personen regelmäßig an die Unionsbürgerschaft, Art. 21 AEUV, geknüpft. Unionsbürger ist damit zunächst jeder, der die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedsstaats besitzt, Art. 20 AEUV. Wie im Investitionsschutzrecht richtet sich das Staatsangehörigkeitsrecht grundsätzlich nach dem Recht der Mitgliedsstaaten⁵⁰³.

Direkt an die Unionsbürgerschaft gekoppelt und ohne, dass weitere Voraussetzungen notwendig sind, ist insbesondere das unionsrechtliche Diskriminierungsverbot aufgrund der Staatsangehörigkeit⁵⁰⁴. Dieser Punkt ist insofern besonders relevant, weil das Unionsrecht sich hier auf alle Aspekte des nationalen Rechts auswirkt und keinen kompetenziellen Beschränkungen unterliegt.

b) Juristische Personen

Die Anwendbarkeit von Unionsrecht hängt davon ab, ob es sich um juristische Personen des Privatrechts (i) oder des öffentlichen Rechts (ii) handelt.

i) *Juristische Personen des Privatrechts*

Bei juristischen Personen wird wie auch im Investitionsschutzrecht an unterschiedliche Kategorien angeknüpft⁵⁰⁵, die im Wesentlichen üblichen Merkmale wurden dabei oben bereits behandelt. Auch wenn der Schutzbereich der Grundfreiheiten – mit Ausnahme der Niederlassungsfreiheit – dem Wortlaut nach an natürliche Personen anknüpft, können sich juristische Personen ihrem Sinn und Zweck nach ebenso auf die Grundfreiheiten berufen⁵⁰⁶. Für die Niederlassungsfreiheit ist dies ausdrücklich in Art. 54 AEUV geregelt, auf den Art. 62 AEUV im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit verweist.

503 *Hailbronner*, Dausen/Ludwigs, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, D. I. Rn. 41; *Frenz*, Europäische Grundfreiheiten, Rn. 226ff.

504 Siehe dazu etwa *Magiera*, Streinz, EUV/AEUV, Art. 20 AEUV, Rn. 33ff. Weitere Aspekte der Unionsbürgerschaft sind insbesondere in den Art. 20-25 AEUV geregelt, betreffen aber vorwiegend nicht unmittelbar wirtschaftsbezogene Bürgerrechte wie die Freizügigkeit oder das Wahlrecht zum Europäischen Parlament.

505 Dazu auch *Fecak*, International Investment Agreements and EU Law, S. 65.

506 Allgemeine Auffassung, siehe nur *Frenz*, Europäische Grundfreiheiten, Rn. 232ff. Eine Ausnahme stellt lediglich die Arbeitnehmerfreizügigkeit dar, die ihrem Wesen nach auf natürliche Personen zugeschnitten ist, allerdings im Bereich des Investitionsschutzrechts zu vernachlässigen ist.

Sofern sich die juristische Person auf den Investitionsschutz mittels der unionsrechtlichen Grundrechte berufen will, müssen diese dem Wesen nach auf sie anwendbar sein⁵⁰⁷. Dies dürfte jedoch gerade bei den für den Investitionsschutz besonders relevanten Grundrechten wie dem Eigentumsschutz regelmäßig der Fall sein.

ii) Juristische Personen des öffentlichen Rechts

Art. 54 AEUV differenziert zunächst nicht nach der Rechtsform, grundsätzlich sind folglich auch juristische Personen des öffentlichen Rechts vom Schutzbereich des Unionsrechts, insbesondere der Grundfreiheiten umfasst. Allerdings setzt Art. 54 AEUV einen Erwerbszweck voraus. Soweit also nur staatliche Daseinsvorsorge betrieben wird, ist der Schutzbereich der Grundfreiheiten nicht eröffnet⁵⁰⁸. Erwerbstätigkeit bedeutet vielmehr das „entgeltliche Auftreten auf den Güter- und Dienstleistungsmärkten sowie eine Betriebsführung nach wirtschaftlichen Grundsätzen“, wobei keine Gewinnerzielungsabsicht notwendig ist⁵⁰⁹.

c) Entfallen des persönlichen Schutzbereichs

Besonderheiten weist das Unionsrecht in einigen Hinsichten dabei noch auf, in denen die Anknüpfung an eine natürliche oder juristische Person vollständig entfällt. Beispiele dafür sind etwa die Waren- oder die Kapitalverkehrsfreiheit⁵¹⁰. Diese werden grundsätzlich jedem eröffnet, der insbesondere der Eröffnung des sachlichen Schutzbereichs genügt⁵¹¹.

Generell lässt sich feststellen, dass die Anwendbarkeit der Grundfreiheiten eher an sachliche, die der Grundrechte demgegenüber an persönliche Merkmale geknüpft ist⁵¹².

3) Sachlich

Der sachliche Schutzbereich des Unionsrechts hängt im besonderen Maße von der jeweils einschlägigen Rechtsnorm ab und kann unmöglich abstrakt bestimmt werden. Allgemein lässt sich lediglich feststellen, dass die Union auf Grund des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung nur insoweit regelnd tätig werden kann, als ihr durch die Verträge entsprechende Kompetenzen durch die Mitgliedsstaaten übertragen worden sind, Art. 4 EUV.

Für die Eröffnung des Schutzbereichs der für Investoren besonders relevanten Grundfreiheiten ist regelmäßig eine grenzüberschreitende Tätigkeit notwendig, also ein Sachverhalt, der mehrere

507 *Jarass*, Charta der Grundrechte der EU, Art. 51, Rn. 62.

508 *Frenz*, Europäische Grundfreiheiten, Rn. 259f.

509 *Jung*, Schwarze, EU-Kommentar, Art. 54 Rn. 7.

510 Siehe dazu etwa *Leible/Strein*, Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 34 AEUV, Rn. 31 mwN.;

511 *Frenz*, Europäische Grundfreiheiten, Rn. 230ff.

512 Ausführlich dazu *Frenz*, Europäische Grundfreiheiten, Rn. 47.

Mitgliedsstaaten in bestimmter Weise berührt. Handelt es sich um eine wirtschaftliche Streitigkeit mit grenzüberschreitendem Bezug, ist auch unabhängig vom Sekundärrecht das Unionsrecht beinahe flächendeckend anzuwenden⁵¹³. Die Hürden für eine Einstufung als grenzüberschreitend sind dabei schnell erfüllt, es „genügt, wenn ein wirtschaftlicher Sachverhalt rein rechtlich über die Grenzen eines Mitgliedsstaats hinauswirkt“⁵¹⁴. Der grenzüberschreitende Bezug muss sich nicht aus einer fremden Staatsbürgerschaft ergeben. Stattdessen wird im Unionsrecht regelmäßig auf den Wohnsitz abgestellt⁵¹⁵. Anders als im Investitionsschutzrecht kann die Anwendung des Unionsrechts also auch zwischen einem Staat und einem seiner eigenen Staatsangehörigen erfolgen. Wie groß dieser Unterschied in der Praxis ist, dürfte aber überschaubar sein – die „Internationalisierung“ eines Investors erfolgt meist über eine von ihm kontrollierte juristische Person, die im Ausland angesiedelt sein wird.

Ursprünglich waren die Grundfreiheiten als Diskriminierungsverbote ausgelegt. In seiner Rechtsprechung hat der EuGH sie allerdings nach und nach zu echten Beschränkungsverboten erweitert. Hier ist die Dassonville-Formel einschlägig: Jegliche Einwirkung, egal ob mittelbar oder unmittelbar, tatsächlich oder potentiell auf den grenzüberschreitenden Warenhandel sind ausreichend, um den Schutzbereich der Grundfreiheiten zu eröffnen⁵¹⁶. Diese zum Warenhandel ergangene Rechtsprechungslinie ist auf die anderen Grundfreiheiten übertragbar⁵¹⁷. Aus der Eröffnung des formellen Anwendungsbereichs des Unionsrechts folgt die Anwendbarkeit jedenfalls der Grundrechte und der universellen Grundsätze des Unionsrechts. Dazu zählt etwa der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und der Rechtssicherheit, welcher auch den Vertrauensschutz inkludiert⁵¹⁸.

4) Fazit

Soweit die Grundfreiheiten einschlägig sind, binden sie die Mitgliedsstaaten umfassend. Nationales Recht, welches die Wirkung des Unionsrechts vereitelt, darf nicht angewendet werden, selbst wenn die Kompetenz für dessen Setzung noch bei den Mitgliedsstaaten liegt⁵¹⁹. Aber nicht nur die Exekutive, auch Judikative und Legislative sind durch die Grundfreiheiten gebunden. Insofern besteht also Kongruenz mit dem Investitionsschutzrecht. Allerdings ist die Folge des Anwendungsvorrangs für das

513 Latzel, EuZW 2015, S. 658, 660.

514 Latzel, EuZW 2015, S. 658, 661.

515 Siehe zu den Folgen dieser Einstufung etwa *Fecak*, International Investment Agreements and EU Law, S. 65.

516 *Leible/Streinzi*, Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 34 AEUV, Rn. 33; *Frenz*, Europäische Grundfreiheiten, Rn. 474, 486.

517 Siehe etwa für die Niederlassungsfreiheit EuGH C-79/01, Rn. 26f; EuGH C-208/00, Rn. 95; für die Kapitalverkehrsfreiheit *Frenz*, Europäische Grundfreiheiten, Rn. 485 mwN.

518 Latzel, EuZW 2015, S. 658, 661.

519 *Frenz*, Europäische Grundfreiheiten, Rn. 315.

Investitionsschutzrecht undenkbar. Verstöße gegen dieses lösen lediglich eine Schadensersatzpflicht aus, können aber nicht die Anwendbarkeit des nationalen Rechts berühren.

Auch die Unionsorgane sind durch die Grundfreiheiten gebunden, dies kann sich sowohl auf die Rechtssetzung als auch auf die Rechtsanwendung, sofern diese durch unionseigene Organe vorgenommen wird, auswirken⁵²⁰.

Insgesamt lässt sich feststellen, dass kaum innereuropäische Fälle denkbar sind, in denen zwar das Investitionsschutzrecht greift, nicht aber die Grundfreiheiten⁵²¹. Dies gilt umso mehr unter Hinzunahme des Grundsatzes, dass die Mitgliedsstaaten selbst bei Ausübung ihrer eigenen Kompetenzen das Unionsrecht zu beachten haben⁵²².

D Fazit

Unionsrecht und Investitionsschutzrecht regeln in vielen Bereichen die gleichen Fragen und sind auch parallel anwendbar. Diese Situation an sich ist nicht selten und auch nicht problematisch. Konflikte entstehen erst, wenn widersprüchliche Verhaltensweisen rechtlich gefordert werden. Dies dürfte in der Praxis vor allem dort auftreten, wo das Unionsrecht nicht in erster Linie investitionsfördernd, sondern regulierend wirkt⁵²³. Die marktliberalisierenden Vorschriften gehen weiter, als die zumeist in den IIAs vorgesehenen Regelungen es sind, stehen deshalb aber nicht schon deshalb zu ihnen im Widerspruch. Auch wenn es selten Fälle geben dürfte, in dem dabei zwingend entgegengesetzte Ergebnisse erzielt werden, so sind sie doch nicht ausgeschlossen und auch bereits vorgekommen. Ein Beispiel dafür schien etwa der Fall *Micula* zu werden, allerdings hat der EuGH in einer kürzlichen Entscheidung die Anwendung von Unionsrecht auf diesen Sachverhalt abgelehnt, so dass auch hier kein Konflikt bestand.

Vorzugswürdig wäre es Unionsrecht und Investitionsschutzrecht grundsätzlich harmonisch auszulegen, oder, in der deutschen Verfassungsterminologie gesprochen, nach dem Grundsatz der praktischen Konkordanz. Beide Rechtswerke beanspruchen parallele Gültigkeit, ohne dass ein starres Hierarchieverhältnis besteht. Es sollten folglich die Schutzzwecke des jeweils anderen Regelungswerks soweit wie möglich bei der Interpretation beachtet werden⁵²⁴. Auch wenn entsprechende

520 Ausführlich dazu *Frenz*, Europäischen Grundfreiheiten, Rn. 333ff.

521 *Andersen/Hindelang*, JWIT 2016, S. 984, 992.

522 Dazu etwa *Hinojosa-Martinez*, JWIT 2016, S. 86, 104.

523 Dazu *Fecak*, International investment protection and EU Law, S. 120.

524 So auch etwa *Rösch*, Intraeuropäisches Investitionsschutzrecht, S. 250, 270ff.

Handlungsspielräume gegeben sind, ist fraglich, inwieweit ein Ermessen etwa durch Erwägungen aus einem anderen Regelungswerk mitgesteuert werden darf⁵²⁵.

Es besteht grundsätzlich kein Normkonflikt zwischen Unionsrecht und Investitionsschutzrecht. Soweit unterschiedliche Regelungen bestehen, sind diese zumeist nicht widersprüchlich und können über eine entsprechende harmonische Auslegung in Einklang gebracht werden. Aus dem materiellen Recht allein folgt also keine Problematik in Bezug auf das Verhältnis der beiden Regelungsgebiete. Eine harmonische Auslegung setzt jedoch den Willen beider mit der Auslegung betrauten Konfliktlösungsmechanismen voraus, auf die von der jeweils anderen Seite vorgenommenen Wertungen Rücksicht zu nehmen und ihnen zumindest nicht offen zu widersprechen.

Das Risiko sich widersprechender Normen oder Normauslegungen ist auch erheblich geringer als es im Fall des EWR-Gerichtshofs gewesen wäre. Dieser war zur Auslegung materiell mit dem Unionsrecht gleichlautender Normen befugt. Die faktische Bindungswirkung wäre in diesem Fall wohl relativ hoch gewesen⁵²⁶. Investitionsschutzabkommen und Unionsrecht verfolgen dagegen zwar ähnliche Ziele, sind jedoch in ihren materiellen Regelungen und dem Anwendungsbereich hinreichend unterschiedlich, um einen solchen Anpassungsdruck erheblich zu vermindern⁵²⁷.

Die Wirkung der Achmea-Entscheidung des EuGH erstreckt sich nicht auf die materiellen Schutzvorschriften⁵²⁸. Es besteht abstrakt keine materielle Inkonsistenz zwischen Unionsrecht und Investitionsschutzrecht⁵²⁹. Nach den eben angestellten Analysen besteht auch kein Bedürfnis sie darauf zu übertragen.

Inwieweit Überschneidungen der gerichtlichen Zuständigkeiten bestehen, ist folglich im nächsten Schritt genauer zu untersuchen (§ 2). Die Wahrscheinlichkeit eines Normkonflikts wird durch dessen Konkretisierung im Einzelfall jedenfalls erhöht.

§2. Überschneidungen der gerichtlichen Zuständigkeiten

Neben den aufgezeigten Überschneidungen in der Anwendung materieller Schutzvorschriften bestehen auch unterschiedliche Konzepte der Streitbeilegung im Unionsrecht und

525 Ausführlich und instruktiv dazu *Lock*, Das Verhältnis zwischen dem EuGH und internationalen Gerichten, S. 48ff.

526 Siehe dazu etwa *Lang*, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht Nr. 135, S. 12.

527 *Lang*, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht Nr. 135, S. 12 sieht diese Verminderung als entscheidend an, um von einer Zulässigkeit der Investitionsschiedsverfahren nach dem Unionsrecht auszugehen.

528 *Scheu/Nikolov*, The Incompatibility of Intra-EU Investment Treaty Arbitration with European Union Law – Assessing the scope of the ECJ’s Achmea Judgement, S. 3ff, abrufbar unter https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3545811, zuletzt abgerufen am 10.03.2020.

529 So auch *Electrabel vs. Ungarn*, ICSID Case No. ARB/07/19, Award vom 25.11.2015, Rn. 4.167.

Investitionsschutzrecht. Ohne Klagerecht wären die materiellen Schutzpflichten kaum mehr als politische Absichtserklärungen. Nur mit der Schiedsklausel kann das Investitionsschutzrecht seine Bedeutung gewinnen⁵³⁰. Auf der anderen Seite ist die Rolle des EuGH bei der Durchsetzung der einheitlichen Anwendung des Unionsrechts und auch seiner Fortentwicklung kaum zu überschätzen⁵³¹. Die Rolle des EuGH und der Investitionsschiedsgerichte ist insofern ähnlich, als sie beide ein neutrales, also vom jeweils betroffenen Staat unabhängiges, Forum für die Durchsetzung der jeweiligen Rechtsgebiete darstellen sollen. Unterschiedlich ist jedoch der Ansatzpunkt: Der Grund für die Existenz des EuGH ist in erster Linie die Notwendigkeit der einheitlichen Auslegung des Unionsrechts, während die Schiedsgerichte eine Alternative zu den vermeintlich voreingenommenen und parteiischen staatlichen Gerichten darstellen sollen⁵³². Während das Unionsrecht staatliche Gerichte gerade miteinbindet und ihnen eine wichtige Rolle in der Durchsetzung des Unionsrechts zugesteht, ist im Investitionsschutzrecht zumeist eher das Gegenteil der Fall. Insgesamt lässt sich folglich festhalten, dass das Unionsrecht vom Prinzip des Vertrauens in das staatliche Recht und dessen Konfliktbeilegungssystem ausgeht, das Investitionsschutzrecht gerade vom Gegenteil – schon daraus lässt sich der grundlegende Konflikt gut erklären.

Wie eben aufgezeigt, folgt auch ein potentieller Konflikt zwischen Unionsrecht und Investitionsschutzrecht im Wesentlichen aus den unterschiedlichen Streitbeilegungsmechanismen. Gegen eine Klausel wie *fair and equitable treatment* wäre unionsrechtlich abstrakt nichts einzuwenden – anderes mag aber durchaus gelten, wenn ein Schiedsgericht daraus eine mit Unionsrecht konfligierende Entscheidung ableitet⁵³³.

In einem ersten Schritt muss analysiert werden, welche Form von Überschneidungen überhaupt als problematisch zu erachten sind (A). Anschließend sollen zunächst im Überblick die Zuständigkeiten des EuGH dargestellt werden (B), bevor die gleiche Analyse in etwas größerem Detail für die Investitionsschiedsgerichte vorzunehmen ist (C). Abschließend wird zusammenfassend dargestellt, in welchen Fällen es zu problematischen Überschneidungen der gerichtlichen Zuständigkeit kommt (D).

530 *Oeter*, Ipsen, *Völkerrecht*, S. 1037; Tams, *JWIT* 2014, S. 585, 586; auch die EU-Kommission sieht in der Schiedsklausel den entscheidenden Faktor zur Förderung der Investitionsfreudigkeit, siehe European Commission, *Communication, Towards a Comprehensive European International Investment Policy*, COM(2010)343 final, Brussels, 7 July 2010, p. 10.

531 Ausführlich zur zentralen Rolle des EuGH siehe Höpner, *Berliner Journal für Soziologie* 2011, S. 203, 203ff mwN.

532 *Andersen/Hindelang*, *JWIT* 2016, S. 984, 996.

533 Ebenso *Fecak*, *International Investment Agreements and EU Law*, S. 372f.

A Problematische Überschneidungen

Bevor die einzelnen Zuständigkeiten des EuGH und der Investitionsschiedsgerichte dargelegt werden sollen, ist in einem ersten Schritt zu klären, welche Kompetenzüberschneidungen überhaupt als problematisch erachtet werden müssen. Hier ist zwischen unterschiedlichen Stufen der Problematik zu unterscheiden. Dabei ist zu berücksichtigen, dass Gerichte und Schiedsgerichte immer nur über die konkrete streitige Frage entscheiden. Diese wiederum wird durch die Parteien, insbesondere den Kläger und dessen Antrag bestimmt⁵³⁴. Dieser hat folglich die Möglichkeit, von einem insgesamt einheitlichen Lebenssachverhalt nur bestimmte Bereiche überprüfen zu lassen und kann so die Zuständigkeit des Gerichts wesentlich beeinflussen.

Allgemein lässt sich festhalten, dass die sich überschneidenden Zuständigkeiten umso problematischer werden, je mehr sich das anwendbare Recht und die Anträge der Parteien gleichen⁵³⁵. In diesen Fällen ist das Risiko widersprüchlicher Entscheidungen am höchsten. In einem ersten Schritt werden nachfolgend mögliche Konstellationen dargestellt (I), bevor auf die Regelungen zu Vermeidung widersprüchlicher Ergebnisse einzugehen ist (II).

I. Mögliche Konstellationen

Am weitaus problematischsten ist der Fall, in dem unterschiedliche Gerichte aufgrund der gleichen Rechtsgrundlage, sei es gleichzeitig oder aufeinanderfolgend, die gleichen tatsächlichen Umstände rechtlich bewerten, die zwischen den beiden gleichen Parteien in Frage stehen. Hier gibt es eine hohe Wahrscheinlichkeit, dass diese beiden Spruchkörper, wenn nicht sogar im Ergebnis, dann doch zumindest in der Begründung voneinander abweichen und so widersprüchliche Entscheidungen entstehen⁵³⁶. Im Falle des Investitionsschutzes ist diese Konstellation äußerst selten beziehungsweise völlig unmöglich. Sie kann nur dann vorkommen, wenn das Investitionsschutzabkommen die Geltung von Unionsrecht direkt oder indirekt vorsieht und der Investor tatsächlich sowohl vor den nationalen Gerichten, als auch einem Schiedsgericht klagt, ohne dass eine der beiden Klagen als unzulässig abgewiesen wird. Letzteres kann vorkommen, wenn weder das Investitionsschutzabkommen noch das nationale Prozessrecht eine entsprechende Notwendigkeit vorsehen. Schließlich müsste man es ausreichen lassen, dass es jedenfalls teilweise um das gleiche Recht geht. Denn das Investitionsschutzabkommen als solches, insbesondere die alten Modelle, die von den Mitgliedsstaaten und nicht von der EU abgeschlossen werden, wird der EuGH wiederum nicht

534 Aus diesem Grund ist die teilweise noch fehlende Möglichkeit einer Widerklage besonders relevant. Nur der Kläger hat die Möglichkeit auf die Reichweite des Entscheidungsauftrags eines Schiedsgerichts im konkreten Fall Einfluss zu nehmen. Dem Staat bleibt diese Möglichkeit verwehrt. Er könnte allerdings im Vorhinein durch eine entsprechende Ausgestaltung der Schiedsklausel bereits wegweisende Entscheidungen treffen.

535 Dazu Lock, Das Verhältnis des EuGH zu internationalen Gerichten, S. 6.

536 Dazu ausführlich Börsen, Nationales Recht in Investitionsschiedsverfahren, S. 57f.

anzuwenden haben. Dieser Fall ist zwar theoretisch denkbar, praktisch allerdings weder bisher vorgekommen, noch ist zu erwarten, dass er in Zukunft vorkommen wird.

Ebenfalls problematisch dürfte der Fall sein, wenn sich zwar das anzuwendende Recht aber nicht der Sachverhalt entsprechen. In diesem Fall ist eine Abweichung, jedenfalls in der Begründung des Ergebnisses wohl regelmäßig zu erwarten. Zwar werden sich andere Ergebnisse regelmäßig mit den Spezifika des jeweiligen Rechts begründen lassen, wenn das Ziel jedoch lautet, die einheitliche Auslegung von Rechtsgrundsätzen sicherzustellen, muss auch diese Fallkonstellation als problematisch eingeordnet werden. Sofern Schiedsgerichte zwar nicht mit der Lösung des gleichen Falles betraut sind, dabei aber Normen anzuwenden haben, die aus dem Unionsrecht stammen, dürfte dies regelmäßig als problematisch einzustufen sein.

Anderes muss wiederum gelten, wenn sich zwar die Sachverhalte gleichen (oder nicht einmal diese), das anzuwendende Recht, also der Beurteilungsmaßstab aber ein anderes ist. Dies ist auch im nationalen Recht regelmäßig der Fall, ohne dass dies problematisch ist – im Gegenteil, es ist gerade die Folge, dass eben verschiedene Regelungen auf einen Sachverhalt anwendbar sind. So kann eine Baugenehmigung etwa bauordnungsrechtlich unproblematisch sein aber nicht den Grundsätzen des Naturschutzrechts entsprechen. Gleiches muss hier gelten: Aus der unionsrechtlichen (Un-) Zulässigkeit einer Maßnahme folgt nicht automatisch die (Un-)Zulässigkeit nach dem Investitionsschutzrecht und andersherum. Ist die Anwendung von Unionsrecht und die Zuständigkeit des EuGH also ausgeschlossen dürfte dies rechtstechnisch keine Schwierigkeiten verursachen.

II. Regeln zur Vermeidung widersprüchlicher Entscheidungen

Die klassischen Regeln zur Vermeidung von doppelten oder widersprüchlichen Entscheidungen sind schwer bis gar nicht auf das Verhältnis internationaler Gerichte und insbesondere auf das Verhältnis der Unionsgerichtsbarkeit und den Investitionsschiedsgerichten übertragbar:

1) Stare decisis

Eine stare decisis Regelung, also eine Bindung an Präzedenzfallentscheidungen wie etwa im Common Law, besteht im internationalen Recht und auch im Investitionsschutzrecht nicht⁵³⁷. Es wäre rein praktisch schon schwierig und kaum zu begründen, Streitbeilegungsinstitutionen unterschiedlichster Art an die Entscheidungen von anderen Gerichten zu binden. Eine Anwendung der stare decisis würde darüber hinaus regelmäßig schon daran scheitern, dass die Voraussetzung einer solchen Regel, die Anwendung des gleichen Rechts ist. Selbst wenn man „gleiches Recht“ so weit auslegt, dass davon auch gleichlautende Vorschriften in unterschiedlichen IIAs umfasst sind, was aufgrund der Möglichkeit

537 Siehe dazu etwa Glamis Gold vs. USA, 08.06.2009, Rn. 8.

der systematischen Auslegung auch schon nicht unzweifelhaft der Fall wäre, wären damit die zahlreichen Fälle unterschiedlicher Formulierungen in den IIAs noch nicht umfasst. Nicht einmal dies wäre jedoch im Verhältnis zum EuGH gewährleistet. Darüber hinaus wäre eine solche Regel wohl auch kaum durchsetzbar, weil es – bisher – an einer höheren Instanz fehlt, die die Einhaltung einer solchen Regel überwachen und durchsetzen könnte. Im Verhältnis von Unionsrecht zum Investitionsschutzrecht ist die Regel erst recht praktisch nicht anwendbar, weil nie tatsächlich ein vergleichbarer Sachverhalt, selbst bei Parteiidentität, sowohl vor dem EuGH als auch vor einem Schiedsgericht verhandelt würde, dafür ist die Zahl der Investitionsschiedsverfahren schlicht zu gering.

2) Res Iudicata

Res Iudicata, also die Finalität einer Entscheidung ist grundsätzlich auch im Verhältnis verschiedener internationaler Gerichte anerkannt⁵³⁸, greift allerdings nur soweit, wie die Bedingungen des sogenannten triple identity test erfüllt sind: Danach müssen die Streitparteien, der Klagegrund und das Klageziel übereinstimmen⁵³⁹.

Problematisch hier ist insbesondere die Feststellung desselben rechtlichen Grundes. Eine Klage unter dem nationalen und europäischen Recht und eine zweite unter dem Investitionsschutzrecht wäre davon nicht umfasst. Allerdings hat eine Berücksichtigung und Bezugnahme auf die jeweils andere Entscheidung zu erfolgen⁵⁴⁰, soweit diese in ihrer Konkretisierung Teil des Völkerrechts im Sinne des Art. 38 IGH-Statut geworden ist.

3) Lis Pendens

Das gleiche Problem mit dem triple identity test stellt sich bei der lis pendens Regelung, also der gleichzeitigen Befassung mehrerer Gerichte mit einer Fragestellung. In diesem Fall ist darüber hinaus problematisch, dass etwa die Verfahrensordnung des EuGH keine Möglichkeit vorsieht, ein Verfahren auszusetzen – vom fehlenden entsprechenden politischen Willen ganz zu schweigen⁵⁴¹. Die Schiedsgerichte, beispielhaft in *Mox Plant*⁵⁴², sind diesbezüglich freier und jedenfalls in diesem Fall auch durchaus an einer Zusammenarbeit interessiert gewesen.

538 Siehe nur *Athen/Dörr*, Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 344 AEUV, Rn. 21, gleiches gilt im Grundsatz für die lis pendens Regel.

539 *Lang*, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht Nr. 138, 2015, S. 18.

540 Dazu *Börnßen*, Nationales Recht in Investitionsschiedsverfahren, S. 168; allgemein ablehnend für die Geltung des res iudicata Grundsatzes im Verhältnis zwischen völkerrechtlichen und nationalen Gerichtsurteilen etwa *Griebel*, Internationales Investitionsschutzrecht, S. 137f.

541 Siehe ausführlich zu der Übertragbarkeit der Regelungen in der internationalen Gerichtsbarkeit *Lock*, Das Verhältnis des EuGH zu internationalen Gerichten, S. 21, 101ff, 124ff, der dies jedoch als dem System immanent ansieht und darauf verweist, dass trotz unterschiedlichster Streitbeilegungsmechanismen internationale Gerichte regelmäßig ähnliche Argumentationsmuster verwenden und auch zu ähnlichen Ergebnissen kommen.

542 Näher dazu unten unter Rechtsprechung im Fall *Mox Plant*.

III. Fazit

Überschneidende Zuständigkeiten können in unterschiedlichem Maße problematisch sein. Das Ausmaß der Problematik hängt darüber hinaus von der gewählten Perspektive ab. Für das Investitionsschutzrecht ist das Nebeneinander zu einer staatlichen Gerichtsbarkeit die Regel. Für das Unionsrecht hingegen ist ein solches Nebeneinander an sich schon ungewöhnlich und wird vom EuGH nur unter besonderen, im Weiteren zu untersuchenden, Voraussetzungen (B) akzeptiert.

B Zuständigkeiten der unionalen Gerichtsbarkeit

Die Zuständigkeiten der unionalen Gerichtsbarkeit können im Folgenden nur insoweit dargestellt werden, wie sie für einen Investor, der Rechtsschutz durch ein internationales Gericht ersucht, relevant werden⁵⁴³. Ob es sich beim letztendlich über den Fall befindenden Spruchkörper um den EuGH oder das EuG handelt, soll im Folgenden nicht weiter differenziert werden⁵⁴⁴. Der wesentliche Punkt dabei ist, dass dieser Rechtsschutz durch internationale Gerichte gewährleistet wird, was für den Investor gegenüber dem nationalen Rechtsweg vorzugswürdig ist, weil kein Risiko einer auch nur scheinbaren Befangenheit eines nationalen Richters besteht, eine Millionenklage gegen den eigenen Staat verhandeln zu müssen. Zwar wird auch dem EuGH nachgesagt, er fälle teils mehr politische, denn rechtliche Entscheidungen, diese trifft er jedoch nicht im Interesse eines einzelnen Nationalstaats.

Vorab ist auch noch zu betonen, dass das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung auch für den Rechtsschutz gilt⁵⁴⁵. Die Unionsgerichte haben also nur insoweit eine Rechtsprechungskompetenz, als diese ihnen durch die Verträge zugeordnet wurde, darüber hinaus bleiben die Gerichte der Mitgliedsstaaten zuständig. Allerdings steht dem EuGH die Kompetenz zu, die Reichweite der eigenen Kompetenz selbst zu bestimmen⁵⁴⁶.

Investitionsschutz durch den EuGH kann dabei in verschiedenen Verfahren betrieben werden: Es ist dabei zwischen dem Rechtsschutz durch die Gerichte der Mitgliedsstaaten im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens (1), der Anstrengung von Vertragsverletzungsverfahren durch die Kommission oder andere Mitgliedsstaaten (2) und der Nichtigkeitsklage (3) zu unterscheiden. Darüber hinaus besteht auch die Möglichkeit einer europäischen „Staats“-Haftung (4).

543 Umfassend dazu Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union.

544 Gerade für Individualklagen ist zumeist das EuG (erstinstanzlich) zuständig, siehe zur Entwicklung ausführlich *Rengeling/Kotzur*, Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, § 1, Rn. 15ff, § 4, Rn. 13ff.

545 Siehe dazu etwa *Rengeling/Kotzur*, Handbuch des Rechtsschutzes der Europäischen Union, § 4, Rn. 2.

546 Einige Verfassungsgerichte, darunter das deutsche, behalten sich allerdings die Überprüfung sog. Ausbrechender Akte vor und gehen dabei von einer eigenen Letztentscheidungskompetenz aus. Siehe dazu etwa BVerfG 2 BvR 987/10 Rn. 94ff.

I. Vorabentscheidungsverfahren

Das Vorabentscheidungsverfahren ist das häufigste Verfahren vor dem EuGH und spielt daher eine besonders wichtige Rolle bei der Umsetzung des Unionsrechts. Gemäß Art. 267 AEUV sind nationale Gerichte berechtigt, beziehungsweise gemäß Abs. 3 verpflichtet, soweit sie letztinstanzlich zuständig sind, entscheidungsrelevante europarechtliche Fragen dem EuGH zur Vorabentscheidung vorzulegen.

Der Vorteil des Vorabentscheidungsverfahrens ist, dass es sich dabei um Individualrechtsschutz handelt, der Investor folglich nicht auf das Tätigwerden seines Heimatstaates oder etwa der Europäischen Kommission angewiesen ist. Ein gewisses Mitwirken der nationalen Gerichte ist jedoch erforderlich, der Investor kann eine Vorlage an den EuGH nicht ohne weiteres erzwingen. Allerdings überwiegen aus Sicht des Investors in diesem Verfahren die Nachteile. Diese sollen nachfolgend dargestellt werden.

1) Vorlagepflicht

Mitgliedsstaatliche Gerichte sind berechtigt, dem EuGH Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen, Art. 267 Abs. 2 AEUV. Eine Verpflichtung zur Vorlage besteht nur, wenn sie im konkreten Fall letztinstanzlich zuständig sind. Es kann also sein, und ist erfahrungsgemäß regelmäßig der Fall, dass nicht das erstinstanzlich zuständige Gericht seine Frage dem EuGH vorlegt, sondern erst ein später mit Berufung oder Revision befasstes Gericht. In diesem Fall muss sich der Investor folglich durch mehrere Instanzen des nationalen Rechtswegs klagen, bevor die Frage dem EuGH tatsächlich vorgelegt werden muss. Je nach Mitgliedsstaat etwas unterschiedlich dauert es bis zu zehn Jahre, bis eine Klage letztinstanzlich entschieden wurde⁵⁴⁷. Dazu kommt die durchschnittliche Dauer der Verfahren vor den europäischen Gerichten von etwa 18 Monaten⁵⁴⁸.

2) Ahndung bei fehlender Vorlage

Weiterhin stellt sich die Frage, welche Konsequenzen es hat, wenn ein letztinstanzliches Gericht seiner Vorlagepflicht nicht nachgekommen ist⁵⁴⁹. Der EuGH hat keinerlei Möglichkeiten, in ein laufendes nationales Verfahren einzugreifen. Legt das nationale Gericht nicht vor, kann es für den Investor sehr

547 Siehe dazu auch unten unter Aktuelle Probleme der Anwendbarkeit.

548 Zahl für das Jahr 2018, Jahresbericht 2018, S. 20 abrufbar unter https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7000/; zuletzt abgerufen am 02.11.2019.

549 Kritisch zu diesem Punkt im Fall von Investitionsschiedsverfahren etwa *Lenk*, Preliminary references and investment tribunals: ist he Luxembourg Court extending a helping hand? Verfügbar unter <http://eulawanalysis.blogspot.com/2016/03/preliminary-references-and-investment.html> zuletzt abgerufen am 11.11.2019.

schwierig sein, Rechtsschutz durch den EuGH zu erlangen⁵⁵⁰. Zwar kann ein Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet werden, jedoch nicht durch den Investor.

3) Unionsrechtliche Fragen

Eine Vorlagepflicht besteht weiterhin nur in Fällen, in denen das Unionsrecht entscheidungsrelevant ist. Dies ist zwar bei Verfahren mit der Beteiligung internationaler Investoren regelmäßig, aber doch nicht immer der Fall. So sind durchaus Umstände denkbar, in denen der Mitgliedsstaat etwa seine Gesetzgebung in einem Bereich ändert, für das er die ausschließliche Zuständigkeit besitzt, zum Beispiel das Steuerrecht, und zwar auf eine Art und Weise, die den Investor auch nicht diskriminiert – dann würde das Unionsrecht, namentlich Art. 18 AEUV und seine spezialgesetzlichen Ausprägungen wiederum greifen – aber doch in einem Maße für ihn unfair ist, dass ein Investitionsschiedsgericht dies als Verstoß gegen den FET-Standard ansehen würde oder jedenfalls ansehen könnte⁵⁵¹. Auch in dieser Hinsicht ist der Rechtsschutz für den Investor also beschränkt. Diese Fälle dürften jedoch selten sein.

4) Rolle des EuGH

Der EuGH wird im Vorabentscheidungsverfahren mit der Klärung einer unionsrechtlichen Rechtsfrage befasst, nicht aber mit der tatsächlichen Entscheidung im konkreten Fall⁵⁵². Diese verbleibt nach der Entscheidung des EuGH dann bei den Gerichten der Mitgliedsstaaten. Diese sind zwar an die Interpretation des Unionsrechts durch den EuGH gebunden, erneut fehlt es aber an einem Rechtsdurchsetzungsmechanismus für den Investor im Falle einer Missachtung dieser Pflicht⁵⁵³.

5) Fazit

Das Vorabentscheidungsverfahren ist das Verfahren mit dem regelmäßig die Geltung des Unionsrechts sichergestellt wird. Es steht und fällt jedoch mit der Qualität und Unabhängigkeit der nationalen Gerichte – der Rekurs auf diese ist jedoch aus Sicht des Investors gerade zu vermeiden. Dies ist etwa mit Hilfe des Vertragsverletzungsverfahrens möglich.

550 In Deutschland prüft das BVerfG anhand des Rechts auf den gesetzlichen Richter, Art. 101 Abs. 1 GG ob eine Vorlagepflicht an den EuGH bestand. Diese Kontrolle ist zwar streng, aber nicht lückenlos; dazu etwa *Jachmann/Michel*, Maunz/Dürig, Art. 101 GG, Rn. 41ff mwN.

551 Gegen eine solche Beschränkung siehe etwa Paushok, Golden East, Vostokneftegaz v. Mongolei, 28.04.2011, Rn. 252f.

552 Dazu etwa *Frenz*, Europäischen Grundfreiheiten, Rn. 98.

553 Entsprechende Vertragsverletzungsverfahren sind zwar möglich aber bisher nicht allein deshalb angestrengt worden, siehe dazu etwa *Middeke*, Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, § 10, Rn. 75 mwN. Allerdings bestehen aktuell Tendenzen dies zu ändern, vgl. EuGH C-416/17; siehe dazu etwa <https://verfassungsblog.de/vertragsverletzungsverfahren-als-scharfes-schwert-der-eugh-verurteilt-einen-mitgliedstaat-erstmals-wegen-justiziellen-unrechts/> zuletzt abgerufen am 24.03.2020 mwN.

II. Vertragsverletzungsverfahren

Ein Vertragsverletzungsverfahren kann sowohl durch die Kommission, Art. 258 AEUV, als auch durch einen anderen Mitgliedsstaat, Art. 257 AEUV, eingeleitet werden. Die letztere Möglichkeit lässt sich in mehreren Hinsichten mit den durch IIAs vorgesehenen Staat-Staat-Schiedsverfahren vergleichen. Nicht der Investor, sondern sein Heimatstaat wird auf diese Weise für ihn tätig. Der zweite Punkt, in dem sich die beiden Punkte ähneln, ist die praktische Bedeutsamkeit: Ein solches Verfahren ist zwar rechtlich möglich, wird praktisch aber so gut wie nie angewendet, weil es eine grundsätzlich gerade zu vermeidende Politisierung eines Konfliktes mit sich bringen würde⁵⁵⁴.

Gemeinsam haben sowohl die Einleitung durch einen Mitgliedsstaat als auch durch die Europäische Kommission, dass der Investor keinerlei rechtliche Handhabe für die Anstrengung eines Vertragsverletzungsverfahrens hat⁵⁵⁵. Ähnlich wie beim klassischen diplomatischen Schutz muss er sich folglich auf den guten Willen seines Heimatstaates oder der Kommission verlassen, damit seine Rechte geschützt werden. Aus auch verständlicherweise übergeordneten politischen Gründen ist dieser Schutz regelmäßig nicht besonders effektiv. Ob die Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren betreibt, ist ebenfalls eine politische Entscheidung⁵⁵⁶, die nicht zuletzt durch die sonstige Arbeitsbelastung mitgesteuert wird.

Grundsätzlich wacht gemäß Art. 17 EUV die Kommission über die die wirksame Anwendung, Umsetzung und Durchsetzung der Rechtsvorschriften. Darüber hinaus hat sie, auch wenn eine solche Möglichkeit nicht durch die Verträge vorgesehen ist, inzwischen eine Möglichkeit geschaffen, über die Einzelpersonen die Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens anregen können. Die Kommission geht solchen Beschwerden regelmäßig nach, sofern diese hinreichend substantiiert vorgetragen werden⁵⁵⁷. Dem Investor entstehen durch ein solches Verfahren zwar keine Kosten, jedoch hat die Kommission ein Ermessen, ob sie einer Beschwerde nachgeht und selbst im Erfolgsfall erwachsen daraus keine subjektiven Rechte für den Investor⁵⁵⁸, insbesondere selbst im Fall eines stattgebenden Urteils des EuGH keine Entschädigungspflicht gegenüber dem Investor⁵⁵⁹. Dies gilt selbst im Falle eines – seltenen – gerichtlichen Urteils über ein Vertragsverletzungsverfahren. Vergleichbar zu einer

554 Für Vertragsverletzungsverfahren siehe *Burgi*, Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, § 6, Rn. 3 mwN.

555 Er kann ein solches Verfahren allerdings anregen, vgl. dazu *Höfling*, SchiedsVZ 2019, S. 86, 88, der allerdings ebenfalls betont, dass zur Durchsetzung der Investorenrechte regelmäßig ein Individualrechtsschutz von Nöten sei.

556 Dazu in diesem Zusammenhang etwa *Andersen/Hindelang*, JWIT 2016, S. 984, 997.

557 Siehe dazu schon *Saurer*, Der Einzelne im europäischen Verwaltungsrecht, S. 169f.

558 Siehe dazu *Burgi*, Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, § 6 Rn. 3, 25, 58ff.

559 Ausführlich zur fehlenden Eignung des Vertragsverletzungsverfahrens als Ersatz der Schiedsgerichtsbarkeit *Stöbener de Mora*, EuZW 2018, S. 363, 369.

Feststellungsklage, wird der verurteilte Staat nicht förmlich zur Beseitigung des rechtswidrigen Zustands verpflichtet⁵⁶⁰. Dies hat insbesondere Auswirkungen, wenn das Vertragsverletzungsverfahren wegen der Nichtbeachtung von unionsrechtlichen Vorschriften durch die Gerichte des Mitgliedsstaats eingeleitet wurde, auch in diesem Fall besteht keine Möglichkeit auf ein rechtskräftiges Urteil noch rückwirkend Einfluss zu nehmen⁵⁶¹.

Bis zu einem gewissen Grad betreibt die Kommission Investitionsschutz durch das Vertragsverletzungsverfahren. Wenn dies auch nicht das einzige oder vorrangige Ziel ist, so ist doch etwa die Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens gegen Polen⁵⁶² wegen Mängeln an der richterlichen Unabhängigkeit durchaus auch als mittelbarer Investitionsschutz anzusehen. Gleiches gilt auch für die Verschärfung der Ahndung von Verletzungen der Vorlagepflicht⁵⁶³.

Wie gezeigt, garantiert aber auch das Vertragsverletzungsverfahren dem Investor regelmäßig keinen wirkungsvollen Rechtsschutz vor den Gerichten der Union⁵⁶⁴.

III. Individualnichtigkeitsklage

Die Individualnichtigkeitsklage gemäß Art. 263 AEUV stellt die einzige Möglichkeit für den Investor dar, unmittelbar vor den europäischen Gerichten um Rechtsschutz zu ersuchen⁵⁶⁵. Allerdings sind die Hürden der Zulässigkeit entsprechend hoch. Dies gilt insbesondere, wenn keine Privilegierung bezüglich der Klageberechtigung vorhanden ist, was für Investoren nie der Fall sein wird. Solche Privilegierungen sind, in unterschiedlichem Maße, lediglich für Organe der Union selbst vorgesehen, Art. 263 Abs. 1 und 2 AEUV. Natürliche und juristische Personen können sich nur gegen Akte der Union wenden, die entweder an sie gerichtet sind, sie unmittelbar und individuell betreffen oder gegen Rechtsakte mit Verordnungscharakter, die sie unmittelbar betreffen und keine Durchführungsmaßnahmen nach sich ziehen. Auch hier bestehen erhebliche Nachteile für den Investor, die in der fehlenden Auswahl des Klagegegners 1) und insbesondere hohen Hürden für die Zulässigkeit 2) liegen.

560 Siehe dazu *Burji*, Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, § 6 Rn. 5, 49f.

561 Siehe dazu *Burji*, Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, § 6 Rn. 41.

562 Ausführlich dazu https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_17_5368 zuletzt abgerufen am 20.10.2020.

563 EuGH C-16/17, Rn. 105ff.

564 Ebenso *Andersen/Hindelang*, JWIT 2016, S. 984, 997; *Stöbener de Mora*, EuZW 2018, S. 363, 369.

565 Die Nichtigkeitsklage gemäß Art. 263 AEUV ist nicht nur für den Individualrechtsschutz möglich, als privilegierte Kläger kommen insbesondere auch Unionsorgane in Betracht. Nachdem diese jedoch wiederum nur mittelbar und nicht in erster Linie Investitionsschutz betreiben wird im Folgenden lediglich auf die Individualnichtigkeitsklage eingegangen.

1) Klagegegner

Art. 263 AEUV sieht nur eine Klage gegen die Union und ihre Organe vor, nicht aber unmittelbar gegen den Gaststaat der Investition⁵⁶⁶. Rechtsakte von Mitgliedsstaaten können nur soweit durch die Individualnichtigkeitsklage angegriffen werden, wie sie in Umsetzung von Unionsrecht erfolgen.

2) Zulässigkeitsvoraussetzungen

Insbesondere die Klagebefugnis stellt ein vom EuGH äußerst restriktiv gehandhabtes Kriterium zur Einschränkung des Kreises der berechtigten Kläger dar. Sie setzt generell die Verletzung eines Rechts oder jedenfalls eines rechtlich geschützten Interesses voraus.

a) Adressat eines Rechtsakts

Eine Klagebefugnis für natürliche oder juristische Personen besteht insbesondere bei an sie gerichteten Handlungen, insbesondere Beschlüssen im Sinne des Art. 288 Abs. 4 AEUV. Beschlüsse mit Adressaten sind im Unionsrecht jedoch selten, die Union wird zumeist abstrakt generelle Regelungen treffen, die keinen unmittelbaren Adressaten haben.

b) Unmittelbare und individuelle Betroffenheit

Wer nicht Adressat eines Rechtsakts ist, ist nur unter den engen Voraussetzungen der sogenannten Plaumann-Formel klagebefugt: *„wer nicht Adressat einer Entscheidung ist, (kann) nur dann geltend machen, von ihr individuell betroffen zu sein, wenn die Entscheidung ihn wegen bestimmter persönlicher Eigenschaften oder besonderer, ihn aus dem Kreis der übrigen Personen heraushebenden Umstände berührt und ihn daher in besonderer Weise individualisiert wie den Adressaten.“*⁵⁶⁷
Anerkannt sind drei Fallgruppen unmittelbarer Betroffenheit:

- Die Anzahl und Identität der Betroffenen steht bereits mit Erlass des Rechtsakts fest.
- Dem Betroffenen wurden im Rahmen des dem Rechtsakt vorausgehenden Verfahrens Beteiligungsrechte eingeräumt.
- Der Rechtsakt greift in besondere Rechte des Klägers ein.

Insbesondere das Kriterium der individuellen Betroffenheit schränkt also den Kreis potentieller Kläger erheblich ein und wird zum Ausschluss der Popularklage insbesondere gegen Rechtsnormen angeführt. Nicht erforderlich ist regelmäßig der Nachweis der Verletzung eines subjektiv-öffentlichen Rechts. Ein potentiell verletztes Interesse wird als ausreichend erachtet. Der Kläger soll zu einer Gruppe materiell beschwerter Personen gehören⁵⁶⁸.

566 Siehe dazu auch etwa *Rösch*, Intraeuropäisches Investitionsschutzrecht, S. 76ff.

567 EuGH C-25/62, 211, 238, danach in ständiger Rechtsprechung bestätigt.

568 *Dervisopoulos*, Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, § 7, Rn. 56.

Das Kriterium der Unmittelbarkeit soll Klagen ausschließen, in denen bei einem erforderlichen Umsetzungsakt der nationale Rechtsweg eröffnet wäre. In diesem Fall ist dieser vorrangig und der EuGH erst im Rahmen eines Vorlageverfahrens mit dem Fall zu befassen.

Von der Literatur angemahnte⁵⁶⁹ und auch vom EuG⁵⁷⁰ und dem Generalanwalt umgesetzte Kritik an dieser erheblichen Einschränkung der Klagebefugnis wies der EuGH bisher zurück: Ein umfassender Rechtsschutz sei zwar Ziel des Unionsrechts, dieser sei jedoch in erster Linie über die Gerichte der Mitgliedsstaaten und weiter Auslegung des jeweiligen nationalen Prozessrechts anzustreben⁵⁷¹. Sofern es sich um wirtschaftsbezogene europäische Grundrechte handelt, ließ der EuGH erkennen, dass er für eine weitere Interpretation der Klagebefugnis grundsätzlich offen wäre⁵⁷², allerdings ohne diese Rechtsprechung später auszubauen oder zu präzisieren.

3) Begründetheit

Der wichtigste Prüfungsmaßstab für die Begründetheitsprüfung ist die „*Verletzung der Verträge oder einer bei seiner Durchführung anzuwendenden Rechtsnorm*“. Es wird also die Verletzung höherrangigen Rechts gerügt. Eine solche Prüfung führt zur umfassenden Klärung des Sachverhalts, bei dem Verstöße gegen geschriebenes und ungeschriebenes, primäres und sekundäres Unionsrecht zu berücksichtigen sind⁵⁷³.

Völkerrechtliche Verträge sind integraler Bestandteil der Unionsrechtsordnung, vgl. Art. 216 AEUV. Sie können daher auch Gegenstand der Überprüfung sein⁵⁷⁴. Dies gilt allerdings nur, soweit die Union selbst Vertragspartner ist. Andernfalls können diese denklogisch nicht Teil des Unionsrechts sein. Darüber hinaus muss sich der Einzelne vor Gericht unmittelbar auf das völkerrechtliche Abkommen berufen können, was der EuGH anhand von Charakter, Systematik und Zweck des Abkommens als Ganzes und der Konkretheit und Unbedingtheit der Einzelnorm bestimmt⁵⁷⁵. Alte Investitionsschutzabkommen, die zwischen zwei Mitgliedsstaaten abgeschlossen wurden, scheiden somit als Prüfungsmaßstab aus. Aber auch die von der EU selbst unterzeichneten

569 Siehe etwa *Thiele*, Europäisches Prozessrecht, § 7, Rn. 60ff, der insbesondere für problematisch hält, dass mit dem wachsenden Kreis der Betroffenen gleichzeitig die Zahl der Klageberechtigten sinken würde, weil die notwendige Individualisierung erschwert würde. Darüber hinaus sei die Einschränkung gerade bei intensiven Eingriffen problematisch.

570 EuG T-177/01, Rn. 51.

571 EuGH C-50/00, Rn. 44; siehe auch *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Art. 47, Rn. 29ff.

572 EuGH C-309/85, Rn. 19.

573 *Schwarze/Voet van Vormizeele*, *Schwarze*, EU-Kommentar, Art. 263 AEUV, Rn. 80.

574 *Dervisopoulos*, Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, § 7, Rn. 114.

575 Dazu etwa *Dörr*, *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, Art. 263 AEUV, Rn. 175.

Investitionsschutzabkommen, werden mangels hinreichender Individualisierung der Investoren nicht oder nur in seltenen Fällen als Prüfungsmaßstab herangezogen werden können.

4) Fazit

Der Vorteil dieser Klage ist der internationale Charakter des EuGH, der jeden Vorwurf institutioneller Befangenheit oder national-protektionistischer Gefühle von mitgliedsstaatlichen Gerichten von vornherein ausschließt. Gegen Gesetzgebungsakte und Rechtsnormen, die, wie es die Regel ist, einen Vollzug voraussetzen, besteht jedoch kein Klagerecht für Private vor den Unionsgerichten⁵⁷⁶.

Der Nachteil dieser Klage aus Investorensicht ist weiterhin, dass es sich um ein objektives Kontrollverfahren handelt und auf die Prüfung der objektiven Rechtmäßigkeit des Unionsrechtsakts beschränkt⁵⁷⁷. Auch bezüglich der Individualnichtigkeitsklage ist der Rechtsschutz für Investoren folglich eingeschränkt.

IV. Amtshaftungsklagen

Die unionalen Vorschriften kennen sowohl einen Anspruch gegen die Union selbst 1), als auch eine Möglichkeit aufgrund von europäischen Vorgaben die Mitgliedsstaaten zu verklagen 2).

1) Haftung der EU

Die Zulässigkeit von Amtshaftungsklagen bestimmt sich nach Art. 340, 268 AEUV. Dabei kommt die Geltendmachung von Amtshaftungsansprüchen vor dem EuGH kommt nur insoweit in Betracht, als es sich um außervertragliche Haftung im Sinne des Art. 340 Abs. 2 AEUV handelt. Im Bereich der vertraglichen Haftung sind die Gerichte der Mitgliedsstaaten zuständig, soweit nicht eine Schiedsklausel im Sinne des Art. 272 AEUV etwas anderes bestimmt⁵⁷⁸. Der Anwendungsbereich des Art. 340 ist auf die Haftung der Union beschränkt, Amtshaftungsansprüche gegen die Mitgliedsstaaten, unabhängig von der jeweiligen Rechtsgrundlage, sind davon nicht umfasst⁵⁷⁹ und zwar selbst wenn die Mitgliedsstaaten, wie regelmäßig der Fall, mit der Umsetzung des Unionsrechts betraut sind, Art. 291 AEUV. Nachdem in den meisten Fällen die Mitgliedsstaaten gegenüber Investoren tätig werden, ist der Anwendungsbereich des Art. 340 AEUV zur Durchsetzung des Investitionsschutzes praktisch kaum relevant. Selbst wenn rechtswidriges Unionsrecht durch nationale Behörden vollzogen wird, geht der

576 Dörr, Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 263 AEUV, Rn. 203.

577 Dörr, Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 263 AEUV, Rn. 1.

578 Gellermann, Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, § 9, Rn. 2 mit Verweis auf Art. 274 AEUV.

579 EuG, T-54/96, Rn. 67; siehe auch Gellermann, Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, § 9, Rn. 3.

EuGH vom Vorrang des nationalen Rechtsschutzes aus und bejaht seine Zuständigkeit nur, wenn dort kein wirksamer Rechtsschutz garantiert ist⁵⁸⁰.

Die Begründetheit der Amtshaftungsklage setzt die Handlung eines Unionsorgans im Rahmen seiner Amtstätigkeit voraus, die rechtswidrig und schuldhaft kausal für einen Schaden des Klägers geworden ist⁵⁸¹. Dabei kommt insbesondere auch die Verletzung von Grundfreiheiten in Betracht⁵⁸².

2) Staatshaftung der Mitgliedsstaaten aufgrund von Unionsrecht

Amtshaftungsklagen nach Unionsrecht sind insofern weiter als etwa in Deutschland üblich, als dass auch Verhalten der Legislative und Judikative zur Haftung führen kann. Der Amtshaftungsanspruch hat drei Voraussetzungen: Die Verletzung eines subjektiven Rechts, der hinreichende Verstoß und ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen Rechtsverletzung und Schaden⁵⁸³. Der unionsrechtliche Staatshaftungsanspruch tritt dabei neben die nationalen Amtshaftungsansprüche oder überformt deren Tatbestandsmerkmale. Auch der unionsrechtliche Staatshaftungsanspruch gegen die Mitgliedsstaaten ist zunächst durch die Gerichte der Mitgliedsstaaten umzusetzen, eine Befassung des EuGH erfolgt auch hier erst im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens.

V. Fazit

Jeder der dargestellten Klagemöglichkeiten birgt für den Investor erhebliche Nachteile. Diese bestehen entweder in einer erheblichen Dauer, weil zunächst der nationale Rechtsweg durchlaufen werden muss, in der beschränkten Möglichkeit, auf die Erhebung einer Klage Einfluss zu nehmen oder in den engen Voraussetzungen der Klagebefugnis. Keine der Klagemöglichkeiten vor dem EuGH stellt für den Investor einen vergleichbaren Schutz wie die Erhebung einer Schiedsklage dar⁵⁸⁴.

Selbst wenn der Primärrechtsschutz durch nationale und europäische Gerichte gleichwertig zu demjenigen durch die Investitionsschiedsgerichte wäre, ist die Vollstreckung von Urteilen von nationalen Gerichten, und damit mittelbar auch derjenigen des EuGH, schwieriger als diejenige von Schiedssprüchen unter Geltung der Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign

580 EuGH C 101/78 Rn. 14; siehe auch *Gellermann*, Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, § 9, Rn. 24.

581 Ausführlich zum Amtshaftungsanspruch der Union siehe *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, S. 664ff; siehe auch *Gellermann*, Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, § 9.

582 Siehe etwa *Frenz*, Europäische Grundfreiheiten, Rn. 105, allerdings mit dem Hinweis, dass diese Verletzung in aller Regel durch die Mitgliedsstaaten erfolgt.

583 *Frenz*, Europäische Grundfreiheiten, Rn. 108.

584 So auch *Rösch*, Intraeuropäisches Investitionsschutzrecht, S. 77; *Achmea vs. Slowakei*, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, 26.10.2010, Rn. 264ff; gleiches gilt auch für die EMRK, auch hier ist zumindest eine Rechtswegerschöpfung notwendig.

Arbitral Awards (1958, New York Convention)⁵⁸⁵. Dies liegt darin begründet, dass ein vergleichbares internationales Regelwerk bezüglich der gegenseitigen Anerkennung von Gerichtsurteilen besteht zwar innerhalb der EU, darüber hinaus aber nicht ohne weiteres.

C Zuständigkeiten der Investitionsschiedsgerichte

Die Zuständigkeit von Schiedsgerichten, auch im Bereich des Investitionsschutzrechts, beruht auf dem Parteiwillen, eine Streitigkeit verbindlich durch ein Schiedsgericht entscheiden zu lassen. Eine solche Schiedsklausel wird als der wichtigste Bestandteil der IIAs angesehen und ist in weltweit etwa 93% der Investitionsschutzabkommen verankert⁵⁸⁶. Aus der zumeist vertraglichen Natur der Schiedsklausel folgt, dass in erster Linie also die Parteien Herren über das Verfahren sind und diesbezüglich weitgehende Entscheidungsmöglichkeiten haben.

Die Fähigkeit der Parteien, ihr Einverständnis zu geben, kann allerdings eingeschränkt sein. Auf staatlicher Seite gilt dies insbesondere durch das nationale Verfassungsrecht⁵⁸⁷ oder für die EU-Mitgliedsstaaten durch die Vorschriften des Unionsrechts⁵⁸⁸. Für letztere ist allerdings wie folgt zu differenzieren: Handelt es sich um Intra-EU-IIAs, kann die Beschränkung auch dem anderen Staat – und dem Investor – gegenüber geltend gemacht werden, weil es sich auch um das zwischen den Staaten geltende Völkerrecht handelt. Handelt es sich aber um einen IIA zwischen einem EU-Mitgliedsstaat und einem Drittstaat, kann letzterem das Unionsrecht nicht im Nachhinein entgegengehalten werden, um die Ungültigkeit einer Schiedsklausel oder des gesamten IIAs zu begründen. In diesem Verhältnis ist das Unionsrecht dem nationalen Recht gleichzusetzen, welches gemäß Art. 27 WVK den internationalen Verpflichtungen eines Staates nicht entgegengehalten werden kann⁵⁸⁹.

Nicht ohne weiteres zu beantworten ist die Frage, wer über die Einschlägigkeit einer Schiedsklausel und die materiellen Rechte aus den Investitionsschutzabkommen letztendlich entscheidet. Sowohl die Investitionsschiedsgerichte als auch die staatlichen Gerichte beanspruchen regelmäßig die Kompetenz-Kompetenz für sich, also das Recht über den Umfang der eigenen Prüfung letztverbindlich entscheiden zu dürfen. Auch hier wird das Ergebnis maßgeblich von der Perspektive abhängen: Die völkerrechtliche Perspektive wird keine Einschränkungen des erteilten Einverständnisses zu einer schiedsgerichtlichen Zuständigkeit akzeptieren, weil das nationale Recht dem Völkerrecht nicht

585 *Boknik*, EuZW 2018, S. 837, 838; siehe dazu am Beispiel des Eigentumsschutzes ausführlich *Kriebaum*, Eigentumsschutz im Völkerrecht, S. 30.

586 Zahlen nach *Bungenberg*, VerwArch 2014, S. 382, 383.

587 Dazu ausführlich am Beispiel Deutschlands und der USA, *Brach*, Die Verfassung als Grundlage und Grenze der Schiedsgerichtsbarkeit, S. 127ff.

588 So zu Recht etwa *Achmea vs. Slowakei*, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, 26.10.2010, Rn. 229.

589 Siehe dazu auch schon oben unter Völkerrechtliche Perspektive.

entgegengehalten werden kann. Andererseits sind die nationalen Gerichte an die zwingenden Vorschriften des nationalen Rechts gebunden und können daher zu abweichenden Ergebnissen kommen, wenn das nationale Recht oder das Unionsrecht der Anwendbarkeit des Investitionsschutzrechts durch Schiedsgerichte entgegenstehen.

Um Ähnlichkeiten und mögliche Konflikte mit dem Unionsrecht besser zu verstehen, sollen im Folgenden kurz die prozeduralen Aspekte eines Investitionsschiedsverfahrens dargestellt werden, insbesondere die typische Ausgestaltung einer Schiedsklausel (I), das Verhältnis zum nationalen Rechtsweg (II) und das anwendbare Recht (III).

I. Typische Ausgestaltung einer Schiedsklausel

Die typische Ausgestaltung einer Schiedsklausel soll im Folgenden am Beispiel von Art. 10 des deutschen Modell-Investitionsschutzabkommens von 2008 dargestellt werden. Dieser enthält im Wesentlichen die in einer solchen Klausel üblichen Vereinbarungen und lautet (gekürzt) wie folgt:

Art. 10 Settlement of disputes between a contracting state and an investor from the other contracting state

- (1) Disputes concerning investments between a Contracting state and an Investor from another contracting state should as far as possible be settled amicably between the parties to the dispute. To help them reach an amicable settlement, the parties to the dispute also have the option of agreeing to institute conciliation proceedings under (ICSID).*
- (2) If the dispute cannot be settled within six months of the date on which it was raised by one of the parties to the dispute, it shall, at the request of the investor of the other Contracting state, be submitted to arbitration. The two Contracting states declare that they unreservedly and bindingly consent to the dispute being submitted to one of the following dispute settlement mechanisms of the investors choosing: (...)*
- (3) The award shall be binding and shall not be subject to any appeal or remedy other than those provided for in the Convention or arbitral rules on which the arbitral proceedings chosen by the investor are based. The award shall be enforced by the Contracting States as final and absolute ruling under domestic law.*

In der Regel ist also zunächst der Versuch einer einvernehmlichen Lösung vorzunehmen. Von Seiten des Investors muss also ein ernstliches Bemühen um eine außergerichtliche Lösung der Streitigkeit ausgehen, und zwar zum frühestmöglichen Zeitpunkt. Fehler hier sind jedenfalls bei der Bemessung des Schadensersatzes zu berücksichtigen. Im Rahmen des Versuchs eine einvernehmliche Lösung zu finden, kann dabei auf institutionalisierte Mediation zurückgegriffen werden, hier im Rahmen der ICSID Konvention. Der Vorteil eines unabhängigen Vermittlers ist, dass die Parteien alle Interessen und

Probleme äußern können, ohne dass sie dadurch in einem späteren gerichtlichen Verfahren Nachteile erfahren würden. Bleibt das Mediationsverfahren nach Ablauf der Frist – hier von sechs Monaten – ohne Erfolg, kann ein Schiedsverfahren eingeleitet werden. Dies geschieht durch Mitteilung des Investors an den Staat, der vorher sein uneingeschränktes Einverständnis dazu gegeben hat. Das Schiedsverfahren kann nach den Regeln verschiedener Schiedsinstitutionen oder ad hoc durchgeführt werden. Die Einzelheiten zur Durchführung folgen dann aus den jeweils anzuwendenden Regeln der Schiedsinstitutionen oder, im Fall eines ad hoc Schiedsgerichts, den Vereinbarungen der Parteien. Welche Schiedsinstitution gewählt wird, unterliegt hier dem Ermessen des Investors.

II. Verhältnis zum nationalen Rechtsweg

Das Verhältnis zum nationalen Rechtsweg zum Gang vor die Investitionsschiedsgerichte wird von den verschiedenen Investitionsschutzverträgen unterschiedlich geregelt⁵⁹⁰. Die häufigsten Modelle sollen in der Folge kurz vorgestellt werden. Dabei ist im Wesentlichen zwischen drei Modellen zu unterscheiden:

- Einem Wahlrecht zwischen den Rechtswegen (sogenannte „Fork in the road“) (1),
- einem Erfordernis der Ausschöpfung des nationalen Rechtswegs (2) und
- unterschiedlich ausgestaltbaren Wartefristen (3).

Der internationale Grundsatz, dass der Rechtsweg ausgeschöpft sein muss, bevor ein Völkerrechtsverstoß eines Staates festgestellt werden kann, ist also durch die Zustimmung des Staates zu einem Schiedsverfahren grundsätzlich ersetzt. Etwas anderes gilt nur, wenn ein Erfordernis der Ausschöpfung des Rechtswegs ausdrücklich im IIA vereinbart ist⁵⁹¹.

1) Wahlrecht zwischen den Rechtswegen: Fork in the road

Eine Möglichkeit des Verhältnisses der beiden Rechtswege zueinander wird auf Englisch „Fork in the road“ genannt, also Weggabelung. Dies beschreibt anschaulich das hier geltende Ausschlussprinzip. Vor Beginn des Rechtsstreits muss sich der Investor überlegen, ob der nationale Rechtsweg oder der ihm durch das Investitionsschutzabkommen eröffnete Rechtsweg für ihn der erfolgsversprechendere ist. Hat er seine Wahl einmal getroffen, ist der jeweils andere damit unzulässig⁵⁹² und als Prozesshindernis zu berücksichtigen. Anders als es Mitglieder der Kommission formulieren, kann selbst eine solche Klausel keineswegs so verstanden werden, dass damit unionsrechtlich garantierter

590 In etwa 37 % der Fälle beruhen Schiedsverfahren jedoch auf Abkommen, die keine explizite Regelung enthalten, siehe dazu und zu den Lösungsansätzen ausführlich *Gindler*, Die local remedies rule im Investitionsschutzrecht, S. 103ff.

591 So etwa *Rosinvest vs. Russland*, Award on Jurisdiction, 01.10.2007, Rn. 153.

592 *Herdegen*, Internationales Wirtschaftsrecht, S. 383.

Rechtsschutz verweigert wird⁵⁹³. Dem Investor wird nur eine zusätzliche Klagemöglichkeit eingeräumt – für welche er sich entscheidet, ist seine Sache.

Die Vorteile dieser Regelung liegen auf der Hand: Insbesondere werden so doppelte Verfahren vermieden und die damit zusammenhängenden Kosten und das Risiko widersprüchlicher Entscheidungen. Zudem scheint die Regelung deutlich und so Streitigkeiten darüber unwahrscheinlich. Dies gilt jedoch nur auf den ersten Blick: Gerade im Bereich regelmäßig sehr komplexer Investitionsstreitigkeiten wird das Problem hier allerdings in die Bestimmung des Streitgegenstandes verschoben. Nur dieser ist durch die Klageeinreichung, sei es bei dem nationalen Gericht oder bei der Schiedsinstitution verbraucht⁵⁹⁴. Außerdem wird dieses Modell der Problematik nicht gerecht, dass es sich um unterschiedliche Prüfungsmaßstäbe handelt, einmal dem nationalen Recht und einmal dem vom IIA angeordneten, die zwar zusammenhängen, aber nicht identisch sind und insofern auch unterschiedliche Ergebnisse zur Folge haben können und dürfen⁵⁹⁵. Regelmäßig fehlt es zudem an der direkten Anwendbarkeit der IIAs vor den nationalen Gerichten. Fork in the road clauses bleiben deswegen regelmäßig ohne tatsächliche Auswirkung⁵⁹⁶.

2) Ausschöpfung des Rechtswegs

Eine weitere Möglichkeit das Verhältnis der beiden Rechtswege zu regeln besteht darin, die Ausschöpfung des nationalen Rechtswegs zu fordern, bevor der Gang vor die Schiedsgerichte als zulässig erachtet wird. Positiv ist daran zu bewerten, dass ein moderner Staat Fehler der Exekutive oder auch Legislative vorhersieht und entsprechende Kontrollmechanismen entwickelt hat. Diese sollten grundsätzlich zunächst die Chance haben Fehler zu beheben, bevor sich der Staat international haftbar macht⁵⁹⁷. Der große Nachteil, der mit dieser Lösung einhergeht, ist jedoch das vollkommene Entfallen eines der wichtigsten Gründe für die Schiedsgerichtsbarkeit, nämlich die Beschleunigung des Verfahrens. Muss vorher der nationale Rechtsweg vollständig durchlaufen werden, sind lange Verfahrensdauern vorprogrammiert⁵⁹⁸. In wenigen Staaten kann man mit einer letztinstanzlichen Entscheidung vor dem Ablauf von mindestens fünf Jahren rechnen⁵⁹⁹. Dazu kommt dann noch die Dauer des Schiedsverfahrens von durchschnittlich 3,7 Jahren⁶⁰⁰, sodass regelmäßig Verfahrensdauern

593 So aber *Wiedmann*, Ludwigs/Remien, Investitionsschutz, Schiedsgerichtsbarkeit und Rechtsstaat in der EU, S. 232.

594 Zur beschränkten Reichweite der Fork in the road Klauseln etwa *Griebel*, Internationales Investitionsschutzrecht, S. 96.

595 Siehe dazu oben unter Unionsrecht als Völkerrecht.

596 Redfern/Hunter on International Arbitration, S. 463f.

597 Dazu ausführlich *Gindler*, Die local remedies rule im Investitionsschutzrecht, S. 51ff.

598 *Oeter*, Ipsen, Völkerrecht, S. 1039.

599 In Ecuador dauert es etwa allein acht Jahre bis in Wirtschaftsfragen ein Urteil in erster Instanz zu erwarten ist, siehe dazu *Gindler*, Die local remedies rule im Investitionsschutzrecht, S. 276 mwN.

600 Dazu ausführlich *Franck*, Arbitration Costs: Myths and Realities in Investment Treaty Arbitration, S. 120 mwN.

von mehr als zehn Jahren erreicht werden dürften – viel Zeit in einem schnelllebigen Wirtschaftssystem wie heute – so besagt es auch das aus dem englischen Recht stammende Sprichwort: *Justice delayed is justice denied*.

Die Ausschöpfung des Rechtswegs wird insbesondere mit Hinblick auf die Parallelität zu Menschenrechtsverletzungen gefordert. In diesen, beispielsweise in Art. 35 Abs. 1 EMRK, ist eine Klage erst nach Erschöpfung des Rechtswegs zulässig. Investoren einen Zugang zu gewähren, der bei der Verletzung von Menschenrechten verwehrt bleibt, scheint in der Tat ein nicht zu rechtfertigender Wertungswiderspruch. Angesichts der Kosten für Schiedsverfahren erscheint es jedoch unwahrscheinlich, dass im gleichen Maße wie bei der vorgeblichen Verletzung von Menschenrechten Klagen erhoben werden würden⁶⁰¹. Dies löst zwar den Wertungswiderspruch nicht auf, entschärft ihn jedoch teilweise.

Eine Erschöpfung des nationalen Rechtswegs zu fordern ist, aus den eben genannten Gründen, momentan in wenigen IIAs tatsächlich der Fall⁶⁰². Darüber hinaus gilt, dass solche Klauseln, wenn sie denn in dem jeweiligen IIA enthalten waren, regelmäßig durch die Einwendung von most-favoured-nation clauses umgangen wurden. Inwieweit diese auf prozessuale Standards anwendbar ist, ist allerdings umstritten⁶⁰³. Diese Problematik ist auf Wartefristen und Fork in the Road Klauseln übertragbar.

Wenn der nationale Rechtsweg zu beschreiten ist, dann zumeist in zeitlich beschränkter Hinsicht.

3) Wartefristen

Nicht die Ausschöpfung des Rechtswegs aufgrund der zu erwartenden langen Verfahrensdauer, sondern eine gewisse Wartefrist ist infolgedessen in einigen Investitionsschutzverträgen vereinbart. Das nationale Rechtssystem soll so die Möglichkeit bekommen sich zu bewähren, ohne dass doppelt lange Verfahren entstehen können.

Inwieweit diese Regelung jedoch dazu geeignet ist, diesen Zweck zu erreichen, muss wohl als fraglich betrachtet werden. Kurze Wartefristen werden de facto in komplexen Verfahren eine rechtzeitige

601 Gegen eine Vergleichbarkeit von Investitionsschutzrecht und Menschenrechtsschutz in diesem Zusammenhang etwa *Gindler*, Die local remedies rule im Investitionsschutzrecht, S. 283, insbesondere mit dem Argument der (bisher) fehlenden Einbindung des Investitionsschutzrecht in den nationalen Rechtsschutz; siehe zur meist fehlenden Anwendbarkeit von IIAs vor nationalen Gerichten etwa oben unter Aktuelle Probleme der Anwendbarkeit.

602 Dazu etwa *Gindler*, Die local remedies rule im Investitionsschutzrecht, S. 241; es gibt allerdings das Bestreben, etwa in den Investitionsschutzabkommen von Indien und Weißrussland solche Klauseln wieder vermehrt zu inkludieren.

603 Dazu etwa *Griebel*, internationales Investitionsschutzrecht, S. 95; Redfern/Hunter on International Arbitration, S. 460f.

Entscheidung nationaler Gerichte ausschließen, mit langen Fristen werden wiederum die Verfahrensdauer (und damit fast immer auch die Kosten) erhöht⁶⁰⁴. Auch hier wiederum gilt, dass Investoren regelmäßig günstigere Bedingungen über die MFN-clause gegen die Einhaltung von Wartefristen einwenden.

4) Bewertung

Insgesamt nehmen die Regelungen zur Einschränkung von Doppelverfahren in den IIAs aktuell zu, sowohl was ihre erhöhte Häufigkeit in IIAs als auch, aufgrund eingeschränkter Umgehungsmöglichkeiten, was ihre praktische Bedeutsamkeit betrifft⁶⁰⁵.

Um festzustellen, welches die geeignetste Möglichkeit ist, das Verhältnis dieser zwei Rechtswege untereinander zu regeln, muss zunächst die Frage des Zwecks dieser Regelung beantwortet werden. Zunächst soll dem Rechtssystem eines Staates die Möglichkeit eingeräumt werden, eigene Fehler zu korrigieren. Danach und insbesondere sollen jedoch Parallelverfahren vermieden werden, die aufwendig und teuer auf der einen Seite sind und stets das Risiko sich widersprechender Entscheidungen in sich tragen. Aus diesem Grund sollte entweder eine Reihen- oder eine Rangfolge der Verfahren bestimmt werden.

Alternativ könnte man sich die Frage stellen, ob Parallelverfahren überhaupt so schlimm wären. Zwar wird der gleiche Sachverhalt geprüft, allerdings anhand eines unterschiedlichen Prüfungsmaßstabs. Das nationale Gericht prüft die Vereinbarkeit der Maßnahme mit nationalem Recht, während das Schiedsgericht die Maßnahme anhand des Investitionsschutzabkommens überprüft, dazu sogleich. Sich widersprechende Entscheidungen könnte man als mögliche und nicht unlogische Folge durchaus auch akzeptieren. Etwa im Bereich des Menschenrechtsschutzes ist dies auch durchaus der Fall⁶⁰⁶. In diesem Fall ist es allerdings notwendig, die gegenseitige Berücksichtigung etwa schon gewährter Schadensersatzansprüche im nationalen Recht und im IIA zu regeln, sonst besteht das Risiko einer Doppelkompensation. Eine solche Regelung im IIA könnte auch durch einen Verweis auf das nationale Recht bestehen, soweit dieses anwendbar ist.

III. Anwendbares Recht im Schiedsverfahren

Im Folgenden soll dargestellt werden, welches Recht im Schiedsverfahren anzuwenden ist. Dabei ist zu differenzieren. Das anwendbare Recht auf die Wirksamkeit der Schiedsklausel (1) ist regelmäßig ein

604 Für diese Lösung ausführlich *Gindler*, Die local remedies rule im Investitionsschutzrecht, S. 241ff.

605 *Boknik*, SchiedsVZ 2019, S. 277, 278.

606 Siehe dazu näher *Hoffmann*, Ludwigs/Remien, Investitionsschutz, Schiedsgerichtsbarkeit und Rechtsstaat in der EU, S. 85 mit Beispielen, die die Judikatur von EGMR und BVerfG vergleicht und unterschiedliche Ergebnisse aufzeigt.

anderes als die anwendbaren Verfahrensregeln im Schiedsverfahren (2) und das materielle vom Schiedsgericht anzuwendende Recht (3). Für ICSID Verfahren wiederum gilt ausschließlich das ICSID Übereinkommen selbst, vgl. Art. 44 der ICSID-Konvention⁶⁰⁷. Über Fragen, die dort nicht geregelt sind, hat das Schiedsgericht in eigenem Ermessen zu entscheiden.

Grundsätzlich stehen das nationale Recht und das Völkerrecht in einem Komplementärverhältnis⁶⁰⁸. Das Völkerrecht regelt das Recht der Staaten untereinander, das nationale Recht das Recht der einzelnen Personen⁶⁰⁹. Klassisch war also ein Konflikt zwischen den beiden Rechtsordnungen zumeist ausgeschlossen. Durch die Expansion des Völkerrechts, welches inzwischen regelmäßig auch individuelle Rechte einzelner anerkennt, sind Kollisionen nicht mehr grundsätzlich ausgeschlossen⁶¹⁰.

In Schiedsverfahren ist grundsätzlich die freie Rechtswahl anerkannt⁶¹¹. Dies ergibt sich auch schon aus der auf dem beidseitigen Einverständnis beruhenden Natur des Schiedsverfahrens. Allerdings bestehen Einschränkungen, was die Wahl des anwendbaren Rechts angeht. Vertragliche Derogationsmöglichkeiten sind in größerem Maße eingeschränkt⁶¹², weil es eben um die staatliche Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben geht und eine dieser Aufgaben auch die Durchsetzung der Gesetze des jeweiligen Landes ist. Anderes gilt allerdings für die Rechtswahl, die implizit oder explizit durch den IIA getroffen wird. Gesetzgeber oder Regierung können selbstverständlich auch vom nationalen Recht abweichende Regelungen treffen, eventuelle Unvereinbarkeiten können dem Investor nur in sehr begrenztem Maße entgegengehalten werden. Die explizite Rechtswahl der Parteien erfolgt jedoch zumeist nicht umfassend⁶¹³. Daraus folgt die Notwendigkeit, die Parteivereinbarungen oder den IIA auf implizite Rechtswahlen zu analysieren und darüber hinaus ein Recht zu bestimmen, das anwendbar ist, wenn auch diese Analyse ohne Ergebnis bleibt. Eine klassische *lex fori* als solche Ausfallregelung ist der internationalen Investitionsschiedsgerichtsbarkeit

607 Mit Ausnahme von Polen sind alle EU-Mitgliedsstaaten auch Mitglieder der ICSID Konvention, siehe dazu *Claassen*, EuR 2012, S. 611, 625.

608 *Diehl*, The core standard of international investment protection, S. 267ff; *Börnsen*, Nationales Recht in Investitionsschiedsverfahren, S. 66ff; *Fecak*, International Investment protection and EU Law, S. 120.

609 *Börnsen*, Nationales Recht in Investitionsschiedsverfahren, S. 50ff.

610 Dazu näher *Börnsen*, Nationales Recht in Investitionsschiedsverfahren, S. 198f.

611 *Diehl*, The core standard of international investment protection, S. 256; *Athen/Dörr*, Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 344 AEUV, Rn. 12; Rösch, Intraeuropäisches Investitionsschutzrecht, S. 218; dies gilt auch für die meisten Schiedsregeln, siehe dazu *Vives*, Cuadernos Derecho Transnacional 2014, S. 269, 280.

612 Siehe dazu ausführlich *Schill*, ZaÖRV 2011, S. 247, 264ff mwN; *Diehl*, The core standard of international investment protection, S. 277.

613 *Börnsen*, Nationales Recht in Investitionsschiedsverfahren, S. 71.

unbekannt– nachdem es sich um internationale Streitbeilegung handelt, wäre als solche allenfalls das Völkerrecht anzusehen⁶¹⁴.

Im Bereich des Investitionsschutzrechts sind die Fragen des anzuwendenden Rechts ebenso komplex wie vielseitig – zahlreiche Regelungsgebiete spielen eine wichtige Rolle und können nachfolgend auch nur überblicksartig dargestellt werden⁶¹⁵. Aus dieser Vielseitigkeit folgt auch, dass nicht selten Uneinigkeit besteht, welches (Kollisions-) Recht jeweils anzuwenden ist⁶¹⁶.

Auch zeitlich ist die Bestimmung des anwendbaren Rechts kompliziert: Das jeweils anzuwendende materielle Recht bestimmt sich nach dem Zeitpunkt der angegriffenen Handlung. Das Recht, das auf die Zulässigkeit einer Schiedsklage anwendbar ist, ist wiederum dasjenige, welches zum Zeitpunkt der Entscheidung des Schiedsgerichts über dessen Zuständigkeit erfolgt⁶¹⁷.

1) Auf die Wirksamkeit der Schiedsklausel anwendbares Recht

Nach der vor allem in der Handelsschiedsgerichtsbarkeit weitgehend unumstrittenen Meinung⁶¹⁸ ist die Wirksamkeit der Schiedsklausel separat von der Wirksamkeit des Gesamtvertrags, sei dieser der IIA oder ein vom Investor separat ausgehandelter Investitionsschutzvertrag, zu beurteilen.

Grundsätzlich ist auch das Recht, das die Wirksamkeit der Schiedsklausel bestimmt, wählbar. Allerdings wurde eine solche Wahl in keiner dem Verfasser bekannten Investitionsschutzabkommen tatsächlich getroffen⁶¹⁹. Angesichts des Fehlens einer ausdrücklichen Rechtswahl ist auf die Möglichkeit einer impliziten Wahl zurückzugreifen:

Dabei ist zu beachten, dass es sich bei Investitionsschutzverträgen, jedenfalls wenn es sich um Verträge zwischen zwei Staaten handelt, um Völkerrecht geht. Die Wirksamkeit der Schiedsklausel ist also nach völkerrechtlichen Regeln zu bestimmen⁶²⁰. Dies ist auch sachgerecht. Die Wirksamkeit der

614 Dazu *Börnsen*, Nationales Recht in Investitionsschiedsverfahren, S. 71, 273.

615 Siehe für eine Auflistung nur der relevanten Kategorien anwendbaren Rechts etwa *Böckstiegel*, EuZW 2016, S. 121, 123f; *Diehl*, The core standard of international investment protection, S. 254.

616 Zu den Streitständen ausführlich, *Börnsen*, Nationales Recht in Investitionsschiedsverfahren, S. 58.

617 Dazu etwa *Binder*, JWIT 2016, S. 964, 970 mwN.

618 So zum Beispiel § 1040 Abs. 1 S. 2 der deutschen Zivilprozessordnung.

619 Siehe zur Unanwendbarkeit der Rechtswahlklausel auf die Schiedsklausel im ECT etwa *Vattenfall vs. Deutschland*, Decision on the Achmea Issue, 31.08.2018, Rn. 116.

620 *Rösch*, Intraeuropäisches Investitionsschutzrecht, S. 40, 99f; siehe auch *Fecak*, International Investment Agreements and EU Law, S. 48; dies entspricht auch der schiedsgerichtlichen Praxis. Das Einverständnis des Staates zur Durchführung eines Schiedsverfahrens ergibt sich aus dem IIA selbst, folglich ist dieser, zusammen mit dem allgemeinen Völkerrecht, insbesondere der WVK der Maßstab für die Zuständigkeit der Investitionsschiedsgerichte, siehe dazu etwa *Achmea vs. Slowakei*, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, 26.10.2010, Rn. 228; aA *Ahner*, Investor-Staat-Schiedsverfahren nach Europäischem Unionsrecht, S. 41, die argumentiert der Schiedsort unterläge der Wahl des Investors, welcher so Einfluss auf das anzuwendende Recht habe. Gerade bezüglich der Wirksamkeit der Schiedsklausel kann dies nicht überzeugen.

Schiedsklausel dem *lex fori* zu unterwerfen, wie es für die Handelsschiedsgerichtsbarkeit vorgeschlagen wird⁶²¹, hieße im Rahmen der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit regelmäßig eine diesbezüglich regelmäßig zufällige Auswahl, weil die Wahl des Sitzes regelmäßig in das Ermessen der Schiedsrichter gestellt ist. Dies ist durch die ICSID-Regelung untermalt, welche dem Schiedsgericht gerade keine *lex fori* zuweist.

Art. 46 WVK steht der Einwendung von nationalem Recht bezüglich Einschränkungen der Kompetenz eines Staates zum Abschluss von internationalen Verträgen entgegen. Einschränkungen, die der Staat aufgrund seiner Verfassung⁶²² oder anderweitiger völkerrechtlicher Verpflichtungen beim Abschluss von Schiedsklauseln zu beachten hat, können gemäß Art. 46 WVK dem Investor jedoch nur insoweit entgegengehalten werden, als es sich um eine offensichtliche Verletzung handelt, die für das nationale Recht von fundamentaler Bedeutung ist. In diesem Punkt ist folglich zur Handelsschiedsgerichtsbarkeit zu unterscheiden, die die Wirksamkeit der Schiedsklausel im Zweifel dem anwendbaren materiellen Recht unterwirft.

In den seltensten Fällen wird eine Schiedsklausel aufgrund des Völkerrechts nichtig sein. Staaten sind, dies ist Ausdruck ihrer Souveränität, aus völkerrechtlicher Perspektive in keiner Weise im Abschluss ihrer völkerrechtlichen Verträge gebunden. Zwar kann ein späterer Vertrag einem früheren widersprechen, selbst wenn damit aber ein völkerrechtswidriger Zustand hergestellt wird, berührt dieser nicht die Wirksamkeit des späteren Vertrags, es sei denn, der spätere Vertrag würde gegen zwingendes Völkerrecht verstoßen. Zwingendes Völkerrecht ist aber nur sehr selten verletzt, etwa bei Verstößen gegen das Verbot von Folter, Piraterie oder Sklaverei. In Investitionsschutzabkommen dürfte man dies wohl vernachlässigen. Ein Beispiel für die Ungültigkeit einer Schiedsklausel aufgrund des Völkerrechts wäre etwa gewesen, wenn eine Beendigung des Investitionsschutzabkommens durch den EU-Beitritt des zweiten Vertragsstaates zu bejahen gewesen wäre⁶²³. In diesem Fall wäre allerdings eine spätere implizite Abänderung der Grund gewesen, nicht die Einordnung von Unionsrecht als zwingendes Völkerrecht.

Das Europarecht beansprucht allerdings den Vorrang vor dem Investitionsschutzrecht und damit auch die Kompetenz, über die Wirksamkeit der Schiedsklausel zu entscheiden. Die Wirksamkeit der Schiedsklausel wird also schlussendlich doppelt geprüft. Nachdem die Unwirksamkeit der Schiedsabrede der Vollstreckbarkeit entgegensteht und es Aufgabe des Schiedsgerichts ist, einen

621 *Sieg*, RIW 1998, S. 102, 104ff.

622 Dazu etwa *Börsen*, Nationales Recht in Investitionsschiedsverfahren, S. 79 mit Beispielen aus der schiedsgerichtlichen Praxis.

623 Siehe dazu oben unter Beendigung der Investitionsschutzverträge durch Beitritt zur EU.

vollstreckbaren Titel zu schaffen, prüft das Schiedsgericht die Wirksamkeit und Reichweite⁶²⁴. Andererseits behalten es sich die Staaten vor, selbst final über die Auslegung ihres eigenen nationalen Rechts durch ihr Justizsystem zu entscheiden⁶²⁵. Im Rahmen eines Aufhebungs- oder Vollstreckungsverfahrens wird die Wirksamkeit der Schiedsabrede also erneut geprüft. Handelt es sich dabei um einen Mitgliedsstaat der Union, muss auch das Unionsrecht in diese Prüfung miteinbezogen werden.

2) Anwendbares Verfahrensrecht

Auch die Frage, welches Verfahrensrecht das Schiedsgericht im jeweiligen Fall anzuwenden hat, hängt davon ab, welche Wahl die Parteien bei Abschluss des Investitionsschutzabkommens getroffen haben. Gleichzeitig richtet sich in erster Linie nach diesem Recht, inwiefern ein ergangener Schiedsspruch schlussendlich durchsetzbar ist⁶²⁶. In aller Regel verweisen die Parteien auf das Verfahrensrecht einer der größeren Schiedsinstitutionen wie ICSID, der United Nations Commission on international Trade Law (UNCITRAL) oder der International Chamber of Commerce (ICC). Je nachdem, um welche Schiedsinstitution es sich dabei handelt, haben die Parteien zu einem späteren Zeitpunkt noch einen kleineren (etwa bei ICSID) oder größeren Einfluss auf die geltenden Verfahrensregeln. Der größte Einfluss verbleibt bei ad hoc Verfahren ohne Schiedsinstitution, wo die Parteien zu jedem Zeitpunkt die Verfahrensregeln (in gegenseitigem Einvernehmen) anpassen können⁶²⁷. Soweit das Verfahrensrecht der Institution keine Regelung vorsieht, richtet sich das anwendbare Verfahrensrecht nach der *lex loci arbitri*, also dem nationalen Recht des Sitzes des Schiedsgerichts⁶²⁸. Auch die Schiedsfähigkeit richtet sich mit den eben genannten Einschränkungen nach dem Recht des Forumsstaates⁶²⁹. Auch an dieser Stelle kann nationales Recht, gegebenenfalls mit unionsrechtlichem Hintergrund, folglich eine Rolle spielen.

3) Materielles Recht

Das Schiedsgericht muss Recht aus unterschiedlichen Quellen beachten, um welche es sich dabei genau handelt und in welchem Maße die Rechtsquelle miteinzubeziehen ist, wird dabei in der Regel

624 Zum Beispiel geregelt in Art. 23 UNCITRAL Arbitration Rules, näher dazu etwa Schütze, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, S. 91f.

625 Siehe dazu *Lang*, Transnationales Wirtschaftsrecht 2018 Heft Nr. 156, S. 1, 21. Dies gelte aus Sicht des deutschen Rechts auch für Schiedsgerichte, die unter der Geltung von ICSID zustande gekommen seien; ausführlich zur Problematik auch *Wood*, ICSID Review 2017, S. 10 mwN.

626 *Newcombe/Paradell*, Law and Practice of Investment Treaties, S. 77.

627 *Athen/Dörr*, Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 344 AEUV Rn. 9.

628 *Fecak*, International Investment Agreements and EU Law, S. 48; *Diehl*, The core standard of international investment protection, S. 271; In Fällen, die unter die Geltung der ICSID Konvention fallen, greift allerdings nur die ICSID Konvention und daraus abgeleitetes Recht.

629 Dazu etwa *Gindler*, Die local remedies rule im Investitionsschutzrecht, S. 142.

im Investitionsschutzabkommen selbst geregelt⁶³⁰. Aus völkerrechtlicher Perspektive ist die Wahl des anwendbaren Rechts umfassend und ohne Einschränkungen möglich. Die Beschränkung des Rechtswahlrechts auf disponible Regeln des Privatrechts kann angesichts der völkerrechtlichen Natur der Rechtswahl nicht überzeugen⁶³¹.

Das IIA stellt zugleich auch die erste Rechtsquelle dar (a), bevor weitere völkerrechtliche Regelungen (b) und auch das nationale Recht (c) zu beachten sind. Der Sitz des Schiedsgerichts darf dabei keinen Einfluss auf das anwendbare Recht haben⁶³². Das anwendbare materielle Recht stammt darüber hinaus nicht notwendigerweise aus der gleichen Quelle wie das Prozessrecht⁶³³.

a) Investitionsschutzabkommen

Welches Recht das Schiedsgericht anzuwenden hat, wird in der Regel in den Investitionsschutzverträgen bestimmt. Die Anwendung des richtigen Rechts ist in mehrerer Hinsicht von äußerster Bedeutung für das Schiedsverfahren: Zum einen können die materiellen Schutzstandards voneinander abweichen und dementsprechend unterschiedliche Ergebnisse hervorrufen und zum anderen ist die Anwendung des falschen Rechts einer der wenigen Aufhebungsgründe für Schiedssprüche. Dies gilt sogar für Schiedssprüche, die unter der Geltung von ICSID ergangen sind anwendbar ist, Art. 52 Abs. 1 b) ICSID Convention.

Die vom Schiedsgericht zu beantwortende Frage lautet wie folgt: Hat die Handlung des Gaststaates die Pflichten aus dem Investitionsschutzabkommen verletzt? In erster Linie ist also das Investitionsschutzabkommen als Prüfungsmaßstab heranzuziehen. Sonstige geltende Normen können außerdem über Kollisionsrecht ermittelt werden. Diese sind regelmäßig in den Schiedsregeln der jeweils gewählten Schiedsinstitution festgelegt⁶³⁴.

Nachdem IIAs dem Völkerrecht zuzurechnen sind, ist bei deren Auslegung wiederum die WVK zu beachten, die in Art. 31ff die Auslegungsregeln für das Völkerrecht statuieren.

630 Siehe etwa *Griebel*, Internationales Investitionsschutzrecht, S. 139; siehe für die schiedsgerichtliche Praxis auch *Goetz vs. Burundi* ICSID Case Nr. ARB/01/2 vom 21.06.2012, Rn. 146ff.

631 Dies entspricht dem Rechtsgedanken des Art. 27 WVK; aA *Dalhuizen/Guzman*, The applicable Law in foreign investment disputes, verfügbar unter <http://ssrn.com/abstract=2209503>, zuletzt abgerufen am 12.04.19, S. 4, 11.

632 *Börnsen*, Nationales Recht in Investitionsschiedsverfahren, S. 22.

633 *Rösch*, Intraeuropäisches Investitionsschutzrecht, S. 217.

634 *Vives*, *Cuadernos Derecho Transnacional* 2014, S. 269, 278.

b) Völkerrecht

Das zu beachtende Völkerrecht umfasst sowohl das allgemeine Völkerrecht (i), als auch regelmäßig das Unionsrecht (ii) im Besonderen.

i) Allgemeines Völkerrecht

Regelmäßig ebenso anwendbar ist darüber hinaus weiteres zwischen den Vertragsstaaten geltendes Völkerrecht⁶³⁵. Dies wird zumeist in der entsprechenden Klausel des Investitionsschutzabkommens bestimmt. Der genaue Wortlaut kann dabei voneinander abweichen, ohne dass dies letztendlich unterschiedliche Folgen hat⁶³⁶. Aber auch wenn das IIA keine entsprechende Klausel ausdrücklich beinhaltet, ist das allgemeine Völkerrecht anwendbar. Das Investitionsschutzabkommen ist kein abschließendes System, sondern rekuriert in vielen Fragen auf die allgemeinen Regeln etwa der Vertragsauslegung oder der Staatenverantwortlichkeit. Die Geltung des allgemeinen Völkerrechts könnte zwar durch Parteivereinbarung ausdrücklich oder implizit abbedungen werden, dies ist jedoch praktisch noch nie erfolgt.

Nicht ausgeschlossen werden könnte insbesondere das zwingende Völkerrecht⁶³⁷, welches im Investitionsschutzrecht jedoch auch kaum je eine Rolle spielen dürfte. Weiterhin gelten das Völkergewohnheitsrecht sofern es nicht durch speziellere Regelungen im IIA verdrängt wird und weitere völkerrechtliche Absprachen zwischen den Vertragsstaaten⁶³⁸. Das klassische Ausländerrecht wird dagegen zumeist durch die spezielleren und stärker schützenden Verpflichtungen aus dem Investitionsschutzabkommen verdrängt. Soweit das Investitionsschutzabkommen Klauseln zum Eigentumsschutz, fair and equitable treatment und full protection and security jedoch nicht enthält, greifen auch hier die entsprechenden internationalen minimal-Standards, ohne dass diese jedoch vor einem Schiedsgericht einklagbar wären⁶³⁹.

ii) Europarecht

Welche Rolle das Unionsrecht in einem Investitionsschiedsverfahren spielt, hängt in erster Linie davon ab, wie viele EU-Mitgliedsstaaten an diesem mittelbar oder unmittelbar beteiligt sind. Ist kein EU-Mitgliedsstaat beteiligt, kann das Unionsrecht allenfalls im Rahmen des Vollstreckungsverfahrens, sofern dieses in der Union durchgeführt wird, eine Rolle spielen. Ist der beklagte Staat ein EU-Mitglied,

635 Ausführlich dazu: *Newcombe/Paradell*, Law and Practice of Investment Treaties, S. 75ff.

636 *Newcombe/Paradell*, Law and Practice of Investment Treaties, S. 76f.

637 *Dalhuizen/Guzman*, The applicable Law in foreign investment disputes, verfügbar unter <http://ssrn.com/abstract=2209503>, zuletzt abgerufen am 12.04.19, S. 6.

638 *Chevron vs. Ecuador*, Interim Award, 01.12.2008, Rn. 118; siehe zur regelmäßigen Anwendung der WKV etwa *Rösch*, Intraeuropäisches Investitionsschutzrecht, S. 251f mwN.

639 Das Verhältnis der völkerrechtlich garantierten minimum standards zum Recht der IIAs ist äußerst umstritten, siehe dazu ausführlich *Newcombe/Paradell*, Law and Practice of Investment Treaties, S. 253ff.

gilt das Unionsrecht als dort anwendbares nationales Recht. Wurde das Investitionsschutzabkommen, auf dem die Streitigkeit beruht, von zwei EU-Mitgliedsstaaten abgeschlossen, so gilt das Unionsrecht auch als zwischen den Vertragspartnern geltendes Völkerrecht. In diesen Fällen wird das Unionsrecht immer jedenfalls als inzident miteingeschlossen anzusehen sein⁶⁴⁰. Die oben angesprochenen Auslegungsregeln der WVK sehen außerdem vor, dass spätere Erklärungen der Vertragspartner in die Auslegung miteinzubeziehen sind. Das Unionsrecht kann folglich auch als spätere Erklärung zur Verdeutlichung des Inhalts des IIAs miteinbezogen werden⁶⁴¹.

Das Europarecht nimmt also bei Investitionsschutzverträgen zwischen EU-Mitgliedsstaaten eine Doppelrolle ein: Einerseits ist es zwischen den Vertragsstaaten geltendes Völkerrecht⁶⁴² und andererseits ist es in den Vertragsstaaten geltendes nationales Recht⁶⁴³. Auch die schiedsgerichtliche Praxis ist bei der Einordnung des Unionsrechts als nationales Recht oder Völkerrecht bisher gespalten⁶⁴⁴. Auch für Zurechnungsfragen zur Bestimmung des richtigen Beklagten ist das Unionsrecht relevant, diese richten sich nach der EU-VO 912/2014, welche als Teil des Völkerrechts bindend für Intra-EU-Schiedsgerichte sein soll⁶⁴⁵. Auch in prozessualer Hinsicht, insbesondere bezüglich der Anwendbarkeit unionsrechtlicher Regelungen auf die Zulässigkeit der Schiedsklage und die Zuständigkeit der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit, kommt dem Unionsrecht eine wichtige Rolle zu. In jedem Fall ist das Unionsrecht also zu beachten, wenn ein EU-Mitgliedsstaat Beklagter eines Investitionsschiedsverfahrens ist, sei es als geltendes Recht oder nur als eine dem Fall zu Grunde liegende Tatsache⁶⁴⁶.

c) Nationales Recht

Auch nationales Recht ist in gewissem Maße zu beachten. In welchem Maße ist unterschiedlich und hängt von der Fassung der Klausel des anwendbaren Rechts (ii) und der Existenz einer umbrella clause (iii) ab. Zunächst soll jedoch mit der grundsätzlichen Bedeutung nationalen Rechts begonnen werden (i). Dem Gaststaat kommt in der Beziehung zum Investor eine Doppelrolle zu: Zum einen ist er

640 *Claassen*, EuR 2012, S. 612, 616f; siehe auch *Börnsen*, Nationales Recht in Investitionsschiedsverfahren, S. 17.

641 *Wehland*, SchiedsVZ 2008, 222, 228.

642 So auch *Rösch*, Intraeuropäisches Investitionsschutzrecht, S. 218.

643 Siehe zur Doppelrolle des Unionsrechts schon oben unter Unionsrecht als Völkerrecht; Gleiches würde für Länder gelten, die nicht dem dualen System folgen, für die also das Völkerrecht keine zweite geltende Rechtsordnung darstellt, sondern dieses integraler Bestandteil der einen Rechtsordnung ist. Dies trifft jedoch auf keinen EU-Mitgliedsstaat zu.

644 *Vives*, Cuadernos Derecho Transnacional 2014, S. 269, 287 mit den Beispielen *Maffezini vs. Spanien* (Einordnung als nationales Recht) und *Electrabel vs. Ungarn* (Einordnung als Teil des Völkerrechts). Letzterer Fall wurde jedoch auf Basis des ECT entschieden, der die Anwendung nationalen Rechts gerade ausschließt, siehe dazu unten unter Sonderfall Energy Charter Treaty.

645 *Rösch*, Intraeuropäisches Investitionsschutzrecht, S. 146f.

646 *Lang*, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht Nr. 135, S. 12.

Vertragspartner des IIA, zum anderen aber auch als Gesetzgeber regulierend tätig. Daraus folgt eine gewisse Zurückhaltung des Investors, sich auf die insbesondere exklusive Anwendbarkeit des nationalen Rechts zu verlassen, vor allem wenn keine Stabilisierungsklausel zu seinem Schutz greift.

i) Grundsatz

Dem ersten Anschein nach spielt nationales Recht in Investitionsschiedsverfahren nur eine geringe Rolle. Die primär in die Beurteilung des Falles mit einzubeziehenden Rechtsnormen stammen aus dem IIA und dem Völkerrecht. Art. 27 WVK regelt zudem klar und deutlich, dass nationales Recht völkerrechtlichen Verpflichtungen nicht entgegengehalten werden können. Art. 3 der Draft Articles on state responsibility lautet darüber hinaus wie folgt: *“(the) characterization of an act of State as internationally wrongful is governed by international law. Such characterization is not affected by the characterization of the same act as lawful by internal law”*. Die Rechtmäßigkeit einer Handlung unter nationalem Recht hat folglich keinen Einfluss auf die Rechtmäßigkeit einer Handlung nach dem Völkerrecht – und umgekehrt⁶⁴⁷. Verletzungen nationalen Rechts sind außerdem grundsätzlich nicht vor dem Schiedsgericht rügefähig⁶⁴⁸.

Tatsächlich spielt aber nationales Recht bei der Beurteilung von Investor-Staat-Schiedsverfahren eine wichtige Rolle, auch wenn nationale Gerichte dies nicht unbedingt tun. Dies gilt sogar unabhängig davon, wie genau die Klausel gefasst ist, die das anwendbare Recht bestimmt. Selbst wenn darin kein Bezug auf nationales Recht zu finden ist, muss nationales Recht für eine Vielzahl von Fragen herangezogen werden⁶⁴⁹, wenn auch in einem gewissen Zusammenspiel mit dem Völkerrecht. Der Grund dafür liegt in dem, wenn auch häufig nur impliziten, Verweis auf die nationale Rechtsordnung, der sich regelmäßig aus der Interpretation des IIAs ergibt⁶⁵⁰. Beispiele dafür sind etwa die Zurechnung der Handlungen zum Gaststaat, die Bestimmung der Nationalität eines Investors⁶⁵¹, die Existenz und

647 IGH *Elsi* (USA vs. Italien), Urteil vom 20.07.1989, Rn. 73.

648 Zur Frage des Prüfungsmaßstabs so etwa auch *Rösch*, *Intraeuropäisches Investitionsschutzrecht*, S. 133.

649 Siehe dazu ausführlich *Börnsen*, *Nationales Recht in Investitionsschiedsverfahren*, S. 1, der instruktiv ausführt, dass das nationale Recht selbst bei größter Zurückhaltung durch internationale Gerichte auch durch diese regelmäßig anzuwenden ist.

650 Siehe ausführlich dazu *Börnsen*, *Nationales Recht in Investitionsschiedsverfahren*, S. 149ff.; ob es sich dabei um eine statische oder dynamische Verweisung handelt ist ebenfalls anhand der Auslegung der entsprechenden Klausel im IIA zu ermitteln. Die Verweisung auf das nationale Recht ist aber in vielerlei Hinsicht beschränkt und umfasst etwa nicht die jeweils dazugehörigen Beweislastregeln, ebenda, S. 188ff; siehe auch *Diehl*, *The core standard of international investment protection*, S. 255.

651 *Diehl*, *The core standard of international investment protection*, S. 255.

den Umfang von Eigentumsrechten⁶⁵², und ob der Investor sich bei der Tätigung der Investition an die im Gaststaat geltenden Gesetze gehalten hat⁶⁵³.

Dies ist auch sachgemäß: Das nationale Recht ist das Recht, welches die meisten der täglichen Entscheidungen des Investors beeinflusst und limitiert, es außer Acht zu lassen ist weder praktikabel noch wnschenswert⁶⁵⁴. Die Rechtsprechung zu NAFTA zeigt ebendies deutlich: Auch wenn NAFTA die Anwendung nationaler Vorschriften ausdrücklich ausschließt und nur auf die Vorschriften des Vertrags selber und des internationalen Privatrechts verweist, vergleiche Art. 1131 Abs. 1 NAFTA, werden diese in der Praxis regelmäßig aus reiner Notwendigkeit herangezogen⁶⁵⁵.

Die Verletzung nationalen Rechts ist zwar nicht automatisch als Verletzung auch der internationalen Schutzstandards anzusehen, jedoch als starker Indikator⁶⁵⁶. In aller Regel ging mit der Verletzung nationalen Rechts auch ein Verstoß etwa gegen die FET-Klausel einher⁶⁵⁷. Einen Standard, den das nationale Recht selbst als fair einordnet zu verletzen, ohne damit gleichzeitig auch gegen internationale Regeln zu verstoßen, fand allerdings etwa der IGH in seiner Elsi-Entscheidung oder Enron gegen Argentinien im investitionsschiedsrechtlichen Zusammenhang⁶⁵⁸. berschreitet das nationale Recht die Grenzen, die ihm vom internationalen Recht gesetzt werden, kann es einer Verletzung des Investitionsschutzabkommens nicht mehr entgegengehalten werden. Dies gilt etwa für die Existenz einer Investition. Hat der Gaststaat einmal formell oder de facto die Existenz einer Investition anerkannt, kann er sich nicht durch eine spätere Gesetzes- oder Politikanderung auf die Unzulässigkeit einer Klage mangels schutzwürdiger Investition berufen⁶⁵⁹. Auch wenn die Investition von Beginn an nicht mit dem nationalen Recht vereinbar war, dies aber durch die Handlungen eines

652 Dazu beispielsweise etwa die Entscheidung des BVerfG zum Atomausstieg, BVerfGE 143, 246 zur Reichweite von Eigentumsrechten; siehe auch *Paulus/Nölscher*, Ludwigs/Remiens, Investitionsschutz, Schiedsgerichtsbarkeit und Rechtsstaat in der EU, S. 166f; *Kriebaum*, Eigentumsschutz im Völkerrecht, S. 64.; siehe auch Sasson, Substantive Law in Investment Treaty Arbitration, S. 10; *Brnson*, Nationales Recht in Investitionsschiedsverfahren, S. 104ff mwN.

653 *Hepburn*, Domestic Law in International Investment Arbitration, S. 2.

654 *Dalhuizen/Guzman*, The applicable Law in foreign investment disputes, verfügbar unter <http://ssrn.com/abstract=2209503>, zuletzt abgerufen am 12.04.19, S. 15.

655 Dazu *Hepburn*, Domestic Law in International Investment Arbitration, S. 107 mwN.

656 Ausführlich und mit zahlreichen Fallbeispielen dazu *Hepburn*, Domestic Law in International Investment Arbitration, S. 11ff.

657 Andersherum ist dies nicht unbedingt zwingend. Die Legalität einer Maßnahme nach dem nationalen Recht indiziert nicht deren Zulässigkeit nach internationalen Standards.

658 ICJ Elsi (USA vs. Italien), Urteil vom 20.07.1989, Rn 71ff; Enron vs. Argentinien ICSID Case Nr ARB/01/3, vom 22.05.2007, Rn. 231, 268.

659 *Newcombe/Paradell*, Law and Practice of Investment Treaties, S. 97f.

unter staatlicher Kontrolle stehenden Unternehmens begründet war, kann die Zulässigkeit einer Klage nicht einfach mit dem Verweis auf die Rechtswidrigkeit der Investition verneint werden⁶⁶⁰.

Das internationale Investitionsschutzrecht setzt an so vielen Stellen die Existenz nationaler Regelungen, auf welche Regress zu nehmen ist, voraus, dass es nicht unabhängig von nationalem Recht bestehen kann. Nachdem in den Mitgliedsstaaten der EU viele ehemals nationale Regelungen inzwischen durch europäische ersetzt wurden, gerade innerhalb des Wirtschaftsrechts, muss selbiges also auch für das Unionsrecht gelten. Die Auslegung von Investitionsschutzrecht muss also immer nationale und europäische Regelungen miteinbeziehen, ohne sie handelt es sich um eine leere Hülle.

Zusammenfassend stellt Börsen richtig fest: „Die Prüfung der Verletzung völkerrechtlicher Pflichten kann nicht ohne Blick auf das nationale Recht geschehen, entweder weil die völkerrechtliche Regel eine bestimmte nationale Regelung voraussetzt oder weil die Verletzung der völkerrechtlichen Regel gerade durch das nationale Recht erfolgt sein könnte.“⁶⁶¹

ii) Bestimmung des Inhalts des nationalen Rechts

Wenn nationales Recht anwendbar ist, muss weiterhin geklärt werden, wie dessen Inhalt bestimmt wird. Im Wesentlichen bestehen hier zwei Möglichkeiten: Die eine besteht darin, den *iura novit curia* Ansatz auch auf nationales Recht anzuwenden, der andere darin, den Inhalt des Rechts aufgrund des Parteivorbringens zu bestimmen⁶⁶².

Im Völkerrecht richtet sich die Anwendung von nationalem Recht nach dem *Brazilian Loans standard*: nationales Recht muss wie von nationalem Gericht angewendet werden. Das bedeutet, dass im Grundsatz das *iura novit curia* Prinzip gilt⁶⁶³. Die Verletzung absoluter Schutzstandards ist schlussendlich nicht vom nationalen Recht abhängig, auch wenn die Verletzung des nationalen Rechts ein Indikator sein kann und sollte. Zu Recht wendet die investitionsschiedsgerichtliche Praxis diesen Standard nicht unverändert an. Die Interpretation nationaler Normen richtet sich nicht nur nach dem nationalen Verständnis, sondern auch danach, was der Investor an internationalen Standards gemessen darunter verstehen darf, wobei er die nationalen Besonderheiten nicht schuldhaft übersehen darf. Dem nationalen Recht kommt daher, trotz autonomer Anwendung durch die Schiedsgerichte, eine normative Leitfunktion zu⁶⁶⁴. Regelmäßig werden darüber hinaus die Parteien, insbesondere der verklagte Gaststaat, Erklärungen zum Inhalt seines Rechts abgeben. Diese sind für

660 Ioannis Kardassopoulos/Georgien Rn. 171ff.

661 Börsen, Nationales Recht in Investitionsschiedsverfahren, S. 37.

662 Dazu Hepburn, Domestic Law in International Investment Arbitration, S. 111ff.

663 Ausführlich dazu Hepburn, Domestic Law in International Investment Arbitration, S. 103ff, die allerdings die Häufigkeit der Anwendbarkeit nationalen Rechts erheblich unterschätzt.

664 Börsen, Nationales Recht in Investitionsschiedsverfahren, S. 195.

das Schiedsgericht zwar nicht bindend, aber zumindest hilfreich. Die Kompetenzen der Schiedsrichter müssen nicht notwendigerweise Kenntnisse im nationalen Recht des Gaststaates umfassen. Den *iura novit curia* Grundsatz unverändert anzuwenden, erscheint folglich nicht sachgemäß. Soweit kein Verweis im IIA auf nationales Recht besteht, darf dieses außerdem nur als Fakt und nicht als Rechtssatz herangezogen werden⁶⁶⁵.

Insgesamt ist in den letzten Jahren die Calvo Doktrin wieder etwas in Mode gekommen, um die Machtfülle der Schiedsrichter einzuschränken. Österreich etwa oder die USA haben in ihren Investitionsschutzverträgen auf eine verstärkte Anbindung der Rechte von ausländischen Investoren an die unter dem nationalen Recht gewährten Rechte gesetzt. Dabei handelt es sich jedoch nicht mehr um eine starre Verknüpfung wie bei Calvo, aber die klare Trennung durch international minimum standards wird dadurch teilweise aufgehoben⁶⁶⁶.

Das nationale Recht spielt folglich, anders als es zunächst den Anschein hat, keine unwichtige Rolle in Investitionsschiedsverfahren, selbst wenn die Klausel bezüglich des anwendbaren Rechts dies nicht ausdrücklich statuiert.

iii) Fassung der Klausel bezüglich des anwendbaren Rechts

Inwieweit nationales Recht darüber hinaus auf die Rechtsstreitigkeit anzuwenden ist, hängt in erster Linie davon ab, wie die entsprechende Klausel bezüglich des anwendbaren Rechts, soweit vorhanden, ausgestaltet ist. In einigen Investitionsschutzabkommen erfolgt ein ausdrücklicher Verweis auf das nationale Recht des Gaststaates. Soweit der Gaststaat ein EU-Mitgliedsstaat ist, ist damit folglich auch das Unionsrecht als nationales Recht mitumfasst. Der dem Achmea-Fall zugrunde liegende IIA enthielt etwa die Formulierung: „*taking into account (...) the law in force in the contracting party*“⁶⁶⁷ – das nationale Recht ist also zu beachten, aber nicht anzuwenden. Diesem Schluss ist das Achmea Schiedsgericht auch gefolgt⁶⁶⁸.

Jedenfalls implizit ausgeschlossen ist die Anwendung nationalen Rechts etwa unter Geltung des Energy Charter Treaty. Dieser enthält demgegenüber die engere Formulierung des Schiedsgericht „*shall decide (...) in accordance with this agreement and applicable rules of international law*“. Zumindest als Vorfrage etwa bezüglich der Existenz einer Investition muss jedoch auch hier auf nationales Recht zurückgegriffen werden. Anschaulich formuliert dies etwa das Schiedsgericht in MTD-Chile: „*The*

665 *Fecak*, International Investment Agreements and EU Law, S. 48; neuere IIAs wie etwa CETA regeln dies teilweise ausdrücklich (siehe 8.31 Abs. 2 CETA).

666 Dazu *Hepburn*, Domestic Law in International Investment Arbitration, S. 194f.

667 Art. 8 Abs. 6 des BITs zwischen der Tschechoslowakei und den Niederlanden.

668 EuGH C-284/16 (Achmea), Rn. 42, dazu *Classen*, EuR 2018, 361, 364.

*breach of an international obligation will need, by definition, to be judged in terms of international law. To establish the facts of the breach, it may be necessary to take into account municipal law.”*⁶⁶⁹

Insgesamt lässt sich dabei sagen, dass es sich bei der Unterscheidung zwischen dem “Berücksichtigen” und dem “Anwenden” eines Rechts um eine komplizierte und nicht eindeutige Unterscheidung handelt, die allgemein nicht und auch im Einzelfall nur schwer zu treffen sein wird. „Berücksichtigen“ meint außerdem, dass entgegenstehende Pflichten, meist eher Schutzpflichten gegenüber anderen Parteien, die aus dem nationalen Recht oder anderen internationalen Verpflichtungen erwachsen, miteinbezogen und zu Gunsten des Staates in das Schiedsverfahren miteinbezogen werden sollten⁶⁷⁰.

iv) Umbrella clause

Einige Investitionsschutzverträge enthalten zudem eine sog. umbrella clause, also eine Klausel die einen Verstoß gegen einen Investitionsvertrag zwischen einem Privaten und dem Staat sozusagen auf das Völkerrecht durchschlagen lässt und gleichzeitig einen Verstoß gegen den IIA darstellen soll⁶⁷¹. Haben der Investor und der Gaststaat einen solchen Vertrag abgeschlossen, ist auf diese Verträge, also deren Abschluss, Auslegungsregeln etc., wiederum nationales Recht anwendbar⁶⁷².

v) Fazit

Nationales Recht kann in Investitionsschiedsverfahren nicht einfach außen vor gelassen werden. Die Bedeutung des nationalen Rechts ist zwar mit der zunehmenden Konkretisierung der völkerrechtlichen Verpflichtungen zurückgegangen⁶⁷³, aber durchaus noch vorhanden – wenn auch nur soweit das Völkerrecht ausdrücklich oder häufiger implizit darauf verweist. Dies ist etwa in den oben genannten Beispielen regelmäßig der Fall, solange das internationale Investitionsschutzrecht kein abschließendes Regelungssystem schafft. In der Praxis ist nationales Recht in einigen Hinsichten regelmäßig heranzuziehen und auch angewendet worden⁶⁷⁴.

Um die Anwendung des nationalen Rechts sicher zu verhindern, müsste das Investitionsschutzrecht ein abschließendes Regelwerk bezüglich aller damit verbundenen Rechtsfragen darstellen. Eine solche parallele Rechtsordnung ist jedoch weder erstrebenswert, noch praktisch umsetzbar. Die Anwendung

669 MTD vs Chile, Award vom 25.05.2004, ICSID Case Nr. ARB/01/7, Rn. 204.

670 *Stöbener de Mora*, EuZW 2018, 363, 364.

671 Dazu oben unter Umbrella clause.

672 Dazu *Börnsen*, Nationales Recht in Investitionsschiedsverfahren, S. 59; *Newcombe/Paradell*, Law and Practice of Investment Treaties, S. 77.

673 Zur zunächst zentralen Bedeutung des nationalen Rechts und dem Völkerrecht nur als Lückenfüller, *Börnsen*, Nationales Recht in Investitionsschiedsverfahren, S. 29ff; inzwischen hat sich dieses Verhältnis umgedreht, ebenda, S. 145.

674 *Vives*, Cuadernos Derecho Transnacional 2014, S. 269, 282 mit einer Analyse der entsprechenden schiedsgerichtlichen Praxis.

des nationalen Rechts muss aber gerade in Fällen, in denen dessen Anwendung durch das Schiedsgericht nicht ausdrücklich angeordnet wurde, in einer Weise erfolgen, die die Souveränität des Gaststaates bei der Bestimmung des Inhalts der eigenen Rechtsvorschriften möglichst weitgehend schont.

d) Stabilisierungsklauseln

Im Zusammenhang mit der Anwendung von nationalem Recht stellen sich weiterhin Fragen bei der Vereinbarung einer Stabilisierungsklausel in einem Investitionsvertrag zwischen dem Investor und dem Gaststaat. Als Stabilisierungsklausel versteht man eine Vorschrift, die die Anwendung der Rechtsvorschriften des Gaststaates vorsieht, die zum Zeitpunkt des Abschlusses des Investitionsvertrags in Kraft sind. Spätere Änderungen des nationalen Rechts bleiben dadurch folglich unberücksichtigt. Stabilisierungsklauseln berühren die staatliche Souveränität in besonderem Maße, weil sie die Entscheidungsfreiheit des Staates auch für die Zukunft einschränken⁶⁷⁵, sind gleichzeitig aber für die Investoren von hoher Bedeutung, weil sie die Möglichkeit einseitiger Änderungen an den Gesamtumständen der Investition verringern⁶⁷⁶. Sie existieren im Wesentlichen in zwei Varianten: entweder ein „Einfrieren“ des Rechts oder eine Klausel zum sogenannten „*economic equilibrium*“⁶⁷⁷. Der Gaststaat kann im ersteren Fall also vereinbaren, dass das auf einen konkreten Investor anwendbare Recht während der Dauer der Investition, oder jedenfalls für einen bestimmten Zeitraum, konstant bleibt. Im Zweifel ist dem Investor gegenüber dann anderes Recht anzuwenden als im Verhältnis zu anderen Personen. Das wiederum kann Probleme mit MFN-Klauseln zur Folge haben, weil das alte Recht günstiger sein kann, als das aktuelle. Weil eine solche Regelung massiv in die Souveränität eingreift und Staaten oft für einen langen Zeitraum bindet und somit die Entwicklung lähmen kann, werden statt starren Stabilisierungsklauseln in der Regel eher Klauseln mit dem „*economic equilibrium*“ abgeschlossen. Diese Regelung garantiert dem Investor, dass ihn negativ betreffende Gesetzgebung entweder durch entsprechend positive Änderungen an anderen Stellen oder durch eine Entschädigungspflicht ausgeglichen wird.

e) Fazit

Das Investitionsschutzabkommen stellt die wichtigste Quelle für die anwendbaren Regeln dar. Allerdings muss das Schiedsgericht auch anderes zwischen den Parteien geltendes Völkerrecht und auch das nationale Recht beachten, weil es keine umfassende Regelung ist, die ohne den Rückgriff auf

675 Diehl, The core standard of international investment protection, S. 259ff; Dalhuizen/Guzman, The applicable Law in foreign investment disputes, verfügbar unter <http://ssrn.com/abstract=2209503>, zuletzt abgerufen am 12.04.19, S. 7; Gindler, Die local remedies rule im internationalen Investitionsschutzrecht, S. 106f.

676 Boknik, SchiedsVZ 2019, S. 277, 278.

677 Dazu ausführlich Taillant/Bonnitcha, Cordonier-Segger/Gehring/Newcombe, Sustainable Development in World Investment Law, S. 63.

allgemeine Prinzipien auskommt⁶⁷⁸. Den internationalen Verpflichtungen entgegenstehendes nationales Recht muss im Zweifel aber unangewendet bleiben oder völkerrechtsfreundlich interpretiert werden⁶⁷⁹.

Die Beachtung des nationalen und europäischen Rechts erfolgt dabei allerdings stets im Rahmen einer Rechtmäßigkeitsprüfung nach dem IIA⁶⁸⁰. Allein dieser ist unmittelbar anwendbar, bestimmt jedoch kraft Verweises in vielen Punkten die Anwendbarkeit sonstigen Völkerrechts und des nationalen Rechts. In beiden Fällen kann das Unionsrecht mitumfasst sein. Insgesamt lässt sich feststellen, dass das nationale Recht im Investitionsschutzrecht wohl eine größere Rolle spielt, als in allen anderen Gebieten des Völkerrechts⁶⁸¹. Dies macht eine klare und überzeugende Lösung des Verhältnisses von nationalem zu internationalem Recht umso notwendiger.

Insgesamt wäre eine größere Klarheit hinsichtlich des anwendbaren Rechts wünschenswert. Das setzt die ausdrückliche Rechtswahl voraus und, soweit mehrere Rechtsquellen angegeben werden, in welcher Reihen- oder Rangfolge diese anwendbar sein sollen. Auch muss verhindert werden, dass nationales Recht in Umgehung von Art. 27 WVK genutzt wird, um die internationalen Verpflichtungen aus dem IIA zu umgehen⁶⁸². Der Unterschied zwischen der Beachtung und der Anwendung nationalen Rechts ist dabei nur gradueller Natur⁶⁸³.

Die Anwendung von nationalem Recht durch einen Verweis des internationalen Rechts ist bei internationalen Gerichten die Regel. Grundsätzlich wird diese auch durch die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit akzeptiert und umgesetzt⁶⁸⁴. Der Umgang von Schiedsgerichten mit nationalem Recht wird allerdings nicht selten kritisiert. Er würde die staatliche Souveränität nicht hinreichend beachten und damit nicht dem Willen der Staaten als Herren der Verträge entsprechen. Hepburn schlussfolgert daraus „*If investment tribunals seek greater acceptance of their decisions by states, they must pay close attention to the method with which they engage with an important expression of state sovereignty – the elaboration of domestic law.*“⁶⁸⁵

678 Dazu *Orakhelashvili*, ICSID Review 2016, S. 344, 346; Redfern/Hunter on International Arbitration beschreiben ebenfalls die intrinsische Verbundenheit von IIAs und nationalem Recht, siehe dort S. 467f mwN.

679 *Dalhuizen/Guzman*, The applicable Law in foreign investment disputes, verfügbar unter <http://ssrn.com/abstract=2209503>, zuletzt abgerufen am 12.04.19, S. 15; gleiches gilt auch für das Unionsrecht siehe beispielsweise EuGH C-286/90, Rn. 9; siehe dazu etwa *Börnßen*, Nationales Recht in Investitionsschiedsverfahren, S. 209.

680 *Rösch*, Intraeuropäisches Investitionsschutzrecht, S. 132f; *Schill*, JWIT 2015, S. 379, 387.

681 *Paparinskis*, JWIT 2016, S. 919, 929.

682 Näher zur Problematik Redfern/Hunter on International Arbitration, S. 467.

683 *Lang*, Transnationales Wirtschaftsrecht, Nr. 156, S. 19.

684 Siehe dazu etwa *Fraport vs. Philippinen*, Award, 16.08.2007, Rn. 335, 394.

685 Siehe nur *Hepburn*, Domestic Law in International Investment Arbitration, S. 195.

Der Umgang der Schiedsgerichte mit nationalem Recht ist also politisch brisant und heikel. Insbesondere ist es nicht möglich, den Schiedsgerichten Anwendung oder Beachtung nationalen Rechts zu entziehen, weil dieses häufig notwendige Vorfragen für die Lösung des Konflikts zwischen Investor und Gaststaat regelt.

Abschließend lässt sich das komplexe Verhältnis von internationalem zu nationalem Recht gut mit den Worten von Sasson zusammenfassen: *“When a Bilateral Investment Treaty (BIT) contains a legal concept, the interpretation of the concept may require the application of municipal rules. In these circumstances, the tribunal is still applying international law, but in doing so must refer to municipal law in order to give meaning to the term, consistent with its context in the BIT and the purpose and object of the BIT. Municipal law is relevant to the extent that international law must refer to it to determine the existence of rights on the international plane. In such cases, a renvoi to municipal law, or to municipal legal systems, is a crucial aspect of the application of international law.”*⁶⁸⁶

Im nächsten Schritt ist zusammenfassend darzustellen, in welchen Fällen Unionsrecht und Investitionsschutzrecht gleichlaufend Geltung beanspruchen, dabei jedoch zu unterschiedlichen materiellen Lösungen oder jedenfalls zu unterschiedlichen mit der Beilegung von Streitigkeiten befassten Organen kommen (D). Solche Konflikte werden, wie eben aufgezeigt, nicht selten vorkommen.

D Fazit zu Zuständigkeitskonflikten

Streng genommen handelt es sich auch bei den in Konflikt stehenden Regelungen zu den gerichtlichen Zuständigkeiten nicht um einen Kompetenzkonflikt zwischen den Gerichten. Der Konflikt besteht vielmehr schon auf der Ebene darüber, nämlich darin, dass internationale Verträge unterschiedliche Zuständigkeiten regeln – eigentlich geht es folglich wiederum um einen Konflikt unterschiedlicher Normen⁶⁸⁷. Dafür sind grundsätzlich die Auslegungsregeln der Wiener Vertragsrechtskonvention anzuwenden. Jedoch enthalten diese und auch keine andere internationale Quelle ein konsistentes System für die Auflösung solcher Konflikte⁶⁸⁸. Allgemein sind die Regeln des *lex posterior* und der *lex specialis* anzuwenden. Diese helfen allerdings im Verhältnis von Investitionsschiedsgerichten zum EuGH nur bedingt weiter. Das Problem dürfte sein, dass je eine Regel für den Vorrang einer der Gerichtssysteme streitet: Das Unionsrecht ist das spätere Recht: kein Investitionsschutzabkommen zwischen zwei Mitgliedsstaaten wurde jedenfalls nach dem Vertrag von Lissabon abgeschlossen oder nach Abschluss des Assoziierungsabkommens mit der EU und nur zwei als schon beide

686 Sasson, *Substantive Law in Investment Treaty Arbitration*, S. 2f.

687 Athen/Dörr, Grabitz/Hilf/Nettesheim, *Das Recht der Europäischen Union*, Art. 344 AEUV, Rn. 19.

688 Athen/Dörr, Grabitz/Hilf/Nettesheim, *Das Recht der Europäischen Union*, Art. 344 AEUV, Rn. 19f.

Mitgliedsstaaten der EG waren, nämlich zwischen Deutschland und Griechenland und Deutschland und Portugal⁶⁸⁹. Allerdings ist das Unionsrecht deutlich allgemeiner gehalten und, insbesondere was die Streitbeilegung angeht, nicht speziell auf den Rechtsschutz der Investoren ausgelegt⁶⁹⁰. Die Schiedsgerichte tendieren dazu, in diesem Fall die *lex specialis* Regelung vorrangig anzuwenden⁶⁹¹. Der EuGH sieht wiederum im Unionsrecht das höherrangige Recht, allerdings ohne dies zu begründen⁶⁹².

Alternativ könnte dieser Konflikt nach dem Vorbild der Bosphorus-Rechtsprechung des EGMR beziehungsweise der Solange-Rechtsprechung des deutschen Verfassungsgerichts aufzulösen sein⁶⁹³. Sowohl EGMR als auch BVerfG nehmen in den genannten Rechtsprechungslinien ihre eigene Prüfungskompetenz zu Gunsten von derjenigen des EuGH zurück, solange der Schutz, der durch diesen gewährleistet wird, nicht hinter demjenigen der EMRK bzw. des Grundgesetzes zurückbleibt. Dies wird anhand einer generell-abstrakten und nicht konkret-individuellen Analyse bestimmt. In diesen Fällen ist eine harmonische Interpretation der Verpflichtungen aus den unterschiedlichen Rechtsquellen ohne weiteres möglich und wäre wohl insoweit auch auf das Unionsrecht übertragbar. Allerdings sind die Unterschiede, die zwischen den hauptsächlich dem Schutz der Menschen-, Grund- oder Bürgerrechte dienenden Regelungswerken von EMRK, GG und europäischer Grundrechtecharta erheblich geringer als dies im Verhältnis von Unionsrecht zum Investitionsschutzrecht der Fall ist. Eine Übertragung dieser Rechtsprechung ist folglich zwar möglich, aber von sehr eingeschränkter praktischer Bedeutung.

Diesen Ansatz verfolgte dennoch etwa die Kommission im *Electrabel*-Fall, in dem sie auf eine umfassende Vergleichbarkeit von investitionsschützenden Standards, materiell wie prozessual abstellte und das Schiedsgericht dazu aufforderte, seine eigene Prüfkompetenz dementsprechend zu Gunsten des Unionsrechts zurückzunehmen⁶⁹⁴. Das Schiedsgericht ist dieser Argumentation jedoch nicht gefolgt.

Auch das Unionsrecht ist wesentlich von seiner gerichtlichen Durchsetzbarkeit abhängig. Soweit es also Lücken im Individualrechtsschutz aufweist, ist es nur bedingt zur Durchsetzung investitionsschützender Regelungen geeignet. Stuft man das Streitbeilegungssystem der

689 Siehe dazu schon oben unter Investitionsschutz zwischen EU-Mitgliedsstaaten. Die beiden älteren deutschen Verträge enthielten insbesondere auch noch keine Schiedsklausel, bezüglich der materiellen investitionsschützenden Regelung besteht bei einem einheitlichen Auslegungsorgan kaum die Wahrscheinlichkeit für das Auftreten eines Konflikts. Eine Ausnahme dazu bildet allerdings der ECT, dazu genauer unten unter Sonderfall Energy Charter Treaty.

690 So schon *Wehland*, *SchiedsVZ* 2008, S. 222, 226.

691 Siehe etwa *Vattenfall vs. Deutschland*, Decision on the Achmea Issue, 31.08.2018, Rn. 217.

692 EuGH C-284/16 (*Achmea*), insbesondere Rn. 32f.

693 Siehe dazu *Rösch*, *Intraeuropäischer Investitionsschutz*, S. 232ff.

694 *Electrabel vs. Ungarn*, ICSID Case Nr. ARB/07/19, Award vom 21.11.2015, Rn. 4.102ff.

Investitionsschutzverträge aus Sicht der Investoren mit guten Argumenten als den besseren Rechtsschutz ein, wird die limitierte Übertragbarkeit etwa der Bosphorus Rechtsprechung des EGMR, die oben dargestellt wurde, noch deutlicher. Wenn schon die Rechtsschutzmöglichkeit besser ist, dürfte für eine Zurückstellung der investitionsschützenden Vorschriften aus den IIAs kaum Raum verbleiben.

Enthält das IIA eine fork in the road Klausel, muss sich der Investor schon zu Beginn der Streitigkeit überlegen, welches Forum er zur Durchsetzung seiner Interessen nutzen will. Dies kann allerdings zur Konsequenz haben, dass abweichende Entscheidungen zwar ausgeschlossen sind, der EuGH allerdings auch nicht mit der Lösung einer Streitigkeit befasst wird, die andernfalls in seine Zuständigkeit fallen würde. Allerdings ist die Wirkung dieser Klausel auch nicht zu überschätzen, ebenso wie der Grundsatz des res iudicata kann er im investitionsschutzrechtlichen Zusammenhang leicht umgangen werden, indem ein anderer Teil staatlicher Maßnahmen angegriffen wird oder ein anderer Kläger tätig wird.

Das Unionsrecht unterscheidet sich also nicht nur in materieller Hinsicht vom Investitionsschutzrecht, sondern auch hinsichtlich der Konfliktlösung. Dies dürfte wohl auch der Unterschied sein, der sich praktisch am meisten auswirkt. Sofern die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit jedoch in das europäische Rechtssystem miteinbezogen ist, was sogleich unter § 3 zu prüfen ist, besteht keine Konfliktlage.

§3. Einbindung der Schiedsgerichte in das Gerichtssystem der Union

Wie aufgezeigt, beanspruchen sowohl das internationale Investitionsschutzrecht als auch das Unionsrecht, in vielen Streitigkeiten sowohl die materielle Regelung eines Falles als auch die gerichtliche Zuständigkeit für sich. Aus Sicht des Investitionsschutzrechts ist dieser Fall weder außergewöhnlich noch problematisch: im Verhältnis zum nationalen Rechtsweg tritt dies regelmäßig auf. Es ist allerdings zu prüfen, ob auch aus Sicht des Unionsrechts dieses Nebeneinander von materieller Regelung und gerichtlicher Streitentscheidung zulässig ist. Gemäß Art. 19 Abs. 1 AEUV ist es Aufgabe des Gerichtshofs, das Recht bei der Anwendung und Auslegung der Verträge zu wahren.

Dabei stellt sich insbesondere die Frage, inwiefern das Investitionsschutzrecht trotz der Schranken in das Unionsrecht und dessen Streitbeilegungsmechanismen miteinbezogen werden kann. Dies wird notwendig, weil der EuGH in der Achmea-Entscheidung zu Recht die Beachtbarkeit des nationalen, also auch des europäischen Rechts angenommen hat⁶⁹⁵. In einem ersten Schritt ist zu prüfen, ob Art. 344 AEUV und die vom EuGH daraus abgeleitete Autonomie des Unionsrechts der Existenz von

695 EuGH C-284/16 (Achmea), Rn. 40ff.

Investitionsschiedsgerichten entgegensteht (A). Im zweiten Schritt ist dann zu analysieren, ob Investitionsschiedsgerichte als Gericht eines Mitgliedsstaats angesehen werden können (B) oder ob, parallel zu den für die Handelsschiedsgerichtsbarkeit entwickelten Maßstäben, die Kontrolle im Rahmen des Vollstreckungsverfahrens als ausreichend einzustufen ist (C). Abschließend ist zu beurteilen, ob die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit in der Union tatsächlich noch Lücken im Rechtsschutz schließt oder nicht mehr notwendig ist (D).

A Autonomie des Unionsrechts

Zunächst ist zu prüfen, ob die Kompetenzen von Investitionsschiedsgerichten mit Art. 344 AEUV in Konflikt stehen (I). Anschließend wird die Rechtsprechung des EuGH zur Autonomie des Unionsrechts darzustellen sein (II), bevor ein Fazit gezogen werden kann (III).

I. Art. 344 AEUV

Art. 344 AEUV verpflichtet die Mitgliedsstaaten, „*Streitigkeiten über die Auslegung oder Anwendung der Verträge nicht anders als hierin vorgesehen zu regeln*“. Die Vorschrift wird darüber hinaus anhand eines Erst-Recht-Schlusses auf Streitigkeiten zwischen der Union und den Mitgliedsstaaten erstreckt⁶⁹⁶.

Durch Art. 344 AEUV sollen insbesondere die Kompetenzen des EuGH für die Auslegung des Unionsrechts gewahrt werden und damit dessen Autonomie⁶⁹⁷. Die Autonomie des Unionsrechts umfasst in diesem Zusammenhang insbesondere die „*verfassungsrechtlichen Strukturmerkmale sowie das interne institutionelle Gleichgewicht der EU*“⁶⁹⁸. Gleichzeitig ist Art. 344 AEUV Ausprägung der Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit aus Art. 4 Abs. 3 EUV⁶⁹⁹. Teilweise wurde nun argumentiert, die Existenz von Investitionsschiedsgerichten würde gegen diesen Grundsatz verstoßen. Jedenfalls seien jedoch die engen Grenzen der Beteiligung der EU an völkerrechtlichen Streitbeilegungsmechanismen an diesem Maßstab zu messen⁷⁰⁰.

696 Dittert, von der Groeben/Schwarze/Hatje, Art. 344 AEUV, Rn. 4; die beiden Fälle die der EuGH anhand des Art. 344 AEUV zu entscheiden hatte waren EuGH C-459/03 (Mox Plant) und das EuGH Gutachten 2/2013. Beide Fälle betrafen mögliche Konflikte zwischen EU-Mitgliedsstaaten oder zwischen einem Mitgliedsstaat und einem Unionsorgan, siehe dazu Lang, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht Nr. 135, S. 14.

697 Siehe etwa *Athen/Dörr*, Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 344 AEUV, Rn. 3.

698 Lang, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht Nr. 135, S. 9.

699 Wegener, Calies/Ruffert, Art. 344 AEUV, Rn. 2; *Athen/Dörr*, Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 344 AEUV, Rn. 3.

700 Lang, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht Nr. 135, S. 7.

1) Streitigkeit zwischen den Mitgliedsstaaten

Im ersten Schritt ist zu prüfen, ob eine Streitigkeit zwischen den Mitgliedsstaaten vorliegt (a). Ist dies zu verneinen, stellt sich die Frage, ob eine solche für die Anwendung von Art. 344 AEUV zwingend notwendig ist (b).

a) Liegt eine Streitigkeit zwischen den Mitgliedsstaaten vor

Zunächst ist eine Streitigkeit zwischen dem Investor eines EU-Mitgliedsstaates und einem anderen EU-Mitgliedsstaat keine Streitigkeit zwischen Mitgliedsstaaten. Es handelt sich bei Investitionsschiedsgerichten um Gerichte, die eine Streitigkeit zwischen einem Mitgliedsstaat auf der einen und einer privaten Partei auf der anderen Seite vorsehen⁷⁰¹. Für die Auffassung, dass es sich dabei um unterschiedliche Mechanismen handelt, die unterschiedlich zu bewerten sind, spricht, dass viele IIAs nicht einen, sondern zwei Streitbeilegungsmechanismen vorsehen: Einen für die Streitigkeiten zwischen den Staaten und einen weiteren separaten für die zwischen Investor und Staat. Trotzdem könnte diese Interpretation zu kurz gegriffen sein, immerhin basiert das Einverständnis für die Schiedsabrede auf Seiten des Staates auf seiner völkerrechtlichen Verpflichtung gegenüber dem anderen Staat. Dies allein macht jedoch eine investitionsschutzrechtliche Streitigkeit nicht zu einer Streitigkeit zwischen den Mitgliedsstaaten

Etwas anderes könnte jedoch gelten, soweit der Investor im Schiedsverfahren eigentlich Rechte seines Heimatstaats geltend machen würde und nicht seine eigenen. Dafür spricht etwa, dass der IIA, der die streitentscheidenden Normen enthält, von diesen beiden Mitgliedsstaaten abgeschlossen wurde. Daher lässt sich argumentieren, der Investor nehme nur prozessstandschaftlich die Rechte seines Heimatstaates wahr. Diese Überlegung basiert auf dem alten System der diplomatic protection, nur in umgekehrter Richtung: Dadurch wurde es den Staaten möglich, die Rechte ihrer Investoren durch völkerrechtliche Mittel zu schützen und zwar über das völkerrechtlich anerkannte Recht für eigene Staatsangehörige tätig zu werden⁷⁰².

Jedoch ist zwischen den durch den Investor und den Staat vorgebrachten Rechten zu unterscheiden. Nach neuerer Ansicht ist der Investor selbst jedenfalls teilrechtsfähig im Völkerrecht und damit auch in der Lage, seine eigenen Rechte geltend zu machen⁷⁰³. Diese Rechte sind andere als diejenigen, die

701 Stöbener de Mora, EuZW 2018, S. 363, 365.

702 Permanent Court of International Justice, *Panevez-Saldutikis Railway* (1939), S. 16: "In taking up the case of one of its nationals, by resorting to diplomatic action or international judicial proceedings on his behalf, a state is in reality asserting its own right, the right to ensure in the person of its nationals respect for the rules of international law"; zitiert nach Redfern/Hunter on International Arbitration, S. 442.

703 Siehe nur *Griebel*, Internationales Investitionsschutzrecht, S. 97 mwN.

seinem Heimatstaat zustehen⁷⁰⁴. Eine solche Herleitung über diplomatic protection würde diesen Unterschieden nicht gerecht.

Dagegen wird geltend gemacht, es handele sich um Rechte, die nur aufgrund der internationalen Abkommen des Heimatstaats des Investors überhaupt bestehen würden. Selbst in den Menschenrechtsabkommen, die Menschenrechte für universell erklären, also für die Staaten indisponibel machen, sei die Möglichkeit vorgesehen, für den Staat an die Stelle des Einzelnen zu treten und dessen Klage zu übernehmen, ohne dass dieser im weiteren einen Einfluss darauf haben⁷⁰⁵. Eine solche Möglichkeit ist im Investitionsschutzrecht nicht vorgesehen, was abermals die ungenügende Vergleichbarkeit mit diplomatic protection zeigt. Der Investor muss seinen Heimatstaat nicht über die Einreichung einer Schiedsklage informieren, letzterer muss darüber hinaus weder die Klage autorisieren noch hat er die Möglichkeit den Investor dazu zu zwingen sie zurückzunehmen. Auch der geltend gemachte Schaden zeigt den Unterschied zwischen den Rechten des Heimatstaates und des Investors. Dieser berechnet sich ausschließlich nach dem ökonomischen Verlust des Investors. Andere Aspekte, wie ein eventueller Schaden des Heimatstaates, werden nicht miteinbezogen⁷⁰⁶. Schließlich fließt eventuell zu zahlender Schadensersatz direkt an den Investor, der auch seine eigenen Prozesskosten zu tragen hat⁷⁰⁷.

Insgesamt kann es deswegen nicht überzeugen, die Rechte des Investors als nur abgetretene Rechte des Heimatstaats einzuordnen. So stellte der English Court of Appeal zu Recht fest: „*it is both artificial and wrong in principle to suggest that the investors is in reality pursuing a claim vested in his or its home state*“⁷⁰⁸.

Auch die grundsätzlich zusätzlich vorhandene Möglichkeit von diplomatic protection kann nicht für eine Einstufung einer Streitigkeit zwischen den Mitgliedsstaaten sprechen. Die Zuordnung eines Investorenrechts zu seinem Heimatstaat ist lediglich eine rechtliche Fiktion⁷⁰⁹. Bei Investor- Staat-Schiedsverfahren handelt es sich gerade nicht um Streitigkeiten zwischen zwei Mitgliedsstaaten, sondern um die Streitigkeit zwischen einem Mitgliedsstaat und einem Privaten. Eine Streitigkeit zwischen den Mitgliedsstaaten liegt folglich nicht vor.

704 Zur andauernden Diskussion um die Einordnung von Investorenrechte *Fecak*, *International Investment Agreements and EU Law*, S. 44; siehe ausführlich auch *Diehl*, *The core standard of international investment protection*, S. 300ff; *Reuter*, *ZaöRv* 2020, S. 379, S. 385ff.

705 Siehe dazu etwa *Binder*, *JWIT* 2016, S. 964, 980f mwN.

706 *Braun*, *JWIT* 2014, S. 73, 93; *Reuter*, *ZaöRv* 2020, S. 379, 387.

707 Siehe ausführlich *Braun*, *JWIT* 2014, S. 73, 91.

708 Zitiert nach *Braun*, *JWIT* 2014, S. 73, 88.

709 Dazu etwa *Kriebaum*, *Eigentumsschutz im Völkerrecht*, S. 29f.; *Braun*, *JWIT* 2014, S. 92.

Etwas anderes könnte allerdings wohl dann gelten, wenn der Investor unter der Beherrschung eines anderen EU-Mitgliedsstaats steht⁷¹⁰. Dieser Aspekt könnte für den Fall Vattenfall noch interessant werden. Vattenfall ist zu 100 % Eigentum des schwedischen Staates. Diese Unterscheidung zwischen privaten und staatlichen Investoren geht auch deutlich aus den Investitionsschutzverträgen hervor. Diese begründen regelmäßig in zweierlei Hinsicht die Kompetenz eines Schiedsgerichts. Einmal in den genannten Investor-Staat-Streitigkeiten über einen konkreten Einzelfall und ein weiteres Mal für Staat-Staat-Streitigkeiten über die Auslegung des Investitionsschutzabkommens im Allgemeinen. Für letztere könnte eventuell ein Konflikt mit Art. 344 zu bejahen sein. Für erstere ist dies jedoch abzulehnen⁷¹¹. Es handelt sich um völkerrechtliche Verträge, die nicht die Bindung der Union betreffen⁷¹².

b) Notwendigkeit einer Streitigkeit zwischen den Mitgliedsstaaten

In der Literatur wird überwiegend davon ausgegangen, dass eine Streitigkeit zwischen den Mitgliedsstaaten nötig sei, damit das Verbot des Art. 344 AEUV eingreife⁷¹³. Auf die Streitigkeiten zwischen einem Privaten (Investor) und einem Mitgliedsstaat sei Art. 344 AEUV nicht anwendbar⁷¹⁴.

Dagegen berufen sich die Kommission und einige Mitgliedsstaaten für die Anwendung von Art. 344 AEUV auf den unterschiedlichen Wortlaut in Art. 344 AEUV im Verhältnis zu Art. 273 AEUV⁷¹⁵. Letzterer statuiert die Zuständigkeit des Gerichtshofs „für jede mit dem Gegenstand der Verträge im Zusammenhang stehende Streitigkeiten zwischen Mitgliedsstaaten (...), wenn diese bei ihm aufgrund eines Schiedsvertrags anhängig gemacht wird“.

Dem Wortlaut nach ist die Anwendung von Art. 344 AEUV, im Gegensatz etwa zu Art. 273 AEUV, nicht auf die Streitigkeiten zwischen Mitgliedsstaaten beschränkt. Auch eine systematische Auslegung spricht für eine weite Auslegung der Norm. Art. 344 AEUV steht gerade nicht in den Vorschriften über den EuGH, die gerade die Rolle des EuGH im Kompetenzgefüge schützen sollen, sondern in den allgemeinen Schlussvorschriften⁷¹⁶. Zwar ist es nur den Mitgliedsstaaten verboten, Streitigkeiten

710 Ahner, Investor-Staat-Schiedsverfahren nach Europäischem Unionsrecht, S. 215.

711 So auch Achmea vs. Slowakei, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, 26.10.2010 Rn. 276; ebenso Tietje, Transnationales Wirtschaftsrecht 2011, Heft Nr. 104, S. 1, 18.

712 Athen/Dörr, Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 344 AEUV, Rn. 27.

713 Athen/Dörr, Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 344 AEUV, Das Recht der Europäischen Union, Rn. 25; Rösch, Intraeuropäisches Investitionsschutzrecht, S. 125ff; Schill, JWIT 2015, S. 379, 385.

714 So auch Carducci, ICSID Review 2018, S. 582, 600f.; Rösch, Intraeuropäisches Investitionsschutzrecht, S. 127f.

715 Zitiert nach Schlussanträge GA Wathelet zu Achmea, Rn. 144; siehe dazu auch Berger, SchiedsVZ 2017, S. 282, 284; dieser Standpunkt entspricht auch der schiedsgerichtlichen Praxis, siehe dazu Achmea vs. Slowakei, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, 26.10.2010, Rn. 276f.

716 Siehe dazu Hindelang, Conceptualisation and Application of the Principle of Autonomy of EU Law – The CJUE’s Judgement in Achmea put in Perspective, S. 9, abrufbar unter https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3266123, zuletzt abgerufen am 30.10.2019.

anders zu delegieren als in den Verträgen vorgesehen. Dafür, dass sich dieses Verbot aber nur auf Streitigkeiten zwischen Ihnen bezieht, finden sich keine Anhaltspunkte. Praktisch dürfte dies zwar der Regelfall sein, der Anwendungsbereich des Art. 344 AEUV ist jedoch nicht auf Streitigkeiten zwischen den Mitgliedsstaaten und der Union beschränkt. Der Anknüpfungspunkt des Verbots ist vielmehr die Anwendung oder Auslegung des Unionsrechts. Es muss sich folglich nicht um eine Streitigkeit zwischen den Mitgliedsstaaten handeln. Zumindest ein Mitgliedsstaat muss allerdings betroffen sein. Auf Streitigkeiten zwischen Privaten findet Art. 344 AEUV keine Anwendung⁷¹⁷. Allerdings muss zusätzlich die Anwendung oder Auslegung der Verträge (II) betroffen sein.

2) Anwendung oder Auslegung der Verträge

Zu prüfen ist folglich, ob es sich bei Streitigkeiten zwischen einem Investor und einem EU-Mitgliedsstaat um eine Streitigkeit über die Anwendung oder Auslegung der Verträge handelt⁷¹⁸. Der Begriff der Verträge ist in diesem Zusammenhang weit zu verstehen und umfasst nicht nur die Gründungsverträge, sondern auch das europäische Sekundärrecht⁷¹⁹.

Nach der Rechtsprechung des EuGH im Mox Plant Fall muss jedenfalls ein bedeutender Teil der Streitigkeit die Auslegung von Unionsrecht betreffen⁷²⁰. In diesen Fällen gilt, was der EuGH bereits in seiner Eco-Swiss Entscheidung feststellte: *„Für das Gemeinschaftsrecht besteht jedoch ein offensichtliches Interesse daran, dass jede Bestimmung des Gemeinschaftsrechts unabhängig davon, unter welchen Voraussetzungen sie angewandt werden soll, eine einheitliche Auslegung erhält, damit künftige unterschiedliche Auslegungen verhindert werden.“*⁷²¹

Ob ein bedeutender Teil der Streitigkeit das Unionsrecht betrifft, ist anhand der streitentscheidenden Normen festzustellen, deren Anwendung in der Sache notwendig ist⁷²². Die streitentscheidenden Normen im Falle von Investor-Staat-Streitigkeiten sind, wie eben aufgezeigt, in erster Linie im IIA zu finden. Allerdings spielt das Unionsrecht sowohl als Teil des Völkerrechts, als auch des nationalen Rechts des Gaststaates eine nicht zu vernachlässigende Rolle. Die europarechtlichen Vorschriften sind zwar nicht die streitentscheidenden Normen im engeren Sinne, aber durchaus für die Entscheidung in

717 EuGH Gutachten 1/09, Rn. 63.

718 Die Art der Übertragung dürfte dabei irrelevant sein. Die teilweise vorgeschlagene Rückbesinnung auf Investor-Staats-Verträge dürften unionsrechtlich ebenso problematisch sein, wie die Übertragung von Konfliktbeilegungskompetenzen durch IIAs.

719 Wegener, Calliess/Ruffert, Art. 344 AEUV, Rn. 1; Athen/Dörr, Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 344 AEUV, Rn. 27.

720 EuGH C-459/03 (Mox Plant), Rn. 135.

721 EuGH C-126/97 (Eco-Swiss), Rn. 40.

722 Athen/Dörr, Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 344 AEUV, Rn. 29; AA Rösch, Intraeuropäisches Investitionsschutzrecht, S. 127f, der auf die Natur der Streitigkeit abstellen will.

der Sache notwendig⁷²³. Dies gilt selbst dann, wenn nicht die Anwendung des Unionsrechts in Frage steht, sondern lediglich seine Interpretation. Dies ist für einen Konflikt als ausreichend zu erachten⁷²⁴. Schon in der Bestimmung des Unionsrechts als anwendbaren Rechts könnte allerdings aus europarechtlicher Sicht ein Problem liegen. Ob Unionsrecht anzuwenden ist, ist nicht selten selbst strittig – und eine Frage, die das Unionsrecht selbst beantwortet. Allein die Antwort auf die Frage, ob das Unionsrecht als Tatsache in einer Investor-Staats-Streitigkeit hinzuzuziehen ist, dem Investitionsschiedsgericht zu überlassen, könnte bereits mit dem Unionsrecht unvereinbar sein. Die Beachtung nationalen Rechts ist auch unabhängig von der Rechtswahlklausel notwendig – andernfalls wäre „die Frage der Vereinbarkeit von Intra-EU-IIAs mit dem Unionsrecht keine Frage des Prinzips, sondern eine Frage der Vertragsgestaltung“⁷²⁵. Problematisch wären nicht nur gegensätzliche Regelungen, sondern auch parallele Regelungen, die die Union an ein bestimmtes Verständnis binden könnten⁷²⁶. Auch wenn das Europarecht nicht geprüft wird, sondern nur zur Präzisierung der Fragestellung herangezogen wird, scheint der EuGH dies für nicht mit dem Europarecht vereinbar zu halten⁷²⁷.

Frühere Literatur sah dagegen die Vereinbarkeit von Schiedsgerichten mit der Autonomie der Unionsrechtsordnung noch als weitgehend unproblematisch an: Diese werde durch die Auslegung von Unionsrecht durch die Schiedsgerichte nicht beeinträchtigt, weil deren Interpretation keine Bindungswirkung zukommen würde. Problematisch wäre allenfalls das Risiko, dass der EuGH durch eine Entscheidung eines Schiedsgerichts faktisch nicht mehr ausschließlich zuständig sei und die als gering eingeordnete Gefahr einer faktischen Bindungswirkung bestünde⁷²⁸.

Der EuGH sieht in der Zuständigkeit von Investitionsschiedsgerichten für Streitigkeiten zwischen einem Investor aus einem EU-Mitgliedsstaat und einem anderen EU-Mitgliedsstaat eine Gefährdung der

723 Dazu *Athen/Dörr*, *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, *Das Recht der Europäischen Union*, Art. 344 Rn. 28; siehe dazu ausführlich oben unter Europarecht.

724 Instruktiv dazu *Hindelang* *Conceptualisation and Application of the Principle of Autonomy of EU Law – The CJUE’s Judgement in Achmea put in Perspective*, S. 10, abrufbar unter https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3266123, zuletzt abgerufen am 30.10.2019; zu eng dagegen *Rösch*, *Intraeuropäisches Investitionsschutzrecht*, S. 128.

725 *Lang*, *Transnationales Wirtschaftsrecht*, Nr. 156, S. 18.

726 Diese Problematik lag dem EWR Gutachten 1/91 zugrunde: Die vom EWR Gerichtshof auszulegenden Vorschriften stimmten weitgehend wortgleich mit dem Unionsrecht überein. Vom EWR Gerichtshof vorgenommene Interpretationen hätten folglich den EuGH faktisch binden können, siehe dort Rn. 4f, 41ff.

727 *Classen*, *EuR* 2018, S. 361, 365; für den Fall des ECT hat der EuGH dies zwischenzeitlich in der Rechtssache *Republik Moldau gegen Komstroy* (EuGH C-741/19) folgendermaßen klargestellt: Der ECT sei selbst Teil des Unionsrechts und schon daher exklusiv durch den EuGH auszulegen; die Auslegung durch ein Schiedsgericht sei geeignet, die einheitliche Auslegung des Unionsrechts zu gefährden (siehe dort insbesondere Rn. 57ff).

728 *Ahner*, *Investor-Staat-Schiedsverfahren nach Europäischem Unionsrecht*, S. 218ff; *Rösch*, *Intraeuropäisches Investitionsschutzrecht* S. 136.

Autonomie des Unionsrechts – sogar unabhängig davon, ob die Rechtswahlklausel einen ausdrücklichen Bezug auf nationales oder europäisches Recht beinhaltet. Dieses in der Achmea-Entscheidung erzielte Ergebnis war durch nachfolgend darzulegende Entscheidungen vorgezeichnet worden (II).

II. *Rechtsprechung des EuGH*

Insbesondere im Rahmen verschiedener Gutachtenverfahren hatte der EuGH zu verschiedenen Gerichten Stellung zu nehmen, die geeignet waren die Autonomie des Unionsrechts zu beeinträchtigen und hat dabei große Skepsis über deren Zulässigkeit gezeigt⁷²⁹. In den Gutachtenverfahren 1/91 und 1/92 ging es dabei jeweils um die Schaffung eines Gerichtshofs für den Europäischen Wirtschaftsraum. Dessen Kompetenzen hätten die Auslegung von zum Unionsrecht gleichlautenden Vorschriften sogar unter Berücksichtigung der bisherigen Rechtsprechung des EuGH umfasst. Obwohl der EuGH dort und seit dem auch in ständiger Rechtsprechung betonte, dass es der Union generell offen stünde, völkerrechtliche Abkommen zu unterzeichnen, die auch ein Streitbeilegungssystem enthielten, lehnte er die vorgesehenen Mechanismen in den eben zitierten Gutachten ab. Zum gleichen Ergebnis kam er in drei weiteren Verfahren, zwei zum Beitritt der Union zur EMRK und einem zur Schaffung eines gemeinsamen europäischen Patentgerichts. Die Gründe für diese Entscheidungen und deren Übertragbarkeit auf die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit sind im Folgenden zu untersuchen.

1) EuGH Gutachten zur Schaffung eines Organs zur Auslegung der EWR-Regeln

Das Recht des Europäischen Wirtschaftsraums sollte durch eine wörtliche Entsprechung zum Unionsrecht mit diesem homogenisiert werden. Allerdings erachtete der EuGH den Zweck des Unionsrechts als erheblich weiter als die EWR-Regeln, die folglich nach anderen Maximen auszulegen gewesen wären⁷³⁰. Weiterhin sollte nur die bis zum Tag der Unterzeichnung des EWR-Abkommens erfolgte Rechtsprechung des EuGH bei dessen Auslegung berücksichtigt werden und der Vorrang dieser Regelungen konnte nicht hinreichend durch das Abkommensrecht sichergestellt werden, sondern blieb dem nationalen Recht überlassen⁷³¹. Nachdem es dem EWR-Gerichtshof hätte obliegen können, zwischen der Zuständigkeit der Union und derjenigen der Mitgliedsstaaten zu entscheiden, sah der EuGH die Autonomie des Unionsrechts als gefährdet an⁷³². Schließlich hätte der EWR Gerichtshof verbindlich über die Rechtmäßigkeit von Handlungen der Union entscheiden können⁷³³.

729 Nicht selten wurde dem EuGH sogar ein eifersüchtiges Wachen über die eigenen Kompetenzen attestiert, siehe etwa *Hindelang*, Archiv des Völkerrechts 2015, S. 68, 68.

730 EuGH Gutachten 1/91, Rn. 14.

731 EuGH Gutachten 1/91, Rn. 26f.

732 EuGH Gutachten 1/91, Rn. 31ff.

733 EuGH Gutachten 1/91, Rn. 40ff.

Dem zweiten Gutachten lagen die geänderten Vorschriften zu Grunde, die es insbesondere dem EuGH erlaubten, unabhängig von anderen Instanzen und verbindlich für die Gerichte der EWR-Mitgliedsstaaten über die Auslegung des Abkommens zu entscheiden⁷³⁴. Zwar war ein EFTA-Gerichtshof vorgesehen, dieser durfte jedoch nur für die EFTA, nicht aber für die Union verbindliche Entscheidungen treffen⁷³⁵.

2) EuGH Gutachten zum Beitritt der EU zur EMRK

Der EuGH war zweimal mit der Frage befasst, ob der Beitritt der Union zur EMRK mit den Verträgen vereinbar sei. Das erste Mal konnte er diese Frage aus kompetenzrechtlichen Gründen noch ohne größeren Begründungsaufwand ablehnen⁷³⁶. Inzwischen ist der Beitritt zur EMRK jedoch in Art. 6 Abs.2 EUV durch das Primärrecht selbst vorgesehen. Der Beitrittsentwurf wurde also erneut Gegenstand eines EuGH-Verfahrens nämlich des Gutachtens 2/2013.

Der EuGH betont in dieser Entscheidung, dass zur Erhaltung der besonderen Merkmale und der Autonomie der Unionsrechtsordnung ein Gerichtssystem geschaffen worden sei, in dessen Rahmen es Aufgabe der mitgliedstaatlichen Gerichte und des Gerichtshofs sei, die volle Anwendung des Unionsrechts zu gewährleisten. Ein Schlüsselement stelle dabei das Vorabentscheidungsverfahren dar, welches die Kohärenz der Auslegung sicherstellen solle⁷³⁷. Gleichzeitig stellte der EuGH erneut klar, dass eine internationale Übereinkunft, die ein Gericht, welches mit der Auslegung des völkerrechtlichen Abkommens befasst sei, schaffen würde, mit dem Unionsrecht vereinbar sei. Dies gelte jedenfalls solange, als dabei keine verbindliche Auslegung des Unionsrechts vorgegeben würde⁷³⁸. Wichtig dabei ist das Wort „insbesondere“, welches deutlich macht, dass der EuGH nicht nur in diesem Fall das Übereinkommen für problematisch hält⁷³⁹. Eine potentielle Beeinträchtigung der Autonomie des Unionsrechts sah der EuGH weiterhin in der eingeräumten Entscheidungsbefugnis über die Kompetenzen von Union und den Mitgliedsstaaten⁷⁴⁰. Von internationalen Streitbeilegungsinstanzen, die nicht in das System des europäischen Primärrechts integriert sind, darf das Unionsrecht weiterhin auch nicht angewendet werden und Entscheidungen dieser Instanz dürfen keine, auch nicht faktische Bindungswirkung für Organe der Union haben⁷⁴¹.

734 EuGH Gutachten 1/92, Rn. 12ff.

735 EuGH Gutachten 1/92, Rn. 19.

736 EuGH Gutachten 2/94, Rn. 36.

737 EuGH Gutachten 2/2013, Rn. 174ff.

738 EuGH Gutachten 2/2013, Rn. 182ff.; dazu *Rösch*, *Intraeuropäisches Investitionsschutzrecht*, S. 141f.

739 *Classen*, *EuR* 2018, S. 361, 365.

740 EuGH Gutachten 1/13, Rn. 191ff; *Schill*, *JWIT* 2015, S. 379, 384.

741 *Schill*, *JWIT* 2015, S. 379, 384f.

Das EuGH-Gutachten wurde viel kritisiert, insbesondere was das Verständnis der EMRK anbelangte⁷⁴². Insgesamt handele es sich dabei um eine „Autonomie über alles“ Rechtsprechung des EuGH, die in bislang ungekanntem Maß die internationale Integration der EU gefährde⁷⁴³. Weiterhin wurde befürchtet, der EGMR könnte mit einigen Rechtsfragen an Stelle des EuGH befasst werden und diesem somit faktisch die Entscheidungskompetenz entziehen⁷⁴⁴. Diese Problematik besteht bis zu einem gewissen Grad jedoch ohnehin: Die ständige Rechtsprechung des EGMR betont, dass internationale Verpflichtungen – wie auch die aus den EU-Verträgen – die Staaten nicht von Verpflichtungen aus der EMRK befreien können⁷⁴⁵.

Die Auslegung des Art. 344 AEUV und der Autonomie des Unionsrechts wurde als zu weitreichend kritisiert. Dies kann jedoch durch die Trennung einer europäischen und einer völkerrechtlichen Perspektive abgemildert werden. Diese Interpretation von Art. 344 AEUV passt nur soweit ausschließlich Staaten beteiligt sind; bei der Einbindung von Privaten soll Art. 344 AEUV nicht greifen⁷⁴⁶.

3) EuGH Gutachten zum europäischen Patentgericht

Der EuGH hatte im Gutachten 1/09 über die Zulässigkeit der Schaffung eines europäischen Patentgerichts zu entscheiden. Darin betont er, wie in ständiger Rechtsprechung, die grundsätzliche Zulässigkeit der Schaffung internationaler Gerichte, an die auch die Union gebunden sein darf, solange es dabei nicht um die Auslegung von Unionsrecht, sondern nur um die Auslegung des internationalen Abkommens selbst geht⁷⁴⁷. Nachdem das Patentgericht aber auch Regeln des Binnenmarktrechts und Wettbewerbsrechts hätte anwenden und auslegen müssen, für dessen Wahrung die mitgliedstaatlichen Gerichte und letztlich der EuGH zuständig sind, hat der EuGH den geplanten Entzug dieser Kompetenz für unionsrechtswidrig erklärt. Insbesondere war eine beträchtliche Anzahl an Klagen unter Anwendung des Unionsrechts zu erwarten⁷⁴⁸. Den Gerichten der Mitgliedsstaaten würde folglich ihre tragende Rolle für Klagen einzelner entzogen⁷⁴⁹. Die Unionsrechtswidrigkeit sollte sogar gelten, obwohl das Patentgericht dem EuGH gegenüber vorlageberechtigt gewesen wäre⁷⁵⁰.

742 *Streinz/Michl*, *Streinz AEUV*, Art 6 EUV, Rn. 18.

743 *Grabenwarter*, *EuZW* 2015, S. 180, 180.

744 *Thym*, *EuZW* 2015, S. 180, 180.

745 *EGMR Matthews vs Großbritannien*, Urteil des EGMR vom 18.02. 1999, Beschwerdenr. 24833/94, Rn. 32ff.; dazu *Breuer*, *EuR* 2015, S. 330, 336; insofern gilt derselbe Rechtsgedanke, der Art. 27 WVK zu Grunde liegt.

746 So für den Menschenrechtsschutz, *Breuer*, *EuR* 2015, S. 330, 339f.

747 *EuGH Gutachten 1/09*, Rn. 75ff.

748 *EuGH Gutachten 1/09*, Rn. 72f.

749 *EuGH Gutachten 1/09*, Rn. 79ff; siehe dazu etwa *Lang*, *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht*, Nr. 138, 2015, S. 16.

750 Dazu *Gruber*, *GRUR Int.*, 2015, S. 323, 324.

Allerdings sah der EuGH die Durchsetzbarkeit des Unionsrechts als nicht gewährleistet an⁷⁵¹. Art. 344 AEUV sah der EuGH jedoch als nicht betroffen an, weil es um die Streitigkeiten zwischen einzelnen ohne unmittelbare Beteiligung der EU-Mitgliedsstaaten ging⁷⁵². Dies zeigt auch, dass der EuGH die Autonomie des Unionsrechts nicht ausschließlich aus Art. 344 AEUV ableitet. Das Patentgericht sollte außerhalb des institutionellen und gerichtlichen Rahmens der EU stehen⁷⁵³. Ob und inwiefern dies auch für die Investitionsschiedsgerichte gilt, ist sogleich unter (B) zu prüfen.

4) Rechtsprechung im Fall Mox Plant

Im Fall Mox Plant hatte der EuGH darüber zu befinden, ob eine Klage Irlands gegen Großbritannien vor dem Internationalen Seegerichtshof gegen seine ausschließlichen Zuständigkeiten verstieß. Nachdem bei der Streitigkeit unionsrechtliche Vorschriften jedenfalls auch streitentscheidend waren⁷⁵⁴, bejahte der EuGH die Pflicht der Mitgliedsstaaten, in solchen Fällen ausschließlich den von den EU-Verträgen vorgesehenen Streitbeilegungsmechanismus zu verwenden⁷⁵⁵. Irlands Vorlage an den Seegerichtshof erachtete der EuGH folglich als unionsrechtswidrig.

Ob eine Streitigkeit das Unionsrecht betrifft und damit in die ausschließliche Kompetenz des EuGH fällt, richtet sich nach unionsrechtlicher Perspektive. Damit das Unionsrecht als betroffen gilt, ist keine Deckungsgleichheit erforderlich, es genügt, dass die Union auf diesem Gebiet Regelungen getroffen hat, die denen des internationalen Abkommens im Wesentlichen entsprechen⁷⁵⁶.

Bemerkenswert ist abschließend noch der Umgang des befassten Schiedsgerichts mit der Problematik der überschneidenden Kompetenzen mit dem EuGH. Als klar wurde, dass dieser sich ebenfalls mit dem Fall befassen würde, stellte das Schiedsgericht das Verfahren zwischenzeitlich ein und nach Abschluss des Verfahrens vor dem EuGH wurde die Einstellung permanent, obwohl dazu kein rechtlicher Zwang bestand. Der Umgang des Schiedsgerichts ist also ein gutes Beispiel für die Kooperation internationaler Gerichte⁷⁵⁷.

751 EuGH Gutachten 1/09, Rn. 87f.

752 EuGH Gutachten 1/09, Rn. 63.

753 EuGH Gutachten 1/09, Rn. 71.

754 EuGH C-459/03 (Mox Plant), Rn. 110ff.

755 EuGH C-459/03 (Mox Plant), Rn. 122ff.

756 Nach *Wegener*, ZUR 2006, S. 582, 583.

757 Ausführlich dazu *Lock*, Das Verhältnis zwischen dem EuGH und internationalen Gerichten, S. 40ff.; die fehlende Kooperation des EuGH in diesem Fall wurde dagegen überwiegend kritisch beurteilt, siehe etwa *Lavranos*, EuR 2007, S. 440, 459ff. mwN. Allerdings bedurfte auch das Schiedsgericht wiederholter Aufforderungen, um das Verfahren auszusetzen, siehe dazu EuGH C-459/03, Rn. 30ff.

5) Vorgaben der Autonomie des Unionsrechts an die Zulässigkeit internationaler Konfliktlösungsmechanismen unter Einbeziehung der EU

Der EuGH hat aus der Autonomie des Unionsrechts verschiedene Aspekte abgeleitet, insbesondere im Verhältnis zum nationalen Recht, die aber auf das Investitionsschutzrecht übertragen werden müssen⁷⁵⁸:

- die unmittelbare Anwendbarkeit des Unionsrechts auch im Falle fehlender Umsetzung, die der EuGH an der Rechtssache van Gend⁷⁵⁹ entwickelt hat und welche seitdem in ständiger Rechtsprechung angewendet wird,
- den Vorrang des Unionsrechts sogar gegenüber dem Verfassungsrecht, EuGH C-6/64 (Costa Enel),
- Das Vorlagerecht und die Vorlagepflicht der mitgliedstaatlichen Gerichte gemäß Art. 267 AEUV⁷⁶⁰,
- Das Verwerfungsmonopol bezüglich Akten von Unionsorganen, EuGH C-314/85 (Foto Frost),
- Die Verantwortlichkeit der Mitgliedsstaaten bei Unionsrechtsverstößen durch die Gerichte der Mitgliedsstaaten, EuGH C-224/01 (Köbler),
- Entscheidungen über die Zuständigkeiten der Union oder ihrer Organe⁷⁶¹,
- Andere Streitbeilegungsinstanzen dürfen die autonome Interpretation des Unionsrechts durch den EuGH nicht negativ beeinflussen⁷⁶². „Beeinflussen“ umfasst in diesem Zusammenhang nicht nur die Möglichkeit einer rechtlichen Bindungswirkung, sondern auch faktische Beeinflussungen, wie insbesondere die Einstufung einer Handlung als völkerrechtswidrig was wiederum eine Haftung – etwa durch das Investitionsschutzrecht aber auch durch etwa die EMRK – auslösen kann⁷⁶³.

758 Nach *Schill*, in Bungenberg/Reinisch/Tietje, EU and Investment Agreements, S. 41f.

759 EuGH C-26/62; siehe zu diesem Aspekt der Autonomie des Unionsrechts etwa auch *Hindelang*, Archiv des Völkerrechts 2015, S. 68, 73.

760 Siehe dazu insbesondere EuGH Gutachten 2/13, Rn. 196ff; *Lang*, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht Nr. 135, S. 16.

761 Siehe dazu *Rösch*, Intraeuropäisches Investitionsschutzrecht, S. 142, 144ff, der jedoch die fehlende Übertragbarkeit der Problematik auf das Investitionsschutzrecht betont; siehe auch *Hindelang*, Archiv des Völkerrechts 2015, S. 68, 74; *Lang*, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht Nr. 135, S. 13ff; *Schill*, JWIT 2015, S. 379, 384.

762 *Hindelang*, Archiv des Völkerrechts 2015, S. 68, 74.

763 Siehe dazu etwa *Lang*, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht Nr. 135, S. 10.

Insbesondere mit der Achmea-Entscheidung fügt der EuGH dem Prinzip der Autonomie des Unionsrechts Aspekte der Geltung der *rule of law*, insbesondere der damit verbundenen Rechtsschutzgarantie, hinzu⁷⁶⁴.

III. Fazit

Der EuGH akzeptiert eine Kontrolle der Rechtmäßigkeit von Akten der Union oder auch nur der Mitgliedsstaaten, sei diese völkerrechtlicher oder sogar ebenfalls unionsrechtlicher Natur, nur in seltenen Fällen⁷⁶⁵. Auch wenn eine solche Skepsis gegenüber einer externen Kontrolle grundsätzlich verständlich ist, so stellt sich dieses Problem doch ebenfalls für jedes nationale Verfassungsgericht im Verhältnis zum Völkerrecht und für die Unionsmitglieder sogar in besonderer Weise eben durch den EuGH. Die überwiegend kooperative Rechtsprechung der Verfassungsgerichte der Mitgliedsstaaten hat die EU in der heutigen Form überhaupt ermöglicht.

Der EuGH hat es bisher versäumt in seinen Urteilen ein Maß zu finden, welches einerseits die Einheit der Rechtsordnung der Union schützt und sichert, gleichzeitig aber nicht dem Abschluss internationaler Abkommen unter Beteiligung der EU oder seiner Mitgliedsstaaten zu sehr entgegensteht. Noch weiter gehender als die meisten Verfassungsgerichte glaubt der EuGH, Autonomie und Souveränität verteidigen zu müssen⁷⁶⁶. Mit dem EuGH Gutachten 1/17 zum CETA-Abkommen hat der EuGH einen wichtigen ersten Schritt in die Richtung gemacht, internationale Streitbeilegung nicht nur für theoretisch mit dem Unionsrecht vereinbar zu erklären, sondern auch eine konkrete Umsetzung erstmals zuzulassen⁷⁶⁷.

Gefährdungen der Autonomie des Unionsrechts sieht der EuGH insbesondere dann, wenn andere Gerichte Interpretationen des Unionsrechts vornehmen. Allerdings zeigt das System der Vorabentscheidung auch, dass der EuGH keineswegs als einzige Instanz Unionsrecht anwenden darf. Im Gegenteil, zumeist sind die Gerichte der Mitgliedsstaaten damit betraut. Diese sind allerdings in das unionsrechtliche Konfliktbeilegungssystem miteinbezogen; ob dies auch für die Investitionsschiedsgerichte in hinreichendem Maße gilt, ist noch näher zu untersuchen⁷⁶⁸. Das Rechtsprechungsmonopol des EuGH beschränkt sich auf die finale und bindende Interpretation des

764 Siehe dazu instruktiv *Hindelang*, *Conceptualisation and Application of the Principle of Autonomy of EU Law – The CJUE’s Judgement in Achmea put in Perspective*, S. 2f, abrufbar unter https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3266123, zuletzt abgerufen am 30.10.2019.

765 Zur „hohen Schwelle“ für die Anerkennung internationaler Abkommensgerichte siehe auch *Rösch*, *Intraeuropäisches Investitionsschutzrecht*, S. 147.

766 Näher dazu etwa *Wendel*, *NJW* 2015, S. 921, 923.

767 Ausführlich dazu unten unter Ausschließliche Kompetenzen des EuGH.

768 Siehe dazu unten unter Investitionsschiedsgerichte als Gericht eines Mitgliedsstaats.

Unionsrechts⁷⁶⁹: Autonomie des Unionsrechts bedeutet nicht Autarkie⁷⁷⁰. Die Union kann auch nicht verhindern, dass Gerichte von Drittstaaten Unionsrecht anwenden und zwar in anderer als vom EuGH vorgesehenen Art und Weise. Dies steht allenfalls der Vollstreckung in der Union entgegen.

Die Miteinbeziehung von Unionsrecht in investitionsrechtliche Streitigkeiten dient außerdem der Vermeidung von Normwidersprüchen. Insoweit also Unionsrecht durch die Schiedsgerichte nicht beachtet werden darf, wie etwa in 8.31 Abs. 2 CETA vorgesehen, erhöht dies das Risiko von Wertungswidersprüchen⁷⁷¹. Auch aus der schiedsgerichtlichen Praxis lassen sich einige Problemfälle aufzeigen: In *Maffezini gegen Spanien* stand etwa die Umsetzung einer Richtlinie in Frage, die gegebenenfalls unmittelbar hätte angewendet werden müssen, sofern die entsprechenden unionsrechtlichen Grundsätze dies vorgesehen hätten⁷⁷². Die in diesem Fall vom Schiedsgericht gefundene Lösung sollte der Vermeidung eines Konflikts mit dem Unionsrecht dienen: Das Unionsrecht sollte nur insoweit angewendet werden, wie es zum Verständnis der nationalen Maßnahme notwendig ist und weder die Gültigkeit noch die Interpretation in Frage stellt. Damit sollten die exklusiven Kompetenzen des EuGH gewahrt bleiben⁷⁷³. Eine Anwendung der unionsrechtlichen Vorschriften durch die Schiedsgerichte nur auf Basis der *acte claire* beziehungsweise *acte éclairée* Doktrinen scheint angesichts der zahlreichen aufgezeigten Überschneidungen als nicht ausreichend. Selbst wenn der EuGH, was angesichts der obigen Analyse unwahrscheinlich erscheint, eine solche Argumentation akzeptieren würde, dürfte der Großteil der mit der Anwendung von Unionsrecht verbundenen Probleme so nicht lösbar sein⁷⁷⁴.

Mit durchaus verständlichen Gründen sieht der EuGH also die Autonomie des Unionsrechts durch die Investitionsschiedsgerichte als gefährdet an, weil zwar keine rechtliche, bis zu einem gewissen Grad allerdings eine faktische Bindungswirkung von Entscheidungen der Investitionsschiedsgerichte ausgehen kann⁷⁷⁵. Dies gilt allerdings nur, sofern diese nicht in das Konfliktbeilegungssystem, das von Art. 344 AEUV vorausgesetzt wird, integriert sind, also nicht als „Gericht eines Mitgliedsstaats“ zu

769 Siehe etwa *Fecak*, *International Investment Agreements and EU Law*, S. 379; so auch *Achmea*, *Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension*, 26.10.2010, Rn. 282

770 Schlussanträge des Generalanwalts zum EuGH Gutachten 1/17, Rn. 59.

771 So etwa *Bodenheimer/Eller*, *RIW* 2018, S. 786, 791; *Lock*, *Das Verhältnis zwischen dem EuGH und internationalen Gerichten*, S. 167.

772 Siehe dazu etwa *Vives*, *Cuadernos de derechos transnacional* 2014, S. 269, 284f.

773 *Vives*, *Cuadernos de derechos transnacional* 2014, S. 269, 287.

774 So vorgetragen durch *Achmea vs. Slowakei*, *Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension*, 26.10.2010; gegen eine Akzeptanz durch den EuGH *Ahner*, *Investor-Staat-Schiedsverfahren nach Europäischem Unionsrecht*, S. 237.

775 Zu den „spill-over effects“ siehe anschaulich etwa *Hindelang*, *Archiv des Völkerrechts* 2015, S. 68, 75.

qualifizieren sind (B) oder jedenfalls einer hinreichenden Kontrolle durch das Gericht eines Mitgliedsstaates unterliegen (C).

B Investitionsschiedsgerichte als Gericht eines Mitgliedsstaats

Artikel 267 AEUV misst den Gerichten der Mitgliedsstaaten eine zentrale Bedeutung für die Sicherung des *judicial dialogues* und der einheitlichen Anwendung des Unionsrechts bei⁷⁷⁶. Wenn Investitionsschiedsgerichte als Gerichte eines Mitgliedsstaats einzuordnen wären, stünde die Autonomie des Unionsrechts ihrer Existenz nicht entgegen. Sie wären in diesem Fall Teil des vom Unionsrecht vorgesehenen Konfliktlösungsmechanismus.

Der EuGH prüft in ständiger Rechtsprechung die nachfolgend näher zu analysierenden Merkmale, um zu festzustellen, ob das vorliegende Organ ein Gericht im Sinne des Art. 267 AEUV ist. Art. 267 AEUV spricht dabei einmal von „*Gericht eines Mitgliedsstaats*“, einmal von einem „*einzelstaatlichen Gericht*“. Eine Begrenzung dieses Wortlauts auf „*ordentliche Gerichte*“ ist in jedem Fall als zu eng einzustufen⁷⁷⁷. Vorab lässt sich noch feststellen, dass Schiedsgerichte jedenfalls nicht generell von der Vorlageberechtigung ausgeschlossen sind. In Portugal unterliegen etwa die Steuerfestsetzungen der Entscheidung eines Schiedsgerichts, wie es die dortige Verfassung vorsieht⁷⁷⁸. Ein auf dieser Grundlage gebildetes Schiedsgericht sah der EuGH als vorlageberechtigt an⁷⁷⁹.

Der Gerichtsbegriff ist autonom europarechtlich zu bestimmen⁷⁸⁰. Nachfolgend ist also zu prüfen, ob ein Investitionsschiedsgericht diese Merkmale erfüllt oder jedenfalls erfüllen könnte. Die Prüfung erfolgt sowohl anhand von strukturellen als auch von funktionalen Kriterien⁷⁸¹. Strukturell muss also eine gewisse Einbindung in das Justizsystem eines Landes bestehen und funktionell der anrufende Spruchkörper eine Entscheidung mit Rechtsprechungscharakter treffen⁷⁸².

Das Schiedsgericht müsste dafür auf einer gesetzlichen Grundlage stehen (I), einen ständigen Charakter aufweisen (II), obligatorische Gerichtsbarkeit (III) über ein Streitiges Verfahren ausüben (IV)

776 EuGH C-284/16 (Achmea), Rn. 32ff; *Hindelang*, Archiv des Völkerrechts 2015, S. 68 77.

777 So aber *Rösch*, Intraeuropäisches Investitionsschutzrecht, S. 150; die Beschränkung auf ordentliche Gerichte ist gerade in deutschem Zusammenhang erst recht irreführend. Die Vorlagebefugnis etwa der Verwaltungsggerichtsbarkeit kann nicht ernstlich angezweifelt werden.

778 Siehe Art. 209 der portugiesischen Verfassung.

779 EuGH C-377/13, Rn. 34.

780 *Wegener*, Calliess/Ruffert, Art. 267 AEUV, Rn. 19.

781 EuGH C-363/11, Rn. 21.

782 *Karpenstein*, Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 267 AEUV, Rn. 16; siehe auch *Midekke*, Handbuch des Rechtsschutzes der Europäischen Union, § 10, Rn. 23.

und dieses unter Anwendung von Rechtsnormen (V) unabhängig zu entscheiden (VI)⁷⁸³. Schließlich muss die Zurechenbarkeit zu einem der Mitgliedsstaaten bestehen (VIII).

I. Gesetzliche Grundlage

Um die vom EuGH entwickelten Kriterien zu erfüllen, muss das Organ auf Basis einer gesetzlichen Grundlage tätig werden. Dieses Kriterium bezweckt, dass nur Einrichtungen, die die Mitgliedsstaaten mit der Erfüllung von Aufgaben im Bereich des Rechtsschutzes betraut haben, vorlageberechtigt sein sollen, weil es wiederum die Mitgliedsstaaten sind, die mit der Durch- und Umsetzung des Europarechts betraut sind⁷⁸⁴.

Wie Generalanwalt Wathelet in seinen Schlussanträgen zum Achmea-Verfahren hervorhebt, gibt es mehrere Arten von Schiedsgerichtsbarkeiten, nämlich die Schiedsgerichtsbarkeit zwischen zwei privaten Personen, zwei Staaten und einem Staat und einem Investor⁷⁸⁵. Für die rein private Schiedsgerichtsbarkeit kann das Merkmal der gesetzlichen Grundlage nicht als erfüllt betrachtet werden, weil diese auf privatvertraglichen Schiedsabreden beruhen⁷⁸⁶. Folglich ist „*die öffentliche Gewalt in die Entscheidung, den Weg der Schiedsgerichtsbarkeit zu wählen, nicht einbezogen*“⁷⁸⁷. Für die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit gelten jedoch etwas andere Regeln.

Die gesetzliche Grundlage kann entweder in dem völkerrechtlichen Abkommen an sich oder jedenfalls in dem entsprechenden nationalen Zustimmungsgesetz gesehen werden⁷⁸⁸. Zwar beruht auch die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit auf einer Schiedsvereinbarung, diese wurde jedoch gerade nicht nur von den Beteiligten des Schiedsverfahrens also Investor und Gaststaat getroffen, sondern zwischen dem Heimatstaat des Investors und dem jetzigen Beklagten. Von einer Schiedsklausel, die erst und

783 Etwa EuGH C-394/11, Rn. 38 und dort angeführte Rechtsprechung; siehe dazu auch *Midekke*, Handbuch des Rechtsschutzes der Europäischen Union, § 10 Rn. 22 mwN.

784 GA Szpunar zu C-377/13, Rn. 21; *Ehricke*, Streinz AEUV, Art. 267 AEUV, Rn. 33.

785 GA Wathelet zu EuGH C-284/16 (Achmea) Rn. 91.

786 Schiedsgerichte, die aufgrund privatrechtlicher Vereinbarung tätig werden sind keine Gerichte im Sinne des Art. 267 AEUV, siehe dazu etwa *Midekke*, Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, § 10, Rn. 24.

787 EuGH C-102/81, Rn. 12; EuGH C-127/97, Rn. 34; *Karpenstein*, Grabitz/Hilf/Nettesheim, AEUV, Das Recht der Europäischen Union, Art. 267 Rn. 18.

788 GA Wathelet, Schlussanträge C 284/16 Rn. 96; so auch etwa *Bodenheimer/Eller*, RIW 2018, 786, 790; *Andersen/Hindelang*, JWIT 2016, S. 984, 1009; Welches der beiden Merkmale das jeweils entscheidende ist hängt wiederum von dem Verständnis des nationalen Rechts ab, in welchem Verhältnis es zum Völkerrecht steht. Im Wesentlichen kann man dabei zwischen einem monistischen und einem dualistischen System unterscheiden, also der Frage ob es sich um ein gesamtes Rechtssystem handelt, welches sowohl aus dem nationalen Recht als auch dem Völkerrecht besteht oder um zwei getrennte Rechtssysteme; dazu etwa Börsen, Nationales Recht in Investitionsschiedsverfahren, S. 15ff, 145; *Herdegen*, Völkerrecht, § 22 Rn. 1ff.

ausschließlich durch die Parteien des konkreten Rechtsstreits geschlossen wurde, kann also gerade nicht ausgegangen werden⁷⁸⁹.

Gegen eine Erfüllung dieses Kriteriums könnte wiederum sprechen, dass Investitionsschiedsverfahren in ihrer konkreten Form jeweils durch die Erhebung einer Schiedsklage durch den Investor eingeleitet werden⁷⁹⁰. Zu Beginn der konkreten Streitigkeit ist der Staat folglich nicht mehr wie vom EuGH gefordert, in die Erhebung der Schiedsklage dermaßen mit einbezogen, dass er darauf Einfluss nehmen könnte. Eine entsprechende Willenserklärung des Staates zum Abschluss eines Schiedsvertrags kann jedoch auch vorher schon erteilt worden sein. Auch im Zivilrecht kennt man die *offerta ad incertas personas* als bereits rechtsverbindliche Willenserklärung. Dieses Prinzip kann hier übertragen werden. Die Beteiligung im Vorfeld des Verfahrens ist also als ausreichend zu erachten.

Anderes könnte wiederum dann gelten, wenn, wie teilweise argumentiert wird, die Investoren im Rahmen von Investitionsschiedsverfahren eigentlich Rechte ihres jeweiligen Heimatstaats wahrnehmen. Diese Auffassung ist allerdings nur historisch verständlich: Wenn davon ausgegangen wird, dass Investoren im Völkerrecht keine eigenen Rechte haben, kann dies als Erklärung für eine Klageberechtigung herangezogen werden. Inzwischen ist jedoch allgemein anerkannt, dass es die Rechte der Investoren selbst sind, die sie einklagen und ihnen insoweit eine Teilrechtsfähigkeit im Völkerrecht zukommt⁷⁹¹. Allerdings sind die Staaten schon vor der Entstehung des jeweiligen Konflikts durch die Vereinbarung eines Streitbeilegungsmechanismus beteiligt.

Damit ist die öffentliche Gewalt in hinreichender Weise eingebunden⁷⁹². Eine ausreichende gesetzliche Grundlage für die Qualifikation eines Investitionsschiedsgerichts als Gericht im Sinne des Art. 267 AEUV liegt folglich vor.

II. Ständiger Charakter

Problematisch ist in jedem Fall die Frage des ständigen Charakters der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit. Die Schiedsgerichte werden immer nur für einen konkreten Fall

789 Anders wäre dies evtl. für die allerdings zunehmend weniger bedeutsamen Verträge zwischen dem Investor und dem Gaststaat zu sehen.

790 Kritisch zu diesem Aspekt etwa *Hindelang*, *Conceptualisation and Application of the Principle of Autonomy of EU Law – The CJUE’s Judgement in Achmea put in Perspective*, S. 9, abrufbar unter https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3266123, zuletzt abgerufen am 30.10.2019.

791 Zur Diskussion etwa *Diehl*, *The core standard of international investment protection*, S. 305f. Dann würde auch schon ein Verstoß gegen Art. 344 AEUV anzunehmen sein, siehe dazu oben unter *Liegt eine Streitigkeit zwischen den Mitgliedsstaaten vor*.

792 So etwa *Rösch*, *Intraeuropäisches Investitionsschutzrecht*, S. 151, 156; *Bodenheimer/Eller*, *RIW* 2018, S. 786, 790; kritisch, aber einer Öffnung gegenüber Schiedsgerichten nicht generell verschlossen *Streinz*, *Art. 267 AEUV*, Rn. 33 mwN.

gebildet und lösen sich hinterher wieder auf. Fraglich ist, ob Investitionsschiedsgerichten trotzdem ein ständiger Charakter attestiert werden kann.

Diese Frage wird nicht zuletzt von der konkreten Ausgestaltung des Investitionsschutzabkommens und dessen Ausgestaltung hinsichtlich der Bildung des Schiedsgerichts abhängen. Die Organisation eines Schiedsverfahrens kann von einer Institution⁷⁹³ oder ad hoc durchgeführt werden, je nachdem könnte die Antwort auf die Frage der Ständigkeit durchaus unterschiedlich ausfallen.

Generalanwalt Wathelet zeigt in seinen Schlussanträgen jedoch auf, dass der EuGH in seiner Rechtsprechung auch vorher schon nicht auf die Ständigkeit des Bestehens des konkreten Spruchkörpers abstellt, sondern das Merkmal der ständigen Anrufbarkeit in den Vordergrund rückt⁷⁹⁴. Der EuGH selbst hatte dies in einem anderen Zusammenhang wie folgt formuliert: „*Das (Schiedsgericht weist) nämlich, obwohl die Zusammensetzung seiner Spruchkörper von kurzer Dauer ist und deren Tätigkeit jeweils mit ihrer Entscheidung ändert, insgesamt als Teil des Systems ständigen Charakter auf*“⁷⁹⁵.

Jedenfalls im Falle von organisierten Investitionsschiedsgerichten lassen sich gute Argumente für ein solches beständiges System anführen. ICSID, UNCITRAL und SCC, haben etwa eine permanente Verwaltung, die derjenigen nicht unähnlich ist, wie sie an nationalen Gerichten zu finden ist. Im Fall Achmea bestand dieses System etwa in der Benennung der Stockholm Chamber of Commerce als Institution, welcher die Befugnis eingeräumt wurde, die Schiedsrichter zu bestimmen. Das Verfahren hatte nach den UNCITRAL Regeln stattzufinden⁷⁹⁶. Zumindest die Schiedsinstitution war folglich als ständig einzuordnen.

Im Fall Merck/Canada stellte der EuGH darüberhinausgehend nicht einmal auf eine zugrunde liegende Schiedsinstitution ab, sondern ließ die Tatsache genügen, dass die Zuständigkeit des Gerichts auf einem permanent bestehenden Gesetz beruht⁷⁹⁷. Überträgt man diese Argumentation auf den Fall der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit, ist auch deren Ständigkeit zu bejahen: Der dem Schiedsverfahren zu Grunde liegende IIA besteht dauerhaft und genügt daher dem vom EuGH definierten Kriterium der Ständigkeit.

793 Üblich sind insbesondere die Verfahren unter der Geltung von ICSID, UNCITRAL oder der Stockholm Chamber of Commerce. Der Großteil der Investitionsschiedsverfahren wird mit Hilfe einer dieser Institutionen durchgeführt.

794 Schlussanträge zu EuGH C-284/16, Rn. 100ff.

795 EuGH C- 377/13 Rn. 26.

796 GA Wathelet, Schlussanträge C-284/16 Rn. 107.

797 EuGH C-555/13, Rn. 19.

Berger vertritt allerdings die Auffassung, dass beide Ständigkeitsmerkmale kumulativ vorliegen müssen, um die fehlende Permanenz des Spruchkörpers zu kompensieren. Ad hoc Schiedsgerichte seien aufgrund des regelmäßig fehlenden rechtlichen Rahmens im nationalen Prozessrecht keine ständigen Gerichte im Sinne des AEUV⁷⁹⁸.

Dem lässt sich entgegenhalten, dass auch in der staatlichen Gerichtsbarkeit die Permanenz nicht in der persönlichen Besetzung des Spruchkörpers liegt, sondern in dessen institutioneller Verfestigung. Diesbezüglich besteht eine hohe Ähnlichkeit zur Schiedsgerichtsbarkeit, welche die Bejahung der Dauerhaftigkeit von letzterer erlaubt.

Jedenfalls was die institutionalisierte Schiedsgerichtsbarkeit angeht, die den weitaus größeren Anteil in der Praxis ausmacht, sprechen jedoch gute Argumente dafür, die Ständigkeit der Schiedsgerichte zu bejahen⁷⁹⁹.

III. *Obligatorische Gerichtsbarkeit*

Das Merkmal der obligatorischen Gerichtsbarkeit soll nach der bisherigen Rechtsprechung des EuGH insbesondere als Abgrenzung zum Handeln mancher Gerichte als Verwaltungsbehörde dienen⁸⁰⁰. Wie oben ausgeführt, erfolgt die Bestimmung des Gerichtscharakters autonom europarechtlich und kann demzufolge von der nationalstaatlichen Einstufung abweichen⁸⁰¹.

Je nach Ausgestaltung der Schiedsklausel könnte es fraglich sein, ob es sich tatsächlich um eine obligatorische Gerichtsbarkeit handelt. Schließlich hat der Investor in der Regel noch die Wahl, ob er vor nationalen Gerichten oder vor dem Schiedsgericht gegen die angegriffene Maßnahme vorgehen will⁸⁰². Die Rechtsprechung des EuGH zeigt jedoch, dass der obligatorische Charakter auf Seiten des Staates als ausreichend zu erachten ist. Dieser hat sich mit dem Abschluss des Investitionsschutzabkommens dem Schiedsspruch eines nach dem Abkommen gebildeten Schiedsgerichts obligatorisch unterworfen. Der EuGH folgte in diesem Punkt, allerdings ohne ihn näher auszuführen, dem Vorschlag des Generalanwalts, der eine Wahl zwischen der Schiedsgerichts- und Verwaltungsgerichtsbarkeit als dem obligatorischen Charakter nicht abträglich betrachtete⁸⁰³. Er

798 So etwa *Berger*, *SchiedsVZ* 2017, S. 282, 285.

799 So auch *Rösch*, *Intraeuropäisches Investitionsschutzrecht*, S. 157f.

800 In Deutschland wird beispielsweise das Familiengericht in einigen Entscheidungen als Verwaltungsbehörde tätig, ungeachtet seiner eigenen Benennung als Gericht siehe dazu *Karpenstein*, *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, *Das Recht der Europäischen Union*, Art. 267 Rn. 18.

801 EuGH C-363/11, Rn. 18.

802 Kritisch deswegen zur Einstufung als obligatorisches Gericht *Rösch*, *Intraeuropäisches Investitionsschutzrecht*, S. 159.

803 GA Szpunar *Schlussanträge zu EuGH C-377/13*, Rn. 26.

verwies in diesem Zusammenhang auch auf frühere Entscheidungen des EuGH, wonach es ausreichend sei, dass im konkreten Fall kein Einverständnis mehr erforderlich war:

*„Der konkrete Spruchkörper wird zwar für jedes Verfahren gesondert auf Antrag des beteiligten Steuerpflichtigen berufen, das Recht des Steuerpflichtigen, die Einsetzung des Schiedsgerichts zu fordern, und die Art und Weise der Berufung seiner Mitglieder ergibt sich jedoch aus Rechtsvorschriften. Der Antrag des Steuerpflichtigen dient lediglich dazu, das Verfahren nach diesen Vorschriften in Gang zu setzen.“*⁸⁰⁴

Generalanwalt Szpunar stellte in diesem Fall darauf ab, dass durch den Gesetzgeber zwei gleichrangige Systeme geschaffen wurden, von denen zwar keines zwingend sei, die sich aber gegenseitig ausschließen. Die Wahl, die der Steuerpflichtige habe, beruhe gerade nicht auf eigener Initiative, sondern auf dem Willen des Gesetzgebers. Allerdings führt er aus, dass damit gerade kein zusätzlicher, sondern nur ein alternativer Rechtsweg geschaffen würde⁸⁰⁵. Dies unterscheidet den Fall von den üblichen Formulierungen in den Investitionsschutzabkommen, die den nationalen Rechtsweg meist nicht ausschließen.

Mit Generalanwalt Wathelet ist davon auszugehen, dass das Einverständnis schon im völkerrechtlichen Investitionsschutzabkommen liegt. Damit wurde es erstens nicht zwischen den Parteien des Rechtsstreits vereinbart, denn diese sind Staat und Investor. Zweitens wurde das Einverständnis nicht für einen konkreten Fall gegeben, wie es bei privaten Schiedsvereinbarungen der Fall ist. Es ist stattdessen von genereller Natur. Die Zustimmung stellt ein Einverständnis zur Erhebung einer Schiedsklage dar, welches jederzeit durch den Investor genutzt werden kann. Es ist also nicht mehr von einer vertraglichen Einigung im Einzelfall abhängig und damit auch obligatorisch⁸⁰⁶. Für den obligatorischen Charakter der Schiedsgerichte spricht weiterhin die Verbindlichkeit der Entscheidung⁸⁰⁷.

Es ist außerdem gerade typisch, dass der obligatorische Charakter eines Verfahrens in erster Linie den Beklagten betrifft. Der Kläger hat des Öfteren die Wahl zwischen verschiedenen Foren, zumeist in örtlicher Hinsicht. Durch sein Einverständnis hat der Gaststaat sich der schiedsgerichtlichen Beurteilung unterworfen, ohne dies im konkreten Fall noch einmal bestätigen zu müssen. Für den

804 GA Szpunar Schlussanträge zu EuGH C-377/17, Rn. 36.

805 GA Szpunar Schlussanträge zu EuGH C-377/13, Rn. 40.

806 Behrens, EuZW 2018, S. 49, 50; siehe dazu etwa Andersen/Hindelang JWIT 2016, S. 984, 1009; Diehl, The core standard of international investment protection, S. 5; nachdem das Schiedsverfahren zumindest für den Staat als obligatorisch anzusehen ist, geht auch Rösch von einer grundsätzlichen Vorlagebefugnis aus, siehe Rösch, Intraeuropäisches Investitionsschutzrecht, S. 160.

807 Classen, EuR 2018, S. 361, 366.

Gaststaat ist die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit folglich obligatorisch, was wiederum dem Erfordernis der obligatorischen Gerichtsbarkeit nach dem Europarecht genügt.

IV. *Streitiges Verfahren*

Das Verfahren vor den Investitionsschiedsgerichtsbarkeiten dürfte auch als Streitiges Verfahren im Sinne des AEUV anzusehen sein. Insbesondere geht es bei diesem Merkmal darum, dass ein tatsächliches Verfahren zu der gestellten Frage anhängig ist, es also nicht abstrakt um die Klärung einer Rechtsfrage geht, deren Antwort im Interesse des Fragestellers liegt⁸⁰⁸. Außerdem sollen Mediations- und ähnliche Verfahren von der Vorlageberechtigung ausgeschlossen werden.

Das Verfahren vor dem Schiedsgericht ähnelt im Grundsatz dem Verfahren vor den nationalen Gerichten. Generalanwalt Wathelet führte etwa zum Fall Achmea aus, dass die Grundsätze des kontradiktorischen Verfahrens und das Recht auf richterliches Gehör durch UNCITRAL festgelegt und hinreichend sichergestellt seien⁸⁰⁹.

In seiner auf Konsens beruhenden Kompetenz gibt es zwar auch Ähnlichkeiten zum Mediationsverfahren, jedoch wird eine für die Parteien verbindliche Entscheidung getroffen, und zwar nicht auf Basis übereinstimmender Interessen wie im Falle eines Mediationsverfahrens, sondern der anwendbaren Rechtsnormen wie in einem Gerichtsverfahren üblich.

V. *Anwendung von Rechtsnormen*

Weiterhin müssten Rechtsnormen angewendet werden. Das Schiedsgericht dürfte also nicht, was durchaus privatvertraglich vereinbar wäre, *ex aequo et bono* entscheiden. Auch dies ist in Abgrenzung zur privaten Schiedsgerichtsbarkeit zu verstehen, die teilweise auch nach Billigkeitsgesichtspunkten zu entscheiden hat⁸¹⁰.

In modernen Investitionsschiedsverfahren besteht eine solche Möglichkeit jedoch nicht mehr⁸¹¹. Die Schiedsgerichte entscheiden auf Basis von Investitionsschutzabkommen und des Völkerrechts, welche beide als Rechtsnormen zu qualifizieren sind.

VI. *Unabhängige Entscheidung*

Schließlich müsste die Entscheidung unabhängig getroffen werden. Das Merkmal der Unabhängigkeit ist nach der Rechtsprechung des EuGH in zweierlei Hinsicht zu prüfen, extern und intern. Die externe

808 Ehrlicke, Streinz, EUV/AEUV, Art. 267 AEUV, Rn. 29.

809 Schlussanträge des Generalanwalts zu EuGH C-284/16 (Achmea), Rn. 120ff.

810 Middeke, Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, § 10, Rn. 24.

811 Früher war dies nicht unüblich, siehe dazu oben unter 19. Jahrhundert: Industrialisierung und Zentralisierung. In diesem Fall war meist auch der Entscheidungsträger kein Jurist, sondern Politiker.

Unabhängigkeit betrifft die Unabhängigkeit der Einrichtung und Ihrer Mitglieder bezüglich der Streitigkeit gegenüber Dritten. Die interne Unabhängigkeit umfasst etwa die Unparteilichkeit der Mitglieder und fehlende persönliche Interessen in dem konkreten Fall⁸¹².

Die Schiedsrichter sind in ihrer Funktion nicht weisungsgebunden. Sie werden allerdings durch die Parteien benannt und grundsätzlich auch bezahlt. Dies gilt jedoch unabhängig von ihrer Entscheidung und trifft auch auf staatliche Gerichte zu. Auch das Merkmal der Unabhängigkeit steht einer Einstufung als Gericht eines Mitgliedsstaats also nicht notwendigerweise entgegen.

Als klassisches Merkmal für die Unabhängigkeit wird die Unabsetzbarkeit angesehen. In dieser Form kann davon bei einem Schiedsgericht, welches sich nach Abschluss des Falles wieder auflöst, natürlich nicht gesprochen werden. GA Szpunar argumentierte in dieser Hinsicht wie folgt: Es handele sich um selbstständige Personen für die die Tätigkeit als Schiedsrichter keine hauptberufliche Tätigkeit darstelle. Sie müssten daher keine negativen Konsequenzen aus den von Ihnen getroffenen Entscheidungen befürchten⁸¹³. Der EuGH hat dieses Merkmal in seiner anschließenden Entscheidung nicht einmal problematisiert. Die Unabhängigkeit wird regelmäßig durch die zugrundeliegende Schiedsordnung gewährleistet. Im Fall *Achmea* lässt sich dies für die UNCITRAL-Regeln bejahen⁸¹⁴.

Falls ein Anlass zu Zweifeln an der Unabhängigkeit der Schiedsrichter besteht, so findet sich dieser nach den Statistiken eher auf Seiten der klagenden Unternehmen und weniger auf der Seite der Staaten. So lässt sich feststellen, dass einige der häufig benannten Schiedsrichter ausschließlich von staatlicher Seite benannt wurden und es in diesen Verfahren überproportional oft zu Klageabweisungen kam⁸¹⁵. Nur in deutlich geringerem Maß ließ sich dieses Phänomen auch bei Schiedsrichtern feststellen, die von Investorenseite bestellt wurden. Diese Statistiken sind allerdings nicht signifikant genug, um die Unabhängigkeit von Schiedsgerichten insgesamt anzweifeln zu können⁸¹⁶.

Schließlich werden Schiedsgerichte gerade geschaffen, um eine unabhängige Streitbeilegungsinstanz darzustellen – wobei hier der Fokus der Unabhängigkeit auf der Unabhängigkeit von den ansonsten staatlichen Konfliktbeilegungsmechanismen liegt⁸¹⁷. Es ließe sich folglich von einer gegenüber den

812 EuGH C 517/09 Rn. 39f.; Schlussanträge GA Szpunar zu EuGH C-377/13 Rn. 44.

813 Schlussanträge GA Szpunar zu EuGH C-377/13, Rn. 47.

814 *Behrens*, EuZW 2018, S. 49, 50.

815 Report der UNCITRAL Working Group III, 35. Sitzung 2018, S. 8ff; abrufbar unter <https://undocs.org/en/A/CN.9/935>, zuletzt abgerufen am 09.03.2020.

816 Trotzdem gibt es durchaus dahingehende Reformbestrebungen, um die Unabhängigkeit der Schiedsrichter in noch stärkerem Maße sicherzustellen, siehe dazu *Kaufmann-Kohler/Potesta*, *The Composition of a Multilateral Investment Court and of an Appeal Mechanism for Investment Awards*, S. 43ff.

817 Siehe zu diesem Punkt etwa *Rösch*, *Intraeuropäisches Investitionsschutzrecht*, S. 158.

staatlichen Gerichten höheren Unabhängigkeit von beiden (!) Streitparteien sprechen. Am Merkmal der fehlenden Unabhängigkeit kann die Einstufung der Investitionsschiedsgerichte als Gericht eines Mitgliedsstaats folglich nicht scheitern.

VII. *Zwischenergebnis*

Es handelt sich bei Investitionsschiedsgerichten folglich um Gerichte im Sinne des Art. 267 AEUV. Die Achmea-Entscheidung problematisiert diesen Punkt nicht weiter, bestätigt ihn aber auch nicht explizit.

Dies kann auch im Umkehrschluss aus der Auslegung von 344 AEUV gefolgert werden, die eine schiedsgerichtliche Befassung mit Unionsrechtsstreitigkeiten ausschließt⁸¹⁸.

VIII. *Eines Mitgliedsstaats*

Schließlich könnte die Zulässigkeit eines Vorabentscheidungsverfahrens noch daran scheitern, dass Art. 267 AEUV ausdrücklich vom „Gericht eines Mitgliedsstaats“ spricht (Abs. 2) bzw. sprachlich wohl noch eindeutiger, von einem „einzelstaatlichen Gericht“ (Abs. 1). Ein Investitionsschiedsgericht könnte dagegen als Gericht mehrerer Mitgliedsstaaten anzusehen sein (1). Darüber hinaus müsste es dem Gerichtssystem der Mitgliedsstaaten zugehörig sein (2).

1) Schiedsgericht als Gericht mehrerer Mitgliedsstaaten

Die Einordnung eines Schiedsgerichts als Gericht eines Mitgliedsstaats im Sinne von Art. 267 AEUV würde nicht schon daran scheitern, dass keine Zuordnung zu nur einem Mitgliedsstaat nicht möglich ist. Nachdem am eigentlichen schiedsgerichtlichen Verfahren nur ein Mitgliedsstaat beteiligt ist, könnte man das Schiedsgericht als Gericht eines Mitgliedsstaats einordnen. Selbst wenn man ein Investitionsschiedsgericht jedoch nicht als Gericht (nur) eines Mitgliedsstaates ansieht, so würde dieser Punkt nicht gegen die Vorlagebefugnis streiten, hat der EuGH doch klar geäußert, dass „*nichts (dagegenspricht), dass ein mehreren Mitgliedsstaaten gemeinsames Gericht dem Gerichtshof ebenso wie die Gerichte einzelner Mitgliedsstaaten Fragen zur Vorabentscheidung vorlegen kann*“⁸¹⁹. Dies sei, so weiter der EuGH, dem Ziel des heutigen 267 AEUV entsprechend notwendig, um die einheitliche Auslegung von Rechtsvorschriften der Gemeinschaft sicherzustellen⁸²⁰.

818 Es handelt sich nicht um zulässige außergerichtliche Streitigkeiten, muss sich also um gerichtliche handeln; siehe *Herrmann*, Streinz, 344 AEUV, Rn. 4; siehe zu Art. 344 AEUV ausführlich oben unter Art. 344 AEUV.

819 EuGH C-337/95, Rn. 21.

820 Damals Art. 177 EGV; Für eine Einstufung als gemeinsames Gericht mehrerer Mitgliedsstaaten etwa *Hindelang*, *Conceptualisation and Application of the Principle of Autonomy of EU Law – The CJUE’s Judgement in Achmea put in Perspective*, S. 15, abrufbar unter https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3266123, zuletzt abgerufen am 30.10.2019.

2) Zurechenbarkeit zu den Mitgliedsstaaten

Fraglich ist allerdings, ob eine hinreichende Einbindung in die Gerichtssysteme der Mitgliedsstaaten gegeben ist. Für eine solche Einbindung spricht etwa, dass die Investitionsschiedsgerichte „von den staatlichen Parteien der BITs als Streitbeilegungsmechanismus eingerichtet worden (... seien, daher handele) es sich schließlich auch um Gerichte „eines Mitgliedsstaates“ im Sinne von Art. 267 AEUV“⁸²¹.

An diesem Merkmal lässt der EuGH im Fall Achmea jedoch die Zulässigkeit einer Vorlagefrage scheitern. Er stellt dabei nicht die Gerichtsqualität des Investitionsschiedsgerichts in Frage, betont aber die fehlende Einbindung in das Justizsystem der Mitgliedsstaaten und der Union. Das Investitionsschiedsgericht weise einen Ausnahmecharakter aus, der ihn gerade von den mitgliedsstaatlichen Gerichten abhebe, was auch insbesondere Sinn der Schiedsvereinbarung sei⁸²². Eine nähere Begründung wird nicht angeführt, dabei wäre sie an dieser Stelle definitiv notwendig. Es liegt mitnichten auf der Hand, dass die unstrittige Sonderstellung der Investitionsschiedsgerichte im Rechtsschutzsystem der Mitgliedsstaaten und der Union zur Folge haben müsse, dass die Zurechnung dieser Schiedsgerichte zu den entsprechenden Mitgliedsstaaten entfällt. Im Gegenteil sprechen gewichtige Gründe für eine Zurechnung. Schließlich wirken beim Abschluss der Investitionsschutzabkommen mindestens die Exekutive, regelmäßig aber auch die Legislative des Vertragsstaats mit. Teils ist sogar die Judikative durch die Verfassungsgerichtsbarkeit vor dem Inkrafttreten des Vertrags daran beteiligt. Wenn aber eine oder sogar mehrere Gewalten eines Staates an der Grundlage für ein Gericht mitwirken, so erscheint es kaum haltbar, dass diese Gerichte nicht dem Staat zurechenbar sein sollen.

Nicht abzustreiten ist andererseits die Sonderstellung der Schiedsgerichte, insofern als sie nicht einem der beiden Vertragspartner *allein* zugeordnet werden können. Gerade diese Tatsache trägt maßgeblich zur Unabhängigkeit der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit bei⁸²³. Dies hätte aber nicht der Einschätzung entgegengestanden, dass solche Schiedsgerichte eben beiden Vertragsparteien zuzuordnen sind und deswegen als gemeinsame Gerichte mehrerer Mitgliedsstaaten einzustufen sind.

Völlige Unabhängigkeit und gleichzeitige Zurechenbarkeit sind des Weiteren zwei sich zumindest teilweise widersprechende Kriterien. Die für Investitionsschiedsgerichte gefundene Balance zwischen

821 Behrens, EuZW 2018, S. 49, 50.

822 EuGH C-284/16 (Achmea), Rn. 45f.; zustimmend etwa Scheu/Nikolov, The Incompatibility of Intra-EU Investment Treaty Arbitration with European Union Law – Assessing the scope of the ECJ’s Achmea Judgement, S. 9f, abrufbar unter https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3545811, zuletzt abgerufen am 10.03.2020; Müller/Simon, NJOZ 2018, S. 961, 963; siehe dazu auch Börnsen, Nationales Recht in Investitionsschiedsverfahren, S. 23.

823 Classen, Ludwigs/Remien, Investitionsschutz, Schiedsgerichtsbarkeit und Rechtsstaat in der EU, S. 74.

diesen beiden Zielen stünde der Einordnung als Gericht eines Mitgliedsstaats jedoch nicht zwingend entgegen.

Nur scheinbar spricht auch die fehlende Durchsetzbarkeit der Vorlagepflicht gegen eine Einbindung in das europäische Justizsystem. Zwar könnten die Mitgliedsstaaten die Investitionsschiedsgerichte schwerlich dazu zwingen, unionsrechtliche Fragen dem EuGH zur Vorabentscheidung vorzulegen, dies gilt jedoch auch für jedes andere Gericht: Der Status als Gericht setzt eine solche Weisungsfreiheit gerade voraus. Von einer freiwilligen Vorlage an den EuGH durch die Schiedsgerichte kann wohl darüber hinaus nicht ausgegangen werden. Trotz zahlreicher Möglichkeiten ist eine solche Vorlage bisher unterblieben. Der EuGH durfte und musste folglich berechnete Zweifel haben, ob die Investitionsschiedsgerichte an einer entsprechend notwendigen Zusammenarbeit interessiert sind⁸²⁴. Allerdings hätte auch der EuGH in seinen vorherigen Urteilen anklingen lassen können, dass eine solche Vorlage nicht als unzulässig abgewiesen werden würde, sondern im Gegenteil erwünscht sei.

IX. Übertragbarkeit

Der EuGH macht mit seiner Formulierung im Tenor „*eine(r) Bestimmung... wie*“ deutlich, dass er diese Entscheidung auch auf Schiedsklauseln in anderen Intra-EU-IIAs übertragen will⁸²⁵. Gute Gründe etwas anderes anzunehmen gibt es auch nicht⁸²⁶. Unabhängig davon, wie die Klausel bezüglich der Bestimmung des anwendbaren Rechts ausgestaltet ist, ist die Beachtung von Unionsrecht im innereuropäischen Verhältnis unvermeidbar und damit aus Sicht des EuGH dessen Autonomie gefährdet.

Die Konstellation, die dem Achmea-Fall zu Grunde lag, hatte, bis auf die Weite der Klausel des anwendbaren Rechts die denkbar autonomiefreundlichste Ausgestaltung: Durch die Festlegung der Stockholm Chamber of commerce als Schiedsinstitution und der UNCITRAL-Regeln für den Ablauf des Schiedsverfahrens war die notwendige Dauerhaftigkeit gegeben, welche bei einem Ad-hoc Tribunal mit größerer Wahrscheinlichkeit abgelehnt worden wäre. Andererseits handelte es sich nicht um ein

824 Dazu etwa *Hindelang*, *Conceptualisation and Application of the Principle of Autonomy of EU Law – The CJUE’s Judgement in Achmea put in Perspective*, S. 15, abrufbar unter https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3266123, zuletzt abgerufen am 30.10.2019; siehe auch *Lenk*, *Preliminary references and investment tribunals: ist he Luxembourg Court extending a helping hand?* Verfügbar unter <http://eulawanalysis.blogspot.com/2016/03/preliminary-references-and-investment.html> zuletzt abgerufen am 11.11.2019.

825 So auch *Klages*, *EuZW* 2018, S. 217, 218; so auch *Scheu/Nikolov*, *The Incompatibility of Intra-EU Investment Treaty Arbitration with European Union Law – Assessing the scope of the ECJ’s Achmea Judgement*, S. 5ff, abrufbar unter https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3545811, zuletzt abgerufen am 10.03.2020.

826 Für eine Übertragbarkeit auf alle Intra-EU-Investitionsstreitigkeiten auch etwa *Scheu/Nikolov*, *Arbitration International* 2020, S. 1, 5.

Verfahren unter Geltung der ICSID Regelungen, die eine Überprüfbarkeit der schiedsgerichtlichen Entscheidung quasi unmöglich machen, weil gemäß Art. 54 Abs. 1 ICSID Convention der Schiedsspruch so zu behandeln ist wie ein letztinstanzliches nationales Urteil.

Trotz der zentralen Bedeutung der Achmea-Entscheidung ist es wichtig, die Grenzen dessen festzuhalten, was in der Entscheidung festgestellt wurde:

- Die Achmea-Entscheidung hat keine völkerrechtlichen Auswirkungen auf die Wirksamkeit des IIAs zwischen der Slowakei und den Niederlanden insgesamt⁸²⁷. Daraus folgt insbesondere, dass auch die Wirksamkeit aller anderen IIAs zwischen EU-Mitgliedsstaaten nicht durch die EuGH Entscheidung berührt wird⁸²⁸.
- Die Achmea-Entscheidung wurde für einen IIA getroffen, der mitgliedstaatliches Recht, und damit das Unionsrecht, ausdrücklich zum anwendbaren Recht erklärt hat. Damit war das Unionsrecht tatsächlich anzuwenden und nicht, wie sonst zumeist, als Fakt heranzuziehen.
- Die Achmea-Entscheidung kann nicht ohne weiteres auf Verfahren unter dem ECT übertragen werden, weil hier die Union selbst Vertragspartei ist und somit an den ECT gebunden⁸²⁹.
- Fraglich ist darüber hinaus die Auswirkung des Achmea Urteils auf ICSID Verfahren, die einem eigenen, geschlossenen Vollstreckungssystem folgen und nicht Gegenstand eines nationalen Aufhebungsverfahrens sein können.
- Die Übertragbarkeit auf Investor-Staats-Streitigkeiten, welche auf Investor-Staats-Verträgen beruhen, ist wohl abzulehnen. Dort besteht größere Ähnlichkeit, mit der vom EuGH akzeptierten privaten Schiedsgerichtsbarkeit⁸³⁰. Dies ist nicht unproblematisch, beide sind, wie oben festgestellt, eng verflochten und genauso „außergewöhnlich“. Aber private Akteure und

827 *Carducci*, ICSID Review 2018, S. 582, 596.

828 Allerdings war die Entscheidung Anlass für das kürzlich geschlossene Multilaterale Abkommen zur Aufhebung der Intra-europäischen Investitionsschutzabkommen, siehe dazu näher unten unter Völkerrechtliche Konsequenzen der Unvereinbarkeit des klassischen Investitionsschutzes mit dem Unionsrecht

⁸²⁹ Der EuGH hat in seiner Entscheidung C-741/19 (Republik Moldau gegen Komstroy LLC), zwischenzeitlich die Übertragbarkeit der Achmea-Rechtsprechung auf den ECT bejaht. Dem legte er folgende Argumentation zu Grunde: Der ECT wurde auch von der Union unterzeichnet und ist insofern ebenfalls Teil des Unionsrechts. Daraus ergibt sich, dass der EuGH, soweit Mitgliedsstaaten der Union betroffen sind, selbst zur Auslegung der ECT befugt ist. In der Konsequenz der oben ausgeführten Grundsätze bedeutet dies wiederum, dass die Zuständigkeit der Schiedsgerichte zur Auslegung des ECT in diesen unionsrechtlich relevanten Fällen entfällt. Dazu EuGH C-741/19, Rn. 39ff. Insbesondere in der Literatur wird jedoch nach wie vor die Auffassung vertreten, diese Auslegung gelte nicht uneingeschränkt, insbesondere nicht für ECT-Verfahren unter Geltung von ICSID. In diesem Fall könne das Unionsrecht als geltendes Völkerrecht den insofern eindeutigen Regelungen des ECT nicht entgegengehalten werden. Es bestehe für diese Verfahren, die ohne *lex arbitri* durchzuführen seien, nach den Regeln der WVK keine Möglichkeit, Unionsrecht bei der Auslegung des ECT zu berücksichtigen; siehe dazu Nikolov, *EuR* 2022, S. 496, 501f.

⁸³⁰ So auch *Scheu/Nikolov*, *The Incompatibility of Intra-EU Investment Treaty Arbitration with European Union Law – Assessing the scope of the ECJ’s Achmea Judgement*, S. 5ff, abrufbar unter https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3545811, zuletzt abgerufen am 10.03.2020.

auch die Mitgliedsstaaten gegenüber einem Privaten, sind nicht an das gegenseitige Vertrauen der EU-Mitgliedsstaaten untereinander gebunden⁸³¹.

Auch in den Fällen, in denen eine Übertragbarkeit angenommen wird, ist damit noch nicht ohne weiteres die daraus folgende Frage beantwortet, ob sich die Achmea-Entscheidung auch aus schiedsrichterlicher Sicht auf die Zuständigkeit des Schiedsgerichts auswirkt. Die Schiedsgerichte haben dies bisher ausnahmslos verneint⁸³².

Die Antwort auf diese Frage ist insbesondere deshalb relevant, weil eine Durchsetzung eines Schiedsspruchs, auch wenn er in Konflikt zur Achmea-Entscheidung des EuGH ergangen ist, außerhalb der EU nicht aussichtslos erscheint⁸³³. Aus völkerrechtlicher Perspektive dürfte ein solches Durchschlagen der Unionsrechtswidrigkeit auf völkerrechtliche Abkommen schwerlich anzunehmen sein, stünde es doch mit dem Rechtsgedanken des Art. 27 WVK in allzu deutlichem Konflikt und würde aus völkerrechtlicher Sicht gefährliche Präzedenzfälle schaffen, indem nationales Recht oder jedenfalls nicht höherrangiges internationales Recht völkerrechtliche Abkommen verdrängt⁸³⁴.

X. Bewertung und Fazit

Wie die Auffassung des Generalanwalts Wathelet zeigen, wäre eine Einstufung der Investitionsschiedsgerichte als Gericht eines Mitgliedsstaats durchaus möglich gewesen. Aus Gründen, die rechtspolitisch überzeugender sind als in systematischer Hinsicht, ist der EuGH dieser Auffassung jedoch nicht gefolgt.

Insbesondere verkennt er dabei die Rolle des Europarechts und des nationalen Rechts im Schiedsverfahren. Das Schiedsgericht prüft nur die Vereinbarkeit einer Maßnahme mit dem Investitionsschutzabkommen. Die Zuständigkeit des Schiedsgerichts in Achmea für sich genommen kann nicht als Verstoß gegen das Unionsrecht angesehen werden. Problematisch wird diese Zuständigkeit erst durch die Einordnung von Unionsrecht als anwendbares Recht⁸³⁵. In anderem Zusammenhang hatte der EuGH eine für die Unionsorgane unverbindliche Auslegung von Unionsrecht

831 So auch Scheu/Nikolov, *The Incompatibility of Intra-EU Investment Treaty Arbitration with European Union Law – Assessing the scope of the ECJ’s Achmea Judgement*, S. 24, abrufbar unter https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3545811, zuletzt abgerufen am 10.03.2020.

832 Siehe als prominentestes Beispiel das Verfahren *Vattenfall vs. Deutschland*, ICSID Case No. ARB/12/12.

833 Siehe dazu sogleich unter Durchsetzbarkeit außerhalb Europas.

834 Die Übertragbarkeit wohl zu stark ablehnend *Reuter*, *ZaöRV* 2020, S. 379, 383, der anführt, die EuGH-Entscheidung würde die Investorenrechte nicht mit einbeziehen und würde dementsprechend auch nicht auf diese anwendbar sein.

835 *Orakhelashvili*, *ICSID Review* 2016, S. 344, 356; dies ist nach der EuGH-Rechtsprechung im Komstroy-Verfahren für den ECT jedoch zwingend, da dieser, als Rechtsakt der EU, selbst Unionsrecht darstelle (EuGH C-741/19, dort Rn. 59ff).

durch ein Schiedsgericht, dessen primärer Prüfungsmaßstab ein völkerrechtlicher Vertrag war, auch bereits akzeptiert⁸³⁶. Das Schiedsgericht muss das geltende nationale Recht – und dazu gehört bei den EU-Mitgliedsstaaten selbstverständlich auch das Europarecht – heranziehen, um den Fall in seiner Gesamtheit betrachten zu können. Eine Auslegung des Europarechts, erst recht keine in irgendeiner Form für eine dem Europarecht unterworfenen Behörde oder anderes Gericht verbindliche, erfolgt dadurch allerdings gerade nicht⁸³⁷. Durch die Bezugnahme auf nationales Recht sollte ein Konflikt mit diesem nicht geschaffen, sondern gerade vermieden werden⁸³⁸. Der EuGH lässt jedoch die abstrakte Gefährdung einer das Investitionsschutzrecht nicht vollumfänglich regelnden Unionsrechtsordnung genügen, um auf die Unvereinbarkeit der Schiedsklausel mit dem Unionsrecht zu schließen⁸³⁹. Dabei ist das mit dem Investitionsschutz verbundene *systemische Risiko* für das Unionsrecht aufgrund der Unverbindlichkeit für Unionsbehörden und der primären Auslegung von IIAs eher als gering einzustufen⁸⁴⁰. Hält nämlich ein Schiedsgericht eine Maßnahme für unvereinbar mit dem Investitionsschutzabkommen, so kann es lediglich einen Schadensersatzanspruch zubilligen, nicht jedoch in die Hoheitsgewalt des Staates derart eingreifen, dass etwa Naturalrestitution gewährt wird, wie es etwa die Rückgängigmachung einer Enteignung darstellen würde⁸⁴¹. Allerdings zeigt der Fall *Micula*, dass auch eine Entschädigungspflicht jedenfalls theoretisch gegen das Unionsrecht, an dieser Stelle das Beihilfenrecht, verstoßen kann⁸⁴².

So verständlich diese Entscheidung in der Sache schlussendlich auch sein mag, so ist die daran zahlreich angebrachte Kritik doch nicht unberechtigt. Jedenfalls wäre eine deutlich ausführlichere Begründung wünschenswert gewesen⁸⁴³, insbesondere weil der EuGH den differenzierteren Ansätzen des Generalanwalts nicht folgt, ja nicht einmal Bezug darauf nimmt. Besonders deutlich formuliert diese

836 *Vives*, Cuadernos de derechos transnacional 2014, S. 269, 289 mit Verweis auf den Fall *Iron Rhine Railway Arbitration*.

837 So auch *Rösch*, Intraeuropäisches Investitionsschutzrecht, S. 137.

838 *Stöbener de Mora*, EuZW 2018, 363, 364f.; *Bodenheimer/Eller*, RIW 2018, 786, 788f; dazu allgemein *Börnsen*, Nationales Recht in Investitionsschiedsverfahren, S. 199.

839 *Lang*, Transnationales Wirtschaftsrecht, Nr. 156, S. 19.

840 *Lang*, Transnationales Wirtschaftsrecht, Nr. 156, S. 14.

841 *Schill*, ZaöRV 2018, S. 32, 44; *Börner*, SchiedsVZ 2017, S. 2, 4; *Classen*, EuZW 2014, 611, 615; Generalanwalt Bot, EuGH Gutachten 2/17, Rn. 95ff; zur Aufhebung eines Schiedsspruchs, der in Verletzung dieser Pflicht erlassen wurde siehe etwa *United States District Court for the District of Columbia*, 7.6. 2018, *Hardy Exploration & Production v. Government of India*; siehe dazu *Wilske/Markert/Bräuninger*, SchiedsVZ 2019, 101, 111f.; aA etwa *Fecak*, *International Investment Agreements and EU Law*, S. 50, 116 mwN der allerdings auch feststellt, dass Schiedsgerichte bisher nie etwas anderes als Schadensersatz zugesprochen haben. Er begründet dies allerdings mit hauptsächlich praktischen Erwägungen wie etwa einer besseren Vollstreckbarkeit.

842 AA. *Classen*, EuR 2012, S. 611, 621, der argumentiert, dass ein finanzieller Ausgleich nicht gegen das Unionsrecht verstoßen könne. Die EuG Entscheidung im Fall *Micula* war jedoch später, sodass fraglich sein dürfte, ob *Classen* diese Argumentation auch danach noch aufrechterhalten würde; nach der zweiten EuGH Entscheidung (EuGH T-624/15, T-694/15 und T-704/15, Rn. 73ff) war diese Frage jedoch nicht entscheidungsrelevant und wurde daher durch den EuG nicht beantwortet.

843 *Scholtka*, EuZW 2018, S. 239, 244.

Kritik etwa Klages, der davon spricht, dass der Generalanwalt mit der Pinzette hantiert habe, während der EuGH die verfassungsrechtliche Axt angelegt hätte⁸⁴⁴. Dabei wird auch in der Literatur anerkannt, dass Investitionsschiedsverfahren Aspekte der Autonomie des Unionsrechts berühren. Diese werden jedoch als weniger weitgehende Eingriffe als in den EMRK-Gutachten zugrundeliegenden Konstellationen eingeordnet, weshalb von einer Vereinbarkeit der beiden Mechanismen auszugehen sei⁸⁴⁵. Die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit unterscheidet sich jedoch von den sonstigen internationalen Konfliktlösungsmechanismen, an denen die EU beteiligt ist, nämlich etwa das WTO-Streitbeilegungsverfahren und der EMRK, insbesondere insofern, als es sich um tatsächlich rechtlich und nicht wie in den anderen Fällen nur politisch durchsetzbare Entscheidungen handelt⁸⁴⁶.

Andersherum fordert der EuGH die Durchsetzbarkeit der Vorlageverpflichtung aus Art. 267 AEUV im Rahmen etwa eines Vertragsverletzungsverfahrens. Dies dürfte im Rahmen der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit schwerlich durchsetzbar sein⁸⁴⁷. Auch ohne eine solche unmittelbare Durchsetzbarkeit hätte der EuGH die Investitionsschiedsgerichte jedoch als vorlageberechtigte Gerichte gemäß Art. 267 AEUV einordnen können. So hätte er der nicht hinnehmbaren Anwendung von Unionsrecht durch ein Gericht, das nicht in das europäische System von Rechtsbehelfen miteingebunden war, entgegenwirken können – das Problem war also zum guten Teil selbst geschaffen⁸⁴⁸. Das enge Verständnis des EuGH, was vorlageberechtigte Gerichte angeht, war jedenfalls nicht zwingend. Immer mehr internationale Abkommen enthalten Zuständigkeiten des EuGH für unionsrechtliche Vorfragen⁸⁴⁹.

Die materielle Problematik hatte etwa Breuer anhand des EMRK-Gutachtens anschaulich herausgearbeitet: Auf der einen Seite steht der maximale Schutz des einzelnen, sei er menschenrechtlicher oder investitionsschutzrechtlicher Natur, auf der anderen der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens, der elementar für das Europarecht ist und eine individuelle Prüfung weitgehend vermeiden soll⁸⁵⁰.

Europarecht und Völkerrecht bieten folglich unterschiedliche Antworten auf die Frage, ob die Schiedsklauseln aller Intra-EU-IIAs unwirksam seien. Während diese Frage aus Sicht des Europarechts und der Kommission eindeutig ist, besteht für die Staaten die Notwendigkeit sich über die Rangfolge

844 Klages, EuZW 2018, S. 217, 217.

845 Lang, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Nr. 138, 2015, S. 17.

846 Siehe dazu Hindelang, Archiv des Völkerrechts 2015, S. 68, 80.

847 Dazu etwa Claassen, EUR 2012, S. 611, 619, der allerdings gleichzeitig betont, dass ein solches Verfahren jedenfalls bisher nicht nur auf diese Argumentation gestützt eingeleitet wurde.

848 Wernicke, NJW 2018, S. 1644, 1645; Carducci, ICSID Review 2018, 582, 597.

849 Siehe Gundel, EuZW 2019, S. 934, 935ff mwN.

850 Breuer, EuR 2015, S. 330, 334.

zweier unvereinbarer Vorschriften Klarheit zu verschaffen⁸⁵¹. Bislang hat die Achmea-Entscheidung des EUGH die Schiedsgerichte auch nicht dazu gebracht, ihre Zuständigkeit in Intra-EU-Investitionsschutzverfahren abzulehnen; diese beriefen sich darauf, dass es sich entweder um ICSID oder ECT Schiedsabreden handele, auf die Achmea nicht übertragbar sei⁸⁵².

C Gewährleistung der Geltung des Unionsrechts durch Kontrolle durch ein vorlageberechtigtes Gericht

Auch wenn eine Einbindung in die Gerichtssysteme der Mitgliedsstaaten abgelehnt wurde, könnten Investitionsschiedsgerichte trotzdem mit dem Unionsrecht vereinbar sein, wenn eine spätere Kontrolle die Geltung des Unionsrechts sicherstellen könnte. Diesen Mechanismus hat der EuGH für die Handelsschiedsgerichtsbarkeit akzeptiert. Eine solche Kontrolle könnte durch ein mitgliedstaatliches Gericht im Rahmen eines Aufhebungs- (I) oder Vollstreckungsverfahrens (II) erfolgen. Schließlich ist noch zu fragen, was für Auswirkungen bei einer Vollstreckung außerhalb der Union aus dem Unionsrecht folgen (III).

Vorweg sei noch erwähnt, dass das Schiedsrecht generell versucht, solche nationalen Nachkontrollen auf das unbedingt Notwendige zu beschränken, weil sie dem Zweck einer völlig unabhängigen Streitbeilegungsinstanz grundlegend widersprechen und Verfahrensdauern teils nicht unerheblich verlängern⁸⁵³.

I. Aufhebungsverfahren

Die für das Aufhebungsverfahren geltenden Regeln unterscheiden sich, je nachdem ob es sich um ein Verfahren unter Geltung von ICSID handelt (2) oder nicht (1).

1) Grundsatz

In seiner Achmea-Entscheidung hat der EuGH geprüft, ob die Geltung des Unionsrechts statt unmittelbar durch eine Vorlageberechtigung des Investitionsschiedsgerichts selbst mittelbar durch ein entsprechendes Recht eines solchen Gerichts kompensiert werden kann, welches mit der Überprüfung einer schiedsgerichtlichen Entscheidung befasst werden kann⁸⁵⁴. Für privatvertragliche

851 Zur Diskussion *Boknik*, EuZW 2018, S. 837, 837f.

852 Dazu *Wilske/Markert/Bräuninger*, SchiedsVZ 2019, 101, 116 mwN; für Deutschland insbesondere interessant die Entscheidung zur Zulässigkeit der Klage von Vattenfall Vattenfall vs. Germany, ICSID Case No. ARB 12/12, vom 31.08.2018, Decision on the Achmea Issue.

853 *Classen*, EuR 2012, S. 611, 622; *Spiegel*, EuZW 1999, S. 565, 568.

854 EuGH C-284/16 (Achmea), Rn. 50ff.

Schiedsgerichte hat der EuGH in seiner Eco Swiss Entscheidung anerkannt, dass die Effizienz des Schiedsverfahrens eine begrenzte Überprüfbarkeit rechtfertigen⁸⁵⁵.

Das Aufhebungsverfahren richtet sich grundsätzlich nach dem nationalen Recht der Mitgliedsstaaten. Eine dahingehende Harmonisierung durch Unionsrecht ist bislang nicht erfolgt. Trotzdem ist das diesbezüglich geltende Recht weitgehend einheitlich, weil es zumeist eine Umsetzung des UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration⁸⁵⁶ ist, in der die Länder zumeist keine wesentlichen Änderungen hinzugefügt haben⁸⁵⁷.

Das auf das Aufhebungsverfahren anwendbare Recht ist das Recht des Staates, in dem das Schiedsgericht seinen Sitz hatte. Es bleibt folglich bis zu einem gewissen Grad dem Zufall überlassen, ob eine Überprüfbarkeit eines Investitionsschiedspruchs gewährleistet werden kann. Das Schiedsgericht kann nämlich im Rahmen seiner vertraglich vorgegebenen, aber in diesem Punkt meist nicht einschränkenden Regeln selbst festlegen, wo es seinen Sitz wählt. Hätte das Schiedsgericht im Achmea-Verfahren also nicht Deutschland, sondern etwa die Schweiz als Sitz gewählt, wäre die deutschen Gerichte nie mit der Frage befasst worden und ebenso wenig wohl der EuGH. Allerdings hätte man die Intra-EU-IIAs dahingehend modifizieren können, dass die auf dieser Grundlage gebildeten Schiedsgerichte einen Sitz innerhalb der EU hätten wählen müssen.

Die Wahl des Sitzes des Schiedsgerichts unterliegt jedenfalls in UNCITRAL Verfahren wie in Achmea der Wahl des Schiedsgerichts, die folglich erheblichen Einfluss darauf haben und die Anwendung von Unionsrecht auf ein Aufhebungsverfahren verhindern können⁸⁵⁸. Unter Geltung der SCC und ICC Regelungen obliegt es nicht dem Schiedsgericht, sondern dem administrativen Unterbau des Gerichts über den Sitz zu entscheiden⁸⁵⁹. Auch in diesem Fall hat das Unionsrecht jedoch keine Möglichkeit einen Sitz innerhalb der EU zu erzwingen.

Im Fall Achmea hat der I. Zivilsenat des BGH den im Fall Achmea ergangenen Schiedsspruch aufgehoben⁸⁶⁰. Die Entscheidung des EuGH zeige, dass die Schiedsklausel als mit dem Unionsrecht

855 EuGH C-126/97 (Eco-Swiss), Rn. 35.

856 Abrufbar unter https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration zuletzt abgerufen am 08.11.2019, in der veränderten Fassung von 2006.

857 Siehe dazu auch *Scheu/Nikolov*, *Arbitration International* 2020, S. 1, 7f.

858 So auch *Scheu/Nikolov*, *The Incompatibility of Intra-EU Investment Treaty Arbitration with European Union Law – Assessing the scope of the ECJ’s Achmea Judgement*, S. 11, abrufbar unter https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3545811, zuletzt abgerufen am 10.03.2020.

859 Siehe dazu So auch *Scheu/Nikolov*, *The Incompatibility of Intra-EU Investment Treaty Arbitration with European Union Law – Assessing the scope of the ECJ’s Achmea Judgement*, S. 12, abrufbar unter https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3545811, zuletzt abgerufen am 10.03.2020.

860 BGH Beschluss vom 31.10.2018, SchiedsVZ 2019, S. 46.

unvereinbar anzusehen sei. Daher könne in Art. 8 Abs. 2 des IIAs kein wirksames Angebot auf den Abschluss eines Schiedsvertrags gesehen werden⁸⁶¹. Die Slowakische Republik habe sich auch nicht in anderer Form rügelos auf das Schiedsverfahren eingelassen oder sei wegen Treu und Glauben daran gehindert, sich auf die Unwirksamkeit der Schiedsklausel zu berufen⁸⁶². Mangels Schiedsabrede ist daher der Schiedsspruch gemäß § 1059 Abs. 2 ZPO aufzuheben gewesen.

2) ICSID-Schiedssprüche

Um einer Überprüfung durch das nationale Recht vorzubeugen sind Schiedsgerichte unter der Geltung der ICSID-Konvention exterritorialisiert. Kein nationales Recht kann folglich seine Anwendung auf Aufhebungsverfahren beanspruchen.

Schiedssprüche, die unter dem Regelwerk von ICSID abgelaufen sind, sind folglich noch restriktiver zu überprüfen. Materielle Überprüfungen können ausschließlich durch die in der ICSID Convention vorgesehenen Annulment Committees vorgenommen werden, vgl. Art. 54 ICSID-Konvention. Staatliche Gerichte dürfen folglich weder im Rahmen der Aufhebung noch der Vollstreckung die Entscheidung überprüfen⁸⁶³.

II. Vollstreckungsverfahren

Auch bezüglich des Vollstreckungsverfahrens ist zwischen der allgemeinen Regelung (1) und derjenigen, die für ICSID-Verfahren gelten (2) zu unterscheiden.

1) Allgemein

Alternativ könnte eine unionsrechtliche Konformitätsprüfung im Rahmen des Vollstreckungsverfahrens stattfinden. Auch dieses ist für Schiedssprüche nicht unionsrechtlich harmonisiert. Allerdings besteht eine faktische Harmonisierung dadurch, dass alle EU-Mitgliedsstaaten, wie insgesamt die meisten Staaten der Welt die New York Convention unterzeichnet und ratifiziert haben⁸⁶⁴. Die New York Convention ist auf die Vollstreckung von Investitionsschiedssprüchen anwendbar⁸⁶⁵.

861 BGH SchiedsVZ 2019, S. 46, 49.

862 BGH SchiedsVZ 2019, S. 46, 50f.

863 *Burgstaller*, Baltag, 50 Years of ICSID: Unsettled Issues, S. 410f; *Classen*, EuR 2012, S. 611, 621.

864 Die NYC hat 162 Mitgliedsstaaten. Zahlen nach *Wilske/Markert/Ebert*, SchiedsVZ 2020, S. 97, 98; alle EU-Mitgliedsstaaten sind Vertragsstaaten der NYC, *Classen*, EuR 2012, S. 611, 625; Dies gilt jedoch nicht für die EU selbst. Ein Beitritt der Union wäre nach jetzigem Rechtsstand wohl auch schwierig, weil die NYC nur den Beitritt von Staaten vorsieht, dazu *Ahner*, Investor-Staat-Schiedsverfahren nach Europäischem Unionsrecht, S. 248.

865 Statt vieler *Schill*, ZaÖRV 2011, S. 247, 262 mwN; siehe auch *Burgstaller*, Baltag, 50 Years of ICSID: Unsettled Issues, S. 410 mwN; aA *Flessner*, Ludwigs/Remien, Investitionsschutz, Schiedsgerichtsbarkeit und Rechtsstaat in der EU, S. 92

Das nationale Recht, nach welchem sich die Aufhebbarkeit und Vollstreckbarkeit von Entscheidungen grundsätzlich richtet, ist folglich jeweils der NYC nachgebildet. Die New York Convention reduziert weitgehend die Gründe, aus denen einem Schiedsspruch aufgehoben die Vollstreckbarkeit verweigert werden kann: Gemäß Art. 5 NYC sind lediglich die Verletzung oder Überschreitung der Schiedsklausel, die fehlende Verbindlichkeit des Schiedsspruchs für die Parteien oder ein Widerspruch gegen die öffentliche Ordnung als Gründe zur Versagung der Anerkennung oder Vollstreckbarkeit anerkannt.

Ansatzpunkt für einen Einfluss des Unionsrechts wäre hier die Ungültigkeit der Schiedsklausel, die sich aus dem Unionsrecht ergeben würde. Sofern der Sitz des Schiedsgerichts innerhalb der Union war, könnte das Unionsrecht als *lex arbitri* der Vollstreckung auch außerhalb der Union nach der NYC entgegenstehen. Wenn auch der Sitz außerhalb der Union lag ist dies nach den geltenden Regeln nicht möglich⁸⁶⁶.

Etwas weiter gehen die Möglichkeiten jedoch, wenn man bedenkt, dass gegen einen Staat vollstreckt werden soll. Dieser hat außerhalb seines Hoheitsgebiets meist nur wenig Besitz, der wiederum nicht selten den besonderen Schutzmechanismen der Diplomatie unterliegt. Gegen Botschaften und deren Besitz können im Wesentlichen keine Zwangsvollstreckungen betrieben werden. Wird also ein EU-Mitgliedsstaat verklagt muss regelmäßig das Vollstreckungsverfahren innerhalb der EU stattfinden und könnte so eine gewisse Überprüfbarkeit gewährleisten. Allerdings sind die Gründe die Vollstreckbarkeit zu verweigern aus guten Gründen sehr eingeschränkt, regelmäßig noch weiter als die Gründe im Aufhebungsverfahren.

Diese Schwierigkeiten bei der Vollstreckbarkeit haben wiederum Rückkoppelungseffekte auf die Reichweite und den Inhalt eines Schiedsspruchs. Dies gilt, weil es Aufgabe eines Schiedsgerichts ist, zu einer vollstreckbaren Entscheidung zu kommen. Auch hier spielt also das nationale, und europäische, Recht wiederum eine Rolle. Das Schiedsgericht muss sich dessen bewusst sein, dass dessen Regelungen der Vollstreckbarkeit entgegenstehen können und entsprechende Erwägungen schon bei der Findung des Schiedsspruchs miteinbeziehen⁸⁶⁷.

2) ICSID-Verfahren

Für ICSID-Verfahren legt Art. 54 Abs. 1 ICSID Convention für seine Vertragsstaaten ein eigenes Vollstreckungsregime fest, welches die Gleichsetzung von Schiedssprüchen mit letztinstanzlichen nationalen Urteilen vorsieht. Die Gültigkeit dieser Vorschrift ist zwar auf finanzielle Verpflichtungen

⁸⁶⁶ Siehe ausführlich und instruktiv dazu *Scheu/Nikolov, Arbitration International*, S. 1, 20f.

⁸⁶⁷ Siehe dazu etwa *Vattenfall vs. Deutschland, Decision on the Achmea Issue*, 31.08.2018, Rn. 230, die allerdings eine Übertragung der Achmea Rechtsprechung auf den dort einschlägigen ECT ablehnten oder jedenfalls als außerhalb ihrer Kompetenz liegend ansahen.

aus dem Schiedsspruch beschränkt, allerdings hat diese Beschränkung wenig faktische Auswirkungen, weil die finanziellen Verpflichtungen in aller Regel Kern des Schiedsspruchs sind. Eine sonst übliche *ordre public* Prüfung muss folglich bei der Vollstreckung von ICSID-Schiedssprüchen unterbleiben. Bei Vollstreckungen gegen den Staat dürften selten Vollstreckungshindernisse greifen. ICSID-Schiedssprüche stellen aus Sicht des Unionsrechts folglich ein noch größeres Problem dar⁸⁶⁸. Gemäß der ICSID-Konvention entscheidet allein das mit dem Fall betraute Schiedsgericht über die Reichweite der Schiedsklausel, eine vergleichbare Prüfung wie unter Geltung der NYC ist hier nicht möglich. Diesbezüglich könnte es zu einem offenen Konflikt zwischen ICSID und dem Unionsrecht kommen. Aus unionsrechtlicher Sicht greift der Vorrang des Europarechts nämlich auch gegenüber dem Völkerrecht⁸⁶⁹.

III. Durchsetzbarkeit außerhalb Europas

Selbst wenn der EuGH entgegen des eindeutigen Wortlauts der ICSID-Konvention das Unionsrecht so auslegt, dass es der Durchsetzbarkeit eines Schiedsspruchs innerhalb der EU selbst im Rahmen von ICSID-Verfahren entgegenstehen würde, dürfte doch als fraglich gelten, ob diese Auslegung auch außerhalb von Europa Beachtung finden würde. Außer im Rahmen der angesprochenen *Comity* besteht außerhalb der Union kein Geltungsanspruch des Unionsrechts⁸⁷⁰. Ob drittstaatliche Gerichte dieser Auslegung des Unionsrechts folgen würden, läge folglich allein in ihrem Ermessen. Nachdem die Unionsrechtswidrigkeit nicht auf die völkerrechtliche Gültigkeit durchschlagen dürfte⁸⁷¹, scheint eine unionsrechtsfreundlichen Anwendung unwahrscheinlich, insbesondere in den ICSID-Fällen, in denen einer solchen Auslegung eine echte völkerrechtliche Pflicht des Drittstaats entgegensteht⁸⁷².

Etwas anderes könnte dann gelten, wenn schon die Entscheidung über die fehlende Vollstreckbarkeit in einem Mitgliedsstaat die Vollstreckung in einem Drittstaat hindern würde. In diesem Fall könnte der vor dem Schiedsgericht verklagte Staat in einem EU-Mitgliedsstaat eine Klage mit dem Ziel erheben die fehlende Vollstreckbarkeit des Schiedsspruchs festzustellen. Ob diese Entscheidung jedoch wiederum vor dem Gericht des Drittstaates, welches anschließend mit einer neuerlichen Vollstreckungsentscheidung betraut würde, anerkannt wird, richtet sich rein nach dem dortigen nationalen Recht und kann folglich durch das Unionsrecht nicht sichergestellt werden. In Deutschland

868 So auch So auch *Scheu/Nikolov*, *The Incompatibility of Intra-EU Investment Treaty Arbitration with European Union Law – Assessing the scope of the ECJ’s Achmea Judgement*, S. 13, abrufbar unter https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3545811, zuletzt abgerufen am 10.03.2020.

869 Siehe dazu auch *Scheu/Nikolov*, *Arbitration International 2020*, S. 1, 15ff.

870 Dazu etwa *Lang*, *Policy Papers on Transnational Economic Law*, 50 III, S. 7.

871 Dazu sogleich näher unter Völkerrechtliche Konsequenzen der Unvereinbarkeit des klassischen Investitionsschutzes mit dem Unionsrecht.

872 Näher dazu *Scheu/Nikolov*, *Arbitration International 2020*, S. 1, 12ff.

würde eine solche Entscheidung etwa nicht anerkannt, weil Exequaturentscheidungen selbst keinen vollstreckungsfähigen Inhalt hätten⁸⁷³. Die einzige denkbare Lösung wäre folglich internationale Abkommen abzuschließen, die die Anerkennung von Entscheidungen über die fehlende Vollstreckbarkeit von Schiedsgerichten zum Gegenstand hätten. Nachdem dies bisher nicht erfolgt ist, kann die Durchsetzbarkeit einer effektiven gerichtlichen Kontrolle anhand des Unionsrechts nicht gewährleistet werden.

IV. Fazit

Ein Schiedsspruch unterliegt der Überprüfung am Schiedsort und im Vollstreckungsstaat⁸⁷⁴. Nur wenn jedenfalls einer dieser beiden Staaten ein EU-Mitgliedsstaat ist, kann das Unionsrecht in diesem Verfahrensstadium noch eine Rolle spielen. Eine Überprüfbarkeit im Aufhebungsverfahren hätte etwa dadurch sichergestellt werden können, dass Schiedsgerichten die Pflicht eines Sitzes in der EU auferlegt worden wäre. In aller Regel finden bei Intra-EU-Streitigkeiten entweder das Schiedsverfahren oder das Vollstreckungsverfahren, nicht selten sogar beide, in der EU statt⁸⁷⁵. Rechtlich zwingend oder aus Sicht des Unionsrecht durchsetzbar ist dies jedoch nicht. Gegen ICSID Verfahren sind nationale Verfahren quasi unmöglich. Im Micula Verfahren verbot die Kommission Rumänien dennoch ihrer Verpflichtung aus dem ICSID Schiedsspruch nachzukommen. Das diesbezügliche Verfahren lief über zehn Jahre⁸⁷⁶. Inzwischen hat der EuGH die Anwendbarkeit von Unionsrecht auf den Sachverhalt abgelehnt⁸⁷⁷, sodass es noch zu keinem unmittelbaren Konflikt gekommen ist.

Entgegen einiger Stimmen in der Literatur⁸⁷⁸ erachtet der EuGH die Überprüfbarkeit von Schiedssprüchen im Rahmen des Aufhebungs- und Vollstreckungsverfahrens nicht als ausreichend, um die volle Geltung des Unionsrechts sicherstellen zu können⁸⁷⁹. Insbesondere in ICSID-Verfahren, aber angesichts des fehlenden Einflusses des Unionsrechts auf die Wahl des Schiedsortes und den aufgezeigten Konsequenzen dürfte dieser Schluss als überzeugend einzuordnen sein.

D Notwendigkeit der Schiedsgerichtsbarkeit

Angesichts der Unvereinbarkeit der Schiedsklausel mit dem Unionsrecht ist im Folgenden zu analysieren, inwiefern die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit im europäischen Rahmen notwendig ist,

873 Kritisch dazu zu Recht *Kall*, IHR 2018, S. 137, 144ff.

874 *Spiegel*, EuZW 1999, S. 565, 568.

875 Siehe *Rösch*, Intraeuropäisches Investitionsrecht, S. 220f.

876 Siehe für eine Übersicht etwa *Burgstaller*, Baltag, 50 Years of ICSID: Unsettled Issues, S. 419ff.

877 EuGH T-624/15, T-694/15 und T-704/15, Rn. 73ff.

878 So etwa *Bodenheimer/Eller*, RIW 2018, S. 786, 790, die argumentieren eine ordre public Überprüfung etwa anhand der ZPO sei ausreichend, um die zwingenden Vorschriften des Unionsrechts umzusetzen.

879 EuGH C-284/16 (*Achmea*), Rn. 50ff.

oder etwa durch die mitgliedstaatlichen und unionalen Gerichte ersetzt werden kann. Auch soll ein kurzer Überblick über mögliche Alternativen gegeben werden.

Rechtspolitisch wurde vor der Achmea-Entscheidung überwiegend für eine Vereinbarkeit von Intra-EU-IIAs mit dem Unionsrecht plädiert, insbesondere um Unzulänglichkeiten in den Gerichtssystemen vorwiegend einiger osteuropäischer Mitgliedsstaaten begegnen zu können⁸⁸⁰. Diese bestehen auch aus Sicht der EU, die durch die Kommission entsprechende Vertragsverletzungsverfahren etwa gegen Polen und Ungarn eingeleitet hat. Ob daraus folgt, dass die Rechts- und Werteunion, die der EuGH aufrechterhalten will, realitätsfern und nur Fiktion und Dogma seien⁸⁸¹, ist jedoch zu bezweifeln.

Im Folgenden sind zunächst die Anwendbarkeit von IIAs durch nationale Gerichte zu analysieren (I), bevor kurz die Mediation als mögliche Alternative (II) betrachtet wird. Schließlich ist auf die Möglichkeit einer Umdeutung zur Befassung des EuGH mit Investitionsstreitigkeiten einzugehen (IV) und ein Fazit zu ziehen (V).

I. Anwendung von IIAs durch nationale Gerichte

Die Anwendung der investitionsschützenden Regelungen durch die bereits etablierten und in den meisten Fällen auch gut funktionierenden nationalen Gerichte wäre die einfachste Lösung. Weitere Vorteile sind etwa gut etablierte und konsistente Entscheidungspraktiken⁸⁸². Inwieweit der Instanzenzug als Vor- oder Nachteil anzusehen ist, ist dagegen nicht ohne weiteres zu beantworten. Überwiegend gut funktionierende nationale Gerichte lassen sich auch Drittstaaten attestieren, mit denen die Union bisher Investitionsschutzabkommen abgeschlossen hat. Dies gilt etwa für Kanada und Singapur⁸⁸³.

Die Anwendung von Investitionsschutzabkommen würde jedoch einige Änderungen an diesen Abkommen voraussetzen: Zunächst sollen die aktuellen Anwendungsprobleme kurz dargestellt werden (1) bevor sie auf mögliche diesbezügliche Verbesserungen analysiert werden (2).

1) Aktuelle Probleme der Anwendbarkeit

Im Folgenden soll kurz die Anwendung von Investitionsschutzrecht durch nationale Gerichte näher beleuchtet werden. Dabei ist insbesondere die Form, in der Investitionsschutzrecht in nationales Recht umgesetzt wurde, das relevante Kriterium, ob und wie die nationalen Gerichte die Möglichkeit und Verpflichtung haben das Investitionsschutzrecht miteinzubeziehen.

880 Etwa *Behrens*, EuZW 2018, S. 49, 50.

881 So etwa *Wernicke*, NJW 2018, S. 1644, 1647.

882 *Andersen/Hindelang*, JWIT 2016, S. 984, 1012.

883 Siehe dazu schon *Tams*, JWIT 2014, S. 585, 610.

Regelmäßig werden Investitionsschutzabkommen, auch mit guten Gründen, nicht als Gesetz verabschiedet. In Deutschland wird aller Regel etwa lediglich nach dem in Art. 59 Abs. 2 GG vorgesehenen Verfahren ein Zustimmungsgesetz durch den Bundestag beschlossen, ohne dass eine Umsetzung des Investitionsschutzabkommens vorgesehen ist. Gleiches gilt für die meisten Staaten, die einem dualistischen System folgen⁸⁸⁴. Eine Umsetzung der IIAs in nationales Recht wäre auch schwierig zu erreichen, weil das Investitionsschutzabkommen seinem Wesen und Anspruch nach Auswirkungen auf alle Bereiche der Staatsgewalten haben soll – was die konkreten Verpflichtungen sind geht, in aller Regel aber gerade nicht aus dem Investitionsschutzabkommen hervor. In dieser Hinsicht ist das Investitionsschutzrecht etwa mit den Grundrechten vergleichbar, die einen gewissen Rahmen oder Handlungsspielraum schaffen, zumeist allerdings ohne konkrete Einzelfragen zu regeln. Hinsichtlich des Bestimmtheitsgrundsatzes wäre es auch wohl nach deutschem Recht auch verfassungswidrig, den Vertragstext eines Investitionsschutzabkommens als Gesetz zu verabschieden.

Eine gewichtige Konsequenz, die sich aus dieser fehlenden Umsetzung ergibt, ist jedoch die Tatsache, dass nationale Gerichte⁸⁸⁵ die Verträge regelmäßig nicht unmittelbar anwenden dürfen, sondern allenfalls versuchen können, die nationalen Regelungen im Sinne des Investitionsschutzabkommens auszulegen. Mangels Gesetzesqualität können Investitionsschutzabkommen nicht als konkurrierendes oder spezielleres Gesetz herangezogen werden. Dies wäre mit einem kontinentaleuropäischen Rechtssystem auch schwer vereinbar. Die einzige verbleibende Möglichkeit für ein Gericht ist folglich allerdings derjenige, Investitionsschutzabkommen bei der Auslegung von Normen zu berücksichtigen.

Im Rahmen der Auslegung gilt insbesondere, anders als im Fall konkurrierender Normen: Der Wortlaut bildet die äußere Grenze möglicher Auslegung. Diskriminiert also etwa ein Gesetz eklatant ausländische Investoren – was, wenn es sich um juristische Personen handelt etwa durch das Grundgesetz nicht ausgeschlossen ist – bliebe es dem nationalen Gericht verwehrt, das Investitionsschutzabkommen zur Korrektur heranzuziehen.

Im nationalen Recht gilt weiterhin, dass die Verfassung und nicht etwa wie von Art. 27 WVK vorgesehen, das Völkerrecht als letztendlich höherrangig einzustufen ist. Auch diese kann zwar völkerrechtsfreundlich ausgelegt werden. Allerdings ist die Rolle des nationalen Rechts aus Sicht des nationalen Richters eine weitaus gewichtigere als aus Sicht eines Schiedsrichters, der einen

884 Siehe für das Beispiel Australien etwa *Schill*, *European Yearbook of International Economic Law* 2016, S. 309, 321 mit Verweis auf *Philipp Morris vs. Australien*, Award on Jurisdiction and Admissibility, 17.12.2015, und weiteren Nachweisen; *Trakman/Sharma*, *Hindelang/Krajewski*, *Shifting Paradigms in International Investment Law: More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified*, S. 319ff.

885 Auch nationale Behörden können Investitionsschutzrecht nicht unmittelbar anwenden. Siehe zur Forderung dies zu ändern schon *Bungenberg*, *GewArch* 2014, S. 382, 388.

internationalen Vertrag auslegt: Wenn sich ein Staat zu einem Handeln durch einen Vertrag verpflichtet, kann er sich nicht auf innerstaatliches Recht berufen, um sich seinen Verpflichtungen wieder zu entziehen. Die Vereinbarkeit oder Umsetzbarkeit des internationalen Rechts mit dem nationalen Recht muss vorher geprüft werden und darf später nicht mehr angetastet werden, es sei denn, der internationale Vertrag wird nach den darin vereinbarten Regeln modifiziert oder aufgehoben.

Die fehlende unmittelbare Anwendbarkeit von Investitionsschutzabkommen durch nationale Behörden und Gerichte kann nicht ohne weiteres geändert werden. Allerdings können weitere, nachfolgend aufzuzeigende Maßnahmen ergriffen werden, um den Rechtsschutz durch nationale Gerichte zu verbessern.

2) Mögliche Verbesserungen

Im Folgenden soll auf mögliche Verbesserungen eingegangen werden, insbesondere was die Verfahrenssprache (a), die Verfahrensdauer (b) und die Qualität der Gerichte, insbesondere am Maßstab von deren Unabhängigkeit (c) dargestellt werden.

a) Verfahrenssprache

Aus Investorensicht sicherlich positiv zu bewerten, ist, dass es zunehmend mehr innerstaatliche Gerichtsverfahren gibt, die auf Englisch durchgeführt werden und daher für internationale Investoren leichter zugänglich sind⁸⁸⁶. Die Kernkritikpunkte werden damit allerdings in der Regel nicht behoben: Der Investor muss sich immer noch auf ein unbekanntes nationales Verfahren einlassen, mit eigenen Regeln des Prozess- und materiellen Rechts. Die Sprache spielt dabei nur eine untergeordnete Rolle.

b) Verfahrensdauer

Kennzeichen für die Schiedsgerichtsbarkeit ist regelmäßig die Tatsache, dass eine einzige Instanz letztverbindlich entscheidet und damit das Verfahren erheblich beschleunigt wird. Die Verfahrensdauern vor den Gerichten der EU-Mitgliedsstaaten sind sehr unterschiedlich, durch den Instanzenzug allerdings zumeist deutlich länger. Schlusslicht im Zivilverfahren ist etwa Italien mit einer durchschnittlichen Verfahrensdauer von etwa neun Jahren bis zur letztinstanzlichen Entscheidung. In Verfahren vor den Verwaltungsgerichten liegt Zypern mit etwa elf Jahren Verfahrensdauer (für zwei Instanzen) auf dem letzten Platz⁸⁸⁷. Investitionsschiedsverfahren dauern dagegen durchschnittlich 3,7

⁸⁸⁶ *Wilske/Markert/Bräuninger*, SchiedsVZ 2019, 101, 119f; für Deutschland etwa ein Projekt in Nordrhein-Westfalen, dazu etwa *Mankowski/Hölscher/Gerhardt*, Rengeling/Middeke/Gellermann, Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, § 38, Rn. 76 mwN.

⁸⁸⁷https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/upholding-rule-law/eu-justice-scoreboard_en, S. 12ff, zuletzt abgerufen am 30.07.2023.

Jahre⁸⁸⁸. Auch dies ist schon eine erhebliche Dauer. Allerdings ist miteinzubeziehen, dass diese Streitigkeiten oft einen enormen Streitwert und hohe Komplexität aufweisen und auch in den nationalen Verfahren regelmäßig nicht in der durchschnittlichen Verfahrensdauer abgeschlossen werden dürften.

c) Qualität und Unabhängigkeit

Auch bezüglich der Qualität der Rechtsprechung, die im Folgenden in erster Linie an der Unabhängigkeit der Richter gemessen werden soll, gibt es in einigen EU-Mitgliedsstaaten durchaus Fragezeichen⁸⁸⁹. Untersuchungen der Kommission zeigen, dass in etwa der Hälfte der Mitgliedsstaaten die Unabhängigkeit der Richter von etwa der Hälfte der Befragten Unternehmen und Privatpersonen angezweifelt wurde⁸⁹⁰. Insbesondere wird dabei die Unabhängigkeit von der Politik bezweifelt. Das Vertrauen in die Unabhängigkeit von Privaten überwiegt, allerdings zumeist nicht wesentlich. Insbesondere werden auch bessere Regelungen zur statusbedingten Unabhängigkeit gefordert. In diesem Bereich gibt es für die Gerichte der Mitgliedsstaaten folglich Verbesserungspotential.

Aus diesem Grund gibt es seit 2007 einen europäischen Strukturfond, der zur Verbesserung der Justizsysteme der Mitgliedsstaaten beitragen soll⁸⁹¹. Daneben wird in der Literatur aber auch ein „Sicherheitsnetz“, in Form eines weiteren Streitbeilegungsmechanismus gefordert, bis eine hinreichende Verbesserung eingetreten ist⁸⁹². Um ein investitionsfreundliches Umfeld aufrechtzuerhalten, sei es notwendig, die Unabhängigkeitsprobleme der Gerichte der Mitgliedsstaaten anzuerkennen und diese nicht zu verharmlosen⁸⁹³.

d) Überformung nationalen Prozessrechts

Soweit das nationale Recht keinen Rechtsschutz vorsieht, das Unionsrecht einen solchen aber verlangt, greift das Unionsrecht auch in das nationale Prozessrecht, insbesondere die

888 Siehe dazu schon oben unter Ausschöpfung des Rechtswegs.

889 Die Qualität von Urteilen einzuordnen ist generell schwierig bis unmöglich. Besteht jedoch keine richterliche Unabhängigkeit ist zu vermuten, dass dies die Urteilsfindung nicht selten beeinflussen wird, gerade bei Fällen von erheblichem öffentlichem Interesse.

890 EU Justice Scoreboard 2019, S. 44f; abrufbar unter https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/upholding-rule-law/eu-justice-scoreboard_en; zuletzt abgerufen am 10.04.2020; siehe zur Problematik auch etwa *Andersen/Hindelang*, JWIT, 2016, S. 984, 990.

891 Dazu etwa die jährlich veröffentlichten Justice scoreboards, abrufbar unter https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/upholding-rule-law/eu-justice-scoreboard_en; zuletzt abgerufen am 04.09.2019; dort wird ausdrücklich auch der positive Effekt funktionierender Gerichtssysteme auf die ökonomische Entwicklung betont (S. 4).

892 *Andersen/Hindelang*, JWIT 2016, S. 984, 984.

893 *Andersen/Hindelang*, JWIT 2016, S. 984, 990.

Zulässigkeitsvoraussetzungen ein und schafft auf diese Weise Klagemöglichkeiten. Auch dies erfordert der Grundsatz der Effektivität des Unionsrechts⁸⁹⁴.

3) Fazit

Nationale Gerichte können die Aufgaben der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit nur bedingt übernehmen, insbesondere weil sie die Investitionsschutzabkommen nicht unmittelbar anwenden können. Darüber hinaus bemühen sich jedoch sowohl die Mitgliedsstaaten als auch die EU den Rechtsschutz zu verbessern und zu vereinfachen⁸⁹⁵.

Trotzdem verbleibt der Vergleich von nationalen Gerichten mit Schiedsgerichten wie der Vergleich zwischen Äpfel und Birnen: Es gibt Ähnlichkeiten aber auch erhebliche Unterschiede, wie etwa im Rahmen des anwendbaren Rechts⁸⁹⁶.

Der nationale Rechtsweg hat allerdings durchaus auch Vorteile, jedoch bestehen diese teilweise vor allem aus Sicht des Gaststaates:

- Der Investor wird der territorialen Souveränität des Gaststaates unterworfen,
- auch alle anderen Rechtskonflikte werden über nationale Gerichte gelöst, deshalb werden
- internationale Investoren nicht bevorzugt gegenüber kleineren nationalen Investoren, gerade in Staaten, in denen das Rechtssystem nicht optimal funktioniert;
- darüber hinaus besteht regelmäßig ein Instanzenzug⁸⁹⁷.

Aus Sicht des Investors werden diese Punkte jedoch regelmäßig eher Nachteile als Vorteile darstellen.

II. Mediation

Insbesondere die EU-Kommission versucht außergerichtliche Streitbeilegungsmechanismen als Ersatz für die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit zu etablieren⁸⁹⁸. Dafür spricht insbesondere, dass diese Lösung wegen ihrer fehlenden Verbindlichkeit relativ einfach politisch umsetzbar ist. Des Weiteren dürfte ein Mediationsmechanismus nicht mit dem Unionsrecht in Konflikt geraten. Allerdings sind Mediationsverfahren jedenfalls im Investitionsschutzrecht regelmäßig wenig erfolgsversprechend.

894 Zur Überformung etwa des deutschen Prozessrechts aufgrund unionsrechtlicher Anforderungen siehe etwa *Geimer*, Zöller, Zivilprozessordnung, Einleitung, Rn. 150 mwN; siehe auch Art. 10 des Draft Agreements on Termination of Intra-EU-IIAs.

895 Siehe ausführlich dazu etwa *Wagner*, Rechtsstandort Deutschland im Wettbewerb.

896 Zu diesem Bild etwa *Trakman/Sharma*, Hindelang/Krajewski, *Shifting Paradigms in International Investment Law: More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified*, S. 330f.

897 *Trakman/Sharma*, Hindelang/Krajewski, *Shifting Paradigms in International Investment Law: More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified*, S. 331f; Ausführlich zu Vor- und Nachteilen einer Rückkehr zum nationalen Rechtsschutz, *Gindler*, S. Die local remedies rule im Investitionsschutzrecht, 250ff.

898 Siehe dazu *Andersen/Hindelang*, JWIT 2016, S. 984, 1006 mwN.

Nach bisheriger Erfahrung ist festzuhalten, dass in den Fällen, in denen die Anrufung eines Schiedsgerichts erwogen wurde, die Beziehung zwischen den Streitparteien schon so nachhaltig gestört ist, dass einvernehmliche Konfliktlösungen nicht mehr in Betracht kommen. Ein langes, kostenintensives Schiedsverfahren ist auch für die Parteien nur die ultima ratio. Darüber hinaus gilt, selbst wenn die Anzahl tatsächlich durchgeführter Investitionsschiedsstreitigkeiten recht gering blieb, konnte mit dem „Drohpotenzial“ eines Verfahrens vor einem internationalen Schiedsgericht in vielen Fällen eine einvernehmliche Lösung bewirkt werden⁸⁹⁹. Dies ist bei von der EU-Kommission als Ersatz vorgesehenen Mediationsverfahren nicht im gleichen Maße der Fall⁹⁰⁰.

III. Umdeutung der Schiedsklausel zur Befassung des EuGH

Alternativ könnte man eine Befassung des EuGHs mit Investitionsstreitigkeiten aufgrund des Parteiwillens als ergänzende Vertragsauslegung annehmen. Diese müsste aus völkerrechtlicher Perspektive dem übereinstimmenden Willen der Vertragsparteien entsprechen (1) und wiederum mit dem Unionsrecht vereinbar sein (2).

1) Übereinstimmender Parteiwille

Um eine solche Auslegung vornehmen zu können, müsste eine Befassung des EuGH dem Willen beider Vertragsparteien entsprechen. Der ursprüngliche Willen der Vertragsparteien war es, Investitionsschiedsgerichte mit der Lösung von Investitionsstreitigkeiten zu betrauen. Die Parteien haben dabei keine Ausfallregelung für den Fall der Unionsrechtswidrigkeit der Schiedsklausel getroffen. Für eine Befassung des EuGH könnte nun folgendes Argument sprechen: Es war offenbar der Wunsch der Vertragsparteien, nicht die nationalen Gerichte des betroffenen Staates damit zu befassen, sondern ein neutrales, internationales Streitbeilegungsorgan. Dies würde auf den EuGH zutreffen. Darüber hinaus wollten die Vertragsparteien ein Streitbeilegungssystem schaffen, das mit ihren sonstigen internationalen Verpflichtungen, insbesondere dem Unionsrecht nicht in Konflikt steht. Bezieht man nun die Rechtsprechung des EuGH zur Autonomie des Unionsrechts mit ein, kommt nur noch dieser zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten in Frage. Entsprechend wird eine solche

899 <https://www.dihk.de/themenfelder/international/europaeische-union/recht-und-binnenmarkt/umfragen-und-prognosen/umfrage-streitbeilegung-2017>, abgerufen am 14.3.2019.

900 So auch *Hindelang*, *Conceptualisation and Application of the Principle of Autonomy of EU Law – The CJUE’s Judgement in Achmea put in Perspective*, S. 18, abrufbar unter https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3266123, zuletzt abgerufen am 30.10.2019; *Andersen/Hindelang* JWIT 2016, S. 984, 1006; der einvernehmlichen Streitbeilegung am Beispiel der Ukraine positiver gegenüberstehend etwa *Karel/Rybak*, *SchiedsVZ* 2020, S. 65, 65ff; trotzdem wird die Mediation auch in außereuropäischen Fällen durch die Union gefördert und forciert, siehe dazu etwa <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1571043676275&uri=COM:2019:457:FIN> zuletzt abgerufen am 08.10.2020.

Option auch in einem inoffiziellen und nicht weiterverfolgten Vorschlag durch einige Mitgliedsstaaten⁹⁰¹ und Teile der Literatur erwogen⁹⁰².

Das Völkerrecht und insbesondere die WVK würden dem wohl nicht entgegenstehen. Zwar sieht der Wortlaut der IIAs etwas anderes vor, eine sich wandelnde Bedeutung von verwendeten Begriffen ist auch im Völkervertragsrecht unter Geltung der WVK nichts Ungewöhnliches⁹⁰³. Dabei ist zunächst das gemeinsame Verständnis des Wortlauts zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu beachten, was sicherlich gegen eine Umdeutung spräche. Gemäß Art. 31 a) ist außerdem jede spätere Übereinkunft der Parteien in die Auslegung miteinzubeziehen⁹⁰⁴. Als solche sind EUV und AEUV zu betrachten. Sie können demzufolge Indizien für das einvernehmliche Verständnis des Vertragstexts darstellen⁹⁰⁵, welche das ursprüngliche Verständnis abzuändern in der Lage sind⁹⁰⁶. Der Effektivitätsgrundsatz und die dynamische Auslegung sind etwa auch im Völkerrecht anerkannt⁹⁰⁷ und könnten folglich für eine entsprechende Umdeutung der Schiedsklausel sprechen. Ob eine solche Lösung tatsächlich in Betracht kommt, ist jedoch im Einzelfall anhand der unterschiedlichen Investitionsschutzabkommen zu prüfen. Der Zweck des Vertrags ist stets diesem selbst zu entnehmen⁹⁰⁸. Grundsätzlich scheint dies jedoch möglich.

2) Vereinbarkeit mit Unionsrecht

Darüber hinaus müsste eine solche Befassung des EuGH auch mit dem Unionsrecht vereinbar sein. Eine Befassung des EuGH mit Streitigkeiten kommt nur insoweit in Betracht, als ihm das Unionsrecht ausdrücklich entsprechende Kompetenzen erteilt. In Betracht käme hier insbesondere Art. 273 AEUV, der wie folgt lautet: „Der Gerichtshof ist für jede mit dem Gegenstand der Verträge in Zusammenhang stehende Streitigkeit zwischen Mitgliedstaaten zuständig, wenn diese bei ihm aufgrund eines Schiedsvertrags anhängig gemacht wird.“

Investitionsstreitigkeiten zwischen einem EU-Mitgliedsstaat und einem Investor aus einem anderen EU-Mitgliedsstaat sind wie oben geprüft Streitigkeiten, die mit dem Gegenstand der Verträge in Verbindung stehen. Die Regelung soll zur Stärkung der Autonomie des Unionsrechtssystems gegenüber dem internationalen Recht beitragen und Streitigkeiten entscheiden, die zwar nicht

901 Abrufbar unter https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/I/intra-eu-investment-treaties.pdf?__blob=publicationFile&v=4, zuletzt abgerufen am 09.03.2020.

902 *Nacimiento/Bauer*, BB 2018, S. 1347, 1349.

903 Siehe dazu ausführlich, *Bjorge*, *The evolutionary interpretation of treaties*, S. 188ff.

904 *Lock*, *Das Verhältnis zwischen dem EuGH und internationalen Gerichten*, S. 58ff.

905 V. *Heinegg*, *Ipsen*, *Völkerrecht*, S. 477.

906 *Lock*, *Das Verhältnis zwischen dem EuGH und internationalen Gerichten*, S. 58ff.

907 V. *Heinegg*, *Ipsen*, *Völkerrecht*, S. 479f.

908 V. *Heinegg*, *Ipsen*, *Völkerrecht*, S. 476.

unionsrechtlicher Art sind, aber im Zusammenhang damit stehen⁹⁰⁹. Eine diesbezügliche Verpflichtung besteht allerdings nicht, weil Art. 344 AEUV diesbezüglich nicht einschlägig ist und die Zuständigkeitsvereinbarung auf freiwilliger Zustimmung beruht⁹¹⁰.

Die grundsätzlich völkerrechtliche Zulässigkeit einer Umdeutung des Schiedsvertrags wurde eben bejaht. Die Zuständigkeitsvereinbarung muss jedoch ausdrücklich erfolgen, vergleiche Art. 38 § 6 der Verfahrensordnung des EuGH, es würde also einer dokumentierten Einigung zwischen den Mitgliedsstaaten über die Zuständigkeit des EuGH bedürfen⁹¹¹. Eine entsprechende schriftliche Erklärung der Mitgliedsstaaten dürfte dazu allerdings genügen.

Allerdings beschränkt Art. 273 AEUV seine Anwendbarkeit auf Streitigkeiten zwischen den Mitgliedsstaaten und ist insofern enger als der Wortlaut des Art. 344 AEUV. Vorliegend handelt es sich um eine Investor-Staats-Streitigkeit, die jedoch auf einem internationalen Abkommen zwischen zwei Mitgliedsstaaten beruht. Eine Qualifizierung als Streitigkeit zwischen den Mitgliedsstaaten wurde oben abgelehnt. Bisher war der EuGH noch nicht mit einer auf Art. 273 AEUV begründeten Klage befasst. Wie er selbst diese Vorschrift anwenden würde, kann folglich nicht festgestellt werden. Allerdings war der EuGH bisher bei der Annahme der eigenen Kompetenzen eher großzügig. Er hat etwa bereits geurteilt, dass es möglich ist, ihm Streitigkeiten mit Drittstaatenbezug zu übertragen, sofern dadurch die von den Verträgen vorgesehene Rolle nicht beeinträchtigt werde⁹¹². Gleiches muss folglich umso mehr für Streitigkeiten gelten, deren Verwurzelung im Unionsrecht stärker ist als beim Drittstaatenbezug.

Der Wortlaut des Art. 273 AEUV lässt jedoch auf eine eher restriktive Handhabung schließen⁹¹³. Zudem haben die Mitgliedsstaaten inzwischen ihren Willen erklärt, Intra-EU-Investitionsschutzabkommen aufzukündigen und nicht alternative Formen der Streitbeilegung zu finden. Insofern ist eine Miteinbeziehung des EuGH in Investor-Staats-Streitigkeiten auf diese Weise abzulehnen. Auch die eingeschränkten Individualklagemöglichkeiten, oben im Rahmen der Nichtigkeitsklage genauer analysiert, sprechen gegen eine Befassung des EuGH mit Investitionsstreitigkeiten auf diesem Wege.

IV. Fazit

Weder nationale Gerichte, noch andere internationale Gerichte oder alternative Streitbeilegungsformen bieten Investoren den gleichen Schutz wie bisher die

909 *Schwarz*, Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, § 15, Rn. 1.

910 *Schwarz*, Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, § 15, Rn. 3.

911 Dazu und zum Schriftformerfordernis siehe *Schwarz*, Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, § 15, Rn. 8ff.

912 Siehe etwa EuGH Gutachten 1/09, Rn. 76; siehe dazu auch *Burgstaller*, JWIT 2014, S. 551, 564.

913 Siehe nur *Schwarz*, Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, § 15, Rn. 11f.

Investitionsschiedsgerichtsbarkeit. Das jedenfalls bisher ersatzlose Entfallen des Investitionsschutzes im Verhältnis zwischen den EU-Mitgliedsstaaten wird daher als Rückschritt angesehen⁹¹⁴.

Dementsprechend fordern Literatur⁹¹⁵, Interessensvertreter der Wirtschaft⁹¹⁶, aber auch einige Mitgliedsstaaten⁹¹⁷ dringend die Einführung eines neuen Schutzmechanismus für EU-interne Investitionen. Die Argumente dafür sind überwiegend rechtspolitischer Natur.

Zunächst wird eingewandt, europäische Investoren würden dadurch schlechter gestellt als Investoren aus Drittstaaten. Rechtlich gesehen ist eine solche EU-Inländer-Diskriminierung unproblematisch. Auch faktisch gesehen ist fraglich, ob sich Investoren aus Drittstaaten und EU-Mitgliedsstaaten ohne weiteres miteinander vergleichen lassen⁹¹⁸; diesen konkreten Schutzmechanismus haben jedoch nur noch außereuropäische Investoren zur Verfügung.

Problematisch werden kann dies insbesondere im Zusammenspiel mit dem nachfolgenden Argument für einen neuen Investitionsschutzmechanismus: Durch die Abschaffung würden insbesondere kleinere und mittlere Investoren benachteiligt, während große Investoren aufgrund ihrer Verhandlungsmacht weiterhin auf einen weitreichenden Schutz vertrauen können⁹¹⁹. Im Rahmen des CETA Gutachtens hat der EuGH gerade den gleichwertigen Zugang zu Gericht insbesondere für kleinere und mittlere Unternehmen als wesentliche Voraussetzung für die unionsrechtliche Zulässigkeit der dort vorgesehenen Streitbeilegung erachtet. Sehr große internationale Investoren dürften Konflikte „internationalisieren“ können, indem eine nichteuropäische Muttergesellschaft als Kläger auftritt. Dies ist nach der aktuell herrschenden Definition des Investors regelmäßig ohne weiteres möglich⁹²⁰. Dadurch würde nicht mehr ein innereuropäischer IIA die Grundlage für das Schiedsverfahren bilden,

914 Rösch, *Intraeuropäischer Investitionsschutz*, S. 259; Kröll bezeichnet die Einstufung staatlicher Gerichte als hinreichenden Schutz mit Blick auf die festgestellten rechtsstaatlichen Mängel sogar als bigott, siehe SchiedsVZ 2020, S. 156, 156.

915 Wilske/Markert/Bräuninger, *SchiedsVZ* 2019, S. 101, 115; Stöbener de Mora, *EuZW* 2018, S. 363, 369; *EuZW* S. 923, 924; jedenfalls für die Notwendigkeit einer Übergangslösung Hindelang, *Conceptualisation and Application of the Principle of Autonomy of EU Law – The CJUE’s Judgement in Achmea put in Perspective*, S. 18, abrufbar unter https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3266123, zuletzt abgerufen am 30.10.2019.

916 Etwa <https://www.handelsblatt.com/politik/international/investor-staats-schiedsverfahren-investitionsschutz-ausgehebelt-deutsche-wirtschaft-fordert-neue-regeln/24194786.html> zuletzt abgerufen am 29.08.19; diese Forderung kommt auch aus entsprechenden Kreisen der Rechtswissenschaft, siehe etwa Andersen/Hindelang, *JWIT*, 2016, S. 984, 991.

917 Nonpaper von 2016, abrufbar online https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/I/intra-eu-investment-treaties.pdf?__blob=publicationFile&v=4, zuletzt abgerufen am 01.02.2020.

918 Siehe dazu näher unten unter Diskriminierungsverbot.

919 Schill, *European Yearbook of International Economic Law* 2016, S. 309, 317; zur Prognose der steigenden Bedeutung von Investor-Staat-Verträgen etwa Griebel, *Internationales Investitionsschutzrecht*, S. 98; Boknik, *SchiedsVZ* 2019, S. 277, 277.

920 Siehe zum weiten Investorenbegriff schon oben unter Sachliche Anwendbarkeit.

sondern ein IIA mit einem Drittstaat⁹²¹. Gleichzeitig ginge damit die Möglichkeit der Einflussnahme des EuGH oder anderer unionaler Organe weiter zurück.

Gegen eine Aufrechterhaltung des Sonderschutzes für Investoren mag sich darüber hinaus auch die Frage stellen, ob damit das richtige politische Signal gesendet worden wäre. Statt einseitig den Rechtsschutz für Investoren zu stärken, versucht die Kommission mittelfristig für alle potentiellen Kläger einen besseren Rechtsschutz zu schaffen⁹²². Dieser Aufgabe nachzukommen ist durch die faktische Abschaffung des Intra-EU-Investitionsschutzes allerdings umso wichtiger geworden. Ob ein solcher Sonderweg negativ zu beurteilen ist, oder lediglich der besonderen Situation und Bedeutung von Auslandsinvestitionen gerecht werden sollte, ist ebenfalls politisch strittig.

In der ECOFIN-Ratsentscheidung vom 11.7.2017 haben die Mitgliedsstaaten jedenfalls beschlossen, den vollständigen, starken und effektiven Schutz von Investitionen zu erhöhen, insbesondere auch in prozessualer Hinsicht und falls notwendig, bestehende Schutzmechanismen zu verbessern oder neue zu schaffen⁹²³. Dies entspricht auch der Position der Kommission, die diese im Rahmen der Aufkündigung der Intra-EU-IIAs zum Ausdruck gebracht hat⁹²⁴.

Auch bleibt zu bedenken, dass der Investitionsschutz nicht aus dem Europarecht verschwindet. Die zahlreichen Vorschriften zum Binnenmarkt und teilweise zur GrCH sollen Investitionen in anderen EU-Mitgliedsstaaten fördern und tun dies auch schon auf gewichtige Weise. Dies gilt etwa für die Niederlassungsfreiheit, die weit über die Bestimmungen des klassischen Investitionsschutzes hinausgeht, indem sie ein Recht auf Marktzugang festlegt. Über das Vertragsverletzungsverfahren kann die Kommission auch über den individuellen Rechtsweg vor nationalen Gerichten hinaus, Investitionsschutz innerhalb von Europa betreiben⁹²⁵ und damit Investorenrechte auch dort stärken, wo der nationale Rechtsweg vielleicht noch nicht einen genügenden Standard garantiert.

Aus Defiziten des staatlichen Rechtsschutzes kann außerdem noch nicht gefolgert werden, dass Investitionsschiedsgerichte die insgesamt bessere Lösung darstellen, auch diese weisen eine nicht unerhebliche Menge an Defiziten auf⁹²⁶. Generell ist es nicht einfach, wenn überhaupt möglich, zwei

921 Zum Phänomen des Treaty shopping in diesem Zusammenhang etwa *Bodenheimer/Eller*, RIW 2018, S. 786, 792.

922 Siehe deswegen befürwortend *Hindelang*, *Conceptualisation and Application of the Principle of Autonomy of EU Law – The CJUE’s Judgement in Achmea put in Perspective*, S. 9, abrufbar unter https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3266123, zuletzt abgerufen am 30.10.2019.

923 Siehe dazu auch *Draft Agreement on Termination of bilateral investment treaties between the member states of the European Union*, Rn. XV.

924 Siehe dazu *Stöbener de Mora*, *EuZW* 2019, S. 883, 883.

925 Siehe dazu etwa auch *Klages*, *EuZW* 2018, S. 217, 218.

926 So auch *Andersen/Hindelang*, *JWIT* 2016, S. 984, 999.

Rechtsschutzsysteme zu vergleichen, die insgesamt jeweils einem komplizierten System von Entscheidungen folgen, die zudem jeweils voneinander abhängig sind⁹²⁷.

Der Investitionsschutz, wie er bisher umgesetzt wurde, ist zwischen den EU-Mitgliedsstaaten erst einmal am Ende. Letztere haben auch bereits ihren Willen kundgetan, dies auch durch die Aufkündigung der Investitionsschutzverträge formell ordnungsgemäß umzusetzen⁹²⁸. Das entsprechende Abkommen ist inzwischen geschlossen worden und wird im nächsten Abschnitt näher zu beleuchten sein. Eventuell wird als Nachfolgemechanismus ein Modell gewählt, welches besser in das Rechtsschutzsystem der Union integriert ist, allerdings mit ziemlicher Sicherheit mit dem Nachteil längerer Verfahrensdauern. So wünschenswert bei einigen Urteilen eine Berufungsinstanz oder eine Vorlage auch gewesen sein mag, so zentral ist doch der Vorteil eines verhältnismäßig schnell rechtskräftigen und vor allem vollstreckbaren Schiedsspruchs.

Wie diese Aufkündigung aus völkerrechtlicher Sicht abläuft und ablaufen darf, ist im nächsten Schritt zu klären (§ 4).

§4. Völkerrechtliche Konsequenzen der Unvereinbarkeit des klassischen Investitionsschutzes mit dem Unionsrecht

Die Mitgliedsstaaten haben angekündigt, die Intra-EU-IIAs zum Ende des Jahres 2019 kündigen zu wollen⁹²⁹. Dies zeigt, dass eine „automatische“ Kündigung weder mit dem EU-Beitritt noch mit dem EuGH-Urteil zu Achmea erfolgt ist. Eine solche Kündigung ist zwar noch nicht erfolgt, allerdings haben sich die Mitgliedsstaaten wohl schon auf einen Entwurf für einen multilateralen Aufhebungsvertrag der Investitionsschutzabkommen geeinigt⁹³⁰. Folglich muss eine Kündigung nach den geltenden völkerrechtlichen Regelungen erfolgen (A). Wie diese für IIAs ausgestaltet sind, wurde bisher wenig

927 *Paparinskis*, JWIT 2016, S. 919, 926ff beschreibt anschaulich die Probleme der Vergleichbarkeit, kommt allerdings nichtsdestotrotz zu dem Schluss, ein Vergleich habe trotz der damit verbundenen Schwierigkeiten positive Auswirkungen.

928 Declaration of the representatives of the governments of the member states, 15 January 2019, On the legal consequences of the judgement of the Court of Justice in Achmea and on investment protection in the European Union; dazu *Stöbener de Mora*, EuZW 2019, S. 140, 140.

929 Diese Kündigung ist mittlerweile durch das Übereinkommen zur Beendigung bilateraler Investitionsschutzverträge zwischen den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union erfolgt (abrufbar unter [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:22020A0529\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:22020A0529(01)); zuletzt abgerufen am 30.07.2023); die im Nachfolgenden dargestellten Regelungen sind im Wesentlichen unverändert geblieben; soweit neuere Entwicklungen seit dem früheren Stand dieser Arbeit überholt gemacht haben, werden diese jeweils kurz zusammengefasst.

930 https://ec.europa.eu/info/files/200505-bilateral-investment-treaties-agreement_en, zuletzt abgerufen am 09.05.2020; siehe dazu etwa *Stöbener de Mora*, EuZW 2019, S. 883, 883; diesem Vertrag haben allerdings Österreich, Schweden und Finnland nicht mit abgeschlossen, siehe dazu etwa *Bungenberg*, EuZW 2020, S. 445, 445.

untersucht, bisherige Neufassungen haben das Schutzniveau zumeist erhöht und nicht verringert⁹³¹. Näher zu betrachten ist dabei insbesondere der Umgang mit den sog. Sunset-clauses (B) bevor ein abschließendes Fazit gezogen wird (C).

A Notwendigkeit der Kündigung

Eben so wenig wie der Beitritt zur EU will und kann die Achmea-Entscheidung des EuGH den Fortbestand der unionsinternen IIAs nach völkerrechtlichen Regeln berühren. Mit der Unionsrechtswidrigkeit der Schiedsklausel entfällt jedoch quasi jegliche Durchsetzbarkeit und damit ein erheblicher Teil der Daseinsberechtigung der Investitionsschutzverträge⁹³². Die Erklärung der Mitgliedsstaaten die Intra-EU-IIAs aufkündigen zu wollen, ist folglich nur konsequent und dient der Einheitlichkeit des Unionsrecht und dem in diesem grundlegend statuierten Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens. Die Kündigungsmöglichkeiten für die IIAs richten sich nach den darin enthaltenen Vorschriften (I) oder nachrangig, soweit anwendbar, den allgemeinen Vorschriften zum Völkervertragsrecht (II), insbesondere aus der WVK.

I. Kündigung von IIAs nach den darin enthaltenen Regelungen

Investitionsschutzabkommen enthalten selbst Regelungen zu ihrer Kündigung. Diese sind jedoch zumeist an bestimmte Zeitpunkte gebunden. Regelmäßig ist etwa vorgesehen, dass ein IIA eine Mindestdauer von 15 Jahren in Kraft ist und, sofern er nicht fristgemäß gekündigt wird, sich automatisch um weitere längere Zeitspannen verlängert. Eine solche Kündigung von Intra-EU-Investitionsschutzabkommen würde zur Folge haben, dass noch für mindestens ein weiteres Jahrzehnt unterschiedliche Intra-EU-IIAs in Kraft blieben und nur nach und nach aufgekündigt werden könnten. Bezüglich der Kündigungsmöglichkeiten, die von den IIAs vorgesehen sind, ist dabei allerdings zu beachten, dass zumeist nur die einseitige Kündigung geregelt wurde. Wollen beide Staaten, wie im Falle der Mitgliedsstaaten der Union wohl zu vermuten, einen IIA aufheben, ist zu prüfen nach welcher Maßgabe dies möglich ist.

II. Kündigung nach Maßgabe der WVK

Die WVK erlaubt grundsätzlich einvernehmliche Kündigungen (1), sieht jedoch bei der Betroffenheit von Rechten Dritter bestimmte Einschränkungen vor (2).

931 Nowrot, Hindelang/Krajewski, Shifting Paradigms in International Investment Law: More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified, S. 230.

932 Müller/Simon, NJOZ 2018, S. 961, 964.

1) Einvernehmliche Kündigung

In Betracht kommt dabei insbesondere die einvernehmliche Aufhebung, wie sie etwa von der WVK vorgesehen ist. Deren Anwendung setzt allerdings voraus, dass es sich bei den IIAs nicht um ein abschließendes Sonderrecht handeln darf, welches die Kündigungsmöglichkeiten abschließend regelt. Dagegen spricht, dass die WVK die Möglichkeit der einvernehmlichen Vertragsaufhebung statuiert, sie in dieser Hinsicht zu wiederholen ist folglich nicht notwendig⁹³³.

Art. 54 WVK statuiert dabei das Recht der Kündigung nach Maßgabe der Vertragsbestimmungen oder jederzeit durch eine einvernehmliche Kündigung⁹³⁴. Dabei sind lediglich die Formerfordernisse der Art. 65ff WVK, insbesondere das Schriftformerfordernis des Art. 67 Abs. 2 WVK zu beachten. Eine einvernehmliche Kündigung ist folglich grundsätzlich jederzeit möglich⁹³⁵.

2) Miteinbeziehung Dritter

Art. 37 Abs. 2 WVK statuiert im Grundsatz, dass vom Vertrag begünstigte Dritte ihr Einverständnis zur Kündigung des Vertrages geben müssen⁹³⁶. Es ist folglich zu prüfen, ob der Investor ein solcher ist. Grundsätzlich war Art. 37 WVK nur für die Beteiligung von Staaten am Völkerrecht konzipiert. Dieser Schutz von Dritten ist jedoch dem Wortlaut des Art. 37 WVK auf Staaten beschränkt und eng zu lesen⁹³⁷. Auch der Schutz von tatsächlich berechtigten Dritten findet in der WVK eine Limitierung, wenn die Voraussetzungen des Art. 62 WVK vorliegen⁹³⁸. Dazu müssen außerordentliche Umstände ein Festhalten am Vertrag als unzumutbar erscheinen lassen. Ob dies tatsächlich der Fall ist, kann jedoch dahinstehen, wenn der Schutz des Art. 37 WVK nicht auf Investoren übertragen werden könnte.

Für eine solche Übertragung könnte allenfalls sprechen, dass durch die strenge Anwendbarkeit ausschließlich auf Staaten durch die parallelen Regelungen auf internationalen Organisationen in der WVKIO durchbrochen wurde⁹³⁹. Allerdings bedarf es in diesen Fällen der ausdrücklichen Anerkennung der Rechte durch den Dritten, in diesem Fall also des Investors. Diese implizit durch den Markteintritt oder die Verfahrenseinleitung anzunehmen erscheint zu weit. Zudem lässt sich das Argument der

933 So im Ergebnis auch *Gatzsche*, Aufhebungen und Abänderungen von Investitionsschutzabkommen, S.158, die Art. 54 WVK sogar als für die Vertragspartner indisponibel einordnet.

934 Siehe zur Anwendung auf die einvernehmliche Kündigung von Intra-EU-IIAs etwa *Binder*, JWIT 2016, S. 964, 976f mwN.

935 Diese ist in der Zwischenzeit durch das eben zitierte Abkommen auch erfolgt.

936 Das entsprechende Abkommen wurde ohne Beteiligung der betroffenen Investoren als internationale Übereinkunft zwischen den von den IIAs betroffen EU-Mitgliedsstaaten beendet; dies zeigt, dass auch die Mitgliedsstaaten davon ausgingen, dass dies zur Wirksamkeit des Aufhebungsabkommens nicht erforderlich sei. 937 *Nowrot*, Hindelang/Krajewski, Shifting Paradigms in International Investment Law: More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified, S. 250.

938 *Nowrot*, Hindelang/Krajewski, Shifting Paradigms in International Investment Law: More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified, S. 244.

939 *Gatzsche*, Aufhebungen und Abänderungen von Investitionsschutzabkommen, S. 162ff.

Aufweichung der engen Regelung des Art. 37 WVK genauso gut umkehren: Damit eine Durchbrechung der grundsätzlichen Berechtigung nur staatlicher Dritter akzeptiert werden kann, bedarf es einer ausdrücklichen Regelung, die für Investoren nicht erfolgt ist. Auch die Reichweite der Akzeptanz der WVKIO ist bisher noch nicht mit derjenigen der WVK vergleichbar. Sie ist bisher nicht von genügend Staaten ratifiziert, um in Kraft getreten zu sein.

Den Investor als vertraglich berechtigten Dritten in diesem Sinne zu verstehen, würde jegliche einvernehmliche Kündigungsmöglichkeit vollständig ausschließen und ist daher abzulehnen⁹⁴⁰. Insbesondere beim Klagerecht handelt es sich um ein Recht, was nur aus dem gegenseitigen Abkommen der beiden Staaten abgeleitet werden kann, diese müssen a contrario folglich auch das Recht haben, die Möglichkeit der Erhebung einer Schiedsklage wieder aufzuheben, ohne durch ihre eigenen Vereinbarungen für die Zukunft daran gebunden zu sein⁹⁴¹. Dagegen wird in der Literatur etwa eingewendet, dass dem Investor ein eigenes Klagerecht zukommt, welches er auch ohne Einverständnis seines Heimatstaates wahrnehmen kann. Daraus wird dann regelmäßig gefolgert, dass es sich auch bei den materiellen Rechten um direkte und nicht um abgeleitete Rechte handeln müsste, die folglich einer einvernehmlichen Kündigung ohne die Beachtung der im IIA festgelegten Fristen und Übergangszeiträume entgegenstünden⁹⁴².

3) Fazit

Die Möglichkeit das Investitionsschutzabkommen ohne Beteiligung des Investors einvernehmlich aufzukündigen, scheint für diesen zunächst misslich. Allerdings ist dieser grundsätzlich durch eine weitere investitionsschutzrechtliche Klausel geschützt, nämlich die im Folgenden näher zu betrachtende Sunset-clause (B).

B Umgang mit Sunset-clauses

Investitionen müssen, um einerseits nachhaltig zu sein und andererseits Aussicht auf einen legitimen Profit mit sich zu bringen, regelmäßig auf eine gewisse Dauer ausgelegt sein. Damit der Schutz der Investition während dieser Dauer umfassend gewährleistet ist, enthalten IIAs regelmäßig eine gewisse Mindestlaufzeit und eine Sunset-clause. Letztere verlängert den Schutz für bestehende Investitionen nach der Kündigung des IIAs. Sie steht einer Kündigung zwar nicht entgegen, verlängert aber die

940 *Binder*, JWIT 2016, S. 964, 979; *Wycharar/Mimnagh*, *Austrian Yearbook on International Arbitration* 2019, S. 408.

941 Siehe ausführlich dazu *Binder*, JWIT 2016, S. 964, 979ff mwN.

942 Siehe ausführlich dazu *Gatzsche*, *Aufhebungen und Abänderungen von Investitionsschutzabkommen*, S. 25ff.

Wirksamkeit aller oder jedenfalls einiger investitionsschützender Regelungen. Zweck einer Sunset-clause ist folglich eine möglichst hohe rechtliche Sicherheit und Stabilität für den Investor⁹⁴³.

Faktisch stehen damit auch die Sunset-clauses einer unmittelbaren Aufhebung der Regelungen des Investitionsschutzes zur Herstellung eines unionsrechtskonformen Zustands entgegen. Daher ist zu analysieren, ob diese im Falle einer einvernehmlichen Kündigung überhaupt greifen (I). Im Anschluss werden die Möglichkeiten einer Vorab-Aufhebung der Sunset-clause (II) und eine mögliche Verletzung des Vertrauensschutzprinzips (III) dargestellt.

I. Anwendbarkeit auf einvernehmliche Kündigung

Fraglich ist zunächst, ob die Sunset-clause auf einvernehmliche Kündigungen überhaupt anwendbar ist. Dies hängt wie meist mit der konkreten Formulierung und der im IIA zum Ausdruck kommenden Reichweite der Sunset-clause ab, die folglich mit jedem neuen IIA variiert und letztlich einzeln zu prüfen wäre⁹⁴⁴.

Es finden sich Beispiele, in denen die Sunset-clause ausdrücklich auf Fälle einseitiger Kündigung beschränkt sind, etwa Art. 16 des Abkommens zwischen der Tschechoslowakei - beziehungsweise Tschechien als Rechtsnachfolger - und Dänemark⁹⁴⁵. Jedenfalls in diesen Fällen ist eine einvernehmliche Kündigung möglich, ohne dass die Sunset-clause greift, weil kein Investor ein berechtigtes Vertrauen in den Fortbestand des IIAs haben durfte.

Typischerweise ist die Sunset-clause allerdings weit formuliert und zumindest dem Wortlaut nach nicht auf einseitige Kündigungen des IIAs beschränkt⁹⁴⁶. Dem lässt sich entgegenhalten, dass einvernehmliche Kündigungen generell in IIAs zumeist nicht geregelt sind, sondern lediglich vorausgesetzt werden. Einvernehmliche Aufhebungen sind zudem ein relativ neues Phänomen. Angesichts der klaren Regelung der WVK dürften die Vertragsparteien davon ausgegangen sein, die

943 Nowrot, Hindelang/Krajewski, *Shifting Paradigms in International Investment Law: More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified*, S. 243.

944 Ausführlich dazu Nowrot, Hindelang/Krajewski, *Shifting Paradigms in International Investment Law: More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified*, S. 255ff; ein Beispiel für eine enge Survival Clause findet sich etwa in Art. 22 US Model BIT 2012:

“A Party may terminate this Treaty at the end of the initial ten-year period or at any time thereafter by giving one year’s written notice to the other Party. For ten years from the date of termination, all other Articles shall continue to apply to covered investments established or acquired prior to the date of termination.”

945 Siehe dazu etwa Binder, JWIT 2016, S. 964, 977 mwN; weitere Beispiele finden sich etwa bei Gatzsche, *Aufhebungen und Abänderungen von Investitionsschutzabkommen*, S. 104ff; siehe zur Diskussion auch Nikolov/Schneider, *SchiedsVZ 2020*, S. 138, 141f.

946 Siehe Gatzsche, *Aufhebungen und Abänderungen von Investitionsschutzabkommen*, S. 107; dies gilt etwa für Art. 13 Abs. 3 des deutschen Modell BITs der wie folgt lautet: „(3) Für Kapitalanlagen, die bis zum Zeitpunkt des Außerkrafttretens dieses Vertrags vorgenommen worden sind, gelten die Artikel 1 bis 12 noch für weitere zwanzig Jahre vom Tag des Außerkrafttretens des Vertrags an.“

IAs ohne weiteres einvernehmlich beenden zu können auch ohne dies vorher vertraglich festgelegt zu haben⁹⁴⁷. Teile der Sunset-clauses stammen darüber hinaus aus einer Zeit, wo es noch keine ISDS-Klauseln gab. Folglich hätte die Durchsetzung dem Staat und nicht dem Investor zugestanden, worauf ersterer ohne weiteres hätte verzichten können⁹⁴⁸. Allerdings könnte aus der Tatsache, dass diese Klauseln nach der Einführung von ISDS nicht entsprechend geändert wurden, auch das Argument gefolgert werden, die Parteien hätten eine Anwendung durch den Investor akzeptiert.

Teilweise wird noch vorgebracht, Ziel der Sunset-clause sei es dem Heimatstaat des Investors die Möglichkeit zu geben, auf den Schutz Einfluss zu nehmen. Dies bliebe bei einvernehmlichen Kündigungen gewahrt. Aus diesem Grund wird die Unanwendbarkeit auf einvernehmliche Kündigungen angenommen⁹⁴⁹. Allerdings greift diese Argumentation zu kurz, nicht nur der Heimatstaat des Investors, sondern insbesondere auch der Investor selbst, soll durch die Sunset-clause geschützt werden. Überzeugender ist es daher, die Anwendbarkeit der Klausel von der Weite ihrer Formulierung abhängig zu machen. Selbst in Fällen, in denen die Sunset-clause auch auf einvernehmliche Kündigungen anzuwenden ist, bleibt den Vertragsstaaten jedoch grundsätzlich die Möglichkeit, diese zu verändern oder sogar aufzuheben (II)⁹⁵⁰.

II. Vorab-Aufhebung der Sunset-clause

Die Vertragsstaaten haben nicht nur die Möglichkeit, Abkommen einvernehmlich aufzuheben, sondern auch diese teilweise oder vollständig abzuändern. Dies gilt im Grundsatz auch für die Sunset-clause. Die Suspendierung der Wirkung der Sunset-clause, ist auch der Mechanismus, der von dem Multilateralen Aufhebungsvertrag zur Beendigung sämtlicher Intra-EU-IAs, siehe dort Art. 2 und 3, vorgesehen ist. Ein solches Vorgehen wählte auch etwa Tschechien bei der Kündigung der Intra-EU-

947 *Gatzsche*, Aufhebungen und Abänderungen von Investitionsschutzabkommen, S. 109f.

948 *Nowrot*, Hindelang/Krajewski, Shifting Paradigms in International Investment Law: More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified, S. 256.

949 *Titi*, *Journal of International Arbitration*, S. 425, 438f.

⁹⁵⁰ Das Aufhebungsabkommen formuliert in Art. 2 Abs. 2 folgendes zur Sunset-clause: „Zur Klarstellung: Die Nachwirkungsklauseln in den (...) bilateralen Investitionsschutzverträgen werden gemäß Abs. 1 beendet und entfalten keine Rechtswirkung“; die beteiligten Mitgliedsstaaten gingen also davon aus, die Sunset-clause einvernehmlich und auch gleichzeitig mit dem IIA aufheben zu können, ohne dass dies von der Formulierung der Sunset-clause im einzelnen IIA abhängig wäre; dies ergibt sich auch aus der Auslegung des Anhangs B des Aufhebungsabkommens: Dieser listet die mögliche Fortgeltung einiger Sunset-clauses bezüglich IAs auf, die bereits vor dem Ergehen des Achmea-Urteils des EuGH im Jahr 2018 (einseitig und ohne entsprechende Sonderregel) aufgekündigt worden waren.

IIAs⁹⁵¹. Statt einer vollständigen Aufhebung wurde die zeitliche Wirkung von Sunset-clauses verkürzt⁹⁵². Soweit eine vollständige Aufhebung der Sunset-clause als zulässig erachtet wird, muss gleiches umso mehr für eine zeitliche Verkürzung der Schutzvorschriften gelten, nachdem diese in geringerem Maße in die Rechte des Investors als betroffenen Dritten eingreifen.

Überwiegend werden die Aufhebung oder Verkürzung der Sunset-clauses wohl als zulässig angesehen⁹⁵³. In einem weiteren Schritt ist nachfolgend zu prüfen, ob damit die Vertrauensschutzgesichtspunkte gewahrt bleiben (III).

III. Verletzung des Vertrauensschutzprinzips

Ein einvernehmliches Aufheben des Investitionsschutzvertrags unter Umgehung der Sunset-clause könnte den Investor jedoch in seinem geschützten Vertrauen verletzen, welches sich entweder aus dem Investitionsschutzvertrag (1) oder dem allgemeinen Völkerrecht ergeben könnte (2).

1) Aus dem Investitionsschutzvertrag

Stabilität, Rechtssicherheit und erhöhten Vertrauensschutz sind Aspekte, die IIAs durch einzelne Klauseln wie FET und die Sunset-clause, aber auch durch ihre Existenz an sich dem Investor garantieren sollen. Aufhebungen des IIAs, ohne dass die darin vorgesehenen Übergangsfristen beachtet werden, gefährden diese Vertragsziele in erheblichem Maße. So wird auch angemerkt, eine Kündigung ohne Beachtung der Sunset-clause sei eine „Negierung von Vertrauensschutz und Rückwirkungsverbot, welche sich die Union als Rechtsgemeinschaft keineswegs leisten könnte“⁹⁵⁴.

Im Zweifel hätten Schiedsgerichte über die Fortgeltung des zugrundeliegenden IIAs aufgrund der Sunset-clause zu entscheiden. In den bisher wenigen Fällen einer vorherigen Kündigung war die Fortgeltung bisher nicht angezweifelt worden⁹⁵⁵. Eine Einschränkung durch das Prinzip des Vertrauensschutzes fand sich etwa im Fall *Magyar Farming gegen Ungarn*, in der das Schiedsgericht ausführte:

951 *Titi*, *Journal of International Arbitration*, S. 425, 437f mwN; Gatzsche, *Aufhebungen und Abänderungen von Investitionsschutzabkommen*, S. 100; *Nowrot*, *Hindelang/Krajewski, Shifting Paradigms in International Investment Law: More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified*, S. 263f; *Lavranos* <http://arbitrationblog.practicallaw.com/the-end-of-intra-eu-bits-is-nearing/>, zuletzt abgerufen am 15.04.2020; daraus kann allerdings nicht gefolgert werden, dass aus dem Vorgehen Tschechiens auch eine entsprechende Notwendigkeit unabhängig von der Anwendbarkeit auf einvernehmliche Kündigungen folgt. Die Aufhebung diene lediglich der Schaffung von Rechtssicherheit.

952 *Titi*, *Journal of International Arbitration*, S. 425, 437f.

953 *Binder*, *JWIT* 2016, S. 964, 978f.

954 *Stöbener de Mora*, *EuZW* 2018, S. 363, 366.

955 Siehe dazu *Zarowna*, *Termination of BITs and Sunset Clauses- What can Investors in Poland expect?* <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/02/28/booked-22-february-polish-bits/> zuletzt abgerufen am 14.11.2019.

„The BIT is an international treaty that confers rights on private parties. While the Contracting States remain the masters of their treaties, their control is limited by the general principles of legal certainty and *res inter alios acta, aliis nec nocet nec prodest*.“⁹⁵⁶

Denkbar wäre darüber hinaus die oben angesprochenen legitimen Erwartungen des Investors auf eine stabile Rechtslage auf die Geltung des IIAs zu erstrecken. Dies würde jedoch zu einer zu starken Verstetigung und faktischen Unabänderbarkeit des Investitionsschutzes führen, der der zentralen Rolle der Staaten als Vertragsherren nicht gerecht werden würde⁹⁵⁷.

Gerade bei europäischen Tochtergesellschaften von außereuropäischen Mutterkonzernen könnten solche Fragen auch tatsächlich noch vor Schiedsgerichte gelangen. Dies gilt insbesondere, weil man sich jedenfalls dem Wortlaut nach auch über MFN-Klauseln auf Sunset-clauses berufen kann⁹⁵⁸. Allerdings wäre es damit für einen erheblichen Zeitraum faktisch unmöglich, einzelne IIAs zu kündigen oder auch nur zum Nachteil des Investors abzuändern, weil dieser sich immer über MFN-Klauseln auf andere günstigere Investitionsschutzabkommen berufen könnte⁹⁵⁹. Dieses Ergebnis war sicherlich nicht von den Vertragsstaaten so gewollt.

Laufende Schiedsverfahren sind durch die Kündigung jedoch nicht betroffen⁹⁶⁰. In diesen Fällen wurde das Klagerecht bereits ausgeübt, kann folglich nicht rückwirkend entzogen werden⁹⁶¹. Die Schiedsklage beruht dann nicht mehr nur auf dem Abkommen, sondern auf dem durch Investor und Gaststaat ausgedrückten Einvernehmen, eine Streitigkeit mittels eines Schiedsgerichts beizulegen. Missbrauchsprävention ist ein weiteres dazu anführendes Argument: Bestünde die Möglichkeit die

956 Magyar Farming Company Ltd, Kntyre Kft and Inicia ZRT gegen Ungarn, ICSID Case No. ARB/17/27, Award vom 13.11.2019, Rn. 222.

957 Siehe ausführlich *Gatzsche*, Aufhebungen und Abänderungen von Investitionsschutzabkommen, S. 174f.

958 Näher dazu *Titi*, Journal of International Arbitration, S. 425, 439.

959 *Gatzsche*, Aufhebungen und Abänderungen von Investitionsschutzabkommen, S. 192.

960 *Wycharar/Mimnagh*, Austrian Yearbook on International Arbitration 2019, S. 410 mwN; die im Aufhebungsabkommen dafür vorgesehene Regelung lässt nur abgeschlossene Schiedsverfahren unberührt. Art. 7 bis 9 des Abkommens regeln die Pflichten der Parteien und Übergangsmaßnahmen für noch anhängige Schiedsverfahren: Diese sehen vor, dass das Schiedsgericht über die von den EU-Mitgliedsstaaten gewünschte Folge des Achmea-Urteils unterrichtet wird; das betroffene Gericht soll darum „ersucht“ werden, den Schiedsspruch aufzuheben oder zu annullieren oder von dessen Vollstreckung oder Vollziehung abzusehen; die Formulierung „ersuchen“ zeigt jedoch den begrenzten Einfluss auf Gerichte außerhalb der Europäischen Union; mit dem Investor soll in einen strukturierten Dialog eingetreten werden, der im Detail in Art. 9 des Abkommens geregelt wird; dabei geht es um eine, durch einen unabhängigen Vermittler beaufsichtigte, Form der einvernehmlichen Streitbeilegung und zielt auf eine gütliche Einigung ab; eine letztendliche, finale und für beide Seiten verbindliche Entscheidung ohne eine solche gütliche Einigung, kann jedoch durch das Verfahren nicht erzielt werden: Zwar kann der Vermittler einen Kompromissvorschlag unterbreiten, der jedoch, ohne die entsprechende Einigung der Parteien, keine Bindungswirkung entfaltet; Dieser Art der Konfliktbeilegung dürfte aus den oben erläuterten Gründen (siehe oben unter Mediation), keine allzu große Bedeutung zukommen; unter gewissen Voraussetzungen, dazu sogleich, soll jedoch noch ein Zugang zu nationalen Gerichten möglich sein.

961 *Binder*, JWIT 2016, S. 964, 981f.

Schiedsklage noch durch den Heimatstaat des Investors zu verhindern, würde der Konflikt damit eben gerade doch wieder politisiert.

Letztendlich ist jede Lösung, die die Aufrechterhaltung der Bindung eines Staates an eine völkerrechtliche Verpflichtung gegen dessen Willen beinhaltet, untragbar. Die Staaten sind die Herren der Verträge und die primären Völkerrechtssubjekte und müssen daher jederzeit die Möglichkeit haben, diese Verträge abzuschließen, abzuändern oder auch aufzuheben⁹⁶². Allenfalls lässt sich darüber nachdenken, ob der Investor gegen seinen eigenen Heimatstaat, der an einer solchen einvernehmlichen Kündigung mitgewirkt hat, einen Staatshaftungsanspruch hat. Ob dies der Fall ist, ist jedoch nach dem jeweiligen nationalen Recht zu beurteilen⁹⁶³. Aus dem europäischen Staatshaftungsanspruch kann eine solche Verpflichtung jedenfalls nicht abgeleitet werden. Die Kündigung der Intra-EU-IIAs ist vom Unionsrecht gerade gefordert. Dieser Pflicht nachzukommen, verletzt das Unionsrecht folglich nicht, sondern dient gerade dessen effektiver Umsetzung.

2) Aus dem allgemeinen Völkerrecht

Gemäß Art. 70 WVK werden schon entstandene Rechte von Dritten nicht durch die Kündigung berührt. Allerdings bleibt auch hier die Rolle der Vertragsstaaten als Herren der Verträge erhalten, denen es in erster Linie obliegt, selbst die Konsequenzen einer Kündigung festzulegen⁹⁶⁴. Art. 70 WVK ist nur eine Auffangregelung. Schaffen die Vertragsstaaten nun ausdrücklich die Sunset-clause vor der Kündigung des IIAs ab, wird deren Wille deutlich, den Investitionsschutz nicht mehr weiter aufrechtzuerhalten. Die Rechtsfolgen des Art. 70 WVK oder sonstige Vorschriften des allgemeinen Völkerrechts stehen dem nicht entgegen.

C Umgang mit bisherigen Schiedsverfahren nach dem Aufhebungsabkommen

Das multilaterale Aufhebungsabkommen regelt auch den vorgesehenen Umgang mit Schiedssprüchen und Schiedsverfahren, die auf Basis eines Intra-EU-IIAs ergangen sind oder die noch laufen.

Art. 5 des Abkommens stellt dabei klar, dass Intra-EU-IIAs nicht als rechtliche Basis für zukünftige Schiedsverfahren dienen können. Art. 6 des Abkommens besagt, dass bisher auf dieser Grundlage ergangene Schiedssprüche nicht aufgrund des Aufhebungsabkommens rückabgewickelt oder entsprechende Verfahren eingeleitet werden sollen.

962 AA Reuter, ZaöRV 2020, S. 379, 389, der davon ausgeht, einmal zugestandene Recht könnten nicht zurückgenommen werden.

963 Siehe zu dieser Möglichkeit etwa Nikolov/Schneider, SchiedsVZ 2020, S. 138, 142.

964 Nowrot, Hindelang/Krajewski, Shifting Paradigms in International Investment Law: More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified, S. 251.

Der Umgang mit laufenden Schiedsverfahren ist in den Artikeln 7 bis 9 geregelt. Danach sollen die Mitgliedsstaaten zunächst das Schiedsgericht über die Achmea-Entscheidung und ihre rechtlichen Konsequenzen informieren und staatliche Gerichte, seien sie innerhalb oder außerhalb der EU gelegen, dazu anhalten, die entsprechenden Schiedssprüche aufzuheben oder ihnen die Vollstreckung zu verweigern. Mit dem Investor soll eine Möglichkeit zur einvernehmlichen Streitbeilegung gefunden werden, die die ausdrückliche Verpflichtung des Investors enthält, seine laufende Schiedsklage zurückzuziehen, auf die Vollstreckung verkündeter Schiedssprüche zu verzichten und keine neuen Schiedsverfahren mehr einzuleiten⁹⁶⁵. Sofern keine einvernehmliche Lösung gefunden werden kann, steht dem Investor der nationale Rechtsweg offen⁹⁶⁶.

Stichtag für die Beurteilung, ob es sich um ein abgeschlossenes Verfahren handelt, ist der Tag, an dem die Achmea-Entscheidung des EuGH ergangen ist, also der 16.03.2018. Als abgeschlossen gelten nur Verfahren, in denen eine Vollstreckung oder Leistung auf den Schiedsspruch bereits erfolgt ist.

D Fazit

Die investitionsschützenden Normen haben keine objektiv-rechtliche Dimension und stehen daher zur Disposition der Vertragsparteien. Als solche sind nur die Staaten anzusehen, die folglich die Investitionsschutzabkommen ohne weiteres einvernehmlich aufheben können. Eventuelle Verletzungen des Vertrauensschutzprinzips und damit einhergehende Staatshaftung muss der Investor gegen seinen Heimatstaat geltend machen, ein entsprechender Anspruch aus dem IIA oder dem allgemeinen Völkerrecht besteht nicht. Nachdem die Kündigung unionsrechtlich geboten ist, dürfte ein unionsrechtlicher Staatshaftungsanspruch kaum Aussicht auf Erfolg haben. Allenfalls wird der Investor verlangen können, zum frühestmöglichen Zeitpunkt über die geplante Aufkündigung des Investitionsschutzabkommens informiert zu werden, damit ihm möglichst viel Zeit zum Handeln verbleibt.

Um möglichst rasch die Intra-EU-Investitionsschutzabkommen derart zu kündigen, dass sie keine rechtliche Wirkung mehr erzeugen, muss eine gemeinsame koordinierte Kündigung erfolgen⁹⁶⁷. Andernfalls ermöglichen MFN-clauses das Berufen auf vorteilhaftere, weil in zeitlicher Hinsicht länger

965 Siehe dazu auch *Nikolov/Schneider*, SchiedsVZ 2020, S. 138, 141.

966 Dazu *Bungenberg*, EuZW 202, S. 445, S. 446; dies gilt jedoch nach dem beschlossenen Entwurf nur unter einigen einschränkenden Bedingungen (Art. 10 des Abkommens): Zwar werden die nationalen Vorschriften zu Klagefristen entsprechend angepasst, einen Hinweis auf die Verlängerung eventueller Verjährungsfristen besteht jedoch nicht, auch wenn diese regelmäßig durch die Erhebung der Schiedsklage gehemmt gewesen sein dürften; darüber hinaus muss der Investor für den Zugang zum nationalen Gericht die Schiedsklage zurückziehen und auf alle daraus bereits resultierenden Rechte verzichten; der geltend gemachte Anspruch kann dabei nur auf nationales oder europäisches Recht gestützt werden -der Rückgriff auf die materiell-rechtlichen Vorschriften des IIA ist gemäß Abs. 3 ausdrücklich ausgeschlossen.

967 *Andersen/Hindelang*, JWIT, 2016, S. 984, 988.

wirksame Abkommen. Dies würde die Reform erheblich verzögern⁹⁶⁸. Die Verhandlungen über einen solchen multilateralen Vertrag sind inzwischen abgeschlossen, der Aufhebungsvertrag allerdings noch nicht in Kraft. Nachdem dies jedoch bereits mit der zweiten Ratifikation erfolgen soll, vgl. Art. 16 und 17 des Abkommens, ist ein rasches Wirksamwerden der Bestimmungen zu erwarten⁹⁶⁹.

§5. Sonderfall Energy Charter Treaty

Von den insgesamt 105 Schiedsverfahren unter dem Dach von ICSID die einen Mitgliedsstaat der EU auf Beklagtenseite aufwies, stammt die zugrundeliegende Schiedsklausel in immerhin 43 % der Fälle aus dem Energy Charter Treaty⁹⁷⁰ (im Folgenden ECT). Dieser stellt in doppelter Hinsicht eine Besonderheit im Investitionsschutzrecht dar: Zum einen, weil sich die geschützten Investitionen auf den Energiesektor beschränken und zum anderen weil dieser noch nach dem alten Muster verfasste Investitionsschutzvertrag nicht nur von den Mitgliedsstaaten der Union, sondern als einziger dieser Art auch von dieser selbst unterzeichnet und ratifiziert wurde.

Darüber hinaus sind am ECT auch Drittstaaten beteiligt, so dass eine einseitige kurzfristige Beendigung durch die Union und ihre Mitgliedsstaaten ohne Einverständnis der besagten Drittstaaten, welches wohl kaum gegeben werden würde, ausscheidet. Das Unionsrecht kann außerdem dem auf dieser Grundlage gebildeten Schiedsgericht nicht die Zuständigkeit entziehen. Schließlich greifen die völkerrechtlichen Konkurrenzregeln, die sowohl der AEUV in Art. 216 als auch der EuGH in seiner Achmea-Entscheidung ausdrücklich anerkennen⁹⁷¹.

Aus unionsrechtlicher Sicht muss jedoch festgestellt werden, dass Art. 344 AEUV auch völkerrechtliche Abkommen der Union umfasst, die einen integralen Bestandteil der Unionsrechtsordnung bilden⁹⁷². Der EuGH hat auch bereits entschieden, dass gemischte Übereinkommen, wie der ECT, denselben Status haben, wie rein unionale Übereinkommen, soweit es um Bestimmungen geht, die in die

968 *Titi*, *Journal of International Arbitration*, S. 425, 440; zu den verzögernden Folgen siehe auch *Wycherar/Mimnagh*, *Austrian Yearbook on International Arbitration* 2019, S. 411.

969 Siehe dazu *Nikolov/Schneider*, *SchiedsVZ* 2020, S. 138, S. 141; der Aufhebungsvertrag ist, wie eben ausgeführt, inzwischen trotz erheblichen Widerstands (in Deutschland etwa im Wege der Verfassungsbeschwerde geltend gemacht, siehe BVerfG, Beschluss vom 23.03.2020 – 2BvQ 6/20) in Kraft getreten; die obigen Ausführungen sind insoweit inzwischen überholt; den Versuch, die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit für intra-EU-Streitigkeiten im Rahmen von ad-hoc-Schiedsverfahren zu erhalten, hat der EuGH ebenfalls unterbunden (siehe dazu EuGH C-109/20).

970 ICSID Caseload statistics, April 2017, S. 9.

971 *Stöbener de Mora*, *EuZW* 2018, S. 923, 924; diese Aussage ist inzwischen durch die EuGH Entscheidung in Sachen Republik Moldau gegen Komstroy (C-741/19) als überholt zu betrachten; der EuGH argumentiert dabei, dass der ECT als Teil des Unionsrechts durch ihn selbst final auszulegen sei und Streitigkeiten zwischen einem Investor aus einem EU-Mitgliedsstaat und einem anderen EU-Mitgliedsstaat im Ergebnis schon nicht vom Anwendungsbereich des ECT umfasst seien (ebendort, Rn. 85).

972 EuGH C-741/19, Rn. 59ff; siehe auch *Herrmann*, *Streinz AEUV*, 344 AEUV, Rn. 2; EuGH C-459/03, Rn. 121ff.

Zuständigkeit der Union fallen⁹⁷³. Soweit ein „*bedeutender Teil der Streitigkeit (...) die Auslegung oder Anwendung des Gemeinschaftsrechts betrifft*“ handelt es sich um eine Frage deren Beantwortung in der ausschließlichen Kompetenz des EuGH liege⁹⁷⁴. Dabei genügt es, dass Vorschriften des Unionsrechts im fraglichen Rechtsstreit eine Rolle spielten⁹⁷⁵. Die Autonomie des Unionsrechts ist folglich auch durch den ECT gefährdet⁹⁷⁶. Dies gilt auch, wenn im Unterschied etwa zu dem dem Achmea Fall zugrundeliegenden IIA zwischen der Tschechoslowakei und den Niederlanden der ECT in Art. 26 Abs. 6 ausdrücklich nur auf das internationale Recht und den Vertrag selbst als anwendbares Recht, nicht also auf das Europarecht verweist⁹⁷⁷. Die impliziten Verweise auf das nationale Recht dürften in dieser Hinsicht also minimiert sein.

Aus unionsrechtlicher Perspektive besteht folglich auch eine Normenhierarchie, die jedenfalls das europäische Primärrecht über das Abkommensrecht des ECT stellen würde. Dies stellt aus völkerrechtlicher Perspektive wiederum keine akzeptable Lösung dar, weil die EU damit einseitig über den Umfang und Inhalt ihrer eigenen Bindung an das Völkerrecht entscheiden könnte. In dieser Hinsicht ist es überzeugender, die für das Verhältnis zum nationalen Recht geltenden Grundsätze des Völkerrechts heranzuziehen, die die grundsätzliche Unbeachtlichkeit der nationalen Regeln statuieren. Das Völkerrecht, an das auch die Union als Völkerrechtssubjekt gebunden ist, lässt grundsätzlich den Rückgriff auf nationales, also auch europäisches Recht nicht zu, um sich aus völkerrechtlichen Verpflichtungen zu befreien⁹⁷⁸. Nachdem der ECT auch Teil des Unionsrechts geworden ist, können Verletzungen desselben etwa im Rahmen einer Individualnichtigkeitsklage vor dem EuGH gerügt werden, sofern deren Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllt sind⁹⁷⁹. Insbesondere könnten hier

973 EuGH C-459/03, Rn. 15, 84.

974 EuGH C-459/03, Rn. 135.

975 *Athen/Dörr, Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, Art. 344 AEUV, Rn. 29.

976 Der EuGH sieht in der Rechtssache Republik Moldau gegen Komstroy (C-741/19) diese Gefährdung sogar als besonders bedeutend an, weil der ECT als Rechtsakt der Union selbst Teil des Unionsrechts sei; daher sei die Auslegung durch ein Schiedsgericht, welches nicht der Kontrolle durch den EuGH unterliege und dessen Entscheidung nur im Ausnahmefall und mittelbar durch diesen überprüft werden könne, aus unionsrechtlicher Perspektive nicht tragbar; im Ergebnis müsse daher die Anwendung des ECT auf Streitigkeiten zwischen einem Investor aus einem EU-Mitgliedsstaat und einem anderen EU-Mitgliedsstaat unterbleiben; stattdessen lege der EuGH in diesem Verfahren selbst den Investitionsbegriff aus Art. 1 Abs. 6 ECT aus und kam zu dem Ergebnis, dass schon begrifflich in diesen intra-EU-Streitigkeiten keine Investition im Sinne des ECT vorliege (dort insbesondere Rn. 71ff.).

977 *Vives*, *Cuadernos Derecho Transnacional* 2014, S. 269, 281; siehe zum anwendbaren Recht oben unter Anwendbares Recht im Schiedsverfahren;

978 Art. 27 u. 46 Wiener Vertragsrechtskonvention; dazu *Wernicke*, *NJW* 2018, S. 1644, 1646 und oben unter Unionsrecht als Völkerrecht.

979 Siehe dazu etwa *Lock*, *Das Verhältnis des EuGH zu internationalen Gerichten*, S. 185; ein paralleles Verfahren mit einer Individualnichtigkeitsklage vor dem EuG und einem Investitionsschiedsverfahren unter Geltung des ECT, dem einzigen unmittelbar gegen die EU bisher ist aktuell der Fall *Nordstream* gegen die EU, siehe EuG, T-530/19, dazu etwa *Rusche*, *EuZW* 2020, S. 169, 170.

umfassend auch Maßnahmen der EU-Mitgliedsstaaten überprüft werden, weil diese in Umsetzung von Unionsrecht, nämlich dem ECT, erfolgen.

Dementsprechend plädieren nicht nur die Organe der EU für eine Übertragbarkeit der Achmea-Entscheidung, sondern auch ein erheblicher Teil der Literatur⁹⁸⁰. Sämtliche Schiedsgerichte, die darüber zu befinden hatten, haben bisher allerdings eine Übertragung der Achmea-Rechtsprechung auf die Fälle des ECT abgelehnt⁹⁸¹. Aufgrund der Beteiligung von Drittstaaten wird diese Meinung auch in der Literatur vertreten und eine Übertragung der CETA-Rechtsprechung als vorzugswürdig eingeordnet⁹⁸². Rechtstechnisch wird argumentiert, sollte der ECT auf Intra-EU-Verfahren deshalb nicht anwendbar sein, weil es sich nicht um unterschiedliche, sondern den letztendlich gleichen Vertragspartner handeln würde⁹⁸³. Aktuell zeigt die Tatsache, dass alle Mitgliedsstaaten und die EU selbst den ECT unterschrieben haben, deutlich auf, dass es sich um mehrere unterschiedliche Vertragspartner handelt. Würden die EU-Mitgliedsstaaten den ECT aufkündigen und nur die Union darin verbleiben, ließe sich argumentieren, es handele sich nicht um einen Streit zwischen unterschiedlichen Vertragsparteien des ECT, wenn es um Intra-EU-Streitigkeiten ginge⁹⁸⁴.

Auch der ECT wird aktuell reformiert, unter anderem mit dem Versuch der EU, sich gegen Intra-EU-Verfahren abzusichern. Allerdings besteht auch innerhalb der EU keine entsprechende Einigkeit: Sechs EU-Mitgliedsstaaten sprachen sich im Jahr 2019 gegen diesen Versuch aus⁹⁸⁵. Aufgrund der Beteiligung von Drittstaaten kann der ECT jedenfalls nicht einseitig durch die Union reformiert werden. Daher fällt er auch nicht unter das Draft Agreement on Termination of Intra-EU-IIAs⁹⁸⁶. Die entsprechenden Verhandlungen mit den anderen Vertragsstaaten laufen aktuell⁹⁸⁷.

980 Siehe nur *Lang*, Policy Papers on Transnational Economic Law, 50 III, S. 4. So auch *Scheu/Nikolov*, The Incompatibility of Intra-EU Investment Treaty Arbitration with European Union Law – Assessing the scope of the ECJ’s Achmea Judgement, S. 15ff, abrufbar unter https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3545811, zuletzt abgerufen am 10.03.2020

981 Siehe als prominentestes Beispiel das Verfahren *Vattenfall vs. Deutschland*, ICSID Case No. ARB/12/12.

982 *Stöbener de Mora/Wernicke*, EuZW 2019, 970, 976; *Reuter*, ZaöRV 2020, S. 379, 389ff.

983 So insbesondere die Position der EU-Kommission die von einer „implied disconnection clause“ ausgeht, siehe dazu *Keller/Schmitt*, Krenzler/Herrmann/Niestedt, EU-Außenwirtschafts- und Zollrecht, VO 1219/2012, vor Art. 1, Rn. 42.

984 *Lang*, Transnationales Wirtschaftsrecht, Nr. 156, S. 39; ebenso etwa der Vorschlag von *Fecak*, International Investment Protection and EU Law, S. 376.

985 Dazu etwa *Wilske/Markert/Bräuninger*, SchiedsVZ 2019, S. 101, 115; siehe zu den neueren Entwicklungen auch *Wilske/Markert/Ebert*, SchiedsVZ 2023, 121, S. 133.

986 Siehe dort Rn. X.

987 Siehe für eine Übersicht etwa *Beham/Prantl*, Intra-EU Investment Reform: What Options for the Energy Charter Treaty?, Kluwer Arbitration Blog, January 7 2020, verfügbar unter <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/01/07/intra-eu-investment-reform-what-options-for-the-energy-charter-treaty/> zuletzt abgerufen am 11.02.2020.

Auch in dieser Sache könnte der EuGH jedoch demnächst für Klarheit sorgen: Ein schwedisches Gericht hat einen der Achmea-Konstellation ähnlichen Fall unter Geltung des ECT dem EuGH zur Vorabentscheidung vorgelegt⁹⁸⁸. Die schwedischen Gerichte der Vorinstanz hatten die Gültigkeit der Schiedsabrede mit einer bemerkenswerten Interpretation angenommen: Aus der Beteiligung am Schiedsverfahren folge eine stillschweigend vereinbarte Schiedsklausel, die darüber hinaus auch mit dem Unionsrecht vereinbar sei. Angesichts dessen, dass schon Polen als beklagter Staat von Beginn an die Zuständigkeit des Schiedsgerichts gerügt hatte, wird dieses Verständnis zu Recht als sehr künstlich kritisiert. Auch das Verständnis der europäischen öffentlichen Ordnung, die das schwedische Gericht auf materielle Aspekte beschränkte und daher für nicht auf die Schiedsklausel anwendbar hielt, dürfte zu kurz greifen⁹⁸⁹. Die Wahrscheinlichkeit, dass der EuGH ein solches Verständnis teilt, dürfte als sehr gering einzuschätzen sein⁹⁹⁰.

988 <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11099.pdf>, zuletzt abgerufen am 17.04.2020.

989 So auch *Scheu/Nikolov*, *Arbitration International* 2020, S. 1, 9ff.

⁹⁹⁰ Die Ausführungen zum ECT sind inzwischen zu großen Teilen als überholt zu betrachten; angesichts der weiterhin schnellen Entwicklungen soll nur kurz der Stand zum Zeitpunkt im Juli 2023 dargestellt werden: Der Reformprozess des ECT läuft aktuell weiter, die für November 2022 geplante Verabschiedung eines reformierten ECT scheiterte jedoch am Boykott durch sechs EU-Mitgliedsstaaten, die in der Folge ihren Austritt aus dem ECT erklärt haben, unter anderem Deutschland und Frankreich; infolgedessen gilt nach wie vor der unreformierte Vertragstext und für die Staaten, die ihre Mitgliedschaft aufgekündigt haben, die 20jährige Sunset-Clause bezüglich deren Aufhebung oder Neutralisierung international bisher keine Einigkeit erzielt werden konnte; die Rechtsprechung zum ECT und seine Durchsetzung haben sich in den vergangenen Jahren international uneinheitlich entwickelt: Während die Gerichte der EU-Mitgliedsstaaten der Linie des EuGH aus den Urteilen zu Achmea und Komstroy gefolgt sind, wurde das Primat des Unionsrechts über die völkerrechtlichen Regelungen in den nationalen Gerichten von Nicht-EU-Mitgliedsstaaten und durch die internationale Schiedsgerichtsbarkeit weitgehend abgelehnt; infolgedessen laufen aktuell zahlreiche komplexe Verfahren zur Aufhebung oder Vollstreckung teils in EU-Mitgliedsstaaten, in denen Schiedssprüche wegen der Unvereinbarkeit der Schiedsklausel mit dem Unionsrechts aufgehoben oder deren Vollstreckung abgelehnt wird und teils in Drittstaaten, die dieser Linie zumeist nicht folgen; siehe für einen Überblick über einige beispielhafte Verfahren etwa *Wilske/Markert/Ebert*, *SchiedsVZ* 2023, S. 121, 133, 135ff.

Kapitel 4 Investitionsschutz im Verhältnis der EU und ihrer Mitgliedsstaaten zu Drittstaaten

Investoren aus Mitgliedsstaaten der EU stellen einen Gesamtanteil von 58 % der Kläger unter der ICSID-Convention⁹⁹¹. Sie haben insgesamt etwa 1200 IIAs mit Drittstaaten abgeschlossen⁹⁹². Dies zeigt zum einen, dass die EU-Mitgliedsstaaten zum einen überwiegend kapitalexportierende Staaten sind und zum anderen, dass der Fortbestand dieses Schutzes der Investoren für die Union ein wichtiges Ziel bei der Erneuerung der bestehenden Investitionsschutzverträge darstellen muss⁹⁹³. Sowohl hinsichtlich des Kapitalexports, als auch des Kapitalimports, nimmt die Union als Ganzes gesehen eine führende Rolle in der Welt ein⁹⁹⁴. Schließlich sind die Mitgliedsstaaten der Union zwar überwiegend kapitalexportierend, aber auch Empfängerstaaten von 6.295 Milliarden Euro ausländischer Direktinvestitionen aus Drittstaaten. Dies liegt auch darin begründet, dass sie insgesamt mit einer der weltweit offensten Investitionsregelungen ausgestattet ist⁹⁹⁵. Schließlich zeigt es die Bedeutung, die der Union bei der Reform des Investitionsschutzrechts zukommt⁹⁹⁶.

Neben dem Anreiz Investitionen zu fördern, haben die EU und ihre Mitgliedsstaaten auch ein gewisses Interesse daran, jedenfalls in strategisch wichtigen Bereichen, etwa der Infrastruktur im weiten Sinne, über ausländische, insbesondere eben nicht-europäische Direktinvestitionen mitzuentcheiden. Das für das Unionsrecht grundlegende Prinzip gegenseitigen Vertrauens ist im Verhältnis zu Drittstaaten nicht anwendbar. Dementsprechend tritt die Verordnung zur Schaffung eines Rahmens für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen in der Europäischen Union Mitte 2020 in Kraft, die insbesondere die diesbezügliche Koordination und den Informationsaustausch zwischen den Mitgliedsstaaten verbessern soll. Sie versucht diesem Spannungsfeld gerecht zu werden⁹⁹⁷. Darüber hinaus besteht auch noch ein wichtiges Bedürfnis europäische Investitionen im nichteuropäischen Ausland zu schützen. Zwischen diesen Notwendigkeiten, also dem Schutz der eigenen Investitionen in Drittstaaten, der Absicherung strategisch wichtiger Bereiche im Fall von Investitionen aus Drittstaaten und dem generellen Ziel der Investitionsförderung in Europa muss folglich eine gute Balance gefunden

991 ICSID Caseload statistics, April 2017, S. 17.

992 Zahlen nach *Ghuri*, *Interaction and Conflict of Treaties in Investment Arbitration*, S. 150. Von den dort genannten 1400 BITs der EU-Mitgliedsstaaten müssen die rund 200 innereuropäischen abgezogen werden. Damit sind EU-Mitgliedsstaaten an mehr als einem Drittel aller IIAs weltweit beteiligt.

993 Siehe zur Bedeutung des Investitionsschutzes etwa *Dederer*, *RIW* 2019, S. 397, 397. In besonderem Maße gilt dies für Deutschland.

994 *Hinojosa-Martinez*, *JWIT* 2016, S. 86, 95; *Vives*, *Cuadernos Derecho Transnacional* 2014, S. 269, 270.

995 https://ec.europa.eu/germany/news/direktinvestitionen20190214_de; zuletzt abgerufen am 27.12.2019.

996 Zu den Reformbestrebungen siehe unten unter *Der Reformprozess des Investitionsschutzes*.

997 Dazu *Brauneck*, *EuZW* 2018, S. 188, 190.

werden, die regelmäßig die Notwendigkeit der Reziprozität völkerrechtlicher Verpflichtungen beachtet.

Der Schutz von Investitionen aus Drittstaaten beruht dabei nicht ausschließlich auf Investitionsschutzabkommen: Drittstaatsangehörige können sich zwar nicht auf die Personenverkehrsfreiheiten, wohl aber auf die produktbezogenen Schutznormen des Unionsrecht berufen⁹⁹⁸. Insbesondere die Kapitalverkehrsfreiheit ist nicht auf die Anwendung auf innereuropäische Sachverhalte beschränkt. Beschränkungen des Kapitalverkehrs dürfen grundsätzlich im Verhältnis zu Drittstaaten nicht weitreichender sein als im Binnenmarkt⁹⁹⁹. Investitionsschützende Vorschriften, die in der Union auf etwa die Niederlassungsfreiheit gestützt werden, finden bei Gesellschaften aus Drittstaaten allerdings keine unmittelbare Anwendung. Wie weit der Schutz von Drittstaatsinvestitionen geht, hängt vom Anwendungsbereich der jeweiligen Investitionsschützenden Norm ab. In vielen Fällen sind die investitionsschützenden Normen des Unionsrechts jedoch auch auf Investoren aus Drittstaaten anwendbar¹⁰⁰⁰.

In diesem Rahmen soll zunächst eine Analyse des Umfangs der Unionskompetenz zum Abschluss von neuen Investitionsschutzabkommen erfolgen (§ 1). Anschließend werden zunächst die völkerrechtlichen Abkommen der Union (§ 2) und die der Mitgliedsstaaten auf ihre Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht analysiert.

§ 1 Kompetenz der Union zum Abschluss von Investitionsschutzabkommen

Bis zum Vertrag von Lissabon war die Zuständigkeit der Union für den Investitionsschutz im Verhältnis zu Drittstaaten sehr begrenzt. Sie betraf insbesondere einige Teilaspekte, die sich aus der materiellen Kompetenz insbesondere für die Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 63ff. AEUV), aber etwa auch bezüglich etwa des Dienstleistungssektors ergaben¹⁰⁰¹. Inzwischen ermächtigt Art. 207 AEUV die Union in den Fällen der gemeinsamen Handelspolitik und des Investitionsschutzes zur „*Gestaltung nach einheitlichen Grundsätzen*“. Wenn die Union in diesen Fragen weiterhin eine weltweit führende Rolle einnehmen will – wie es ihr eigener Anspruch ist – dann ist diese Ausweitung der Außenkompetenzen

998 Frenz, Europäische Grundfreiheiten, Rn. 293ff.

999 Hinojosa-Martinez, JWIT 2016, S. 86, 106f.

1000 Basener, Investment Protection in the European Union, S. 157.

1001 Siehe diesbezüglich Brown/Naglis, Bungenberg/Reinisch/Tietje, EU and Investment Agreements, S. 19; aus der Innenkompetenz, also der Kompetenz eine Rechtsfrage mit Gültigkeit für die Union zu regeln folgt regelmäßig auch eine Außenkompetenz, also die Befugnis, entsprechende völkerrechtliche Verträge mit Drittstaaten abzuschließen, kritisch dazu Blanke, Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 20 EUV, Rn. 80.

konsequent¹⁰⁰². Diese Kompetenzen der Union sind unter Beachtung des einschlägigen Völkerrechts auszuüben¹⁰⁰³.

Bei der Analyse der Kompetenzen der Union und Ihrer Mitgliedsstaaten gibt es einen wesentlichen Unterschied zwischen Unionskompetenzen und denen der Mitgliedsstaaten: Die Kompetenz der EU reicht nur soweit, wie die Mitgliedsstaaten ihr diese vertraglich zugestanden haben. Die Mitgliedsstaaten haben wiederum eine umfassende Kompetenz für alle verbleibenden Aspekte¹⁰⁰⁴. Im Gegensatz zur grundsätzlich unbeschränkten Kompetenz von Staaten zum Abschluss internationaler Abkommen ist die Kompetenz von internationalen Organisationen also auf die Kompetenzen beschränkt, die ihnen übertragen wurden. Die grundlegende Übertragung der Kompetenzen ist dabei in den Art. 2 bis 6 AEUV geregelt. Dabei besteht nach der Rechtsprechung des EuGH ein Gleichlauf zwischen Innen- und Außenkompetenzen der Union. Erfasst die Kompetenz der Union eine Regelung im Innenverhältnis, dann gilt dies auch im Verhältnis zu Drittstaaten¹⁰⁰⁵.

Entscheidend für die Reichweite der Kompetenz der Union zum Abschluss von Investitionsschutzabkommen ist der zugrundeliegende Investitionsbegriff (A), aus dem sich im Wesentlichen der Umfang der Kompetenz ableiten lässt, der jedoch auch noch durch weitere Faktoren beschränkt wird (B).

A Investitionsbegriff

Die Zuständigkeit der Union aus Art. 207 AEUV erstreckt sich auf ausländische Direktinvestitionen (I). Für die Kompetenz bezüglich anderer Investitionen bedarf es einer anderen Rechtsgrundlage (II).

I. Direktinvestition im Sinne des Art. 207 AEUV

Mit dem Vertrag von Lissabon ist Art. 207 AEUV, der die Grundsätze der gemeinsamen Handelspolitik regelt, um die „ausländischen Direktinvestitionen“ erweitert worden. Damit wurde ein bereits früh von

1002 Dazu etwa *Hatje*, Ludwigs/Remien, Investitionsschutz, Schiedsgerichtsbarkeit und Rechtsstaat in der EU, S. 237ff.

1003 EuGH C-402/05 und 415/05 (Kadi), Rn. 291.

1004 Zum Grundsatz der sogenannten begrenzten Einzelermächtigung ausführlich siehe *Frenz*, Handbuch des Europarechts Band 5, S. 447f; dazu speziell bezüglich des Investitionsschutzes *Carducci*, ICSID Review 2018, S. 582, 589ff; ausführlich am Beispiel CETA siehe *Bäumler*, EuR 2016, S. 607, 615ff.

1005 Siehe etwa EuGH Gutachten 2/2015, Rn. 58 mwN, siehe auch Art. 3 Abs. 2 AEUV in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 e) für die gemeinsame Handelspolitik und damit auch den Investitionsschutz.

der Kommission geäußertes Wunsch¹⁰⁰⁶ schließlich gegen den lange Zeit erfolgreichen Widerstand der Mitgliedsstaaten durchgesetzt¹⁰⁰⁷.

Maßgebliches Anknüpfungskriterium ist der Begriff der ausländischen Direktinvestitionen. Ausländisch in diesem Sinne sind nur Investitionen, die einen „über die Union hinausweisende Komponente“ aufweisen¹⁰⁰⁸. Der Begriff der Direktinvestitionen wird im AEUV mehrfach verwendet, ihm ist jedoch stets die gleiche Bedeutung zuzuordnen¹⁰⁰⁹.

1) Begriffsbestimmung

Der Investitionsbegriff des Unionsrechts ist insgesamt demjenigen aus dem internationalen Investitionsschutzrecht sehr ähnlich. Letztlich stammen beide aus denselben internationalen Quellen, insbesondere den entsprechenden Definitionen der OECD¹⁰¹⁰. Bis zu einem gewissen Grad hat der europäische Investitionsbegriff dennoch ein Eigenleben entwickelt. Investitionsschutzabkommen differenzieren generell nicht zwischen Direkt- und Portfolioinvestitionen¹⁰¹¹. Schon dem Wortlaut nach sollte der Union folglich durch Art. 207 AEUV gerade keine umfassende Kompetenz für den Investitionsschutz übertragen werden¹⁰¹².

Der Begriff der ausländischen Direktinvestition ist außerdem enger gefasst, als der Investitionsbegriff in den meisten Investitionsschutzabkommen¹⁰¹³. Dies lässt sich schon aus dem Gebrauch des näher definierenden Terminus „Direkt“ ableiten¹⁰¹⁴. Er beschreibt „grenzüberschreitende Investitionen einer inländischen Person in ausländische Unternehmen oder Betriebsstätten, die darauf gerichtet sind, maßgeblichen Einfluss auf die Geschäftsführung (...) auszuüben“¹⁰¹⁵. Die Beziehung zwischen Investor

1006 Näher dazu Herrmann, EuZW 2010, S. 207, 207; siehe auch Hinojosa-Martinez, JWIT 2016, S. 86, 97ff, die zur Entstehung des Art. 207 AEUV ausführt, dieser sei im Rahmen der Verhandlungen über den Verfassungsvertrag von Europa mehrfach integriert worden und schließlich trotz einer großen Zahl an Änderungs- oder Klarstellungsvorschlägen ohne größere Diskussion in den AEUV übernommen worden; dies ist zugleich Ausdruck des engen Zusammenhangs zwischen grenzüberschreitendem Handel und Investitionen, siehe dazu schon oben unter Einleitung.

1007 Basedow, JWIT 2016, S. 743, 744.

1008 Generalanwältin zum Gutachten EuGH 2/2015, Rn. 313; zur Bestimmung der Herkunft einer Investition allgemein siehe oben unter Persönliche Anwendbarkeit.

1009 Hinojosa-Martinez, JWIT 2016, S. 86, 91.

1010 Siehe dazu etwa Hinojosa-Martinez, JWIT 2016, S. 86, 88.

1011 Stegmann, Responsibility of the EU and the Member States under EU International Investment Protection Agreements, S. 21; siehe am Beispiel EUSFTA etwa auch EuGH Gutachten 2/2015, Rn. 79.

1012 Terhechte, EuR 2010, S. 517, 521

1013 Dort wird eine solche Unterscheidung inzwischen nicht mehr getroffen, siehe Terhechte, EuR 2010, S. 517, 521.

1014 Schlussanträge der Generalanwältin Sharpston zum EuGH Gutachten 2/2015, Rn. 312ff; Darüber hinaus auch aus den Dokumenten zur Entstehung des Art. 207 AEUV, siehe dazu Hinojosa-Martinez, JWIT 2016, S. 86, 99ff mwN.

1015 Hahn, Calliess/Ruffert EUV/AEUV, Art. 207 AEUV, Rn. 30; zum weiteren Investitionsbegriff in IIAs siehe oben unter Sachliche Anwendbarkeit.

und dem Unternehmen, in das investiert werden soll, muss dafür eine gewisse Dauerhaftigkeit aufweisen und direkt erfolgen¹⁰¹⁶. Das maßgebliche Unterscheidungskriterium zu den sogenannten Portfolioinvestitionen oder, zur besseren Unterscheidung, Wertpapieranlagen, die zwar von den meisten Investitionsschutzabkommen, nicht aber von Art. 207 AEUV umfasst sein sollen, ist die beabsichtigte Kontrolle bzw. der maßgebliche Einfluss auf die Geschäftsführung. Bei Direktinvestitionen beabsichtigt der Investor regelmäßig, längerfristig Waren oder Dienstleistungen im Ausland zu produzieren.¹⁰¹⁷ Dagegen dienen Portfolioinvestitionen allein der Geldanlage¹⁰¹⁸.

Auch dem Wortsinn nach handelt es sich bei Wertpapieranlagen nicht um Direktinvestitionen, sondern lediglich indirekte Beteiligungen an einer Gesellschaft. Portfolioinvestitionen sollen in erster Linie auf Verzinsung ausgerichtet sein¹⁰¹⁹. Wertpapieranteile scheiden damit nicht generell als Direktinvestition aus, müssen jedoch in einem gewissen Umfang getätigt werden, um als Direktinvestition zu gelten: Als quantitatives Unterscheidungsmerkmal werden Beteiligungen von meist 10%, vereinzelt aber auch 20% angesehen¹⁰²⁰. Der EuGH geht aber nicht von einer festen Grenze aus, sondern stellt darauf ab, ob die Aktienanteile ihrem Eigner einen tatsächlichen Einfluss auf die Verwaltung erlauben oder er an deren Kontrolle beteiligt ist¹⁰²¹. Dies ist bei Aktienbeteiligungen von weniger als 10% jedoch regelmäßig nicht der Fall¹⁰²². Die differenzierende Rechtsprechung des EuGH zeigt die Schwierigkeit einer generellen Einordnung: Welche Rechte mit jeweiligen Aktienanteilen einhergehen, kann nur von Fall zu Fall unterschieden werden und hängt noch dazu vom geltenden, zumeist nationalen, Gesellschaftsrecht ab¹⁰²³. Zwei Kriterien müssen folglich erfüllt sein, damit es sich um eine Direktinvestition im Sinne des Unionsrechts handelt: Zum einen muss eine dauerhafte Beziehung zwischen Investor und Unternehmen bestehen und zum anderen muss dem Investor ein bedeutender Einfluss auf die Kontrolle und Verwaltung des Unternehmens zukommen.

1016 EuGH Gutachten 2/2015, Rn. 80.

1017 *Krajewski*, Wirtschaftsvölkerrecht S. 168f.

1018 Schlussanträge der Generalanwältin Sharpston zum EuGH Gutachten 2/2015, Rn. 321.

1019 EuGH Gutachten 2/2015, Rn. 227; siehe auch *Hahn*, Calliess/Ruffert EUV/AEUV Art. 207 AEUV, Rn. 31.

1020 Für 10 % als Minimalbeteiligung siehe etwa EuGH C-436/08 Rn. 236; siehe zur Diskussion auch *Krajewski*, Wirtschaftsvölkerrecht, S. 168f; *Fecak*, International Investment Agreements and EU Law, S. 63; auf 10% der Stimmanteile statt der Aktien stellt etwa der OECD Begriff der Direktinvestitionen ab, siehe Schlussanträge der Generalanwältin Sharpston zum EuGH Gutachten 2/2015, Rn. 320 mwN.

1021 EuGH Gutachten 2/2015, Rn. 80 mwN.

1022 EuGH C-436/08 und C-437/08 (*Haribo*), Rn. 137; Schlussanträge der Generalanwältin Sharpston zum EuGH Gutachten 2/2015, Rn. 319; *Ahner*, Investor-Staat-Schiedsverfahren nach Europäischem Unionsrecht, S. 117f; *Hinojosa-Martinez*, JWIT 2016, S. 86, 88.

1023 *Hinojosa-Martinez*, JWIT 2016, S. 86, 92.

2) Einschränkung auf Handelsaspekte

Aus dem systematischen Zusammenhang von Art. 206 und 207 AEUV wird teilweise abgeleitet, die Kompetenz der Union für ausländische Direktinvestitionen bestehe nur, soweit davon Handelsaspekte betroffen seien. Dafür spricht die Überschrift über Titel II des fünften Teils des AEUV in dem von der gemeinsamen Handelspolitik die Rede ist.

Eine Wortlautanalyse der Art. 206 und 207 AEUV spricht allerdings für ein sehr weites Verständnis der Unionskompetenz in diesem Zusammenhang. Die Formulierung „*die Handelsaspekte des geistigen Eigentums*“, eine Beschränkung, die bezüglich der ADI gerade fehlt, zeigt, dass die Mitgliedsstaaten bei den Verhandlungen durchaus über weitere Beschränkungen der Kompetenz nachgedacht, diese jedoch offenbar verworfen haben¹⁰²⁴. Dabei ist die Formulierung in der englischen Fassung „*commercial aspects*“ auch deutlich weniger beschränkend als die deutsche Formulierung „Handelsaspekte“. Auch die französische Fassung „*aspects commerciaux*“ ist deutlich weniger einschränkend als die deutsche. Die Bedeutung des Wortes kommerziell ist, auch im englischen und französischen, gerade nicht auf den Handel beschränkt. Selbst im Bereich des Schutzes des geistigen Eigentums greift die Beschränkung folglich weniger weit, als vorgebracht wird. Daraus Beschränkungen für den Investitionsschutz abzuleiten, muss folglich fehlgehen. Für Handelsaspekte des Investitionsschutzes war die Union zudem schon vor dem Vertrag von Lissabon zuständig, insofern hätte die Erweiterung des Art. 207 AEUV keine Auswirkungen, was nicht mit dem Willen der Mitgliedsstaaten übereinstimmen dürfte¹⁰²⁵. Handel und Investitionen stehen außerdem in einem engen Zusammenhang. Allein aus dem gemeinsamen Titel im AEUV Beschränkungen der Kompetenz abzuleiten überzeugt also nicht.

Integriert wurde die Kompetenz für Direktinvestitionen im Rahmen der WTO-Verhandlungen, die gerade auch die internationale Investitionspolitik umfassend regeln sollten. Die Tatsache, dass der Union diese Kompetenz übertragen wurde, sollte eine einheitliche Verhandlungsposition ermöglichen¹⁰²⁶ und „*um anzuerkennen, dass die Finanzströme den Güterverkehr ergänzen und heute einen Großteil des Handels ausmachen*“¹⁰²⁷. Trotzdem spricht der differenzierende Wortlaut des Art. 207 AEUV gerade nicht für eine in handels- und investitionsschutzrechtlichen Fragen allumfassende Kompetenz der Union¹⁰²⁸. Der EuGH entnimmt aus der Formulierung des Art. 207 AEUV „ausländische

1024 *Weiß*, Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 207 AEUV, Rn. 40; *Hinojosa-Martinez*, JWIT 2016, S. 86, 101, die jedoch die praktischen Folgen dieser Einschränkung zu Recht als eher gering einstuft, weil die meisten Investitionsschutzvorschriften gleichzeitig handelsbezogen sind.

1025 Siehe dazu *Weiß*, Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 207 AEUV, Rn. 44.

1026 *Hinojosa-Martinez*, JWIT 2016, S. 86, 101f mwN.

1027 Schlussanträge der Generalanwältin Sharpston zum EuGH Gutachten 2/2015, Rn. 329 mwN.

1028 *Bäumler*, EuR 2016, S. 606, 617.

Direktinvestitionen“ den Willen der Vertragsparteien, auch nur diese der uneingeschränkten Regelungsbefugnis der Union zu unterwerfen¹⁰²⁹. In systematischer Hinsicht sei dies dadurch begründet, dass nur insoweit eine Einflussnahme auf die Geschäftsführung der Gesellschaft möglich sei, der Austausch von Handel und Investitionen tatsächlich betroffen sein könnte¹⁰³⁰. Entgegen der Ausführungen einiger Mitgliedsstaaten und des Rates würde die Kompetenz nicht schon deshalb begrenzt, weil es um den Schutz und nicht die Zulassung, die allein Einfluss auf den gemeinsamen Handel haben könne, der ausländischen Investitionen ginge. Bei Investitionsentscheidungen ist es nicht möglich, streng zwischen Marktzugangsregeln und Investitionsschutz nach Markteintritt zu unterscheiden, weil der Schutz der Investition nach Markteintritt eine schon vor dem Markteintritt zu beachtende Komponente darstellt¹⁰³¹. Sofern ein spezifischer Zusammenhang zum Handel bestünde, sei von einer Kompetenz auszugehen, insbesondere da Art. 207 AEUV nicht zwischen dem Schutz und der Zulassung von Investitionen unterscheide¹⁰³². Die im Kapitel 9 des Abkommens zwischen der EU und Singapur, zu dem der EuGH gutachterlich Stellung zu nehmen hatte, enthaltenen Schutzvorschriften dienten der Rechtssicherheit der Investoren und damit der Vereinfachung des gemeinsamen Handelsverkehrs¹⁰³³. Dies macht jedoch eine Beschränkung auf Handelsaspekte entgegen dem Wortlaut des Art. 207 AEUV nicht zwingend notwendig, sondern zeigt lediglich die zwischen diesen beiden Rechtsgebieten bestehenden Verflechtungen.

II. Kompetenz der Union für Portfolioinvestitionen

Die Tatsache, dass Portfolioinvestitionen nicht von Art. 207 AEUV umfasst sind, hat nicht automatisch als Konsequenz, dass die Union über keine entsprechenden Regelungskompetenzen verfügt. Diese Kompetenzen können sich weiterhin aus anderen Vorschriften der Verträge ergeben, insbesondere wenn gemeinsame europäische Regeln bestehen, die durch Abschluss eines Investitionsschutzabkommens beeinträchtigt oder in ihrer Tragweite verändert werden könnten, vgl. Art. 3 Abs. 2 Variante 3 AEUV.

Das Verständnis der verschiedenen Unionsorgane geht dabei bezüglich der Reichweite der Unionskompetenzen für Investitionen auseinander: Die Kommission geht davon aus, auch für

1029 EuGH Gutachten 2/2015, Rn. 83.

1030 EuGH Gutachten 2/2015, Rn. 84.

1031 *Weiß*, Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 207 AEUV, Rn. 40.

1032 EuGH Gutachten 2/2015, Rn. 85ff.

1033 EuGH Gutachten 2/2015, Rn. 94. Die Abschnitte zum Investitionsschutzrecht enthalten die üblichen oben unter Materieller Investitionsschutz vorgestellten Schutzklauseln.

Portfolioinvestitionen bestünde eine umfassende Regelungskompetenz der Union¹⁰³⁴. Der Rat hat hingegen ein deutlich engeres Verständnis der Unionskompetenzen im Sinn¹⁰³⁵.

Die Erteilung von Kompetenzen muss nicht notwendigerweise ausdrücklich erfolgen, auch implizite Ermächtigungen sind denkbar. Wie oben angedeutet, war die Kommission auf dieser Basis vor dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon auch schon tätig geworden¹⁰³⁶. Insbesondere waren Direktinvestitionen auch vorher schon von Art. 63 AEUV umfasst, der Einschränkungen des Kapitalverkehrs auch im Verhältnis zu Drittstaaten grundsätzlich verbietet¹⁰³⁷ und insgesamt einer Regelungsbefugnis der Union unterwirft¹⁰³⁸. Die Kapitalverkehrsfreiheit kommt folglich als Rechtsgrundlage für weitere Unionskompetenzen in Betracht. Allerdings zeigt schon Art. 65 AEUV, dass diese Kompetenz nicht umfassend ist, sondern einige Kompetenzen der Mitgliedsstaaten, etwa im Bereich des Steuerrechts, unangetastet lässt.

Unternehmenswertpapiere und deren Erwerb können Art. 63 AEUV, also der Zahlungsverkehrsfreiheit, unterfallen und damit von der ausschließlichen Kompetenz der Union erfasst sein¹⁰³⁹. Dies wäre insbesondere dann der Fall, wenn die Wirksamkeit unionsrechtlicher Vorschriften durch mitgliedsstaatliche IIAs mit Drittstaaten gefährdet würden, vgl. Art. 3 Abs 2 AEUV¹⁰⁴⁰. Dafür müsste wiederum die Union ihre entsprechende interne Kompetenz ausgeübt haben. Allein die Tatsache, dass sie den Erwerb von Unternehmensanteilen auf Basis des Art. 63 AEUV regeln dürfte, ist noch nicht ausreichend, um die Gefahr einer Beeinträchtigung von gemeinsamen Regelungen zu begründen¹⁰⁴¹. Im Bereich der Kapitalverkehrsfreiheit hat die Union jedoch von der bestehenden Regelungskompetenz noch nicht umfassend, sondern nur teilweise Gebrauch gemacht¹⁰⁴². Nur insoweit kommt folglich eine Unionskompetenz in Betracht. Bisher bestehen noch keine umfassenden Regelungen, die durch den Abschluss von IIAs beeinträchtigt werden könnten.

Art. 63 AEUV bestimmt grundsätzlich, dass Beschränkungen des Kapital- und Zahlungsverkehrs sowohl zwischen den Mitgliedsstaaten, als auch im Verhältnis zu Drittstaaten verboten sind. Diese Vorschrift bedarf jedoch näherer Ausformung und durchsetzender Regelungen, was eine grundsätzliche

1034 *Ahner*, Investor-Staat-Schiedsverfahren nach Europäischem Unionsrecht, S. 93, KOM 2010, 343; a.A. BVerfGE 123, 267 (Lissabon), Rn. 379, dazu *Lavranos*, Bungenberg/Reinisch/Tietje, EU and Investment Agreements, S. 167.

1035 Schlussanträge der Generalanwältin zum Gutachten 2/2015, Rn. 280ff.

1036 *Hinojosa-Martinez*, JWIT 2016, S. 86, 108.

1037 *Hinojosa-Martinez*, JWIT 2016, S. 86, 89.

1038 Schlussanträge der Generalanwältin Sharpston zum EuGH Gutachten 2/2015, Rn. 314.

1039 Argumentation der Kommission zum Gutachten 2/2015 des EuGH, siehe dort Rn. 229, 280.

1040 Siehe auch EuGH C-22/70, Rn. 20ff, siehe dazu *Nowak/Masur*, EuR 2015, S. 189, 190ff.

1041 Schlussanträge der Generalanwältin Sharpston zum EuGH Gutachten 2/2015, Rn. 350ff.

1042 *Bäumler*, EuR 2016, S. 607, 616.

Kompetenz der Union begründet¹⁰⁴³. Diese wird grundsätzlich auch den Abschluss entsprechender internationaler Abkommen umfassen: Art. 63 AEUV bindet die Drittstaaten nicht, zur effektiven Durchsetzung der Kapitalverkehrsfreiheit werden also regelmäßig internationale Abkommen notwendig sein¹⁰⁴⁴. Im Singapur Gutachten argumentierte die Generalanwältin für eine ausschließliche Unionskompetenz wie folgt: Der freie Kapitalverkehr habe eine interne aber auch eine externe Komponente. Letztere könne nicht einseitig verwirklicht werden, sondern nur in Form eines internationalen Abkommens mit dem Drittstaat. Daher sei es notwendig, im Sinne des Art. 216 Abs. 1 zweite Alternative ein entsprechendes Abkommen abzuschließen, um die Verwirklichung der im AEUV festgesetzten Ziele zu erreichen¹⁰⁴⁵. Eine solche aus Art. 216 AEUV abgeleitete Kompetenz ist jedoch eine geteilte Zuständigkeit. Dies ergibt sich aus der Regelung des Art. 4 Abs. 1 AEUV, der jede Kompetenz der Union jenseits der in Art. 3-6 AEUV genannten Kompetenzen als geteilte Kompetenz einordnet¹⁰⁴⁶.

Jedoch können sich einige Maßnahmen der Union auf Kompetenzen im Bereich der Kapitalverkehrsfreiheit stützen. Dies gilt insbesondere für Art. 64 Abs. 2 AEUV, der der Union Kompetenzen für Maßnahmen überträgt „für den Kapitalverkehr mit dritten Ländern im Zusammenhang mit Direktinvestitionen (...)“. Allerdings zielt die Vorschrift darauf ab, den grundsätzlich freien Kapitalverkehr mit Drittstaaten gegebenenfalls auch beschränken zu können¹⁰⁴⁷. Auch aus Art. 64 Abs. 2 AEUV folgt dementsprechend keine umfassende Regelungskompetenz der Union bezüglich sämtlicher Kapitalbewegungen¹⁰⁴⁸.

In der Literatur wird die Kompetenz der Union für Portfolioinvestitionen teilweise auf einen Erst-Recht-Schluss gestützt. Wenn schon die Direktinvestitionen von der EU geregelt werden dürften, so müsste dies a maiore ad minus auch für die Portfolioinvestitionen gelten, weil eine Regelung der letzteren einen weitaus weniger gewichtigen Eingriff in die Kompetenzen der Mitgliedsstaaten darstelle¹⁰⁴⁹. Dieses Argument kann jedoch nicht überzeugen. Portfolioinvestitionen können zwar im Verhältnis zu Direktinvestitionen ein Minus darstellen, sind zumeist jedoch eher ein aliud. Wertpapieranlagen bezwecken nur in seltenen Fällen eine effektive Kontrolle über die Verwaltung des Unternehmens.

1043 Ress/Ukrow, Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 63 AEUV, Rn. 31.

1044 EuGH Gutachten 2/2015, Rn. 240; siehe auch Ress/Ukrow, Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 63 AEUV, Rn. 103ff.

1045 Schlussanträge der Generalanwältin zum Gutachten 2/2015, Rn. 366ff.

1046 Siehe etwa EuGH Gutachten 2/2015, Rn. 243.

1047 Ress/Ukrow, Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 64 AEUV, Rn. 20.

1048 Hinojosa-Martinez, JWIT 2016, S. 86, 95.

1049 Hoffmeister/Ünüvar, Bungenberg/Reinisch/Tietje, EU and Investment Agreements, S. 66; dies entspricht auch der Position des Europäischen Parlaments, siehe zusammenfassend die Schlussanträge der Generalanwältin zum Gutachten 2/2015, Rn. 279.

Für Portfolioinvestitionen besteht folglich keine umfassende Regelungskompetenz der Union¹⁰⁵⁰. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus Art. 3 Abs. 2 AEUV. Andernfalls wäre auch die Beschränkung des Art. 207 AEUV auf Direktinvestitionen ohne Wirkung¹⁰⁵¹. Soweit eine solche Kompetenz besteht, handelt es sich allerdings um eine mit den Mitgliedsstaaten geteilte Kompetenz¹⁰⁵².

B Weitere Beschränkungen der EU-Kompetenz

Neben der im Investitionsbegriff verankerten Beschränkung der Unionskompetenzen bestehen weitere Einschränkungen, die sich aus der systematischen Auslegung der Unionsverträge ergeben. Diese sollen nachfolgend analysiert werden. Zunächst soll dabei die Kompetenz der Union zur Kündigung alter mitgliedstaatlicher Abkommen betrachtet werden (I), bevor prozessuale (II) und materielle (III) Beschränkungen der Kompetenz zum Abschluss von unionalen Investitionsschutzabkommen näher beleuchtet werden.

I. Kündigung alter Abkommen

Fraglich ist weiterhin, ob die Union die Kompetenz hat, alte Abkommen der einzelnen Mitgliedsstaaten mit den jeweiligen Drittstaaten aufzukündigen. Die Kommission sieht sich infolge des Kompetenzübergangs als Rechtsnachfolgerin für die Mitgliedsstaaten. In diesem Fall wäre eine zusätzliche Kündigung der Abkommen durch die einzelnen Mitgliedsstaaten unnötig. Der Rat und die einzelnen Mitgliedsstaaten bezweifeln jedoch überwiegend die diesbezügliche Rechtsnachfolge¹⁰⁵³. Die Antwort auf die Frage ist in erster Linie aus dem Unionsrecht abzuleiten aber auch völkerrechtliche Vorgaben müssen erfüllt werden¹⁰⁵⁴.

Bezogen auf das GATT ging der EuGH davon aus, dass die Union an die Stelle der Mitgliedsstaaten getreten sei¹⁰⁵⁵. Allerdings ging es in diesem Fall nicht um den Austritt aus der Vereinbarung. Die Mitgliedsstaaten bleiben auch nach dem Kompetenzübergang an ihre alten Abkommen gebunden, wie auch Art. 351 AEUV klarstellt. Nach diesem obliegt es dem Mitgliedsstaat, eventuelle Unvereinbarkeiten mit dem Unionsrecht, im Zweifel durch eine Kündigung, zu beheben. Auch völkerrechtlich wäre eine Rechtsnachfolge die Ausnahme von dem Prinzip, dass die Vertragspartner Herren der Verträge sind und bleiben. Dies hätte daher einer eingehenden Begründung und eines entsprechenden Vorbringens der Kommission bedurft, die jedoch lediglich auf das durch die Union

1050 So auch *Weiß*, Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 207 AEUV, Rn. 46.

1051 *Stegmann*, Responsibility of the EU and the Member States under EU International Investment Protection Agreements, S. 23.

1052 Schlussanträge der Generalanwältin zum Gutachten 2/2015, Rn. 278.

1053 Schlussanträge der Generalanwältin zum Gutachten 2/2015, Rn. 371ff.

1054 Schlussanträge der Generalanwältin zum Gutachten 2/2015, Rn. 378.

1055 EuGH 21/72 bis 24/72, Rn. 18.

übliche Vorgehen verwiesen hat¹⁰⁵⁶. Der EuGH hat dieser völkerrechtlich überzeugenden Lösung jedoch nicht zugestimmt. Aus der ausschließlichen Zuständigkeit der Union folge, dass die Mitgliedsstaaten keine Rechtsakte erlassen dürften, die Auswirkungen auf die Ausübung exklusiver Unionskompetenzen, in diesem Fall für die Regelung von Direktinvestitionen habe¹⁰⁵⁷. Auch der Schutz der Drittstaaten und der Integrität der Völkerrechtsordnung, die durch Art. 351 AEUV sichergestellt werden sollten, sei nicht verletzt. Das Inkrafttreten neuer unionsrechtlicher Vorschriften dürfte die völkerrechtliche Wirksamkeit von Verträgen nicht beeinträchtigen. Enthält der völkerrechtliche Vertrag der Union mit dem Drittstaat jedoch eine Klausel wie Art. 9.10 EUSFTA, würde der Drittstaat freiwillig auf diesen Schutz verzichten¹⁰⁵⁸. Es soll sich folglich nicht um einen unzulässigen Vertrag zu Lasten Dritter handeln, weil dieser Dritte an dem neuen Vertrag beteiligt wurde.

Jedenfalls praktisch dürfte dem EuGH in dieser Hinsicht zuzustimmen sein. Einzelne Aufhebungsabkommen durch die Mitgliedsstaaten wären aufwändig und langwierig, ohne dass daraus ein konkreter Nutzen entstünde. Konfliktfälle könnten allenfalls dort auftreten, wo alte mitgliedsstaatliche IIAs für den Investor günstiger waren. Dieser könnte sich über die Sunset-clause weiterhin auf die alten Bestimmungen zu berufen¹⁰⁵⁹. Nach dem Vorbild innereuropäischer IIAs dürfte diese Sunset-clause jedoch als durch den Abschluss eines neuen Investitionsschutzabkommens implizit aufgehoben gelten.

II. Prozessuale Beschränkungen

Streitbeilegungsregeln haben grundsätzlich Hilfscharakter und sind daher regelmäßig von der materiellen Kompetenz der Union mitumfasst¹⁰⁶⁰. So wurde vor dem Singapur-Gutachten des EuGH allgemein auch von einer Zuständigkeit der Union für die Streitbeilegung ausgegangen¹⁰⁶¹. Fraglich ist allerdings, ob dies auch im Investitionsschutzrecht gilt.

Im Rahmen der Beschränkung der Übertragung von Streitbeilegungskompetenzen stellt sich die Frage, ob die Union durch den Abschluss von Investitionsschutzabkommen mit Drittstaaten den mitgliedsstaatlichen Gerichten ihre bisherige Zuständigkeit entziehen darf (1). Aber auch andersherum kann sich die Frage stellen: Wenn ein bisheriger einzelstaatlicher IIA durch einen der Union abgelöst

1056 Schlussanträge der Generalanwältin zum Gutachten 2/2015, Rn 394ff.

1057 EuGH Gutachten 2/2015, Rn. 248ff.

1058 EuGH Gutachten 2/2015, Rn. 253ff

1059 Spannend wäre dies etwa für die Streitbeilegung, sofern die alten IIAs noch Verweise auf klassische Schiedsabreden enthielten und nicht auf entsprechende Abkommensgerichte, wie in den neueren EU-Abkommen vorgesehen.

1060 Schlussanträge der Generalanwältin zum EuGH Gutachten 2/2015, Rn. 529; im Umkehrschluss etwa ersichtlich aus EuGH Gutachten 2/2015, Rn. 292.

1061 Siehe etwa *Weiß, Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 207 AEUV, Rn. 40f.*

wird, der nicht eine völlig identische Streitbeilegungsklausel enthält, können den mitgliedsstaatlichen Gerichten wieder Zuständigkeiten zufallen, für die vorher die Investitionsschiedsgerichte ausschließlich oder jedenfalls konkurrierend zuständig waren (2). Auch dieser Fall müsste folglich von der Unionskompetenz für die Regelung von Direktinvestitionen mitumfasst sein.

1) Entzug der Zuständigkeit mitgliedsstaatlicher Gerichte

Im Falle der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit kommt der Streitbeilegung eine höhere Bedeutung zu als ein bloßer Hilfscharakter¹⁰⁶². Dies begründet der EuGH in erster Linie mit der Möglichkeit, den Gerichten der Mitgliedsstaaten ihre Kompetenz zu entziehen. Darüber hinaus lässt sich am aktuellen Kündigungsprozess der Intra-EU-IIAs aufzeigen, dass die Schiedsklausel die zentrale Vorschrift des Investitionsschutzes ist, mit der die Wirksamkeit des Schutzes steht und fällt.

Wie auch der in Art. 207 AEUV ausdrücklich vorgesehene Verweis auf Art. 218 AEUV klarstellt, hat die Union insbesondere auch die Kompetenz zum Abschluss von Investitionsschutzabkommen. Trotzdem verbleibt die Frage was von diesen Investitionsschutzabkommen alles erfasst werden kann. Im Gutachten zum Abkommen mit Singapur hat der EuGH die Zuständigkeit grundsätzlich zwar bestätigt, aber in einem entscheidenden Punkt auch eingeschränkt: Die Schiedsklausel sei nicht von der ausschließlichen Kompetenz der Union umfasst, weil es dem Mitgliedsstaat nicht zumutbar sei, dass ohne sein ausdrückliches Einverständnis sein Gerichtssystem potentiell umgangen werden könnte¹⁰⁶³. Vorher war die Literatur weit überwiegend davon ausgegangen, dass auch ISDS ohne weiteres von der Kompetenz der Union erfasst sei, weil der Streitbeilegungsmechanismus üblicherweise Gegenstand von IIAs sei, und die Kompetenz im Rahmen des Vertrags von Lissabon von den Mitgliedsstaaten auf die Union übertragen worden sei¹⁰⁶⁴. Auch die Generalanwältin hatte in ihren Schlussanträgen darauf abgestellt, dass Streitbeilegungsklauseln den Charakter von Nebenbestimmungen hätten und daher für sich genommen nicht dazu geeignet seien, die Kompetenzverteilung zwischen der Union und ihren Mitgliedsstaaten zu berühren¹⁰⁶⁵. Infolgedessen hat die Union sämtliche bisherigen Investitionsschutzabkommen als gemischte Abkommen geschlossen¹⁰⁶⁶, was zu erheblichen Komplikationen und Verzögerungen geführt hat¹⁰⁶⁷.

1062 EuGH Gutachten 2/2015, Rn. 292; *Tams*, JWIT 2014, S. 585, 586.

1063 EuGH Gutachten 2/2015, Rn. 290ff.

1064 So statt vieler *Schill*, Bungenberg/Reinisch/Tietje, S. 40; ebenso *Hoffmeister/Ünüvar*, Bungenberg/Reinisch/Tietje, EU and Investment Agreements, S. 70.

1065 Schlussanträge der Generalanwältin zu EuGH Gutachten 2/2015, Rn. 523ff,

1066 *Hahn*, Calliess/Ruffert EUV/AEUV, Art. 207 AEUV, Rn. 22f.

1067 Das CETA Abkommen ist etwa in weiten Teilen vorläufig anwendbar, nicht allerdings im Bereich des Investitionsschutzes.

Die Position, wonach die Annahme der Schiedsklausel nicht von der Kompetenz des Art. 207 AEUV umfasst sei, wird zu Recht kritisch bewertet. Engel zeigt richtigerweise auf, dass nicht der Investor die Wahl hat den Mitgliedsstaat zu verklagen¹⁰⁶⁸. Wer der richtige Beklagte ist wird nämlich im Rahmen der VO 912/2014 in einem unionsinternen Verfahren geklärt, in dem der Mitgliedsstaat, ohne dass dafür Gründe genannt werden müssten, die Durchführung des Schiedsverfahrens verweigern kann. In diesem Fall tritt die Union an seiner Stelle als Beklagte auf¹⁰⁶⁹. Die VO folgt dem Grundsatz, dass derjenige als Beklagter fungieren sollte, der der Maßnahme am nächsten steht und daher voraussichtlich auch für eventuelle Verstöße haften müsste¹⁰⁷⁰.

Auch Engel sieht jedoch eine Kompetenzverletzung im Falle eines EU only Abkommens mit der Begründung, dass der Mitgliedsstaat nicht verhindern könnte, dass ein Fall nicht von seinen nationalen Gerichten, sondern durch ein internationales Schiedsgericht entschieden würde¹⁰⁷¹.

Gute Argumente sprechen allerdings auch dafür die Schiedsklausel als ebenso von der Unionskompetenz abgedeckt anzusehen. Investitionsschutzabkommen sind ein von den meisten EU-Mitgliedsstaaten vielgenutztes Mittel und in allen Abkommen neuerer Art ist eine Schiedsklausel enthalten. Es scheint schwer vorstellbar, dass die Mitgliedsstaaten die materielle Regelungskompetenz auf die Union übertragen wollten allerdings die Aspekte der Streitschlichtung davon ausgenommen haben. Dies stellt sich als künstliche Trennung einer einheitlichen Sachfrage dar. Auf der anderen Seite ist dem EuGH zuzugeben, dass die Degradierung von Schiedsbestimmungen als reine Nebenbestimmung der zentralen Rolle der Streitbeilegung im Investitionsschutzrecht kaum gerecht werden kann.

2) Rückübertragung auf nationale Gerichte

Wenn die Union den mitgliedstaatlichen Gerichten keine Kompetenzen entziehen darf, stellt sich umgekehrt die Frage, ob sie ihnen mit dem Abschluss einzelstaatlicher BITs „verloren gegangene“ Kompetenzen wieder zurückgeben darf. Dies dürfte jedoch weitgehend unproblematisch sein: Kein BIT schließt den Zugang zu den nationalen Gerichten von Anfang an aus. Der Zugang zu den nationalen Gerichten wird – und auch dies nur wenn eine fork in the road clause im IIA enthalten ist – dann unzulässig, wenn der Investor einen entsprechenden Antrag auf Eröffnung eines Schiedsverfahrens gestellt hat¹⁰⁷².

¹⁰⁶⁸ Engel, SchiedsVZ 2017, S. 291, 293.

¹⁰⁶⁹ Näher dazu Engel, SchiedsVZ 2017, S. 291, 293.

¹⁰⁷⁰ Weiß, Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 207 AEUV, Rn. 41.

¹⁰⁷¹ Engel, SchiedsVZ 2017, S. 291, 293

¹⁰⁷² Siehe zur Fork in the road Klausel oben unter Wahlrecht zwischen den Rechtswegen: Fork in the road.

II. Materielle Beschränkungen

Auch in materieller Hinsicht könnte die Kompetenz der Union zum Abschluss von IIAs beschränkt sein. Dies wird für den Schutz von Investitionen nach Markteintritt (1), Beschränkungen aus Art. 345 AEUV (2) und Vorschriften zum Schutz der öffentlichen Ordnung (3) vertreten.

1) Schutz von Investitionen nach Markteintritt

Die Zulassung von Investitionen fällt unter die gemeinsame Handelspolitik. Fraglich ist jedoch, in welchem Umfang dies auch für den Schutz der Investitionen nach Marktzugang gilt. Soweit es sich um den „Handel mit Dienstleistungen“ handelt, gelten die Regelungen des General Agreement on Trade in Services (GATS), die insbesondere auch die Grundsätze der Inländergleichbehandlung und der Meistbegünstigung enthalten¹⁰⁷³.

Das entscheidende Kriterium soll die Auswirkung auf ausländische Direktinvestitionen sein, die gefördert, erleichtert oder geregelt werden sollen. Dies ist auch bei Maßnahmen zum Schutz der Investition nach deren Tätigkeit der Fall¹⁰⁷⁴. Praktisch ist diese Unterscheidung in vielen Fällen ohnehin kaum trennscharf zu realisieren. Genau wie im Unionsrecht hängt die Attraktivität eines Zielsstaates auch von den dort herrschenden Bedingungen nach Markteintritt ab. Insofern sind die dort geltenden Regeln, selbst wenn sie nicht den Markteintritt unmittelbar betreffen, gleichwohl von Bedeutung für die Investitionsentscheidung des Investors¹⁰⁷⁵. Die Kompetenz der Union auf Markteintrittsregelungen für Investitionen zu beschränken kann folglich nicht überzeugen.

2) Beschränkung aus Art. 345 AEUV

Mayr vertrat wiederum am Beispiel von CETA und vor Erscheinen des EuGH Gutachtens 2/15 die These, dass sich eine Einschränkung der Zuständigkeit für Investitionsschutz insbesondere aus Art. 345 AEUV ergebe, welcher festschreibt, dass die Eigentumsordnung der Mitgliedsstaaten unberührt bleiben müsse. Die Union habe folglich nicht die Kompetenz, Eigentumsschutz durch den Abschluss von internationalen Abkommen zu garantieren. Dies gelte, weil eine ausdrückliche Kompetenz aus Art. 207 AEUV nicht gegeben sei und daher implizite Kompetenzen zu prüfen seien, die anhand der Systematik der Verträge zu bestimmen seien. Insofern bestünde konsequenterweise auch keine Kompetenz ein Schiedsgericht mit dieser Entscheidung zu betrauen¹⁰⁷⁶.

1073 Schlussanträge der Generalanwältin zum Gutachten EuGH 2/2015, Rn. 326 mwN.

1074 Schlussanträge der Generalanwältin zum Gutachten EuGH 2/2015, Rn. 328.

1075 Hinojosa-Martinez, JWIT 2016, S. 86, 102.

1076 Mayr, EuR 2015, S. 575, 596.

Richtigerweise muss dem allerdings entgegengehalten werden, dass Art. 345 AEUV von dieser Auffassung zwar zu Recht als negative Kompetenznorm verstanden wird¹⁰⁷⁷, dabei aber die Rolle des Eigentumsschutzes im Investitionsschutzrecht verkannt wird. Dieser stellt Enteignungen zwar unter gewisse Voraussetzungen¹⁰⁷⁸, hat aber selbst im Falle einer Verletzung derselben keine Möglichkeit, die Eigentumsordnung zu verändern. Die Maßstäbe zur Behandlung des Eigentums tangieren noch nicht die Reichweite des Schutzes¹⁰⁷⁹. Anderes könnte im Falle einer Anordnung von Naturalrestitution gelten. Zwar können Schiedsgerichte dem Wortlaut nach zumeist auch Naturalrestitution anordnen, dies ist jedoch praktisch noch nicht vorgekommen und auch in der Literatur umstritten¹⁰⁸⁰. Auch die bisherige Rechtsprechung lässt einen eher restriktiven Ansatz bezüglich des Begriffs der Eigentumsordnung erkennen, der sich insbesondere auf die Eigentumszuordnung beziehen soll¹⁰⁸¹. Art. 345 AEUV verbietet es der Union nicht, due process Regelungen für die Vornahme der Enteignung zu erstellen¹⁰⁸². Nichts anderes tut das Investitionsschutzrecht.

Auch der Grundsatz, dass eine Norm nicht so auszulegen ist, dass sie einer anderen den Anwendungsbereich vollständig entzieht, gebietet es Art. 345 AEUV eng auszulegen¹⁰⁸³. Die Integration von Eigentumsschutzvorschriften in Abkommen, die die Union gemäß Art. 207 AEUV abschließen kann, sind ein wichtiger Bestandteil auf den sinnvollerweise nicht verzichtet werden kann¹⁰⁸⁴. Schließlich regelt auch die GrCH Voraussetzungen für den Eigentumsentzug. Wären die entsprechenden Klauseln in den IIAs kompetenzwidrig müsste dies auch für Art. 18 der GrCH gelten.

3) Beschränkungen bei Handlungen zu Gunsten der Öffentlichen Ordnung

Im Rahmen des Gutachtenverfahrens zum IIA zwischen der Union und Singapur argumentierten einige Mitgliedsstaaten, dass einige Bereiche, wie etwa die Ausnahmeklausel im Falle von zwingenden Gründen der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung, der ausschließlichen Kompetenz der Mitgliedsstaaten unterlägen. Der EuGH hielt dem zurecht entgegen, die entsprechenden Regelungen seien gerade keine Verpflichtungen, die durch das Abkommen kompetenzwidrig geschaffen würden,

1077 *Wernicke, Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 345 AEUV, Rn. 10; Keller/Schmitt, Krenzler/Herrmann/Niestedt, EU-Außenwirtschafts- und Zollrecht, VO 1219/2012, Vor Art. 1, Rn. 15.*

1078 Siehe dazu oben unter Eigentumsschutz.

1079 *Keller/Schmitt, Krenzler/Herrmann/Niestedt, EU-Außenwirtschafts- und Zollrecht, VO 1219/2012, Vor Art. 1, Rn. 16.*

1080 *Ahner, Investor-Staat-Schiedsverfahren nach Europäischem Unionsrecht, S. 233 mwN.*

1081 So zu Recht *Ahner, Investor-Staat-Schiedsverfahren nach Europäischem Unionsrecht, S. 131ff.*

1082 *Andersen/Hindelang, JWIT 2016, S. 984, 1003.*

1083 *Hinojosa-Martinez, JWIT 2016, S. 86, 105; in diesem Sinne auch Weiß, Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 207 AEUV, Rn. 42.*

1084 Zur Bedeutung des Eigentumsschutzes im Investitionsschutzrecht siehe schon oben unter Eigentumsschutz.

sondern dienen im Gegenteil gerade der Einhaltung dieser Kompetenzregeln, in dem entsprechende Ausnahmen geschaffen würden um die Kompetenzen der Mitgliedsstaaten zu erhalten¹⁰⁸⁵.

4) Fazit

Die Regelungsbefugnis der Union umfasst den Schutz von Investitionen auch nach Markteintritt. Aus Art. 345 AEUV folgt ebenfalls keine Einschränkung, weil die Regelungen in IIAs die Eigentumsverhältnisse in den EU-Mitgliedsstaaten nicht verändert. Regelungen zu Gunsten der öffentlichen Ordnung dürfen nicht abschließend von IIAs der Union geregelt werden. Dies ist allerdings auch praktisch nie der Fall, denn insoweit enthalten die IIAs stets Verweise auf das nationale Recht. Nur sofern Direktinvestitionen durch eine Maßnahme gefördert, erleichtert oder geregelt werden sollen, unterfällt diese Maßnahme der Kompetenz der Union¹⁰⁸⁶.

C Fazit: Geteilte Kompetenz

Hat die Union keine exklusive Kompetenz, kommt nach der Abschluss als gemischtes Abkommen in Betracht. Ein solches ist regelmäßig erforderlich, wenn auch nur untergeordnete Teilfragen eines Abkommens nicht in die exklusive Unionskompetenz fallen¹⁰⁸⁷. Dies ist bei den zumeist umfassend angelegten modernen Investitionsschutzabkommen regelmäßig der Fall. Sowohl Regelungen zur Streitbeilegung als auch zu Portfolioinvestitionen fallen in die geteilte Zuständigkeit zwischen der Union und den Mitgliedsstaaten¹⁰⁸⁸. Weitere Regelungsbereiche verbleiben sogar in der Regelungskompetenz der Mitgliedsstaaten¹⁰⁸⁹. Die Ausübung der Unionskompetenz muss weiterhin auch den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit und, gerade bei der Frage von Kompetenzen besonders relevant, auch dem Subsidiaritätsprinzip folgen.

Die geteilte Zuständigkeit für Investitionsschutzabkommen hat einige praktische Konsequenzen:

- Erstens: Jeder einzelne Staat muss nach den von seiner Verfassung bestimmten Regeln die Abkommen ratifizieren. Anders als im Rahmen der Union genügt dabei selbst eine qualifizierte Mehrheit nicht. Dies zieht den Prozess jedenfalls erheblich in die Länge und kann dem Abschluss von Investitionsschutzabkommen im Zweifel auch völlig entgegenstehen. Im Fall CETA wurde deshalb die vorläufige Anwendbarkeit einiger Kapitel, allerdings nicht desjenigen zum Investitionsschutzrecht, beschlossen.

1085 EuGH Gutachten 2/2015, Rn. 97ff.

1086 EuGH Gutachten 2/2015, Rn. 109; siehe auch Schlussanträge der Generalanwältin Sharpston zum EuGH Gutachten 2/2015, Rn. 328.

1087 *Bäumler*, EuR 2016, S. 607, 616 mwN.

1088 *Ahner*, Investor-Staat-Schiedsverfahren nach Europäischem Unionsrecht, S. 189; kritisch dazu auch *Terhechte*, EuR 2010, S. 517, 521.

1089 *Lavranos*, Bungenberg/Reinisch/Tietje, EU and Investment Agreements, S. 165.

- Zweitens sind auch die Verhandlungsmandate der Kommission bisher doppelter Natur. Um Kompetenzfragen zu diesem Zeitpunkt zu vermeiden, wurde ein solches Verhandlungsmandat auch durch den Rat erteilt¹⁰⁹⁰.
- Drittens: Die zwischen der Union und den Mitgliedsstaaten geteilte Kompetenz betrifft nicht nur den Abschluss, sondern auch mögliche Änderungen oder die Kündigung des Abkommens¹⁰⁹¹. Etwas anderes könnte lediglich gelten, wenn nur Teile geändert werden, die in die ausschließliche Kompetenz der Union fallen.

Wie schon der ECT müssen folglich auch zukünftig, jedenfalls umfassende, Investitionsschutzabkommen durch Union und Mitgliedsstaaten gemeinsam abgeschlossen werden. Die ausschließliche Kompetenz der Union für Investitionsschutzabkommen, die durch den Vertrag von Lissabon vermeintlich geschaffen wurde, umfasst also noch nicht alle notwendigen Teile eines umfassenden Investitionsschutzabkommens. Der Abschluss eines solchen fällt weiterhin in die mit den Mitgliedsstaaten geteilte Kompetenz¹⁰⁹².

Die Frage der Zuständigkeit zum Abschluss von Investitionsschutzabkommen ist grundsätzlich von der Frage der Bindung an die geschlossenen Abkommen zu unterscheiden. Handelt es sich allerdings um echte gemischte Abkommen, ist jeder Vertragspartner, also Union und Mitgliedsstaaten unmittelbar an das Abkommen gebunden¹⁰⁹³.

Soweit die Union und die Mitgliedsstaaten gemischte Abkommen abschließen, sollten sie tunlichst im Vertragstext klarstellen, dass das Abkommen nicht auf innereuropäische Streitigkeiten anwendbar ist. Stellt ein Vertragstext dies nicht klar, kann sich ein Investor eines EU-Mitgliedsstaats grundsätzlich auf ein solches Abkommen berufen (wie aktuell beim ECT, dazu oben). Dies würde den aktuellen Bestrebungen des Abschaffens um ein Intra-EU-Investitionsschutzes diametral entgegenlaufen.

§2. Investitionsschutzabkommen der Union insbesondere am Beispiel CETA

Unter Beachtung der eben herausgearbeiteten Kompetenzen darf die Union Investitionsschutzabkommen abschließen. Auch insofern muss sie sich jedoch an die sich aus dem unionsrechtlichen Primärrecht ergebenden Einschränkungen halten, die teilweise auf das Verhältnis

1090 Siehe dazu am Beispiel der Verhandlungen mit Japan *Hinojosa-Martinez*, JWIT 2016, S. 86, 114; für eine ausführliche Darstellung des Verhandlungsgangs mit den notwendigen Handlungen der Union siehe *Bäumler*, EuR 2016, S. 606, 618ff.

1091 *Bäumler*, EuR 2016, S. 616, 627f.

1092 Siehe am Beispiel der Kompetenzen für den ECT etwa *Stegmann*, Responsibility of the EU and the Member States under EU International Investment Protection Agreements, S. 18ff.

1093 *Stegmann*, Responsibility of the EU and the Member States under EU International Investment Protection Agreements, S. 17.

zu Drittstaaten übertragbar sein mögen. Darüber hinaus stellen sich in einigen Bereichen weitere unionsrechtliche Fragen, die originär im Verhältnis zu Drittstaaten bestehen. Welche weiteren Vorgaben das Unionsrecht an Investitionsschutzabkommen mit Drittstaaten stellt, soll anschließend am Beispiel des CETA Abkommens dargestellt werden. Investitionsschutzabkommen der EU sollen dabei ein vergleichbares, nicht jedoch höheres Schutzniveau für ADI garantieren, als das Unionsrecht auch für mitgliedstaatliche Investoren etabliert¹⁰⁹⁴. Vorab ist weiterhin zu bemerken, dass völkerrechtliche Verträge der Union zunächst nur diese binden. Selbst wenn CETA jedoch nicht als mixed agreement abgeschlossen worden wäre, wären die Mitgliedsstaaten allerdings durch die entsprechende unionsrechtliche Anordnung in Art. 216 AEUV ebenfalls daran gebunden¹⁰⁹⁵.

Durch CETA sollen die wirtschaftlichen Beziehungen zwischen der Union und Kanada gestärkt und vereinfacht werden¹⁰⁹⁶. Soweit es bereits in Kraft ist, wurde diesbezüglich auch bereits ein positiver Trend festgestellt¹⁰⁹⁷.

Das CETA Abkommen unterscheidet sich bezüglich des Investitionsschutzes von klassischen IIAs dadurch, dass es ein hybrides System schafft, welches klassische schiedsrechtliche Komponenten enthält, aber ebenfalls durch eine Verrichterlichung gekennzeichnet ist¹⁰⁹⁸. Diese Verrichterlichung besteht vor allem in der Schaffung einer permanenten und daher der Intention nach unparteiischeren Streitbelegungsinstitution¹⁰⁹⁹. Materiell ist insbesondere die wiederholte Betonung des right to regulate auffällig und die Einschränkung und Präzisierung weiterer materieller Klauseln, insbesondere des FET-Standards.

Unionsrechtlich problematisch könnten dabei parallel zur Problematik im innereuropäischen Verhältnis zunächst die Umgehung ausschließlicher Kompetenzen des EuGH (I) und der mitgliedstaatlichen Gerichte (II) sein. Des Weiteren darf die Bestimmung des richtigen Klagegegners nur von einer zuständigen Instanz vorgenommen werden (III). Das CETA Abkommen dürfte weiterhin nicht gegen das Diskriminierungsverbot verstoßen (IV) oder den Zugang zu Gericht vereiteln (V). Schließlich muss die Gewährung von Naturalrestitution ausgeschlossen sein (VI) und den Mitgliedsstaaten die Bestimmung des öffentlichen Interesses obliegen (VII).

1094 Erwägungsgrund 4 VO 912/2014.

1095 Dazu *Carducci*, ICSID Review 2018, S. 582, 592.

1096 https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/july/tradoc_154775.pdf, zuletzt abgerufen am 01.03.2020.

1097 <https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1907>, zuletzt abgerufen am 01.03.2020.

1098 Schlussanträge des Generalanwalts zum EuGH Gutachten 1/17, Rn. 18.

1099 Schlussanträge des Generalanwalts zum EuGH Gutachten 1/17, Rn. 21.

A Ausschließliche Kompetenzen des EuGH

Art. 344 AEUV sichert die Autonomie des Unionsrechts in erster Linie durch die Zuteilung exklusiver Kompetenzen an den EuGH ab. Diese Autonomie könnte auch in Fällen mit Drittstaatenbezug der aus unionsrechtlicher Sicht der Geltung von Investitionsschutzabkommen entgegenstehen. Sie besteht nach der Rechtsprechung des EuGH jedenfalls auch im Verhältnis zum Völkerrecht¹¹⁰⁰.

Fraglich ist zunächst wieder, ob Art. 344 AEUV überhaupt einschlägig ist. Wie oben ausgeführt verpflichtet er die Mitgliedsstaaten, Streitigkeiten über die Anwendung und Auslegung der unionsrechtlichen Verträge keinem anderen als in diesen vorgesehenen Gerichten zu übertragen. Der Anwendung von Art. 344 AEUV könnten jedoch mehrere Punkte entgegenstehen, die nachfolgend zu analysieren sind. Insbesondere müsste sich das Verbot des Art. 344 AEUV an einen weiteren Adressatenkreis als nur die Mitgliedsstaaten richten (1) und die Streitigkeit die Anwendung und Auslegung der Unionsverträge betreffen (2).

I. Normadressat von Art. 344 AEUV

Wie eben aufgezeigt, wird das CETA-Abkommen als gemischtes Abkommen abgeschlossen, also sowohl von der Union als auch von den Mitgliedsstaaten.

Dem Wortlaut nach adressiert das Verbot des Art. 344 AEUV jedoch nur die Mitgliedsstaaten, nicht die Union selbst. Fraglich ist jedoch, ob und in welchem Maße eine extensive Auslegung geboten ist. Art. 344 AEUV wird regelmäßig dahingehend erweitert, dass er auch Streitigkeiten zwischen der Union und den Mitgliedsstaaten und Streitigkeiten zwischen den Organen der Union mitumfassen soll¹¹⁰¹. Dies ist sinnvoll, weil in diesen Streitigkeiten regelmäßig Normen des Unionsrechts streitentscheidend sein dürften. Zur Auslegung dieser Normen soll der EuGH exklusiv befugt sein. Diese exklusive Kompetenz des EuGH könnte auch durch die Übertragung von Streitigkeiten zwischen Unionsorganen oder zwischen der Union und ihren Mitgliedsstaaten auf andere Streitbeilegungsmechanismen umgangen werden.

Die zentrale Einschränkung des Art. 344 AEUV beruht jedoch nicht auf dem Normadressaten, sondern auf dem anwendbaren Recht. Die Tatsache, dass die Unionsverträge nur die Union und ihre Mitgliedsstaaten binden können, beruht schon auf dem völkerrechtlichen Verbot von Verträgen zu Lasten Dritter. Die diesbezügliche Einschränkung von Art. 344 AEUV ist für diese rein deklaratorisch.

1100 EuGH Gutachten 1/17, Rn. 109.

1101 Dazu *Wegener*, *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, Art. 344 AEUV Rn. 1.

Fraglich ist folglich insbesondere, ob es sich um eine Streitigkeit über die Anwendung und Auslegung der Unionsverträge handelt. Bejahendenfalls wäre Art. 344 AEUV wohl so zu verstehen, dass er einer Übertragung von Streitbeilegungskompetenzen entgegenstünde. Zwar richtet sich der Normbefehl des Art. 344 AEUV an die Mitgliedsstaaten, dies bedeutet aber nicht notwendigerweise, dass diese Streitparteien sein müssen¹¹⁰².

II. Unionsrecht als anwendbares Recht

Fraglich ist also, ob es sich bei Investitionsstreitigkeiten zwischen einem kanadischen Investor und der EU oder einem Mitgliedsstaat der EU um eine Streitigkeit handelt, bei der die Anwendung oder Auslegung von Unionsrecht in Frage steht.

Die CETA Gerichte haben gemäß der ausdrücklichen Anordnung in Art. 8.31 CETA nur das Abkommen selbst anzuwenden. Art. 8.31 CETA stellt außerdem klar, dass die Union und ihre Mitgliedsstaaten nicht an eine eventuell vorgenommene Bewertung durch das Schiedsgericht gebunden wären. Schon diese Aussage zeigt, dass es nicht möglich ist – und auch nicht wünschenswert wäre¹¹⁰³, das nationale oder europäische Recht bei der Betrachtung von investitionsschutzrechtlichen Streitigkeiten vollständig außen vor zu lassen. Soweit Unionsrecht oder nationales Recht allerdings zu bestimmen ist, ist dies als Tatsache und nicht als Rechtsfrage zu behandeln¹¹⁰⁴. Es dient folglich nur der richtigen Sachverhaltsermittlung¹¹⁰⁵. Auch der EuGH erkennt in seinem Gutachten an, dass die Analyse des nationalen und europäischen Rechts zur Ermittlung der Reichweite, der vom Investor vor dem CETA Gericht angefochtenen Maßnahme zwangsläufig notwendig ist¹¹⁰⁶.

1102 Die Unionsorgane sind wiederum nicht an Art. 344 AEUV gebunden, siehe dazu *Athen/Dörr, Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, Art. 344 AEUV, Rn. 41; *Burgstaller*, JWIT 2014, S. 551, 562, der jedoch die Mitgliedsstaaten durch Art. 344 AEUV eingeschränkt sieht, was im Falle von gemischten Abkommen problematisch sein könnte; siehe zur Kompetenz des Abschlusses von IIAs mit Drittstaaten unten unter Abschluss neuer Investitionsschutzabkommen.

1103 Ließe man das nationale und europäische Recht bei der Betrachtung außen vor dürften die berechtigten Regulierungsbedürfnisse, die CETA wiederholt betont, letztlich doch nicht berücksichtigt werden. Das bei der Abwägung von öffentlichen Interessen und solchen des Investors zu erzielende Ergebnis könnte dann nur zu Gunsten des Investors ausfallen, dazu Schlussanträge des Generalanwalts zum EuGH Gutachten 1/17, Rn. 130ff.

1104 Der Generalanwalt sieht dies als den entscheidenden Unterschied zum intraeuropäischen Investitionsschutz, siehe Schlussanträge des Generalanwalts zum EuGH Gutachten 1/17, Rn. 123; siehe dazu auch *Gundel*, EuZW 2019, S. 934, 936.

1105 Dazu etwa *Jaeger*, EuR 2016, S. 203, 211.

1106 EuGH Gutachten 1/17, Rn. 131; dies gilt auch für die Rechtsbehelfsinstanz. Diese darf gemäß Art. 8.28 Abs. 2 b) den Urteilspruch der ersten Instanz auch bei „*offenkundigen Fehlern bei der Würdigung des Sachverhalts, unter anderem bei der Beurteilung relevanter Vorschriften des nationalen Rechts*“ aufheben. Dies ermächtigt jedoch auch die Rechtsbehelfsinstanz nicht zur Anwendung und Auslegung unionsrechtlicher Vorschriften, auch die Rechtsbehelfsinstanz ist an die herrschende Auslegung des Unionsrechts gebunden, dazu EuGH Gutachten 1/17, Rn. 133; Entgegen der Auffassung des Generalanwalts ist die bloße Existenz einer Rechtsmittelinstanz jedoch keine Garantie dafür, dass die Vorschriften des Unionsrechts entsprechen der herrschenden Meinung ausgelegt werden. Zumindest bei der Schaffung des CETA-Gerichts bestehen keine erhöhten

Fraglich ist allerdings, ob eine solche Unterscheidung praktisch möglich und rechtspolitisch überzeugend ist. Generell gilt, dass anders als im innereuropäischen Verhältnis die Anwendung von Unionsrecht im Verhältnis zu Drittstaaten in größerem Maß ausgeschlossen werden kann, weil das Unionsrecht insoweit keine Doppelrolle mehr einnimmt, sondern lediglich als nationales Recht betrachtet werden kann und nicht gleichzeitig zwischen den Staaten geltendes Völkerrecht ist¹¹⁰⁷.

Darüber hinaus gibt es einige unionsrechtliche Normen, die lediglich das EU-Innenverhältnis betreffen. Zu nennen ist in diesem Zusammenhang insbesondere das Prinzip gegenseitigen Vertrauens beziehungsweise der gegenseitigen Anerkennung¹¹⁰⁸. Auch Art. 344 AEUV ist Ausprägung dieses Prinzips loyaler Zusammenarbeit.

Eine Unterscheidung zwischen der Anwendung von Unionsrecht und der Bestimmung dessen Inhalts ist ein Ritt auf der Rasierklinge. Nicht zu Unrecht wird nämlich bezweifelt, dass der Ausschluss der Anwendbarkeit in der Praxis einen tatsächlichen Unterschied ausmacht¹¹⁰⁹: Die Behandlung von Unionsrecht als Fakt schließt die Notwendigkeit der Bestimmung dessen Inhalts nicht aus¹¹¹⁰. Der Generalanwalt formuliert dies wie folgt: „Diese Bestimmung (Art. 8.31 CETA) verdeutlicht den von den Vertragsparteien gewählten Ansatz, wonach das CETA-Gericht das innerstaatliche Recht jeder Vertragspartei so wenig wie möglich auslegen und stattdessen so berücksichtigen soll, wie es ist.“¹¹¹¹ Diese Formulierung zeigt deutlich das Dilemma, vor dem der Rechtsanwender in einem solchen Fall steht. Statt das nationale Recht anzuwenden und ohne es auszulegen soll er es „einfach“ so hinnehmen wie es ist. Das Recht als gegeben hinzunehmen so wie es ist, ohne es anzuwenden und auszulegen, ist jedoch in sich widersprüchlich. Ob eine Norm eindeutig ist, und welchen Inhalt sie hat, ist Gegenstand der Auslegung¹¹¹². Diese Aussagen des Generalanwalts sind mehr vom Ergebnis her als von der methodisch korrekten Auslegung gedacht. Allerdings hatte sich der EuGH vorher in eine kaum mehr aufzulösende Situation manövriert: Einerseits sollte die Teilnahme der Union an internationalen Streitbeilegungsmechanismen nicht völlig ausgeschlossen werden. Andererseits wurde bisher jede kleinste Berührung des Unionsrechts ohne seine Beteiligung als Autonomieverstoß gewertet.

Qualifikationserfordernisse für die Richter in zweiter Instanz. Sie können damit grundsätzlich genauso gut vermeintliche Fehlinterpretationen beheben wie neue hinzufügen.

1107 Schlussanträge des Generalanwalts zum EuGH Gutachten 1/17, Rn. 110.

1108 Schlussanträge des Generalanwalts zum EuGH Gutachten 1/17, Rn. 81.

1109 *Hindelang*, Archiv des Völkerrechts 2015, S. 68, 80; *Stöbener de Mora/Wernicke*, EuZW 2019, 970, 973f; zu Recht wird die Unterscheidung des EuGH auch als rein formell bezeichnet, siehe *Gaspar-Szilagi*, JWIT 2016, S. 701, 728.

1110 So auch das belgische Vorbringen zum EuGH Gutachten 1/17, siehe Schlussanträge des Generalanwalts zum EuGH Gutachten 1/17, Rn. 39ff.

1111 Schlussanträge des Generalanwalts zum EuGH Gutachten 1/17, Rn. 129.

1112 *Wank*, Juristische Methodenlehre, S. 176.

Gegen vergleichbare Lösungen, etwa im inzwischen aufgekündigten NAFTA-Abkommen wurde insbesondere eingewendet, dass dadurch die eigentlichen Probleme der Anwendung nationalen Rechts nicht gelöst, sondern bestenfalls verlagert würden¹¹¹³.

Auch der Ausschluss der Bindung der Unionsorgane an eine Bestimmung des Inhalts des Unionsrechts durch das CETA-Gericht besteht trotz ausdrücklicher gegensätzlicher Anordnung in CETA. Zwar kann das CETA-Gericht eine Maßnahme nicht für unionsrechtswidrig erklären, jedoch eine Schadensersatzpflicht der Union daraus ableiten. Damit besteht weiterhin das Risiko einer „faktischen Bindung“ wegen der damit verbundenen finanziellen Konsequenzen¹¹¹⁴.

Das Gutachten des EuGH, wonach der von CETA vorgesehene Streitbeilegungsmechanismus mit dem Unionsrecht vereinbar ist, ist trotz aller berechtigten Kritik im Ergebnis begrüßenswert. Andernfalls bliebe der Union die Teilnahme an völkerrechtlichen Streitbeilegungsmechanismen wohl verwehrt – ein Ergebnis, welches der EuGH wiederholter eigener Aussage nach nicht anstrebt¹¹¹⁵. Das Justizsystem der Union weist also im Verhältnis zu Drittstaaten eine größere Flexibilität auf. Entsprechende Abkommen sind nicht an das Korsett der Art. 267, 273 AEUV gebunden¹¹¹⁶.

Alternativ wäre es nur noch möglich gewesen, den EuGH in die Streitbeilegung dergestalt mit einzubinden, dass dem CETA-Gericht eine Vorlagemöglichkeit eingeräumt worden wäre. Eine solche Möglichkeit wurde dementsprechend teilweise auch befürwortet¹¹¹⁷. Sie wäre allerdings aus unionsrechtlicher Perspektive systemfremd¹¹¹⁸. Bisher hatte der EuGH auch nur solche Vorlagen akzeptiert, deren Antwort für das vorlegende Gericht bindend war¹¹¹⁹. Dies wäre politisch gegenüber dem Abkommenspartner kaum durchsetzbar, zumindest nicht ohne diesem dasselbe Recht bei der

1113 *Börnsen*, Nationales Recht in Investitionsschiedsverfahren, S. 41ff.

1114 Dazu etwa *Hindelang*, Conceptualisation and Application of the Principle of Autonomy of EU Law – The CJUE’s Judgement in *Achmea* put in Perspective, S. 13f, abrufbar unter https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3266123, zuletzt abgerufen am 30.10.2019.

1115 EuGH Gutachten 1/17 Rn. 106 mwN; vorher bereits kritisch deswegen *Wernicke*, NJW 2018, S. 1644, 1646, der kaum Konstellationen erkennen konnte, die bei konsequenter Weiterführung der EuGH Rechtsprechung eine Teilnahme der Union an internationaler Konfliktbeilegung ermöglicht hätte.

1116 *Gundel*, EuZW 2019, S. 934, 937; *Stöbener de Mora/Wernicke*, EuZW 2019, 970, 973f; außerdem wird gegen die im CETA-Gutachten gefundene und vom EuGH akzeptierte Lösung noch eingewendet, sie sei zirkelsschlüssig. Das CETA-Abkommen würde durch dessen Abschluss Bestandteil des Unionsrechts, und zwar im Rang zwar unter dem Primär- aber über dem Sekundärrecht. Damit bestünde auch dafür eine ausschließliche Kompetenz des EuGH. Außerdem dürfe es durch die eigene Anordnung in Art. 8.31 CETA damit nicht mehr angewendet werden, siehe dazu *Gaspar-Szilagi*, JWIT 2016, S. 701, 730. Dies dürfte jedoch als zu formalistisch einzustufen sein.

1117 So auch *Gundel*, EuZW 2019, S. 934, 936; *Hindelang*, Archiv des Völkerrechts 2015, S. 68, 85f stuft dies als einzig sicher unionsrechtskonforme Variante ein.

1118 EuGH Gutachten 1/17, Rn. 134.

1119 Dazu *Gaspar-Szilagi*, JWIT 2016, S. 701, 741 mwN.

Bewertung des nationalen Rechts einzuräumen. Darüber hinaus würde es die Verfahrensdauer und die damit verbundenen Kosten entsprechend erhöhen.

Positiv ist allerdings, dass die Autonomie des Unionsrechts dadurch jedenfalls nicht berührt wäre¹¹²⁰. Umsetzbar wäre eine solche Möglichkeit jedoch durchaus: In den Abkommen mit der Schweiz und Großbritannien wird jeweils eine Vorlagepflicht normiert, die allenfalls durch die *acte claire* bzw. *acte éclairée* Doktrin durchbrochen werden darf¹¹²¹. Auch dies zeigt die Problematik der Behandlung von Unionsrecht als Fakt. Besteht für den Fall keine entsprechende Rechtsprechung des EuGH kann es für das CETA-Gericht schwierig sein, den Inhalt des Unionsrechts zu bestimmen, ohne eine Vorlagebefugnis zu haben.

III. Fazit

Der EuGH hält den in CETA verankerten Streitbeilegungsmechanismus für mit dem Unionsrecht vereinbar. Zentral für diese Entscheidung war die mehrfache Absicherung in CETA, dass das CETA-Gericht Unionsrecht nur als Fakt heranziehen darf, nicht aber anwenden kann.

Anders als beim Achmea-Verfahren, wo diese Einordnung nicht zwingend war, ist das CETA Gericht so ausgestaltet, dass es außerhalb des Gerichtssystems der Union steht. Dadurch ist die Autonomie des Unionsrechts nicht zwingend verletzt¹¹²². Trotzdem auch hier eine Vorlage zum EuGH im Rahmen einer Überprüfung der Vollstreckbarkeit nicht in jedem Fall sichergestellt werden kann, ist der in CETA verankerte Streitbeilegungsmechanismus mit dem Unionsrecht vereinbar¹¹²³.

Der EuGH hat damit dem eigenen Autonomieanspruch erste konkrete Grenzen gesetzt. Die bisherige Rechtsprechung hatte zwar stets die grundsätzliche Möglichkeit betont, auch die Union in internationale Streitbeilegung miteinzubeziehen, die im konkreten Fall vorgesehenen Regelungen jedoch für unionsrechtswidrig gehalten. Der Zeitpunkt und die Umstände für diese Rechtsprechung sind sicherlich sorgfältig gewählt, sah er sich doch nach dem Achmea-Urteil und dem Gutachten zum EU-Beitritt zur EMRK erheblicher Kritik ausgesetzt. Insbesondere im reinen Außenverhältnis besteht nun die Möglichkeit, die EU einer externen Kontrolle zu unterwerfen, sofern dabei die im CETA-Gutachten herausgearbeiteten Grundsätze beachtet werden.

1120 EuGH Gutachten 1/17, Rn. 117.

1121 Siehe dazu *Gundel*, EuZW 2019, S. 934, 938 mwN.

1122 EuGH Gutachten 1/17, Rn. 113ff.

1123 Zu diesem Punkt etwa Schlussanträge des Generalanwalts zum EuGH Gutachten 1/17, Rn. 182; siehe zur Problematik der Vollstreckung schon oben unter Gewährleistung der Geltung des Unionsrechts durch Kontrolle durch ein vorlageberechtigtes Gericht.

Abschließend lässt sich mit Gundel folgendes festhalten: „Der Autonomieanspruch des Unionsrechts kann nicht bedeuten, dass auch jenseits der räumlichen Grenzen der Union jede gerichtliche Befassung mit (unionsrechtlich geregelten) Sachverhalten schließlich den EuGH erreichen müsste.“¹¹²⁴

Dies hat der EuGH durch die im CETA-Gutachten gemachten Zugeständnisse auch anerkannt.

B Ausschließliche Kompetenzen nationaler Gerichte bei der Umsetzung von Europarecht

Dem CETA Gericht werden keine ausschließlichen Kompetenzen im Bereich des Investitionsschutzes übertragen. Daher werden die Rechte der nationalen Gerichte, anders als es bei der Einführung eines gemeinsamen Patentgerichts geplant war, welches in dieser Form vom EuGH im Gutachten 1/09 abgelehnt wurde, nicht berührt. Es handelt sich nicht um eine andere Streitbeilegung nach Unionsrecht, sondern um eine zusätzliche völkerrechtliche Absicherung bestimmter Standards. Wie der Generalanwalt treffend formuliert, geht es dabei um „zwei Rechtsschutzmöglichkeiten, die sich ergänzen aber nicht gegeneinander austauschbar sind“¹¹²⁵. Auch ist nicht mit einer zum Patentrecht vergleichbaren hohen Anzahl an Klagen zu rechnen, die die Rolle von nationalen Gerichten im europäischen Rechtssystem signifikant beeinträchtigen würden.

Doppelte Klagen sollen durch CETA ebenfalls vermieden werden. Daher bestimmt Art. 8.22, dass der Investor innerstaatliche Klagen zurücknehmen muss, beziehungsweise auf das Recht verzichtet diese einzureichen, soweit sie dieselben Maßnahmen betreffen, die auch vor dem CETA Gericht anhängig gemacht worden sind. Soweit das Ergebnis einer nationalen Gerichtsentscheidung die Maßnahme ist, die vor dem CETA Gericht angefochten wird, muss der nationale Rechtsweg vollständig bestritten worden sein¹¹²⁶. In dieser Hinsicht nimmt das CETA-Abkommen den mitgliedstaatlichen Gerichten und letztendlich dem EuGH die Möglichkeit, einen Sachverhalt nach den nationalen und europäischen Normen zu beurteilen. Sowohl für die hier gewählte, als auch für die gegenteilige Regelung gibt es gute Argumente. Die Vermeidung von doppelten Klagen dient der Vermeidung widersprüchlicher Entscheidungen und der Verfahrensökonomie. Für eine doppelte Klagemöglichkeit spricht dagegen die Tatsache, dass anhand von zwei unterschiedlichen Maßstäben, zum einen dem Unionsrecht und dem nationalen Recht und zum anderen dem CETA-Abkommen geprüft würde – widersprüchlich im engeren Sinne könnten die Entscheidungen folglich gar nicht sein. In diesem Fall wären allerdings Regelungen zur Vermeidung von Doppelkompensationen notwendig. Auch das Klageziel unterscheidet sich zwischen Unionsrecht und Investitionsschutzrecht: Schließlich zielt der Investitionsschutz nur auf

1124 Gundel, EuZW 2019, S. 934, 938.

1125 Schlussanträge des Generalanwalts zum EuGH Gutachten 1/17, Rn. 168.

1126 Schlussanträge des Generalanwalts zum EuGH Gutachten 1/17, Rn. 171.

Sekundärrechtsschutz. Im Falle der Rechtswidrigkeit einer Maßnahme kann folglich nur Schadensersatz zugesprochen werden, nicht aber die Maßnahme an sich rückgängig gemacht werden.

Die gewählte Lösung ist jedenfalls unionsrechtlich nicht problematisch und rechtspolitisch vertretbar.

C Bestimmung des richtigen Klagegegners

Die Bestimmung des richtigen Klagegegners und weiter formuliert, der Staatenverantwortlichkeit ist aus allgemeiner völkerrechtlicher Perspektive (1) anders zu beantworten, als aus der Perspektive des Unionsrechts (2).

I. Völkerrechtliche Perspektive

Das Völkerrecht nimmt den Staat grundsätzlich als eine Einheit war und differenziert bei der Haftung nicht nach dem jeweils handelnden Organ¹¹²⁷. Anderes gilt grundsätzlich für internationale Organisationen, auf die zunächst die Draft Articles on the Responsibility of International Organizations (DARIO) anwendbar sind und die zwischen der Haftung der Organisation selbst und ihrer Mitgliedsstaaten grundsätzlich unterscheidet. Ob diese Regelungen auf das Verhältnis der Union zu ihren Mitgliedsstaaten übertragen werden kann, ist allerdings umstritten¹¹²⁸. Gemäß Art. 64 DARIO sind die Regelungen jedenfalls nicht zwingend, sondern dürfen von den Internationalen Organisationen abweichend geregelt werden. Insofern ist nachfolgend die entsprechende unionsrechtliche Regelung zu untersuchen.

II. Unionsrechtliche Perspektive

An die Bestimmung des richtigen Klagegegners gekoppelt(a), aber grundsätzlich davon zu unterscheiden, ist die finanzielle Verantwortung (b) für eine Handlung.

1) Klagegegner

Die Bestimmung des richtigen Beklagten darf nicht durch das Schiedsgericht vorgenommen werden¹¹²⁹. Unionsrechtliches Sekundärrecht wiederum würde das Schiedsgericht und den Vertragspartner, in diesem Fall Canada, nicht binden. Insofern muss die Bestimmung des richtigen Klagegegners anhand eines vom Abkommen selbst vorgesehenen Mechanismus erfolgen.

Dem entspricht CETA durch Art. 8.21, der einen differenzierten Mechanismus vorsieht:

1127 Karpenstein/Kottmann, EuZW 2015, S. 256, 257.

1128 Karpenstein/Kottmann, EuZW 2015, S. 256, 257 mwN.

1129 So schon EuGH Gutachten 1/91, Rn. 34f; ebenso VO 912/2014; siehe dazu auch etwa Schill, Bungenberg/Reinisch/Tietje, EU and Investment Agreements, S. 49; Lang, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Nr. 138, 2015, S. 15.

- Gemäß Abs. 2 muss der Investor zunächst die Maßnahmen angeben, bezüglich derer er eine Klage anzustrengen beabsichtigt. Dazu übermittelt er der Union ein entsprechendes Ersuchen um die Feststellung des richtigen Beklagten.
- Gemäß Abs. 3 teilt die EU dem Investor den richtigen Beklagten innerhalb von 50 Tagen nach seinem Ersuchen mit.
- Unterbleibt eine entsprechende Mitteilung so greift die Auffangregel des Abs. 4 ein. Die Union ist Schiedsbeklagte, wenn zumindest eine der angegriffenen Maßnahmen eine Maßnahme der Union ist (b). Wurden die Maßnahmen allein durch einen Mitgliedsstaat ausgeführt, ist dieser der richtige Schiedsbeklagte (a).
- Das CETA-Gericht ist sowohl an eine erfolgte Feststellung gemäß Abs. 3, als auch an die Auffangregelung des Abs. 4 gebunden (Abs. 7).

Kritisch wird dabei insbesondere die Auffangregelung des Abs. 4 gesehen: Die Zuordnung einer Handlung zur Union oder zu einem Mitgliedsstaat ist nicht ohne weiteres möglich. Darüber hinaus kann der Investor Einfluss auf diese Entscheidung nehmen, indem er den Klageantrag entsprechend formuliert¹¹³⁰.

2) Finanzielle Verantwortlichkeit

Die Antwort auf die Frage, wer der finanziell Verantwortliche für eine Maßnahme ist, kann von der Bestimmung des richtigen Klagegegners abweichen. Dies wird insbesondere regelmäßig dann der Fall sein, wenn zwar ein Mitgliedsstaat eine Maßnahme erlassen hat, dies aber in Umsetzung von unionsrechtlichen Normen geschehen ist.

Auch die Festlegung der finanziellen Verantwortung darf nicht durch das Schiedsgericht erfolgen. Andernfalls würde es implizit über die Kompetenzverteilung zwischen Union und den Mitgliedsstaaten entscheiden. Dies fällt in den ausschließlichen Aufgabenbereich des EuGH¹¹³¹.

Die im Folgenden kurz darzustellende Verordnung 912/2014 löst dieses Problem zwar aus unionsrechtlicher Sicht, entfaltet jedoch keine Bindungswirkung gegenüber Drittstaaten und Schiedsgerichten, sofern nicht ein völkerrechtlicher Vertrag einen Verweis oder eine entsprechende Regelung vorsieht¹¹³². Einen insbesondere dynamischen Verweis in einen völkerrechtlichen Vertrag zu verankern und damit den Vertragspartner späteren Änderungen der Rechtssetzung faktisch zu

1130 *Hindelang*, Archiv des Völkerrechts 2015, S. 68, 82.

1131 Näher dazu *Kerkemeyer*, EuZW 2016, S. 10, 14; dazu für intraeuropäische Streitigkeiten ablehnend *Rösch*, Intraeuropäisches Investitionsschutzrecht, S. 146f.

1132 *Lang*, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Nr. 138, 2015, S. 15; Schlussanträge des Generalanwalts zum EuGH Gutachten 1/17, Rn. 161ff.

unterwerfen, dürfte jedoch politisch nicht durchsetzbar sein. In CETA erlangt die Verordnung ihre Wirkung durch Art. 8.21. Abs. 3 CETA. Dieser lässt das Verfahren zur Bestimmung des richtigen Klagegegners vollständig in der Hand der Union und trifft lediglich eine Ausfallregelung in Abs. 4.

Auch die Verordnung regelt dabei, dass finanzielle Verantwortung und Klagegegner auseinander fallen können: Grundsätzlich liegt diese bei dem Organ, welches die angegriffene Handlung vorgenommen hat, es sei denn eine entsprechende mitgliedstaatliche Handlung war unionsrechtlich geboten, vgl. Art. 3 Abs. 1 VO 912/2014¹¹³³. In der Regel sollten sie allerdings gleichzeitig vorliegen, damit der Prozess von der letztendlich haftenden Partei geführt wird. In jedem Fall bestehen regelmäßige gegenseitige Informationspflichten. Praktisch dürfte es sinnvoll sein, die entsprechenden Institutionen der EU oder der Mitgliedsstaaten aktiv in die Prozessführung miteinzubeziehen. Eine diesbezügliche Verpflichtung des Mitgliedsstaats ergibt sich etwa aus Art. 10 Abs. 1 c) VO 912/2014.

Generell wird die Union als Schiedsbeklagte favorisiert, um durch Zentralisierung erhöhte Kompetenzen nutzen zu können¹¹³⁴. Gemäß Art. 9 der Verordnung kann sowohl die Kommission die Leitung des Schiedsverfahrens an sich ziehen, als auch der Mitgliedsstaat erklären, nicht als Schiedsbeklagter auftreten zu wollen. In diesen Fällen tritt jeweils die Union als Schiedsbeklagte auf. Die Kommission übernimmt die Leitung des Schiedsverfahrens auf eigene Initiative, wenn die Union ganz oder teilweise finanziell verantwortlich wäre, oder die schädigende Handlung von einem Organ der EU vorgenommen wurde.

Weitere Vorschriften schützen die Interessen des jeweils weniger in das Verfahren einbezogene Partei. Insbesondere bestehen während des Verfahrens Informationspflichten zu Gunsten dieser Partei und besondere Voraussetzungen für den Abschluss eines Vergleichs.

In der Verordnung fehlen jedoch Regelungen zu den Situationen, in denen mehrere Mitgliedsstaaten etwa im Rahmen einer Entscheidung zur gegenseitigen Anerkennung zusammenwirken. Hilfsweise müssen diesbezüglich wohl die völkerrechtlichen Regelungen gelten¹¹³⁵.

III. Fazit

Ob und wie gut das von CETA vorgesehene Verfahren funktioniert, bleibt abzuwarten. Bislang gab es noch keinen Fall, bei dem das Verfahren angewendet hätte werden müssen. Der von der Verordnung vorgesehene Mechanismus erscheint allerdings sinnvoll und gut mit den Vorgaben von CETA vereinbar. Durch eine Zusammenarbeit könnten einerseits zentralisierte Kompetenzen im Investitionsschutzrecht

1133 Siehe auch Erwägungsgründe 5ff VO 912/2014.

1134 Erwägungsgründe 10ff VO 912/2014.

1135 *Karpenstein/Kottmann*, EuZW 2015, S. 256, 258.

genutzt und damit Kosten gespart werden. Andererseits ist die Miteinbeziehung der Mitgliedsstaaten immer notwendig sobald Eigenheiten des nationalen Rechts relevant werden.

D Diskriminierungsverbot

Auch das Diskriminierungsverbot könnte der materiellen Geltung des CETA-Abkommens entgegenstehen, weil es kanadischen Investoren Rechte einräumt, die anderen europäischen Investoren nicht zustehen. Fraglich ist zunächst, welche Ausprägung des Diskriminierungsverbots für diese Konstellation einschlägig ist. Art. 18 AEUV ist unmittelbar nur auf die Frage der Diskriminierung im Verhältnis von einem Unionsbürger zu einem anderen anwendbar, nicht aber im Verhältnis zu einem Drittstaatsangehörigen. Trotzdem muss der Gleichbehandlungsgrundsatz auch in internationalen Abkommen eingehalten werden¹¹³⁶. Dieser folgt zwar weder aus Art. 18 AEUV noch aus Art. 21 GrCH, aber doch aus Art. 20 GrCH, nach dem „*alle Personen (...) vor dem Gesetz gleich (sind)*“¹¹³⁷. Schon diese Formulierung erlaubt jedoch Ungleichbehandlungen durch Gesetz. Auch insgesamt verpflichtet die Union sich durch Art. 20 der GrCH nicht zur Gleichbehandlung von Drittstaatsangehörigen. Zumeist dürften diese in der Regel jedoch schlechter und nicht bessergestellt werden als Angehörige der Mitgliedsstaaten.

Selbst wenn man den Gleichbehandlungsgrundsatz so verstünde, dass er auch Ungleichbehandlungen durch Gesetz verbieten würde, läge eine Diskriminierung nur dann vor, wenn es sich um eine andere Behandlung handeln würde, die zwei Investoren betrifft, die in der gleichen Situation sind und deren unterschiedliche Behandlung nicht gerechtfertigt ist.

Kanadische Investoren haben sowohl die Möglichkeit, Rechtsmittel gegen die sie beeinträchtigende Maßnahmen vor den nationalen Gerichten als auch vor dem CETA Gericht einzulegen. Sie sind damit bessergestellt als Investoren aus der Union in der Union¹¹³⁸, was eine unterschiedliche Behandlung darstellt. Sofern eine Vergleichbarkeit dieser beiden Gruppen gegeben ist, würde eine solche Regelung bei fehlender Rechtfertigung gegen das Diskriminierungsverbot des Unionsrechts verstoßen. Insbesondere könnte dies in den Fällen problematisch sein, wo zwar die Klage durch einen kanadischen Investor eingereicht wird, diese aber für eine in Europa angesiedelte Tochtergesellschaft angestrengt wurde¹¹³⁹. In diesen Fällen ist die Ähnlichkeit zu rein europäischen Investoren noch größer, eventuelle Unterscheidungen also noch schwieriger zu rechtfertigen. In diesem Fall eventuell gezahlter

1136 EuGH Gutachten 1/17, Rn. 165; siehe auch EuGH C-22/08, Rn. 51f.

1137 EuGH Gutachten 1/17, Rn. 171f.

1138 Schlussanträge des Generalanwalts zum EuGH Gutachten 1/17, Rn. 185.

1139 So die Argumentation Belgiens, siehe Schlussanträge des Generalanwalts zum EuGH Gutachten 1/17, Rn. 187.

Schadensersatz käme allerdings letztlich dem Investor zugute, für den eine Tochtergesellschaft wiederum eine Investition darstelle¹¹⁴⁰.

Zunächst wird gegen eine Vergleichbarkeit der Situationen die Tatsache eingewendet, dass der Heimatstaat eines Investors einen IIA abgeschlossen habe und der Heimatstaat eines anderen nicht, mache die Situationen nicht vergleichbar¹¹⁴¹. Darüber hinaus ist der entscheidende sachliche Grund für die Ungleichbehandlung, dass eine Investition in einem fremden Wirtschaftsraum vorgenommen wird, davon kann bei innereuropäischen Investitionen unter Geltung des Unionsrechts gerade nicht ausgegangen werden¹¹⁴². Es fehlt folglich an der Vergleichbarkeit. Die zugrunde liegenden unionsrechtlichen Regelungen sorgen dafür, dass für europäische Investoren in Europa kein im gleichen Maße fremder Rechtsrahmen zu Grunde liegt wie für kanadische Investoren. Das Unionsrecht räumt europäischen Investoren darüber hinaus an anderen Stellen auch Vorteile ein, auf die sich kanadische Investoren nicht berufen können. Dies gilt etwa für die Grundfreiheiten soweit diese auf eine Herkunft innerhalb der Union abstellen. Bei der Betrachtung der Gesamtsituation scheint daher fraglich, ob tatsächlich eine Schlechterbehandlung von Investoren aus der Union vorliegt.

Dies gilt auch für das Wettbewerbsrecht, trotz der Zwickmühle, die in der Micula Konstellation augenfällig geworden ist: Wenn CETA Regulierungsbefugnisse nicht hinreichend anerkennen würde, die das Unionsrecht aber vorsieht, könnte daraus eine Schlechterstellung des europäischen Investors folgen. Im Fall Micula verstieß eine von der Union verhängte Geldbuße oder die Verpflichtung zur Rückgewährung einer staatlichen Beihilfe gegen das IIA. In diesem Fall bestehen nach dem Völkerrecht andere Pflichten als nach dem Unionsrecht. Der Generalanwalt schätzt das damit verbundene Risiko jedoch als gering ein, weil es hinreichend Mechanismen in CETA gäbe, die eine Berücksichtigung der nationalen Regulierungsbefugnisse sicherstellten¹¹⁴³. Insbesondere erkennt CETA in Art. 17.2 ausdrücklich das Erfordernis eines freien und unverfälschten Wettbewerbs an. Soweit die Kommission folglich Art. 101f AEUV anwende, bedürfte es „*außergewöhnlicher Umstände*“ um einen Konflikt mit dem Unionsrecht zufolge zu haben¹¹⁴⁴. Wenn ein Fehler bei der Anwendung der unionalen Wettbewerbsregeln vorläge, sei insbesondere durch nationale Rechtsbehelfe ebenfalls Abhilfe möglich, daher sei der europäische Investor auch in diesem Fall nicht bessergestellt¹¹⁴⁵. Eine Vergleichbarkeit kann folglich mit guten Gründen abgelehnt werden.

1140 EuGH Gutachten 1/17, Rn. 183.

1141 *Rösch*, Intraeuropäisches Investitionsschutzrecht, S. 124.

1142 EuGH Gutachten 1/17, Rn. 180; Schlussanträge des Generalanwalts zum EuGH Gutachten 1/17, Rn. 207.

1143 Schlussanträge des Generalanwalts zum EuGH Gutachten 1/17, Rn. 215ff.

1144 EuGH Gutachten 1/17, Rn. 186.

1145 EuGH Gutachten 1/17, Rn. 187f.

Hilfsweise könnte auch von einer Rechtfertigung ausgegangen werden, die immer dann vorliegt, wenn ein grundsätzlich legitimes Ziel verfolgt wird und die unterschiedliche Behandlung nicht in einem unangemessenen Verhältnis zu diesem Ziel steht¹¹⁴⁶. Die Förderung kanadischer Investitionen in der EU ist ein solches legitimes Ziel – die Förderung von ausländischen Direktinvestitionen ist etwa in Art. 207 AEUV genannt – und bei der Verfolgung ist den Unionsbehörden ein großer politischer Einschätzungsspielraum einzuräumen.

Zusammenfassend sind die Situationen, in denen ein kanadischer Investor und ein europäischer Investor in der EU investieren, nicht als vergleichbar anzusehen. Bei einer Gesamtbetrachtung ist ein europäischer Investor zudem nicht schlechter gestellt, so dass auch insgesamt nicht von einer Diskriminierung ausgegangen werden kann.

E Zugang zu Gericht

Im CETA-Gutachten misst der EuGH erstmals die Beteiligung der Union an einem internationalen Gericht am Maßstab des Art. 47 GrCH¹¹⁴⁷. Dieser garantiert das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein unparteiisches Gericht. Nachfolgend sollen insbesondere die Gewährleistungen der richterlichen Unabhängigkeit (1) und der freie Zugang zu Gericht, insbesondere hinsichtlich der damit verbundenen Kosten (2) dargestellt werden.

I. Richterliche Unabhängigkeit

Auch wenn es sich um ein Organ handelt, welches hybride Aspekte sowohl von Gerichten als auch Schiedsgerichten aufweist, nimmt das CETA Gericht Aufgaben der Rechtsprechung wahr und muss als solches Rechtsnormen verbindlich auslegen¹¹⁴⁸. Aus diesem Grund müssen hinreichende Garantien für die Unabhängigkeit bestehen¹¹⁴⁹. Allerdings muss dabei die Besonderheit des internationalen Kontexts beachtet werden¹¹⁵⁰.

Allein die Tatsache, dass die Richter, entgegen der bisherigen Schiedspraxis, nur von den Mitgliedsstaaten ernannt werden und damit der Einfluss der Investoren auf die Zusammensetzung der Gerichte entfällt, steht der richterlichen Unabhängigkeit noch nicht entgegen. Dies ist bei staatlichen Richtern und den Richtern von internationalen Gerichtshöfen ebenfalls regelmäßig der Fall. Jedoch verstärkt sich dadurch die Asymmetrie der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit. Investoren kritisieren folglich ihren schwindenden Einfluss. Allerdings dürfte es, sofern politisch überhaupt gewünscht, auch

1146 Siehe etwa EuGH C-390/15, Rn. 52f mwN.

1147 *Stöbener de Mora/Wernicke*, EuZW 2019, S. 970, 974.

1148 Schlussanträge des Generalanwalts zum EuGH Gutachten 1/17, Rn. 244.

1149 EuGH Gutachten 1/17, Rn. 195f.

1150 EuGH Gutachten 1/17, Rn. 191.

praktisch schwierig sein, Investoren bei der Besetzung eines dauerhaften Gerichts zu beteiligen. Die Streitbeilegung nimmt im Investitionsschutzrecht eine zentrale Rolle ein. Damit dieses wirksam wird und die erhofften Investitionsanreize schafft, muss das Vertrauen des Investors in die Rechtssicherheit sich auch auf den Streitbeilegungsmechanismus beziehen können¹¹⁵¹.

Nach der Rechtsprechung des EuGH hat das Erfordernis der Unabhängigkeit zwei Aspekte: Im Außenverhältnis muss sichergestellt sein, dass die Richter ihre Tätigkeit in völliger Autonomie ausüben können und vor Druck von außen geschützt sind (a). Im Innenverhältnis muss jedes persönliche Interesse am Ausgang eines Falles fehlen (b)¹¹⁵². Für die erste Instanz wie auch für die Berufungsinstanz sollen diesbezüglich gleiche Regeln gelten¹¹⁵³.

1) Autonomie der CETA-Richter

Die Autonomie der CETA-Richter soll insbesondere durch Regelungen zur Weisungsfreiheit (i) Vergütung (ii) und ihre Unabsetzbarkeit (iii) sichergestellt werden.

a) Weisungsfreiheit

Gemäß Art. 8.30 CETA müssen die Mitglieder des Gerichts unabhängig sein und dürfen keiner Regierung nahestehen. Dies schließt nach der amtlichen Anmerkung dazu jedoch nicht aus, dass sie eine Vergütung von staatlicher Stelle erhalten. Die konkreten Vorgaben für das CETA-Gericht sind dabei noch nicht festgelegt. Institutionell gibt es verschiedene rechtmäßige Möglichkeiten, die Weisungsfreiheit sicherzustellen¹¹⁵⁴.

Allerdings sieht CETA die Möglichkeit vor, durch gemeinsame Erklärungen verbindliche Auslegungsentscheidungen treffen zu können. Solche Erklärungen werden insbesondere durch einen gemeinsamen Ausschuss verfasst. Solche Ausschüsse, die die von den Vertragsparteien vorgesehene Interpretation auch nachträglich klarstellen sollen, sind im Völkerrecht üblich und grundsätzlich nicht zu beanstanden¹¹⁵⁵.

Nach der Entscheidung des EuGH dürfen diese sich jedoch nicht auf laufende oder sogar abgeschlossene Verfahren auswirken¹¹⁵⁶. Dies sei durch Art. 8.31 III CETA nicht hinreichend

1151 EuGH Gutachten 1/17, Rn. 200.

1152 EuGH Gutachten 1/17, Rn. 202f; siehe auch EuGH C-216/18, Rn. 63ff.

1153 EuGH Gutachten 1/17, Rn. 226.

1154 Dazu etwa *Bungenberg/Reinisch*, From Bilateral Arbitral Tribunals and Investment Courts to a Multilateral Investment Court, S. 47ff; siehe für einen Vergleich mit weiteren Möglichkeiten den IILCC Comparative Report on the Creation and Implementation of a Multilateral Investment Court, abrufbar unter https://iilcc.uni-koeln.de/sites/iilcc/Veranstaltungen/IILCC_Study_Group_on_ISDS_Reform_-_MIC_Report_-01-2020.pdf, S. 24ff, zuletzt abgerufen am 30.04.2020.

1155 EuGH Gutachten 1/17, Rn. 233.

1156 EuGH Gutachten 1/17, Rn. 236f.

gewährleistet¹¹⁵⁷. Allerdings darf sich die Union an der Ausübung der Kompetenz des gemeinsamen Ausschusses nur in einer Weise beteiligen, die wiederum selbst mit dem Unionsrecht vereinbar ist¹¹⁵⁸. Entscheidungen des gemeinsamen Ausschusses stellen wiederum gemäß Art. 218 Abs. 9 AEUV Handlungen der Union dar, die wiederum der Kontrolle durch den EuGH unterliegen. Insofern hat dieser eine Möglichkeit, mittelbar Einfluss auf die verbindliche Auslegung des CETA Abkommens zu nehmen. Damit besteht nicht das Risiko, dass der Ausschuss Entscheidungen trifft, die nicht den Maßstäben genügen, die der EuGH aus Art. 47 GrCH ableitet.

b) Vergütung

Konkrete Regelungen des CETA Gerichts, etwa zur Vergütung (Art. 8.27 CETA), finden sich nicht im Abkommen selbst, sondern sind dem gemischten Ausschuss überlassen. Dies stellt nach dem Gutachtenantrag Belgiens den Grundsatz der Gewaltenteilung in Frage¹¹⁵⁹. Das Richterstatut sehe insbesondere vor, dass Richter vor Druck geschützt werden, der ihre Unparteilichkeit und Unabhängigkeit in Frage stellen kann¹¹⁶⁰. Wesentliche Richtlinien werden jedoch durch das Abkommen selbst schon festgelegt¹¹⁶¹. Auch die Standpunkte des Ausschusses sind, weil sie Handlungen der Union darstellen, wie auch bezüglich der Weisungsfreiheit, am Maßstab des Unionsrechts zu prüfen, was eine hinreichende Garantie richterlicher Unabhängigkeit darstellen sollte¹¹⁶².

Die von CETA festgesetzte Vergütung besteht aus einem fixen Lohn und einer von der aufgebrauchten Arbeitszeit abhängigen Komponente. Letztere ist dafür gedacht, die Kosten für die Streit- und Vertragsparteien gerade zu Beginn zu minimieren, wenn noch nicht mit Vollbeschäftigung für die Richter zu rechnen ist. Außerdem entspricht es dem hybriden Streitbeilegungssystem aus Aspekten von richterlicher und schiedsrichterlicher Streitbeilegung¹¹⁶³. Nach und nach soll die richterliche Vergütung jedoch durch eine festgelegte und vom Arbeitsaufkommen unabhängige Besoldung ersetzt werden, die in der Höhe unter derjenigen etwa für die Richter am EuGH bleiben dürfte¹¹⁶⁴.

1157 *Stöbener de Mora/Wernicke*, EuZW 2019, 970, 975f.

1158 EuGH Gutachten 1/17, Rn. 237.

1159 Schlussanträge des Generalanwalts zum EuGH Gutachten 1/17, Rn. 224ff.

1160 Art. 6.1. Richterstatut, angenommen 8.-10. 7. 1998 durch den Europarat.

1161 Schlussanträge des Generalanwalts zum EuGH Gutachten 1/17, Rn. 248.

1162 Schlussanträge des Generalanwalts zum EuGH Gutachten 1/17, Rn. 250.

1163 Schlussanträge des Generalanwalts zum EuGH Gutachten 1/17, Rn. 260.

1164 Dazu etwa *Bungenberg/Reinisch*, From Bilateral Arbitral Tribunals and Investment Courts to a Multilateral Investment Court, S. 51f.

Insbesondere die Vorläufigkeit der variablen Komponente der Richterbesoldung auf dem Weg zu einem dauerhaften System war für den Generalanwalt Anlass dafür die Besoldung als mit dem Unionsrecht vereinbar anzusehen¹¹⁶⁵.

Auch hier muss der gemischte Ausschuss einvernehmlich entscheiden, weshalb das einseitige Ausüben von Druck über finanzielle Anreize ausgeschlossen sein soll¹¹⁶⁶. Allerdings könnte an dieser Stelle auch eine einvernehmliche Einflussnahme auf die Richter problematisch sein und deren Unabhängigkeit gefährden.

Konkret vorgesehen sind aktuell eine Vergütung von 2000 € monatlich für erstinstanzliche Richter und 7000 € monatlich für die Richter der Berufungsinstanz. Dazu soll eine Tagespauschale abhängig vom tatsächlichen Arbeitsaufkommen hinzukommen, für die es in der Höhe noch keine konkreten Vorschläge gibt. Trotz der Einschränkung der erlaubten Nebentätigkeiten sollte die richterliche Unabhängigkeit in finanzieller Hinsicht damit hinreichend sichergestellt sein.

c) Unabsetzbarkeit

Die Richter müssen grundsätzlich unabsetzbar sein. Für eine hinreichende Garantie ihrer Unabsetzbarkeit sprechen insbesondere die konkreten Vorgaben, die Art. 8.27 Abs. 5 CETA an die Amtszeit stellt. Eine fünfjährige Amtszeit bei einmaliger Wiederernennungsmöglichkeit reduziert das Risiko der Einflussnahme mit Verweis auf spätere Karrierechancen. Teilweise wird jedoch noch eine längere Amtszeit und das Verbot der Wiederernennung gefordert, um die Einflussnahmemöglichkeiten noch weiter zu minimieren¹¹⁶⁷.

Auch die Möglichkeit der Abberufung, Art. 8.28 Abs.4 und 8. 30 Abs. 4 CETA, könnte der richterlichen Unabhängigkeit entgegenstehen. Nachdem im Rahmen des gemeinsamen Ausschusses beide Parteien an der Absetzung eines Richters mitwirken müssen, sah der Generalanwalt und dem folgend auch der EuGH das Risiko politischer Entscheidungen im Einzelfall zu Recht als relativ gering an¹¹⁶⁸.

3) Ausschluss von Interessenskonflikten

Interessenskonflikte sollen insbesondere durch die Regelung des Art. 8.30 CETA ausgeschlossen werden. Der Begriff des Interessenkonflikts ist dabei jedoch nicht in CETA selbst näher definiert. Allerdings verweist CETA auf die Leitlinien des internationalen Anwaltsverbands „*International Bar Association*“ (IBA) zu Interessenkonflikten in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit. Weitere

1165 Schlussanträge des Generalanwalts zum EuGH Gutachten 1/17, Rn. 261.

1166 EuGH Gutachten 1/17, Rn. 229.

1167 Dazu etwa *Bungenberg/Reinisch*, From Bilateral Arbitral Tribunals and Investment Courts to a Multilateral Investment Court, S. 55.

1168 Schlussanträge des Generalanwalts zum EuGH Gutachten 1/17, Rn. 267; EuGH Gutachten 1/17, Rn. 228.

Regelungen sollen im Rahmen eines Verhaltenskodexes für CETA-Richter durch den gemischten Ausschuss festgelegt werden, vgl. Art. 8.44 Abs. 2 CETA. Die IBA Leitlinien sind international weithin anerkannt und garantieren hohe Standards. Interessenkonflikte unterteilen sie nach einem Ampelsystem in drei Kategorien: Eine Rote Liste beinhaltet Situationen, in denen von einem Interessenkonflikt auszugehen ist. Fallgestaltungen in einer Orangene Liste, geben Anlass zu Zweifel an der richterlichen Unabhängigkeit; und eine Grüne Liste beschreibt als unproblematisch zu erachtende Umstände. Für die Szenarien der Roten und Orangenen Listen besteht eine Offenlegungspflicht der (Schieds-)Richter¹¹⁶⁹.

In der Regel werden Fälle zudem von einer mit drei Richtern besetzten Kammer verhandelt, deren Zusammensetzung zufällig erfolgt. Dadurch sei der notwendige gleiche Abstand der Richter von beiden Parteien gewährleistet¹¹⁷⁰. Gerade durch die Investoren wird dies bestritten, die im Gegensatz zum alten System keinen Einfluss mehr auf die Besetzung des Gerichtshofs insgesamt haben. Durch die Beteiligung von Richtern beider Staaten und einem Drittstaatsangehörigen erscheint jedoch das Risiko gering, dass von einer institutionellen Befangenheit auszugehen ist. Die IBA Leitlinien zusammen mit den weiteren Regelungen, die durch den gemischten Ausschuss erlassen werden, sollte ausreichen, um Interessenkonflikten vorzubeugen.

4) Fazit

Insgesamt ist die Schaffung eines Investitionsgerichtshofs Neuland und die Auswirkungen der Regelungen sind noch kaum abzusehen. Jedoch kann bei der Schaffung des CETA-Gerichts auf die Erfahrungen im Zusammenhang mit der Schaffung anderer internationaler Gerichtshöfe und ausführliche Literatur zurückgegriffen werden.

Kritisch zu beurteilen ist insbesondere die Schaffung des gemischten Gremiums: Dies ist einerseits ein unionsrechtliches Erfordernis, weil es die mittelfristig unionskonforme Auslegung von Normen sicherstellen soll¹¹⁷¹ und steht andererseits im Konflikt mit der richterlichen Unabhängigkeit. Die Arbeit des Gremiums wird daher vom EuGH streng zu überwachen sein. Aktuell soll im Rahmen dieses Gremiums noch die genauere Ausgestaltung des CETA-Gerichts diskutiert werden, etwa bezüglich des

1169 Die vollständigen IBA Leitlinien (Fassung von 2014) sind abrufbar unter https://www.ibanet.org/publications/publications_iba_guides_and_free_materials.aspx, zuletzt abgerufen am 30.04.2020; die Erläuterungen zu den verschiedenen Listen finden sich auf S. 19ff.

1170 EuGH Gutachten 1/17, Rn. 238.

1171 Dazu Schlussanträge des Generalanwalts zu EuGH Gutachten 1/17 Rn. 144ff.

administrativen Unterbaus, dem konkreten Gehalt der Richter, den Kosten der Anrufung und weiterer vergleichbarer Fragen¹¹⁷².

II. Freier Zugang zu Gericht

Der EuGH prüft in seinem Gutachten zum CETA Abkommen ausführlich die Frage, ob das CETA Abkommen den effektiven Zugang zu den Gerichten einschränkt. Insbesondere müsse der Zugang auch für kleine und mittlere Unternehmen (KMU) gewährleistet sein. Danach darf die Anrufung des Gerichts nicht durch exzessive Gerichtskosten unverhältnismäßig behindert werden¹¹⁷³. Aber auch weitere Kosten, insbesondere für Rechtsbeistand und Rechtsvertretung müssen für natürliche Personen und KMU tragbar bleiben¹¹⁷⁴. Sollte das CETA Gericht nur für Investoren mit erheblichen finanziellen Mitteln zugänglich sein, sieht der EuGH die Verwirklichung des Ziels aus Art. 3 Abs. 5 EUV, die Förderung des freien und gerechten Handels, gefährdet¹¹⁷⁵. Die bisher vorgesehenen Formulierungen, nachdem der gemischte Ausschuss Maßnahmen zur Verringerung der Belastung von KMU „prüft“ sind, wie der EuGH zu Recht feststellt, keine konkrete rechtliche Verpflichtung zur Ergreifung geeigneter Maßnahmen. In dieser Hinsicht erachtete er die bisherigen Vorschriften als nur deshalb mit dem Unionsrecht vereinbar, weil es sich noch um ein geplantes Abkommen handele. Ein entsprechendes Tätigwerden der Vertragsparteien sei aber notwendig, bevor CETA für die Union genehmigungsfähig werde¹¹⁷⁶.

Dies ist insbesondere vor dem Hintergrund zu betrachten, dass in den aktuellen Reformen angestrebt wird, die Drittfinanzierung von Verfahren zu erschweren und die Hinterlegung von Prozesskostensicherheit vermehrt durch das Schiedsgericht anordnen zu lassen, um im Falle eines Bankrotts oder der schlichten Zahlungsunwilligkeit des Investors sicherstellen zu können, dass die Staaten ihre, meist erheblichen, Kosten erstattet bekommen. So verständlich und richtig diese Ziele sind, erschweren sie doch gerade für kleine und mittlere Unternehmen den Zugang zu den Gerichten. Dies ist nicht schon deshalb problematisch, weil nicht erfolgsversprechende Klagen gar nicht erst eingereicht werden, allerdings erhöht es aus Sicht des Unternehmens erheblich die eigene Vorleistung. Insbesondere sind auch Fälle denkbar, in denen ein Unternehmen einen solchen Prozess gerade wegen der vorangegangenen Handlungen des Staates nicht finanzieren kann. In diesem Fall die Klagemöglichkeit zu weitgehend einzuschränken, würde für das staatliche Handeln einen Anreiz

1172 Siehe näher dazu <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1571043676275&uri=COM:2019:457:FIN>, zuletzt abgerufen am 08.10.2020.

1173 EuGH Gutachten 1/17, Rn. 201; *Stöbener de Mora/Wernicke*, EuZW 2019, S. 970, 974; *Jarass*, EU-Grundrechte-Charta, Art. 47 Rn. 62f.

1174 EuGH Gutachten 1/17, Rn. 207ff.

1175 EuGH Gutachten 1/17, Rn. 213.

1176 EuGH Gutachten 1/17, Rn. 214ff.

schaffen, ein Unternehmen nach Möglichkeit so stark zu schwächen, dass es sich eine Klage schlicht nicht mehr leisten kann.

Art. 47 Abs. 3 GrCH statuiert den Anspruch auf Prozesskostenhilfe, der nach der Rechtsprechung auch für Unternehmen gelten soll¹¹⁷⁷. Ihre Gewährung ist an die Erfolgsaussichten der Klage gekoppelt. Dabei ist zu beachten, dass die Kostentragungsregeln auch der Verhinderung missbräuchlicher Klagen dienen sollen¹¹⁷⁸. Darüber hinaus besteht gemäß Art. 8.27 Abs. 9 CETA die Möglichkeit, im Einvernehmen der Parteien ein Gericht nur mit einem, statt mit drei Richtern zu besetzen, um die Kosten zu verringern. Schließlich soll der gemischte Ausschuss ergänzende Vorschriften zur Verringerung der finanziellen Belastung von KMU erlassen, vgl. Art. 8.39 Abs. 6 CETA.

Schließlich ist in die Betrachtung miteinzubeziehen, dass der Zugang zum CETA Gericht jedoch nicht die einzige Rechtsschutzmöglichkeit für KMU darstellt. Der nationale Rechtsweg ist ebenfalls eröffnet – dies gilt jedoch insbesondere nicht für die Anwendung und Auslegung des CETA-Abkommens selbst. Gerade für kleinere und mittlere Unternehmen gibt es Überlegungen, diese insbesondere auch bereits im Vorfeld einer Klage zu unterstützen. Angedacht wird etwa die Schaffung eines *advisory centre*, welches die Erfolgsaussichten einer Klage prüfen soll und eine erste Einschätzung dazu abgeben könnte. Dieses soll zum institutionellen Aufbau des CETA-Gerichts gehören und von den Vertragsstaaten finanziert werden¹¹⁷⁹. Die Einführung eines solchen *advisory centre* könnte gleichzeitig der Verfahrensstraffung dienen, indem relevante Dokumente aufbereitet würden. Gerade bei den typischerweise umfangreichen Investitionsstreitigkeiten scheint ein solcher Mechanismus sinnvoll¹¹⁸⁰.

F Gewährung von Naturalrestitution

CETA schließt in Art. 8.39 die Möglichkeit der Naturalrestitution zwar nicht ausdrücklich aus, allerdings ist das Gericht verpflichtet, soweit sie die Rückerstattung von Vermögenswerten anordnen, dem beklagten Staat alternativ die Zahlung eines Schadensersatzes zu ermöglichen. Infolgedessen kann das Gericht keine durchsetzbare Naturalrestitution anordnen¹¹⁸¹. Dies wird als erheblich geringerer Eingriff

1177 EuGH C-279/09, Rn. 59.

1178 Schlussanträge des Generalanwalts zum EuGH Gutachten 1/17, Rn. 255.

1179 Siehe dazu etwa IILCC Comparative Report on the Creation and Implementation of a Multilateral Investment Court, abrufbar unter https://iilcc.uni-koeln.de/sites/iilcc/Veranstaltungen/IILCC_Study_Group_on_ISDS_Reform_-_MIC_Report_-01-2020.pdf, S. 14ff, zuletzt abgerufen am 30.04.2020.

1180 Siehe dazu auch *Bungenberg/Reinisch*, From Bilateral Arbitral Tribunals and Investment Courts to a Multilateral Investment Court, S. 21, 62.

1181 Dazu etwa *Hindelang*, Conceptualisation and Application of the Principle of Autonomy of EU Law – The CJUE’s Judgement in *Achmea* put in Perspective, S. 16, abrufbar unter https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3266123, zuletzt abgerufen am 30.10.2019; zur

in die staatliche Souveränität eingeordnet. Der Staat kann, statt einer Anordnung Folge zu leisten, sich auch davon freikaufen. Inwiefern damit praktisch tatsächliche Unterschiede einhergehen, dürfte jedoch sehr fraglich sein. Schon aktuell ist die Anordnung von Naturalrestitution durch Schiedsgerichte die absolute Ausnahme. CETA-Gerichte können eine staatliche Maßnahme weder für nichtig erklären, noch den Staat zwingen, sie rückgängig zu machen, sondern allenfalls den durch die Maßnahme am Investor verursachten Schaden zu restituieren¹¹⁸². Damit wird einer unionsrechtswidrigen Bindung der Union oder ihrer Mitgliedsstaaten an eine bestimmte Interpretation auch des Unionsrechts durch das CETA-Gericht hinreichend vorgebeugt.

G Festlegung des öffentlichen Interesses und Ausübung des Right to regulate

Durch CETA darf nicht das Abwägungsergebnis zwischen unternehmerischer Freiheit auf der einen Seite und dem Schutz des öffentlichen Interesses auf der anderen Seite verbindlich vorgegeben werden, es sei denn die Vertragspartner hätten sich auf eine Angleichung von Rechtsvorschriften geeinigt¹¹⁸³. Es darf folglich nicht dem CETA-Gericht obliegen, das Schutzniveau, welches von nationalen oder unionalen Behörden dem öffentlichen Interesse eingeräumt wird, zu überprüfen. Dies soll durch Art. 28.3 Abs. 2 CETA sichergestellt werden. Davon umfasst ist weiterhin das Recht im öffentlichen Interesse regulierend tätig zu werden, ohne sich dadurch schadensersatzpflichtig zu machen (Art. 8.9 Abs. 2 CETA). Diese Klar- und Sicherstellungen durch die CETA Vorschriften erachtete der EuGH als ausreichend, um die entsprechenden unionsrechtlichen Grundsätze zu wahren¹¹⁸⁴. Schadensersatz soll im Wesentlichen in Fällen „*missbräuchlicher Behandlung, offenkundiger Willkür und gezielter Diskriminierung*“ geschuldet werden¹¹⁸⁵.

H Fazit

Nicht nur was die prozessuale Verknüpfung zum Unionsrecht angeht, sondern auch bezüglich einiger materieller Regelungen hat der EuGH im CETA Gutachten neue Maßstäbe gesetzt. Zukünftige IIAs der Union und wohl auch der Mitgliedsstaaten werden an diesen zu messen sein. Zu Recht werden diese Grundsätze als der neue Goldstandard für IIAs angesehen¹¹⁸⁶.

Praktisch hat der EuGH dabei bestätigt, dass nicht jeder mögliche Normkonflikt eines internationalen Abkommens mit dem Unionsrecht die Unionsrechtswidrigkeit des Abkommens zur Folge hat.

Ausschließlichkeit von Sekundärrechtsschutz in CETA siehe auch *Hindelang*, Archiv des Völkerrechts 2015, S. 68, 78.

1182 EuGH Gutachten 1/17, Rn. 144.

1183 EuGH Gutachten 1/17, Rn. 148ff.

1184 EuGH Gutachten 1/17, Rn. 156.

1185 EuGH Gutachten 1/17, Rn. 159

1186 Stöbener de Mora, EuZW 2019, S. 970, 977.

Insbesondere angesichts der nicht immer vorhersehbaren Auslegungen der Abkommen oder des Unionsrechts wäre sonst jegliche Beteiligung der Union an völkerrechtlichen Verträgen oder jedenfalls jegliche Unterwerfung unter internationale Streitbeilegung ausgeschlossen¹¹⁸⁷. Die Zuständigkeit des CETA Gerichts ist eng (genug) begrenzt, um die Autonomie des Unionsrechts nicht zu gefährden¹¹⁸⁸. Auch die vom EuGH vorgenommenen Einschränkungen werden schon als überzogen kritisiert. Die Abschottung des Unionsrechts gegenüber dem Völkerrecht sei stärker als im Falle vieler Staaten und dadurch werde die internationale Handlungsfähigkeit der Union unterminiert¹¹⁸⁹. Dabei werde verkannt, dass Freihandel auch ein für sich eigenständiges Ziel der Union sei, welches nicht den anderen Werten der Union untergeordnet werden müsse¹¹⁹⁰.

Schließlich sei es logisch nicht nachvollziehbar, weswegen mit einem Staat wie Kanada, welcher hinsichtlich des Rechtsstaatsindex deutlich über vielen EU-Mitgliedsstaaten stünde, ein alternativer Streitbeilegungsmechanismus gewählt werden dürfe, nicht aber mit anderen EU-Mitgliedsstaaten¹¹⁹¹. Zudem wurden oder sollten weit überwiegend die neueren EU-Investitionsschutzverträge mit Staaten abgeschlossen werden, deren funktionierendes Rechtssystem nicht generell in Frage gestellt werden kann¹¹⁹². Wollte man denselben Maßstab anlegen, so wäre auch für diese EU-Investitionsschutzverträge die Notwendigkeit einer solchen schiedsgerichtlichen Streitbeilegung zu hinterfragen.

Es lassen sich sicherlich gute Argumente in beide Seiten finden und dass das gesamte System insgesamt auf den Prüfstand gehört und reformbedürftig ist, soll ebenfalls nicht in Frage gestellt werden. Für eine Schiedsklausel in TTIP argumentiert etwa Schill. Sie sei notwendig, weil aufgrund von Spezifika des US-amerikanischen Rechts völkerrechtlich garantierte Rechte teils nicht zur Kontrolle der eigenen Legislative oder Exekutive herangezogen werden oder durch *political questions* rechtsfreie Räume geschaffen würden¹¹⁹³. Ähnliche Aspekte werden sich in vielen Staaten finden lassen. In Deutschland ist dies etwa die fehlende Grundrechtsberechtigung von ausländischen juristischen Personen. Dies soll lediglich verdeutlichen, dass es berechtigte Gründe gibt, aus denen sich Investoren auf die Eigenheiten des nationalen Rechts nicht einlassen wollen. Insgesamt soll jedoch keine Einzelfallprüfung der Länder und deren Gerichtsstandards erfolgen¹¹⁹⁴. Insofern ist die Entscheidung der Union für eine separate

1187 Siehe dazu etwa *Lang*, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht Nr. 135, S. 11.

1188 Schlussanträge des Generalanwalts zum EuGH Gutachten 1/17, Rn. 120

1189 *Stöbener de Mora/Wernicke*, EuZW 2019, S. 970, 973.

1190 *Stöbener de Mora/Wernicke*, EuZW 2019, S. 970, 973.

1191 *Stöbener de Mora/Wernicke*, EuZW 2019, S. 970, 974.

1192 Etwa Japan, Kanada, Singapur, USA.

1193 *Schill/Krajewski*, EuZW 2015, S. 105.

1194 Schlussanträge des Generalanwalts zum EuGH Gutachten 1/17, Rn. 72ff.

Streitbeilegung bei investitionsrechtlichen Konflikten sinnvoll und die im CETA-Abkommen gefundene Lösung insgesamt ausgewogen. Nachdem erste Erfahrungen mit der Anwendung des Abkommens gesammelt wurden, wird dennoch eine genauere Analyse notwendig werden.

Bis die Union in größerem Maßstab neue IIAs abgeschlossen hat, wird es jedoch noch eine Zeit dauern. Bis dahin muss außerdem geklärt werden, wie mit den einzelstaatlichen IIAs der Mitgliedsstaaten umzugehen ist (§ 3).

§3. Einzelstaatliche Investitionsschutzabkommen

Bezüglich der IIAs von einzelnen Mitgliedsstaaten stellen sich im wesentlichen drei Fragen: Zum einen, ob und inwiefern sie weitergelten können (A) und wenn ja, ob eventuell Anpassungspflichten bestehen (B) und zum anderen, ob die Mitgliedsstaaten trotz der Übertragung der Kompetenz weiterhin berechtigt sind, neue IIAs abzuschließen und wenn ja unter welchen Bedingungen (C).

A Fortgeltung von Altverträgen

Fraglich ist, ob und inwiefern die vor dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon von EU-Mitgliedsstaaten mit Drittstaaten geschlossenen Verträge fortwirken können. Dies betrifft rund 1200 Verträge¹¹⁹⁵, die schrittweise durch Abkommen der Union ersetzt werden sollen. Dabei kann eine völkerrechtliche (I) und eine unionsrechtliche (II) Perspektive eingenommen werden.

I. Völkerrechtliche Perspektive

Was oben zur Fortgeltung jedenfalls unter dem Regime der WVK für innereuropäischen Investitionsschutz geschrieben wurde, gilt im Verhältnis zu Drittstaaten erst recht. Art. 59 WVK kann nur greifen, wenn es sich beim späteren Vertrag um einen zwischen den gleichen Vertragsparteien handelt. Der AEUV lässt die Fortgeltung also aus völkerrechtlicher Sicht unberührt¹¹⁹⁶.

Die völkerrechtliche Fortgeltung der Investitionsschutzabkommen ist somit im Verhältnis zu Drittstaaten nicht in Frage zu stellen¹¹⁹⁷. Selbst wenn das Unionsrecht als Völkerrecht eingestuft wird setzen die entsprechenden Artikel in der Wiener Vertragsrechtskonvention jedenfalls voraus, dass es sich um jeweils *zwischen den Vertragsstaaten* geltendes Völkerrecht handelt. Andernfalls greift auch im Völkerrecht das Verbot des Vertrags zu Lasten Dritter.

1195 *Brown/Naglis*, Bungenberg/Reinisch/Tietje, EU and Investment Agreements, S. 18.

1196 *Weiß*, Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 207 AEUV, Rn. 48; siehe ausführlicher dazu *Carducci*, ICSID Review 2018, S. 582, 604.

1197 *Böhm/Motabeed*, Austrian Yearbook on International Arbitration 2014, S. 375.

II. Unionsrechtliche Perspektive

Auch aus unionsrechtlicher Perspektive gelten die IIAs der Mitgliedsstaaten mit den Drittstaaten fort. Dies lässt sich anhand mehrerer Punkte belegen:

- Erstens hat der EuGH schon im aus unionsrechtlicher Sicht kritischeren intra-europäischen Verhältnis festgestellt, dass lediglich die in den IIAs enthaltenen Schiedsklauseln, nicht aber der völkerrechtliche Vertrag als solches unionsrechtswidrig ist.
- Zweitens hatte der EuGH in einigen Vertragsverletzungsverfahren schon vor dem Achmea-Urteil die Möglichkeit zur Unionsrechtswidrigkeit von Investitionsschutzabkommen von EU-Mitgliedsstaaten mit Drittstaaten Stellung zu nehmen¹¹⁹⁸. Er hatte dabei etwa in der Entscheidung C-205/06 keine Einwände gegen das grundsätzliche Fortwirken von Altverträgen gemäß Art. 351 AEUV (damals 307 EG): „*Art. 307 EG (heute Art. 351 AEUV) (bezweckt) gemäß den Grundsätzen des Völkerrechts, wie sie sich insbesondere aus Art. 30 Abs. 4 Buchst. B des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969 ergeben, klarzustellen, dass die Anwendung des EG-Vertrags nicht die Pflicht des betreffenden Mitgliedsstaats berührt, die Rechte von Drittländern aus einer älteren Übereinkunft zu wahren und seine entsprechenden Verpflichtungen zu erfüllen*“¹¹⁹⁹.
- Drittens regelt im Rahmen des Sekundärrechts auch die VO 1219/2012 die grundsätzliche Fortgeltung von solchen Investitionsschutzabkommen. Ausdrücklich vom Anwendungsbereich dieser VO ausgenommen sind die Intra-EU-IIAs¹²⁰⁰.

Ob die Fortgeltung auch schon aus dem Primärrecht abzuleiten ist, ist trotz der entsprechenden EuGH Entscheidung nicht ganz eindeutig. Art. 351 AEUV regelt seinem Wortlaut nach, nur die Wirksamkeit von Verträgen, die vor dem Beitritt der Staaten zur EU abgeschlossen worden sind.

Ob gleiches für Kompetenzverschiebungen zu Gunsten der Union im Wege der Analogie zu gelten hat, ist nicht unumstritten¹²⁰¹. Jedenfalls kann Art. 351 AEUV die Kompetenz zum Abschluss von IIAs nicht rückwirkend aufheben, weil er unter anderem der Wahrung der Rechte von Drittstaaten dient¹²⁰². Selbst soweit Art. 351 AEUV nicht unmittelbar anwendbar ist, kann es nicht überzeugen, die Wirksamkeit von internationalen Abkommen durch die Veränderungen der Kompetenzordnung

1198 Siehe dazu schon oben unter Kapitaltransfer.

1199 EuGH C-264/09, Rn. 40.

1200 Erwägungsgrund 15 der VO 1219/2012.

1201 Lorenzmeier, Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 351 AEUV, Rn. 24, 28.

1202 Dazu etwa Carducci, ICSID Review 2018, S. 582, 592; ebenso Lang, Transnationales Wirtschaftsrecht Nr. 156, S. 27; Weiß, Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 207 AEUV, Rn. 48.

zwischen Union und EU-Mitgliedsstaaten beeinflussen zu lassen¹²⁰³. Die Ausgangssituation ist zu der in Art. 351 AEUV angedachten vergleichbar¹²⁰⁴.

Zu prüfen ist weiterhin, inwiefern die Achmea-Entscheidung auf diese Situationen übertragbar ist. In diesem Fall könnte zumindest die Schiedsklausel in den IIAs als unionsrechtswidrig einzuordnen sein. Zwar betont der EuGH, dass ein dem innereuropäischen Verhältnis vergleichbares Vertrauensverhältnis gegenüber Drittstaaten nicht zur Anwendung käme¹²⁰⁵: Bei einer weiten Klausel bezüglich des anwendbaren Rechts wie in Achmea, würde, wenn der Schiedsbeklagte ein EU-Mitgliedsstaat ist, jedoch auch nationales und unionales Recht auszulegen sein, was der EuGH im innereuropäischen Verhältnis als unionsrechtswidrig qualifiziert hatte. In diesem Fall spricht die Vergleichbarkeit mit der Achmea-Situation auch für deren Übertragung¹²⁰⁶. Allerdings kann die Anwendung von Unionsrecht im Verhältnis zu Drittstaaten weitaus häufiger ausgeschlossen werden, als dies in innereuropäischen Rechtsbeziehungen der Fall ist. Unionsrecht spielt hier nur eine Rolle, soweit auf nationales Recht verwiesen ist und dieses nationale Recht auf Unionsrecht beruht. In der Achmea-Entscheidung verdeutlichte der EuGH zudem ausdrücklich, dass er seine Rechtsprechung auf andere Intra-EU-IIAs übertragen wollte. Auffällig ist jedoch die wiederholte Bezugnahme auf Streitigkeiten zwischen einem Investor aus einem EU-Mitgliedsstaat und einem anderen EU-Mitgliedsstaat¹²⁰⁷. Hätte der EuGH eine Übertragung auf vertragliche Beziehungen zu Drittstaaten gewollt, wäre hier eine offenere Formulierung möglich und sinnvoll gewesen. Darüber hinaus folgt die Unionsrechtswidrigkeit der Intra-EU-IIAs auch aus der Verletzung des Grundsatzes gegenseitigen Vertrauens zwischen den EU-Mitgliedsstaaten¹²⁰⁸, der in Fällen mit Drittstaatenbezug nicht zum Tragen kommt.

Die besseren Gründe sprechen zusammenfassend dafür, die Achmea-Entscheidung nicht auf die hier untersuchte Situation von IIAs mit Drittstaaten zu übertragen. Grundsätzlich gelten folglich Abkommen inklusive der Schiedsklauseln zwischen EU-Mitgliedsstaaten und Drittstaaten fort. Dies gilt jedenfalls solange die Mitgliedsstaaten ihrer Anpassungspflicht nachkommen (B).

1203 Keller/Schmitt, Krenzler/Herrmann/Niestedt, EU-Außenwirtschafts- und Zollrecht, VO 1219/2012, vor Art. 1, Rn. 25.

1204 Terhechte, EuR 2010, S. 517, 522f.

1205 Siehe dazu EuGH Gutachten 2/17, Rn. 128f.

1206 Für eine Übertragbarkeit in diesem Fall etwa Krajewski, Ludwigs/Remien, Investitionsschutz, Schiedsgerichtsbarkeit und Rechtsstaat in der EU, S. 127.

1207 Siehe EuGH C-284/16 (Achmea), Rn. 60.

1208 Siehe EuGH C-284/16 (Achmea), Rn. 58.

B Anpassungspflicht

Art. 351 Abs. 2 AEUV sieht eine Pflicht der Mitgliedstaaten vor, eventuelle Unvereinbarkeiten der völkerrechtlichen Verträge mit dem Unionsrecht nach Möglichkeit zu beheben. Jedenfalls diese Pflicht, die ebenfalls Ausprägung des Grundsatzes der loyalen Zusammenarbeit ist, ist auch auf die Fälle übertragbar, in denen sich lediglich die Kompetenz von den Mitgliedsstaaten zur Union verschoben hat. Vor dem Hintergrund der Umsetzung und Konkretisierung dieser Pflicht ist auch die Verordnung 1219/2012 zu lesen. Diese sieht zunächst eine Notifikation bei der Kommission vor, damit diese einen Überblick über die bestehenden Abkommen erhält (Art. 2 der VO). Schrittweise sollen diese durch Abkommen der Union selbst mit den entsprechenden Drittländern ersetzt werden¹²⁰⁹. Um die Aushandlung dieser Verträge zu vereinfachen regelt Art. 6 der VO eine Zusammenarbeitspflicht, die sicherstellen soll, dass bisher geschlossene Verträge der Aushandlung neuer Abkommen nicht im Wege stehen. Alte Investitionsschutzabkommen müssen gemäß Art. 5 der VO 1219/2012 der Kommission gemeldet werden, die prüft ob der IIA dem Abschluss neuer Investitionsschutzabkommen mit demselben Land entgegenstehen.

Die Mitgliedsstaaten sind außerdem „gehalten, geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um in ihren bilateralen Investitionsschutzabkommen mit Drittländern etwaigen Unvereinbarkeiten mit dem Unionsrecht zu beheben“¹²¹⁰. Das CETA Gutachten legt hohe Hürden fest, damit Investitionsschutzabkommen mit dem Unionsrecht vereinbar sind. Viele der alten Investitionsschutzabkommen würden den darin aufgestellten Kriterien nicht genügen. Das Gutachten dürfte folglich als Aufforderung an die Mitgliedsstaaten verstanden werden, die Drittstaatenabkommen entsprechend anzupassen. Andernfalls erscheint es unwahrscheinlich, dass der EuGH, jedenfalls nach einer gewissen Übergangsfrist, die in den alten Abkommen enthaltenen Regelungen noch als unionsrechtskonform akzeptieren würde. Die Tatsache, dass sekundärrechtlich die grundsätzliche Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht in der Verordnung 1219/2012 festgestellt wurde, wird den EuGH nicht davon abhalten, entsprechende Vorschriften mit Blick auf das Primärrecht für unionsrechtswidrig zu erklären.

Art. 5 der VO 1219/2012 sieht eine Bewertungsmöglichkeit der Kommission vor, inwiefern Investitionsschutzabkommen der Mitgliedsstaaten schwerwiegende Hindernisse für den Abschluss von EU-Abkommen darstellen. Eine ausdrückliche Kompetenz der Kommission zur Untersuchung von eventuell unionsrechtswidrigen Investitionsschutzabkommen ist nicht in der VO enthalten. Allerdings folgt dies schon aus der primärrechtlichen Rolle der Kommission als Wächterin der Verträge. Bisher

¹²⁰⁹ Erwägungsgrund 6 der VO 1219/2012.

¹²¹⁰ Erwägungsgrund 11 der VO 1219/2012.

hat die Kommission nach dem CETA-Gutachten keine entsprechenden Vertragsverletzungsverfahren gegen einen Mitgliedsstaat wegen Nichtbeachtung der vom EuGH im CETA Gutachten neu entwickelten Kriterien eingeleitet. Angesichts der üblichen zeitlichen Dauer zur Abänderung völkerrechtlicher Abkommen ist dies auch zu begrüßen, darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass solche Abänderungen notwendig sind. Die Kommission wird zumindest erwarten, dass entsprechende Maßnahmen in die Wege geleitet werden, um die Unionsrechtskonformität zu sichern. Dabei wird kein völkerrechtswidriges Vorgehen zu verlangen sein. Sofern eine unionsrechtskonforme Anpassung allerdings nicht möglich ist, wird eine Kündigung der Abkommen im Rahmen der geltenden Kündigungsmöglichkeiten zu fordern sein¹²¹¹. Ein völkerrechtswidriges Vorgehen außerhalb der vertraglich oder etwa durch die WVK vorgegebenen Kündigungsmöglichkeiten würde wiederum etwa durch das BVerfG kaum akzeptiert werden¹²¹².

Auch aus dem Achmea-Verfahren könnte schon eine Anpassungspflicht entnommen werden. Auch in anderen IIAs mit Drittstaaten sollte klargestellt werden, dass der Prüfungsmaßstab für die Schiedsgerichte allein das Abkommen ist und nationales und europäisches Recht nur zur Präzisierung des Sachverhalts hinzugezogen werden dürfen. Einige IIAs dürften schon entsprechend ausgestaltet sein. Für alle anderen dürfte wohl zumindest das Bemühen um die Anpassung unionsrechtlich geboten sein.

Sofern die Kommission die Notwendigkeit der Anpassung oder ein schwerwiegendes Hindernis für den Abschluss unionaler Investitionsschutzabkommen feststellt, teilt sie dem Mitgliedsstaat gemäß Art. 6 Abs. 3 VO 1219/2012 mit, welche Maßnahmen dieser zu ergreifen hat, um die Unionsrechtswidrigkeit zu beheben¹²¹³. Art. 3 der VO erlaubt das Aufrechterhalten oder Inkrafttreten eines IIAs, solange bis ein dieses ersetzendes Abkommen der Union mit dem entsprechenden Drittstaat in Kraft tritt. Unter den nachfolgend zu erläuternden Bedingungen ist es sogar auch für die Mitgliedsstaaten noch möglich, neue IIAs abzuschließen.

C Abschluss neuer Investitionsschutzabkommen

Mangels Regelungskompetenz dürfen die Mitgliedsstaaten zunächst keine weiteren Investitionsschutzabkommen abschließen. Die eben bereits zitierte VO 1219/2012 erlaubt es unter gewissen Umständen jedoch auch weiterhin, dass die Mitgliedsstaaten selbst noch Investitionsschutzabkommen abschließen. Dies trägt der Tatsache Rechnung, dass es eine geraume

1211 *Terhechte*, EuR 2010, S. 517, 528f.

1212 Siehe dazu mit den Verweisen aus dem Lissabon Urteil *Terhechte*, EuR 2010, S. 517, 530.

1213 *Keller/Schmitt*, Krenzler/Herrmann/Niestedt, EU-Außenwirtschafts- und Zollrecht, Art. 2-6 VO 1219/2012, Rn. 16.

Zeit dauern wird, bis auch nur ein kleiner Anteil der Investitionsschutzabkommen, die die Mitgliedsstaaten bereits abgeschlossen haben, durch europarechtliche Abkommen ersetzt sein werden.

Die Voraussetzungen für den Abschluss neuer Investitionsschutzabkommen durch die Mitgliedsstaaten werden in Kapitel III geregelt (Art. 7ff.). Gemäß Art. 8 muss zunächst ein entsprechender Antrag bei der Kommission gestellt werden, die eine vorläufige Prüfung der Vereinbarkeit mit Unionsrecht vornimmt. Dabei ist das Hindernis der Unzuständigkeit allerdings außer Acht zu lassen, Art. 9 Abs. 1 a). Hinderungsgründe sind dagegen die Aufnahme von Vertragsverhandlungen der Union selbst mit dem entsprechenden Drittstaat (b); dass der Vertrag mit den Grundsätzen und Zielen der Union nicht vereinbar wäre (c) oder ein schwerwiegendes Hindernis für die Aushandlung eines Vertrages durch die Union darstellen würde (d). Letzteres dürfte regelmäßig beispielsweise dafür sorgen, dass ein Abkommen eines Mitgliedsstaats keine Sunset-clause beinhalten darf, oder zumindest eine ausdrückliche Aufhebbarkeit derselben vorsehen muss.

An den Verhandlungen über das Investitionsschutzabkommen kann sich die Kommission beteiligen (Art. 10). Schließlich ist ihr der ausgehandelte Vertrag zu übermitteln, damit die Kommission eine erneute Prüfung nach den in Art. 9 genannten Kriterien vornehmen kann. Steht dem Abschluss des Vertrages aus Sicht der Kommission nichts entgegen, ermächtigt diese den Mitgliedsstaat zum Abschluss des entsprechenden Vertrages. Die Kommission ist folglich in jeder Phase miteingebunden: Sie muss vor Aufnahme der geplanten Verhandlungen darüber informiert werden, kann während dieser Verhandlungen Einfluss auf den Mitgliedsstaat ausüben und abschließend das Ergebnis auf seine Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht prüfen. In der letzten Phase dürfte ein entsprechendes Gutachtenverfahren durch den EuGH gemäß Art. 218 Abs. 11 AEUV zulässig sein¹²¹⁴.

Die Investitionsschutzabkommen, die die Mitgliedsstaaten neu abschließen, sind jedenfalls darauf ausgelegt, ohne weiteres durch solche der EU ersetzt werden zu können. Auch eine teilweise Ergänzung durch die Schaffung eines permanenten Investitionsgerichtshofs ist vorgesehen¹²¹⁵.

1214 Zu den Voraussetzungen *Lorenzmeier, Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 218 AEUV, Rn. 71ff.*

1215 Näher dazu unten unter Die Schaffung eines multilateralen Investitionsgerichtshofs; zur Ergänzung mitgliedstaatlicher Abkommen um den Verweis auf den Investitionsgerichtshof siehe etwa *Mata Dona* <https://efilablog.org/2020/01/20/stakeholder-meeting-on-a-possible-future-multilateral-investment-court-establishment-of-a-multilateral-investment-court-brussels-15-january-2020/> zuletzt abgerufen am 11.02.2020.

Kapitel 5 Ausblick

Das internationale Investitionsschutzrecht ist aktuell einem starken Wandel ausgesetzt. Dieser wurde durch Kritik von unterschiedlichsten Seiten ausgelöst. In dieser Arbeit wurde die Notwendigkeit der Reform unionsrechtlich begründet. Aber auch darüber hinaus sehen sowohl die Staaten als auch die Öffentlichkeit Änderungen als notwendig an. Die Notwendigkeit für das Fortbestehen des Investitionsschutzes besteht dabei allerdings weiterhin, sogar eher in zu- als in abnehmendem Maße, angesichts der immer zahlreicheren Verflechtungen der Weltwirtschaft. Das internationale Investitionsschutzrecht ist daher aktuell eine sehr umstrittene Materie, wobei sich die auftretenden Probleme je nach Perspektive sehr voneinander unterscheiden.

Nachfolgend soll daher kurz der Reformprozess des Investitionsschutzrechts nachgezeichnet werden (§ 1), bevor ein abschließendes Fazit zu ziehen ist (§ 2).

§ 1 Der Reformprozess des Investitionsschutzes

Der Reformprozess findet auf verschiedenen Ebenen statt. Auf nationaler Ebene ziehen sich Staaten aus dem bestehenden System zurück, um einseitig neue Regelungen schaffen zu können¹²¹⁶. Völkerrechtlich aber nur bilateral werden neue Investitionsschutzabkommen ausgehandelt, wie etwa CETA, die zunehmend umfassend und deutlich präziser sind als die klassischen IIAs.

A Multilaterale Reformen

Der Fokus soll nachfolgend jedoch auf den multilateralen Reformbewegungen im Rahmen von UNCITRAL (I) und ICSID (II) liegen.

I. Reformbestrebungen der UNCITRAL Working Group 3

Seit dem Jahr 2016 verhandelt die UNCITRAL Working Group 3 (WG 3) zum Thema der Investor-State Dispute Settlement Reform. Die Arbeit der WG 3 wurde dabei in drei Phasen eingeteilt: Die Identifikation der aktuellen Probleme, die Frage, ob diesbezüglich Handlungsbedarf besteht und wie entsprechende Reformen aussehen könnten. Die ersten beiden Phasen sind bereits abgeschlossen. Als aktuelle Probleme wurden insbesondere die folgenden identifiziert:

- Mängel bezüglich der Konsistenz, Vorhersehbarkeit und Richtigkeit der schiedsgerichtlichen Entscheidungen;
- Fehlende oder auch nur scheinbar fehlende Unparteilichkeit der Schiedsrichter;
- Kosten und Verfahrensdauer;

¹²¹⁶ Dazu schon oben unter Einleitung.

- Prozessfinanzierung durch dritte Parteien.

Für diese Probleme wurde in Phase zwei auch jeweils Handlungsbedarf festgestellt. In der aktuell laufenden dritten Phase wird nun über die verschiedenen Handlungsoptionen diskutiert¹²¹⁷. Insbesondere die EU-Kommission dringt dabei auf eine umfangreiche Reform hin, die die Schaffung eines multilateralen Investitionsgerichtshofs zur Folge haben soll. Die ersten drei der genannten Problemfelder sollen damit gelöst werden.

Insgesamt verfolgt die WG 3 einen sehr umfassenden Reformansatz. Dieser ist zwar auf die Reform der Streitbeilegung beschränkt, bietet aber sehr weitgehende Handlungsoptionen. Etwaige von der WG 3 ausgearbeitete Empfehlungen müssten allerdings noch in einen entsprechenden völkerrechtlichen Vertrag umgesetzt und von einer hinreichenden Anzahl an Staaten ratifiziert werden. Zumindest letzteres sollte sich jedoch wohl als weniger problematisch und langwierig erweisen als sonst in Zusammenhang mit völkerrechtlichen Verträgen üblich. Sollte ein entsprechender Entwurf die Zustimmung der EU finden, werden sämtliche EU-Mitgliedsstaaten den Vertrag verhältnismäßig rasch ratifizieren und damit ein Inkrafttreten erlauben.

II. Reform der ICSID-Regularien

Als praktisch besser umsetzbar und vorzugswürdig werden von vielen Seiten jedoch Änderungen im Rahmen des bestehenden Systems vorgeschlagen, die eine weniger umfassende Reform des Investitionsschutzrechts zum Ziel haben¹²¹⁸. Als Beispiel dafür kann etwa die aktuelle Reform der ICSID-Regularien dienen.

Nicht das ICSID Abkommen an sich, dessen Änderung der Zustimmung sämtlicher Vertragsparteien bedürfte, aber zahlreiche begleitende Regelungen werden aktuell überarbeitet. Verfahren unter der Geltung der ICSID Konvention sollen zukünftig modernisiert und vereinfacht ablaufen können. Bisher wurden dazu vier working papers veröffentlicht, die das zusammengefasste Ergebnis zahlreicher bei den Vertragsstaaten eingeholter Konsultationen darstellen. Insbesondere sollen die Verfahren digitalisiert und damit beschleunigt und kosteneffizienter ablaufen. Prozessfinanzierung durch Dritte muss offengelegt werden, und generell soll die Verfahrenstransparenz verbessert werden. Schließlich

1217 Ein Überblick über den aktuellen Stand findet sich etwa bei Shirlow, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/03/23/uncitral-working-group-iii-an-introduction-and-update/>, zuletzt abgerufen am 01.05.2020.

1218 Siehe nur *Schill*, ZaÖRV 2011, S. 247, 258.

sollen klarere Regeln zur Kostentragung entwickelt werden¹²¹⁹. Die Anpassung der Regeln soll im Laufe des Jahres 2020 abgeschlossen werden und nach Möglichkeit zu Beginn des Jahres 2021 in Kraft treten.

B Die Schaffung eines multilateralen Investitionsgerichtshofs

Die Idee der Einführung eines internationalen Investitionsgerichtshofs ist nicht neu. Schon 2004 hatten sich die USA mit einem entsprechenden Vorschlag an ICSID gewandt, allerdings fand die Idee nicht genügend Unterstützung¹²²⁰. In der Zwischenzeit könnte sich dies zum einen politisch etwas geändert haben, zum anderen sind neue Reformvorschläge zur Umsetzung eines MIC in Planung, die eine höhere Überzeugungskraft und bessere praktische Umsetzbarkeit versprechen. Insbesondere die EU treibt die Idee der Schaffung eines multilateralen Gerichtshofs voran und hat in ihren bisher abgeschlossenen Abkommen stets Verweise darauf vorgesehen. Auch das CETA Gericht soll, wenn eine kritische Masse an weiteren teilnehmenden Staaten gefunden wurde, unmittelbar durch einen multilateralen Investitionsgerichtshof ersetzt werden¹²²¹.

Durch einen permanenten Gerichtshof könnten einige Probleme gelöst werden, die der Schiedsgerichtsbarkeit inhärent sind: Eine höhere Kontinuität der Rechtsprechung würde gewährleistet, ebenso wie eine bessere Organisationsstruktur, die Unabhängigkeit der Entscheider mangels gegenläufiger Interessen und die höhere Qualität der Urteilsbegründung bei hauptamtlichen Investitionsrichtern¹²²². Die EU erhofft sich weiterhin auch eine bessere Kosteneffizienz und Transparenz der Entscheidung. Beides würde jedoch durch einen Gerichtshof nicht per se garantiert. Auch ein institutioneller Austausch mit anderen internationalen Gerichten würde durch einen Investitionsgerichtshof ermöglicht. Bisher ist dies aufgrund der ad hoc Natur der Schiedsgerichte schwierig.

Die Idee eines multilateralen Investitionsgerichtshofs wird dabei zunehmend konkreter. In der Literatur werden nach und nach einige Vorschläge entwickelt, wie die institutionelle Struktur eines solchen Gerichts aussehen könnte, wie die Regelungen zur Besetzung der Richterstellen ausgestaltet sein müssten um die von einem solchen Gericht erhofften Vorteile auch umzusetzen und wie viele weitere inhaltliche und methodische Fragen zu beantworten wären¹²²³.

1219 Siehe als Zusammenfassung zum aktuellen Stand etwa https://icsid.worldbank.org/en/Documents/WP_4_Backgrounder_EN.pdf, zuletzt abgerufen am 29.04.2020.

1220 Dazu etwa *Schill*, ZaÖRV 2011, S. 247, 257 mwN; *Tams*, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 57.

1221 data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13541-2016-INIT/en/pdf zuletzt abgerufen am 02.03.2020, S. 6

1222 Siehe grundlegend dazu etwa bereits Griebel, Internationales Investitionsschutzrecht, S. 146.

1223 Siehe zum Beispiel *Bungenberg/Reinisch*, From Bilateral Arbitral Tribunals and Investment Courts to a Multilateral Investment Court, dazu etwa IILCC Comparative Report on the Creation and Implementation of a

Nachfolgend sollen zunächst das Verhandlungsmandat der EU-Kommission (I), das Opt-in Verfahren als Methode der Implementierung dargestellt (II) und ein Fazit (III) gezogen werden.

I. Verhandlungsmandat der Kommission

Im Jahr 2018 hat die EU-Kommission ein Mandat über die Aufnahme von Verhandlungen über die Schaffung eines multilateralen Investitionsgerichtshofs erhalten¹²²⁴. Diese Verhandlungen werden im Rahmen der Treffen der UNCITRAL Working Group 3 ausgeübt. Das erhoffte Übereinkommen soll der Union, den Mitgliedsstaaten und Drittstaaten ermöglichen, sich der Gerichtsbarkeit eines internationalen Investitionsgerichtshofs zu unterwerfen¹²²⁵. Streitigkeiten zwischen den EU-Mitgliedsstaaten sollen dabei nicht möglich sein.

Die Zuständigkeit des Gerichtshofs soll sich auf Streitigkeiten beziehen, die ausdrücklich die Schaffung eines solchen Mechanismus vorsehen, wie es etwa in den neuen EU-Abkommen der Fall ist. Darüber hinaus strebt die Union an, dass auch Fälle umfasst sind, in denen nur der beklagte Staat Vertragspartei des Übereinkommens ist¹²²⁶. Die Statuten des Gerichtshofs sollen angemessene Verfahrensgarantien schaffen, sowie Regelungen zur gütlichen Streitbeilegung enthalten. Neben einer ersten Instanz soll eine Rechtsbehelfsinstanz geschaffen werden, die rechtliche wie tatsächliche Fehler der ersten Instanz umfassend überprüft¹²²⁷.

Bezüglich der Unabhängigkeit und der Qualifikation der Richter sollen strenge Maßstäbe gelten. Ein Verhaltenskodex soll Interessenkonflikten vorbeugen. Die Richter sollten ein festes Gehalt beziehen und für eine lange, aber nicht verlängerbare Zeitdauer ernannt werden. Gleichzeitig sollen die Regelungen so gestaltet sein, dass sie einer Erweiterung auf eine größere Anzahl von Mitgliedsstaaten offen stehen¹²²⁸.

Die laufenden Kosten für den Gerichtshof sollten von den Vertragsstaaten getragen werden. Vorgesehene Gerichtsgebühren sollten wiederum keinen Einfluss auf die Vergütung der Richter haben.

Multilateral Investment Court, abrufbar unter https://iilcc.uni-koeln.de/sites/iilcc/Veranstaltungen/IILCC_Study_Group_on_ISDS_Reform_-_MIC_Report_-01-2020.pdf, S. 14ff, zuletzt abgerufen am 30.04.2020.

1224 https://ec.europa.eu/germany/news/20180321-multilateraler-investitionsgerichtshof_de, zuletzt abgerufen am 22.04.2020.

1225 Verhandlungsmandat vom 20.03.2018, abrufbar unter data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12981-2017-ADD-1-DCL-1/de/pdf, Rn. 6f.

1226 Verhandlungsmandat vom 20.03.2018, abrufbar unter data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12981-2017-ADD-1-DCL-1/de/pdf, Rn. 8.

1227 Verhandlungsmandat vom 20.03.2018, abrufbar unter data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12981-2017-ADD-1-DCL-1/de/pdf Rn. 8ff.

1228 Verhandlungsmandat vom 20.03.2018, abrufbar unter data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12981-2017-ADD-1-DCL-1/de/pdf Rn. 11ff.

Sowohl für Entwicklungsländer als auch für kleinere und mittlere Unternehmen sollten Regelungen geschaffen werden, die den Zugang zum Gerichtshof zu erleichtern und die damit verbundenen Kosten zu senken¹²²⁹.

II. *Opt-in Verfahren*

In den meisten klassischen IIAs ist ein Verweis auf die klassische Investitionsschiedsgerichtsbarkeit verankert. Etwas anderes gilt nur für einige der neueren Abkommen, die die Union mit Drittstaaten abgeschlossen hat. Oben wurde bereits beleuchtet, wie dies die Reform des Investitionsschutzrechts um Jahre oder gar Jahrzehnte verlangsamen könnte, wenn tatsächlich diese Investitionsschutzabkommen geändert werden müssten, um einen neuen Streitbeilegungsmechanismus zu etablieren. Vor der gleichen Problematik stand vor einigen Jahren die Neuregelung zur Transparenz in Investor-Staats-Schiedsverfahren. Dafür wurde im Rahmen der sog. *Mauritius Konvention* eine Lösung gefunden, die nun als Vorbild für die Etablierung eines multilateralen Investitionsgerichtshofs dienen soll.

Diese Lösung soll in einem Opt-in Verfahren bestehen, welches eine formelle Änderung der IIAs vermeidet¹²³⁰. Die Anwendung der Mauritius Konvention setzt voraus, dass entweder beide Staaten Vertragsstaaten der Konvention sind und der Fall nicht von einer Vorbehaltserklärung umfasst ist, oder dass nur der verklagte Staat Vertragsstaat ist, aber der Investor der Anwendung zustimmt, Art. 2. Sofern also nicht beide Staaten die Konvention ratifiziert haben, gleicht die Voraussetzung der Anwendbarkeit derjenigen von IIAs: Es ist ein dauerhaftes Angebot seitens des Staates an den Investor, dass dieser annehmen kann aber nicht muss. Anders als in Investor-Staats-Schiedsverfahren muss jedoch der Investor nicht aus einem Land kommen, welches das entsprechende Abkommen unterzeichnet hat. Würde auch ein solcher Mechanismus in das Abkommen zur Schaffung eines multilateralen Investitionsgerichtshofs implementiert, dürfte es spannend sein zu beobachten, ob Investoren auf den neu geschaffenen Gerichtshof vertrauen oder die altbewährte Form der Schiedsgerichtsbarkeit zurückgreifen.

Ein weiterer Vorteil von multilateralen Abkommen mit dem Opt-in Verfahren besteht in der Möglichkeit für weitere Staaten, dem Abkommen zu einem späteren Zeitpunkt beizutreten. Dies dürfte

1229 Verhandlungsmandat vom 20.03.2018, abrufbar unter data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12981-2017-ADD-1-DCL-1/de/pdf Rn. 15ff.

1230 Ausführlich dazu *Kaufmann-Kohler/Potesta*, Can the Mauritius Convention serve as a model for the reform of investor-State arbitration in connection with the introduction of a permanent investment tribunal or an appeal mechanism, S. 27ff.; siehe auch *Krajewski*, Ludwigs/Remien, Investitionsschutz, Schiedsgerichtsbarkeit und Rechtsstaat in der EU, S. 120; *Stöbener de Mora*, EuZW 2019, S. 179, 179; *Jaeger*, EuR 2016, S. 203, 206.

die Erfolgsaussichten des Abkommens erheblich erhöhen¹²³¹. Eine gewisse Anlaufzeit ist jedoch dennoch zu erwarten. Insgesamt ist mit der Mauritius-Konvention eine gute Möglichkeit gefunden worden, gewünschte Änderungen tatsächlich umzusetzen. Eine solche Umsetzung ist auch für die Schaffung eines multilateralen Investitionsgerichtshofs wünschenswert.

III. Bewertung

Selbst wenn sich an einem internationalen Investitionsgerichtshof zunächst nur wenige Staaten beteiligen würden, könnte ein solcher dennoch relativ weitreichende Wirkung haben. Präzedenzfälle sind von den Schiedsgerichten als *persuasive authority* zu berücksichtigen und Entscheidungen eines ständigen Gerichtshofs mit einer Revisionsinstanz hätten wohl besonderes Gewicht¹²³². Die Einführung eines internationalen Gerichts für Investitionssachen würde außerdem den Austausch und die Kooperation zwischen ständigen Gerichten, insbesondere auch mit dem EuGH und dem IGH erleichtern beziehungsweise sogar erst ermöglichen.

Allerdings könnten auch mit einem ständigen Investitionsgerichtshof bei weitem nicht alle Kritikpunkte behoben werden, die am aktuellen System bestehen – sei es zu Recht oder zu Unrecht¹²³³. Insbesondere die regelmäßig erhobene Kritik der Inkonsistenz der schiedsgerichtlichen Entscheidungen könnte ein solcher Gerichtshof nur dann beheben, wenn nicht nur das prozessuale, sondern auch das materielle Investitionsschutzrecht vereinheitlicht werden würde¹²³⁴. Dies wäre wohl noch ambitionierter als die gegenwärtigen Pläne und praktisch kaum umsetzbar. Historisch gesehen haben Staaten darüber hinaus auch die Finalität einer Entscheidung für wichtiger erachtet als Konsistenz und Richtigkeit. Dies scheint sich jedoch aktuell zu ändern¹²³⁵. Selbst auf dem aktuellen

1231 Kaufmann-Kohler/Potesta, Can the Mauritius Convention serve as a model for the reform of investor-State arbitration in connection with the introduction of a permanent investment tribunal or an appeal mechanism, S. 31.

1232 So etwa Krajewski, Ludwigs/Remien, Investitionsschutz, Schiedsgerichtsbarkeit und Rechtsstaat in der EU, S. 123; siehe auch Kaufmann-Kohler/Potesta, Can the Mauritius Convention serve as a model for the reform of investor-State arbitration in connection with the introduction of a permanent investment tribunal or an appeal mechanism, S. 47.

1233 Sehr pointiert dazu etwa Wilske, Ludwigs/Remien, Investitionsschutz, Schiedsgerichtsbarkeit und Rechtsstaat in der EU, S. 331ff.; siehe dazu auch etwa Börner, SchiedsVZ 2017, S. 2f mwN; Reinhold, EuZW 2020, S. 589, 589f.

1234 Siehe dazu etwa Tams, JWIT 2014, S. 585, 596ff mwN; Boknik, SchiedsVZ 2019, S. 277, 279; Kaufmann-Kohler/Potesta, Can the Mauritius Convention serve as a model for the reform of investor-State arbitration in connection with the introduction of a permanent investment tribunal or an appeal mechanism, S. 31; siehe zu den Umgehungsmöglichkeiten ohne systematische Reform über die Anwendung von MFN-Klauseln etwa Titi, Journal of International Arbitration, S. 425, 431f.

1235 So auch Scheu/Nikolov, The Incompatibility of Intra-EU Investment Treaty Arbitration with European Union Law – Assessing the scope of the ECJ’s Achmea Judgement, S. 11, abrufbar unter https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3545811, zuletzt abgerufen am 10.03.2020.

Stand ist das internationale Investitionsschutzrecht wohl kohärenter als die nationalen, welche auf zahllosen einzelnen Gesetzen und unterschiedlichen Rechtssystemen beruhen¹²³⁶.

Kritik an einem möglichen Gerichtshof kommt aktuell noch von allen Seiten: Einige halten die Einführung eines solchen Gerichtshofs allgemein nicht für notwendig¹²³⁷. Anderen gehen die geplanten Reformen nicht weit genug, gerade hinsichtlich der Behebung möglicher Inkonsistenzen. Auch von Seiten der Investoren gibt es Kritik. Die Richter des Internationalen Investitionsgerichtshof würden aller Voraussicht nach ausschließlich durch die Staaten bestimmt werden. Damit würde die bisher neutrale Position, der von den Parteien paritätisch benannten Schiedsrichter gefährdet und ein asymmetrisches System geschaffen werden, welches den Staaten Gelegenheit und Anreiz zur Beeinflussung geben würde¹²³⁸. Schließlich wird eingewendet, dass es für die Verringerung der Proliferation internationaler Gerichtsbarkeit insgesamt am konsistentesten sei die Investitionsgerichtsbarkeit als „Sondergerichte“ generell abzuschaffen¹²³⁹. Teilweise wird auch argumentiert, ein ständiges Gericht würde die Probleme des internationalen Investitionsschutzes insbesondere hinsichtlich mangelnder demokratischer Legitimation nicht beheben, sondern eher noch verstetigen und damit verschärfen¹²⁴⁰. Darüber hinaus gibt es, dies lässt sich am Beispiel des IGH oder des internationalen Seegerichtshofs feststellen lässt, eine gewisse Zurückhaltung von Staaten, sich internationalen Gerichten zu unterwerfen – und zwar eine größere Zurückhaltung als gegenüber Schiedsgerichten. In der Tat würde eine permanente Institution die staatlichen Kontrollmöglichkeiten einschränken, weil die ernannten Richter nicht ohne weiteres von ihren Pflichten entbunden werden könnten. Dies wird mit der Regelung gerade bezweckt. Handelt es sich noch dazu um multilaterale Abkommen, dürfte es zunehmend schwierig sein entsprechende gemeinsame Auslegungserklärungen zu verfassen¹²⁴¹.

1236 *Trakman/Sharma*, Hindelang/Krajewski, *Shifting Paradigms in International Investment Law: More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified*, S. 333.

1237 *Knieper*, *SchiedsVZ* 2020, S. 60, 61ff.

1238 Dazu etwa *Kaufmann-Kohler/Potesta*, *Can the Mauritius Convention serve as a model for the reform of investor-State arbitration in connection with the introduction of a permanent investment tribunal or an appeal mechanism*, S. 20, 61, die betonen, dass durch die Beteiligung des Investors an der Benennung des Schiedsrichters eine gute Balance gegen eine eventuelle Politisierung gefunden worden sei; *Reuter*, *ZaöRV* 2020, S. 379, 424.

1239 *Jaeger*, *EuR* 2016, S. 203, 207, der dies mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz begründen will. Ob zwischen großen internationalen Investoren und der Vielzahl wirtschaftlich weniger bedeutsamer Fälle tatsächlich die gleiche Interessenslage besteht dürfte jedoch fraglich sein.

1240 *Schill* <https://voelkerrechtsblog.org/schiedsgerichtsbarkeit-als-zentrum-der-globalen-judikative-2> zuletzt abgerufen am 16.07.2019.

1241 Zur Nutzung solcher Erklärungen im aktuellen System mit Beispielen aus der Praxis siehe etwa *Schill*, *European Yearbook of International Economic Law* 2016, S. 309, 317ff mwN; eine entsprechende Kommission ist auch für CETA vorgesehen, vgl. dort Art. 8.44.

Den erhofften positiven Aspekten stehen folglich auch einige befürchtete negative Konsequenzen entgegen. Aktuell hat die Union, trotz ihrer zentralen Rolle bei der Reform des Investitionsschutzrechts wohl noch zu wenig Unterstützung, um einen multilateralen Investitionsgerichtshof durchsetzen zu können¹²⁴². Es wären etwa 40 Staaten notwendig, um einen solchen Gerichtshof zu etablieren¹²⁴³. Davon dürfte der Großteil auf die EU-Mitgliedsstaaten entfallen. In bilateralen Abkommen zugestimmt haben einem solchen Mechanismus weiterhin Singapur, Kanada, Vietnam und Mexiko. Einige weitere Staaten wären dafür folglich noch notwendig. Allein für innereuropäische Investitionen wird es wohl keinen Gerichtshof geben. Dort sieht die Kommission wohl zu Recht keine Notwendigkeit dafür.

Gegen einen Multilateralen Investitionsgerichtshof wird weiterhin auch das Risiko angeführt, welches aktuell den Appellate Body der WTO betrifft, nämlich, dass dieser durch fehlende Besetzungen der Richterposten durch einen Staat, in diesem Fall die USA, sabotiert und entscheidungsunfähig gemacht werden könnte¹²⁴⁴. Für einen solchen Fall könnte jedoch eine Ausfallregelung getroffen werden, die eine Ernennung durch eine unabhängige dritte Partei ermöglicht oder eine reduzierte Richterzahl nicht zur Entscheidungsunfähigkeit führt.

Die Schaffung eines multilateralen Investitionsgerichtshofs wäre insgesamt begrüßenswert. Er würde zahlreiche Probleme des gegenwärtigen Systems beheben. Probleme, die ein solcher Gerichtshof seinerseits kreieren würde, können in Anbetracht dessen hingenommen werden. Die Notwendigkeit, dem Investitionsschutzrecht einen klareren Rahmen zu geben und sei es aktuell nur prozessual und institutionell ist heute angesichts der stetig steigenden Investitionsströme mehr denn je der Fall.

C Mögliche Alternativen

Neben einem multilateralen Investitionsgerichtshof kommen Möglichkeiten rechtlicher (I) und „faktischer“ Natur in Betracht (II), um weiterhin einen hohen Investitionsschutzstandard sicherzustellen. Dementsprechend ist auch die Aufgabe, eine für alle Seiten tragbare Lösung zu finden, nicht in erster Linie rechtlicher oder rechtswissenschaftlicher, sondern auch politischer Natur¹²⁴⁵.

I. Rechtliche Alternativen

Auf europäischer Ebene sind rechtliche Alternativen verhältnismäßig einfach möglich. Soweit eine Gesetzgebungskompetenz der Union für Investitionen besteht, könnte die Union eine Investitionsschutzverordnung erlassen¹²⁴⁶. In einer solchen könnten auch neue

1242 Stöbener de Mora, EuZW 2019, S. 179, 179.

1243 So etwa *Bungenberg/Reinisch* From Bilateral Arbitral Tribunals and Investment Courts to a Multilateral Investment Court, S. 3.

1244 Dazu *Wilske/Markert/Ebert*, SchiedsVZ 2020, S. 97, 117f.

1245 *Andersen/Hindelang*, JWIT 2016, S. 984, 985.

1246 *Kottmann*, EuZW 2015, S. 729, 729f.

Konfliktlösungsmechanismen eingeführt werden. Allerdings müsste, um der Normenhierarchie Rechnung zu tragen, auch eine solche Regelung insbesondere mit der Auslegungshoheit des EuGH vereinbar sein. Entsprechende Änderungen des Primärrechts sind zumindest vorläufig nicht als realistisch einzustufen. Jedenfalls die teilweise angeführten Diskriminierungsprobleme würden in diesem Fall ohne weiteres als gelöst zu betrachten sein¹²⁴⁷. Artikel 207 stützt die Kompetenz der Union nur im Verhältnis zu Drittstaaten. Eine grundsätzliche Regelungsbefugnis dürfte jedoch aus den Artikeln 26 Abs.2, 49 Abs. 2, 63 Abs 2 und Art. 114 AEUV folgen, die die Regelungen für Investitionen beziehungsweise einheitliche Regelungen für den Binnenmarkt erlauben. Eine Analyse, ob die einzelnen Regelungen der Investitionsschutzverordnung jeweils darunter zu fassen wären, ist jedoch in jedem Fall geboten¹²⁴⁸. Ein einheitlicher europäischer Investitionsgerichtshof nach Vorbild des Europäischen Patentgerichts wäre ebenfalls möglich. Dessen Vorteil wäre insbesondere die Einfügung in das Mehrebenen-Justizsystem der Union¹²⁴⁹. Auch wenn es sich dabei um ein Gericht handeln würde, welches lediglich durch die Staaten besetzt und konstituiert wäre, wäre das Risiko einer Politisierung durch die multinationale Besetzung wohl abgeschwächt¹²⁵⁰.

Über die europäische Union hinaus sind die Möglichkeiten deutlich begrenzter: Diskutiert wird etwa die Einführung eines *standing appeal mechanism*, also einer festen zweite Instanz, die Fehler der ad hoc Schiedsgerichtsbarkeit beheben könnte. Unter ICSID ist ein solches Verfahren bereits bekannt, jedoch mit einer sehr eingeschränkten Anzahl an Gründen, die eine solche Anpassung erlauben würden. Allerdings ist bei den in Rede stehenden Streitwerten wohl davon auszugehen, dass jeder der Beteiligten, der im Verfahren unterliegt, entweder politisch oder durch die eigene Gesellschaft unter dem Druck stehen würde, eine mögliche zweite Instanz in Anspruch zu nehmen. Unter dieser Prämisse wäre ein ständiger Investitionsgerichtshof die schnellere, günstigere und einfachere Alternative.

Außerdem wird diskutiert, eine Art Vorlagegericht nach dem Vorbild des EuGH oder nicht selten der nationalen Verfassungsgerichte einzurichten. Dieses hätte zwar nicht die Kompetenz einen konkreten Fall final zu entscheiden, könnte aber die einheitliche Auslegung von Normen – jedenfalls soweit diese gleichlautend sind – sicherstellen. Diese Idee klingt zunächst nicht schlecht, dürfte aber in der Praxis schnell durch zu stark divergierende Regelungen, insbesondere auch deren systematischer Auslegung unterlaufen werden. Soweit auch nationales Recht anzuwenden wäre, dürfte dieses Gericht völlig ohne Wirkung bleiben.

1247 Andersen/Hindelang, JWIT 2016, S. 984, 1002.

1248 Siehe dazu auch Andersen/Hindelang, JWIT 2016, S. 984, 1003 mwN.

1249 Siehe dazu etwa Andersen/Hindelang, JWIT 2016, S. 984, 1010f mwN.

1250 Andersen/Hindelang, JWIT 2016, S. 984, 1011.

Weiterhin sind systemimmanente Änderungen denkbar, wie sie aktuell im Rahmen der ICSID Reform umgesetzt werden. In dieser Hinsicht besteht die größte Einigkeit über Anpassungen. Allerdings sind die damit einhergehenden Änderungen auch am wenigsten einschneidend und können am Investitionsschutzrecht vorgebrachte Kritikpunkte nur punktuell beheben.

II. Faktische Alternativen

Sowohl aus staatlicher (1) als auch aus der Perspektive der Investoren (2) gibt es neben den rechtlichen Alternativen auch „faktische“, die nicht auf neuen Regelungen oder Investitionsrestrukturierungen beruhen und im Folgenden überblicksartig dargestellt werden sollen. Als allen Parteien verfügbare dritte Option besteht auch die Möglichkeit einer einvernehmlichen Streitbeilegung (3).

1) Perspektive der Staaten und der Union

Im europäischen Kontext könnte die Union könnte statt einer rechtlichen Neuregelung, mit ihren üblichen Komplikationen, auch auf die Vereinfachung und Verdeutlichung existierender Regelungen zum Investitionsschutz hinwirken. Eine europäische Investitionsschutzverordnung ist eine sinnvolle Idee. Wie oben aufgezeigt bestehen allerdings schon zahlreiche unionsrechtliche Regelungen zum Investitionsschutz. Diese an einer einheitlichen Stelle zu sammeln könnte sowohl für Investoren als auch die Administrative von Vorteil sein.

Auf internationaler Ebene könnten gemeinsame Kommissionen der Staaten, die Investitionsschutzabkommen abgeschlossen haben bestimmte Klauseln bindend interpretieren¹²⁵¹. Eine solche Kommission ist etwa in CETA vorgesehen, kann allerdings mit der richterlichen Unabhängigkeit konfliktieren und Konflikte politisieren.

2) Investorenperspektive

Investoren sind in der Umgehung von Konflikten mit dem Unionsrecht sehr kreativ. Beispielhaft seien Umstrukturierungen der Investition genannt, wodurch etwa die niederländischen Überseegebiete dazu genutzt werden, um in den Schutzbereich europäischer Investitionsschutzverträge zu fallen, ohne dass dort die unionsrechtlichen Beschränkungen greifen¹²⁵². Auch unabhängig davon könnten gerade größere Investoren ihre Konzernstruktur entsprechend gestalten, dass sie vom Schutz durch IIAs mit Drittstaaten profitieren¹²⁵³.

1251 Dazu etwa *Tams*, JWIT 2014, S. 585, 599.

1252 Siehe dazu etwa *Höfling*, SchiedsVZ 2019, S. 86, 89; zu den Umgehungsrisiken auch *Andersen/Hindelang*, JWIT 2016, S. 984, 1013.

1253 *Andersen/Hindelang*, JWIT, 2016, S. 984, 987.

Statt über einen guten Rechtsschutz die Risiken von Investitionen zu minimieren, könnten sich Investoren auch verstärkt darauf verlegen, entsprechende Versicherungen abzuschließen¹²⁵⁴. Damit geht jedoch einher, dass Auslandsinvestitionen höhere Gewinne erzielen müssen, um die zusätzlichen Versicherungskosten zu kompensieren.

3) Einvernehmliche Streitbeilegung

Statt richterlichen Entscheidungen besteht auch die Möglichkeit, Mediations- oder ähnliche Verfahren als Streitbeilegungssystem zu etablieren¹²⁵⁵. Nachdem erfolgreiche Mediationsverhandlungen regelmäßig nicht öffentlich werden, ist es schwierig, deren bisherigen Erfolg zu beurteilen. Lässt man ISDS als bisherige Möglichkeit jedoch ersatzlos entfallen, entfällt damit gleichzeitig ein wichtiger Anreiz, für die einvernehmliche Streitentscheidung.

III. Fazit

Es bestehen einige Alternativen zur Schaffung eines multilateralen Investitionsgerichtshofs. Diese bringen jedoch zumeist für alle Beteiligten nicht unerhebliche Nachteile mit sich. So politisch ambitioniert die Etablierung eines Gerichtshofs also ist, so hoch ist doch die Chance, damit zahlreiche, wenn auch sicherlich nicht alle berechtigten Kritikpunkte zu beheben. Mittelfristig könnte einem solchen Gerichtshof auch ein eigenes materielles Recht zur Seite gestellt werden. Diese Vereinheitlichung auf materieller Ebene dürfte Grundlage für weitere Verfahrensbeschleunigungen und eine bessere Vorhersehbarkeit der Entscheidungen sein. Die EU-Kommission wird sicherlich ihre nicht unerheblichen Mittel und den Einfluss nutzen, der mit ihrer Rolle als einer der zentralen Akteure bezüglich internationaler Investitionsströme zukommt.

§2. Fazit

Die Welt ist in den letzten Jahrhunderten immer kleiner geworden. Der Austausch von Gütern, Dienstleistungen und Investitionen hat gewaltige Ausmaße angenommen. Ein solcher Austausch bedarf guter Regelungen, um gut und gerecht zu funktionieren. Sowohl das Unionsrecht als auch das Investitionsschutzrecht enthalten solche Regelungen. Durch immer präzisere Regelungen auf einem ähnlichen Gebiet ist das Risiko sich widersprechender Wertungen, sei es abstrakt im materiellen Recht oder in Form konkreter sich widersprechender Entscheidungen, immer weiter gewachsen. Im intra-europäischen Verhältnis hat sich dieses Risiko inzwischen realisiert und der Konflikt zwischen den

1254 *Hindelang*, Conceptualisation and Application of the Principle of Autonomy of EU Law – The CJUE’s Judgement in *Achmea* put in Perspective, S. 18, abrufbar unter https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3266123, zuletzt abgerufen am 30.10.2019; siehe zu den Möglichkeiten des Versicherungsschutzes auch schon oben unter 20. Jahrhundert: Neue Welt- (wirtschafts-)ordnung.

1255 Zu den diesbezüglichen Bestrebungen der EU etwa *Tams*, JWIT 2014, S. 584, 603f mwN.

beiden Rechtsgebieten in den Entscheidungen im Achmea und Komstroy Verfahren des EuGH einen vorläufige Höhepunkte gefunden. Inhaltlich weisen die Regelungen des Unionsrechts und des Investitionsschutzrechts erhebliche Ähnlichkeiten auf, wobei das Unionsrecht insgesamt ein umfassenderes Konzept verfolgt. Abstrakt gesehen wäre ein Nebeneinander von Investitionsschutzrecht und Unionsrecht unproblematisch. Die unterschiedlichen Konfliktlösungsmechanismen im konkreten Fall waren jedoch nicht länger möglich¹²⁵⁶. Der EuGH hätte hier die Wahl gehabt, Investitionsschiedsgerichte in das Rechtsschutzsystem der EU miteinzubinden und damit bis zu einem gewissen Grad seiner Kontrolle zu unterwerfen oder dem Sonderweg des Investitionsschutzes in Europa ein Ende zu setzen. Mit seiner Entscheidung für letztere Option hat er den ohnehin notwendig gewordenen Reformen im Investitionsschutzrecht eine neue Dringlichkeit gegeben. Dies gilt sowohl auf europäischer Ebene, wo Investoren nun ohne den bisher gewohnten Schutz verbleiben und sich in Zukunft auf neue Weisen gegen politische Risiken absichern werden müssen. Dies gilt aber auch auf internationaler Ebene, wo der EuGH das Nebeneinander von Unionsrecht und Investitionsschutzrecht zwar akzeptiert, jedoch unter enge Voraussetzungen gestellt hat. Die Beteiligung der Union an internationaler Konfliktlösung bleibt möglich, wird jedoch in seiner Umsetzung genauestens durch den EuGH überwacht. Weiter verkompliziert wird der Investitionsschutz im Verhältnis zu Drittstaaten dadurch, dass der Union keine umfassende Regelungskompetenz zukommt. Sie ist weiterhin auf die Mitarbeit der Mitgliedsstaaten angewiesen. Dies verlängert und erschwert den Prozess der Findung neuer Lösungen zum Investitionsschutzrecht mit Beteiligung der Union¹²⁵⁷.

Bei den zukünftigen Entwicklungen des Investitionsschutzrechts kommt der Union eine zentrale Rolle zu¹²⁵⁸. Der intra-europäische Investitionsschutz wird zukünftig ausschließlich durch das Unionsrecht geregelt werden. Für völkerrechtliche Abkommen zwischen den Mitgliedsstaaten in dieser Materie, in der der Union inzwischen nicht unerhebliche Rechtssetzungskompetenzen zukommen, ist kein Platz mehr. Es wird spannend zu beobachten, ob Investoren den neu zu schaffenden Schutz als gleichwertig wahrnehmen, oder nach Wegen suchen, diesen zu erweitern. Eine Möglichkeit der Erweiterung ist die entsprechende Umstrukturierung von Konzernstrukturen, zur Extraeuropäisierung der Investition.

¹²⁵⁶ In der Konsequenz haben sich die Mitgliedsstaaten, wie oben unter Völkerrechtliche Konsequenzen der Unvereinbarkeit des klassischen Investitionsschutzes mit dem Unionsrecht dargestellt, daher dafür entschieden, die intra-EU-IIAs vollständig aufzukündigen, also nicht nur den Modus der Streitbeilegung hin zu einem vermehrten Rechtsschutz vor nationalen Gerichten abzuändern, sondern auch die materiell-rechtlichen Schutzvorschriften zu streichen.

¹²⁵⁷ Dies zeigt sich aktuell bereits an den schwierigen Verhandlungen zur Neufassung des ECT, indem es der Union und ihren Mitgliedsstaaten aktuell noch nicht gelingt auch nur intern eine einheitliche Linie zu finden; siehe dazu schon oben unter Sonderfall Energy Charter Treaty.

¹²⁵⁸ *Hinojosa-Martinez*, JWIT 2016, S. 86, 115.

Auch die Regelungen zum Investitionsschutz im Verhältnis zu Drittstaaten werden in Zukunft nur noch übergangsweise in der bisher bekannten klassischen Form bestehen. Wenn die Union die Vorgaben, die aus der Rechtsprechung des EuGH insbesondere zu den Abkommen mit Singapur und Kanada stammt, umsetzen und gleichzeitig auch weiterhin ein System effektiven Investitionsschutzes aufrechterhalten will, wird sie ihr gesamtes politisches Gewicht auf der Weltbühne dafür aufbringen müssen. Die Reform des Investitionsschutzes hat zahlreiche politische, aber auch rechtliche Komponenten¹²⁵⁹.

Das ausserkorene und sehr ambitionierte Ziel ist die Schaffung eines multilateralen Investitionsgerichtshofs. Durch die Etablierung eines solchen Gerichtshofs würden sich zahlreiche, wenn auch nicht alle Kritikpunkte am status quo des Investitionsschutzrechts beheben lassen. Aus Sicht der europäischen Union ist die Korrektur dieser Kritikpunkte nicht nur politisch wünschenswert, sondern inzwischen durch die Rechtsprechung des EuGH auch weitgehend unionsrechtlich geboten. Es bleibt zu hoffen, dass die zukünftigen Abkommenspartner die Einschränkungen im Gestaltungsspielraum der völkerrechtlichen Investitionsschutzabkommen, die aus der Rechtsprechung des EuGH folgen, akzeptieren können. Andernfalls besteht das Risiko, dass sich die Union durch zu enge Vorgaben von der restlichen Völkergemeinschaft hinsichtlich des Investitionsschutzes isoliert. Mit einigen Ländern wurden entsprechende Abkommen, die jedenfalls einen Verweis auf einen zukünftigen Gerichtshof enthalten, schon abgeschlossen. Nachdem es sich dabei um Länder handelt, die mit die größten Handelspartner der EU sind, steht eine solche Isolation allerdings wohl nicht näher zu befürchten.

Die herausgearbeiteten Kriterien zur Zulässigkeit von Streitbeilegungsmechanismen unter Beteiligung der Union nach der Rechtsprechung des EuGH lassen sich dabei auch auf weitere mögliche internationale Abkommen übertragen. Dies gilt sowohl für die angedachten Schiedsgerichte zur Klärung von Rechtsfragen, die mit dem Brexit einhergehen werden, als auch für den vorgesehenen Beitritt der Union zur EMRK. Insbesondere für das letztere dürfte allerdings fraglich sein, ob die Kriterien nicht zu eng sind, um mit dem System des Menschenrechtsschutzes noch vereinbar zu sein. Zwar legt auch der EGMR lediglich die Menschenrechtskonvention aus, wird dabei aber in sehr viel mehr Fällen konkrete Vorgaben an die Anwendung von Unionsrecht stellen, als dies im Bereich des Investitionsschutzes der Fall ist.

Das Investitionsschutzrecht selbst ist aktuell in einer Phase des Umbruchs, ausgelöst durch Kritik von unterschiedlichsten Seiten. Regelungen zum Investitionsschutz bestehen dabei auf allen Ebenen:

1259 Näher dazu etwa Schlussanträge des Generalanwalts zum EuGH Gutachten 1/17, Rn. 16.

nationalstaatlich, europäisch und international. Nur im Zusammenspiel ergeben sie einen effektiven Schutz der Investitionen. Die unterschiedlichen Ebenen zeigen einerseits die Komplexität der Materie auf, die durch zahlreiche Wechselwirkungen noch erhöht wird, andererseits aber auch, dass bei entsprechendem politischem Willen große Handlungsspielräume zur Setzung von Investitionsanreizen bestehen. Dies gilt unverändert, auch wenn der EuGH einigen Möglichkeiten durch seine Entscheidungen insbesondere in den Verfahren Achmea und Komstroy und den Gutachten zu EUSFTA und CETA den unionsrechtlichen Riegel vorgeschoben hat.

Inhaltsverzeichnis

Ackermann, Tobias; Wuschka, Sebastian: 10. Tagung des Krickenbecker Kreises zum Internationalen Investitionsrecht. In: *SchiedsVZ* 2018, S. 258–262.

Ahner, Juliane: Investor-Staat-Schiedsverfahren nach Europäischem Unionsrecht. 1. Aufl. 2015, Verlag: Mohr Siebeck.

Andrade Levy, Daniel de; Gerdau de Borja Mercereau, Ana; Pucci, Adriana Noemi (Hg.): Investment Protection in Brazil 2013, Verlag: Kluwer Law International.

Arato, Julian, Claussen, Kathleen, Lee, Jaemin; Zarra, Giovanni 2019: Reforming Shareholder Claims in ISDS. Academic Forum on ISDS Concept Paper 2019/9, zuletzt geprüft am 12.05.2023.

Baltag, Crina (Hg.): ICSID Convention after 50 Years: Unsettled Issues 2016, Verlag: Kluwer Law International.

Balthasar, Stephan: Investment Protection in Europe: International Investment Treaties, the European Convention on Human Rights and the Need for Reform at EU Level. In: *SchiedsVZ* 2018, S. 227–233.

Basedow, Jürgen: EU Law in International Arbitration: Referrals to the European Court of Justice. In: *Journal of International Arbitration* 2015, S. 367–386.

Basedow, Robert: A Legal History of the EU's International Investment Policy. In: *JWIT* 2016, S. 743–772.

Basener, Nico: Investment Protection in the European Union. Considering EU law in investment arbitrations arising from intra-EU and extra-EU bilateral investment agreements. 1. Aufl. 2017, Verlag: Nomos.

Baumbach, Hendrik; Garnier, Claudia: Das Schiedsverfahren im spätmittelalterlichen Deutschland. In: *SchiedsVZ* 2019.

Bäumler, Jelena: Vom Vertragstext zum Inkrafttreten: Das Vertragsschlussverfahren im Mehrebenensystem am Beispiel CETA. In: *EuR* 2016, S. 607–631.

Behrens, Peter: Zur Vorlagebefugnis von Schiedsgerichten. In: *EuZW* 2018, S. 49–50.

Berger, Julien: Intra-EU Investor-State-Arbitration: The Uncertainty Continues - Unpacking the Advocate General's Opinion in Case C284/16 (Achmea). In: *SchiedsVZ* 2017, S. 282–291.

Binder, Christina: A Treaty Law Perspective on Intra-EU-BITs. In: *JWIT* 2016, S. 964–983.

Bjorge, Eirik: The evolutionary interpretation of treaties. 1. Aufl. 2014, Verlag: Oxford University Press.

Blackaby, Nigel; Partasides, Constantine; Redfern, Alan; Hunter, Martin (Hg.): Redfern and Hunter on International Arbitration. 6. Aufl. 2015, Verlag: Oxford University Press.

Böckstiegel, Karl-Heinz: Enterprise v. State - The New David and Goliath? In: *SchiedsVZ* 2016, S. 121–127.

Boknik, Berta: Conference on Protection of Foreign Investments in Europe in Cologne. In: *EuZW* 2018, S. 837–838.

Boknik, Berta: 10 Year Anniversary Conference of the International Investment Law Centre Cologne. In: *SchiedsVZ* 2019, S. 277–279.

Börner, Achim-Rüdiger: Simple Truths on the Right to Regulate and the Duty to Pay. In: *SchiedsVZ* 2017, S. 2–11.

Brach, Bianka Manuela: Die Verfassung als Grundlage und Grenze der Schiedsgerichtsbarkeit. Eine amerikanische Perspektive 2013, Verlag: Logos.

Brauneck, Jens: Abgetrennte EU-Handelsabkommen ohne Beteiligung der Mitgliedsstaaten. In: *EuZW* 2018, S. 796–803.

Brauneck, Jens: Ausländische Direktinvestitionen nur mit Einverständnis der EU-Kommission? In: *EuZW* 2018, S. 188–195.

Breuer, Marten: "Wasch mir den Pelz aber mach mich nicht nass!" Das zweite Gutachten des EuGH zum EMRK-Beitritt der Europäischen Union. In: *EuR* 2015, S. 330–351.

Bundeszentrale für politische Bildung (Hg.) 2012: Das 19. Jahrhundert (Heftnr. 315).

Bungenberg, Marc: Auf dem Weg zu einem Internationalen Investitionsschutz 2.0. In: *GewArch* 2014, S. 382–389.

Bungenberg, Marc: Investitionsschutz: Das Ende der Intra-EU-BIT-Ära. In: *EuZW* 2020, S. 445–446.

Bungenberg, Marc; Reinisch, August; Tietje, Christian (Hg.): EU and Investment Agreements. Open Questions and Remaining Challenges 2013, Verlag: Nomos.

Buntenbroich, David; Kaul, Markus: Transparenz in Investitionsschiedsverfahren - Der Fall Vattenfall und die UNCITRAL- Transparenzregeln. In: *SchiedsVZ* 2014, S. 1–8.

Burgstaller, Markus: Dispute Settlement in EU International Investment Agreements with Third States: Three Salient Problems. In: *JWIT* 2014, S. 551–569.

Calliess, Christian; Ruffert, Matthias: EUV/AEUV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta. 6. Aufl. 2021, Verlag: C.H.Beck.

Carducci, Guido: A State's Capacity and the EE's Competence to Conclude a Treaty, Invalidate, Terminate - and "Preclude" in Achmea - a Treaty or BIT of Member States, an State's Consent to be Bound by a Treaty or to Arbitration, under the Law of Treaties an EU Law, and the CJEU's Decisions on EUSFTA and Achmea. In: *ICSID Review* 2018, S. 582–619.

Classen, Claus Dieter: Der EuGH und die Schiedsgerichtsbarkeit in Investitionsschutzabkommen. In: *EuR* 2012, S. 611–628.

Classen, Claus Dieter: Die Unterwerfung demokratischer Hoheitsgewalt unter eine Schiedsgerichtsbarkeit. In: *EuZW* 2014, S. 611–616.

Classen, Claus Dieter: Autonomie des Unionsrechts als Festungsring? Anmerkung zum Urteil des EuGH (GK) v. 6.3.2018, Rs. C-284/16 (Slowakische Republik/Achmea BV). In: *EuR* 2018, S. 361–371.

Cordonier Segger, Marie-Claire; Gehring, Markus; Newcombe, Andrew (Hg.): Sustainable Development in World Investment Law. 1. Aufl. 2011, Verlag: Wolters Kluwer.

Dendorfer-Ditges, Renate: Mixed Mode Dispute Resolution - Flexibilität der Streitbeilegung. In: *IWRZ* 2017, S. 241–242.

Diehl, Alexandra: The Core Standard of International Investment Protection. Fair and Equitable Treatment 2012, Verlag: Wolters Kluwer.

Dörr, Oliver; Schmalenbach, Kirsten (Hg.): Vienna Convention on the Law of Treaties. 2. Aufl. 2018, Verlag: Springer.

Engel, Daniel: Investitionsschutzstreitigkeiten in der Europäischen Union. In: *SchiedsVZ* 2015, 218-225.

Engel, Daniel: Das Investor-Staat-Streitbeilegungssystem auf dem unionsrechtlichen Prüfstand. In: *SchiedsVZ* 2017, S. 291–299.

Europäische Kommission (07.07.2010): Auf dem Weg zu einer umfassenden europäischen Auslandsinvestitionspolitik.

Fecak, Tom: International Investment Agreements and EU Law 2016, Verlag: Wolters Kluwer.

Fouquet, Dörte; Foß, Jan Ole: Investitionsschutz für erneuerbare Energien in Europa. Anwendbarkeit und Auslegung des Energiecharta-Vertrags. In: *IWRZ* 2016, S. 114–120.

Franck, Susan: Arbitration Costs: Myths and Realities in Investment Treaty Arbitration. 1. Aufl. 2019, Verlag: Oxford University Press.

Franke, Ulf; Magnusson, Annette; Dahlquist Cullborg, Joel (Hg.): *Arbitrating for Peace: How Arbitration Made a Difference*. 1. Aufl. 2016, Verlag: Wolters Kluwer.

Frenz, Walter: *Europäische Grundfreiheiten*. 2. Aufl. 2012, Verlag: Springer.

Gaspar-Shilagyi, Szilard: A Standing Investment Court under TTIP from the Perspective of the Court of Justice of the European Union. In: *JWIT* 2016, S. 701–742.

Gatzsche, Katharina: *Aufhebungen und Abänderungen von Investitionsschutzabkommen. Eine Untersuchung zur Reichweite von Survival Clauses in BITs*. 1. Aufl. 2019, Verlag: Nomos.

Gehne, Katja; Brillo, Romulo: Stabilization Clauses in International Investment Law: Beyond Balancing and Fair and Equitable Treatment. In: *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht* 2017, S. 1–57.

Ghuri, Ahmad: *Interaction and Conflict of Treaties in Investment Arbitration*. 1. Aufl. 2015, Verlag: Wolters Kluwer.

Godt, Christine: *Wirtschaft und Umwelt im Partnerschaftsabkommen der USA und Europa (TTIP) - Lehren aus dem NAFTA-Umweltvertrag von 1991 für zukünftige Freihandels- und Investitionsschutzabkommen*. In: *ZUR* 2014, S. 403–414.

Grabitz, Eberhard; Hilf, Meinhard; Nettesheim, Martin: *Das Recht der Europäischen Union 2023*, Verlag: C.H.Beck.

Gramlich, Ludwig; Conen, Claudia: Streitbeilegung bei Auslandsinvestitionen - "Guter" Rechtsschutz für (private) Investoren. In: *SchiedsVZ* 2015, S. 225–235.

Griebel, Jörn: *Internationales Investitionsschutzrecht 2008*, Verlag: C.H.Beck.

Groebe, Hans von der; Schwarze, Jürgen; Hatje, Armin: *Europäisches Unionsrecht*. 7. Aufl. 2015, Verlag: Nomos.

Gruber, Joachim: Das Einheitliche Patentgericht: Vorlagebefugt kraft eines völkerrechtlichen Vertrags? In: *GRUR Int* 2015, S. 323–326.

Gundel, Jörg: Unwirksame Schiedsklausel in unionsinternem Investitionsschutzabkommen. In: *NVwZ* 2018, S. 723–728.

Gundel, Jörg: Die Öffnung des Vorabentscheidungsverfahrens zum EuGH für nichtmitgliedstaatliche Gerichte. In: *EuZW* 2019, S. 934–938.

Günther, Valentin: Der Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Verordnung zur Schaffung eines Rahmens für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen in der EU. In: *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht* 2018, S. 1–47.

- Hammerstein, Christian von; Roegele, Peter: Der Fair and Equitable-Standard im Investitionsschutzrecht. In: *SchiedsVZ* 2015, S. 275–280.
- Hepburn, Jarrod: Domestic law in international investment arbitration 2017, Verlag: Oxford University Press.
- Herdegen, Matthias: Europarecht. 24. Aufl. 2022, Verlag: C.H.Beck.
- Herdegen, Matthias: Internationales Wirtschaftsrecht. 13. Aufl. 2022, Verlag: C.H.Beck.
- Herdegen, Matthias: Völkerrecht. 22. Aufl. 2023, Verlag: C.H.Beck.
- Herrmann, Christoph: Die Zukunft der mitgliedsstaatlichen Investitionspolitik nach dem Vertrag von Lissabon. In: *EuZW* 2010, S. 207–212.
- Hindelang, Steffen: Repellent Forces: The CJUE and Investor-State Dispute Settlement. In: *Archiv des Völkerrechts* 2015, S. 68–89.
- Hinojosa-Martinez, Luis: The Scope of the EU Treaty-Making Power on Foreign Investment: Between Wishful Thinking and Pragmatism. In: *JWIT* 2016, S. 86–116.
- Hobe, Stephan; Fremuth, Michael Lysander: Europarecht. 10. Aufl. 2020, Verlag: Vahlen.
- Hobeck, Paul; Stubbe, Christian: Genese einer Schiedsklausel. In: *SchiedsVZ* 2003, S. 15–23.
- Höfling, Tobias: Gesprächskreis "Investitionsrecht und -schiedsgerichtsbarkeit" - 14. Jahrestreffen 2018. In: *SchiedsVZ* 2019, S. 86–89.
- Höpner, Martin: Der Europäische Gerichtshof als Motor der Integration: Eine akteursbezogene Erklärung. In: *Berliner Journal für Soziologie* 2011, S. 203–229.
- Hoskova, Mahulena: Die Selbstauflösung der CSFR. Ausgewählte rechtliche Aspekte. In: *ZaöRV* 1993, S. 689–735.
- Huck, Winfried: Das System des rechtlichen Gehörs im europäisch geprägten Verwaltungsverfahren. In: *EuZW* 2016, S. 132–136.
- Ipsen, Knut (Hg.): Völkerrecht. 7. Aufl. 2018, Verlag: C.H.Beck.
- Jaeger, Thomas: Zum Vorschlag einer permanenten Investitionsschiedsgerichtsbarkeit. In: *EuR* 2016, S. 203–229.
- Jarass, Hans: Die Bindung der Mitgliedsstaaten an die EU-Grundrechte. In: *NVwZ* 2012, S. 457–461.
- Jarass, Hans: Charta der Grundrechte. der Europäischen Union. 4. Aufl. 2021, Verlag: C.H.Beck.

- Johannsen, Sven Leif Erik: Die Kompetenz der Europäischen Union für ausländische Direktinvestitionen nach dem Vertrag von Lissabon. In: *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht* 2009, S. 1–46.
- Kall, Holger: Doppelexequatur: "ne vaut" oder "no worries". In: *IHR* 2018, S. 137–148.
- Karal, Oksana; Rybak, Iurii: Der Druck des Paradigmenwechsels: Beilegung von Investitionsstreitigkeiten mit der Ukraine. In: *SchiedsVZ* 2020, S. 65–68.
- Karpenstein, Ullrich; Kottmann, Matthias: Prozessführung, Haftung und Regress in Schiedsstreitigkeiten auf Grundlage von EU-Investitionsabkommen. In: *EuZW* 2015, S. 256–260.
- Kaufmann-Kohler, Gabrielle; Potestá, Michele 2016: Can the Mauritius Convention serve as a model for the reform of investor-state arbitration in connection with the introduction of a permanent investment tribunal or an appeal mechanism.
- Kaufmann-Kohler, Gabrielle; Potestá, Michele 2017: The Composition of a Multilateral Investment Court and of an Appeal Mechanism for Investment Awards.
- Kempen, Bernhard; Schiffbauer, Björn: Die vorläufige Anwendung völkerrechtlicher Verträge im internationalen Mehrebenensystem. In: *ZaöRV* 2017, S. 95–124.
- Kerkemeyer, Andreas: Unionsrecht und internationales Investitionsschutzrecht auf Kollisionskurs. In: *EuZW* 2016, S. 10–16.
- Kilches, Ralph: Die Behandlung des Einwandes von Korruption in Schiedsverfahren und bei der Anfechtung von Schiedssprüchen. In: *SchiedsVZ* 2016, S. 150–155.
- Kläger, Roland: Schiedsklausel in unionsinternem Investitionsschutzabkommen unzulässig. In: *SchiedsVZ* 2018, S. 186–193.
- Klages, Roland: Autonomie sticht Schiedsklausel. In: *EuZW* 2018, S. 217–218.
- Klatt, Matthias: Die praktische Konkordanz von Kompetenzen 2014, Verlag: Mohr Siebeck.
- Klausegger, Christian; Klein, Peter; Kremslehner, Florian; Petsche, Alexandre; Pitkowitz, Nikolaus; Power, Jenny et al. (Hg.): Austrian Yearbook on International Arbitration 2014 2014, Verlag: Manz'sche Verlags und Universitätsbuchhandlung.
- Knieper, Rolf: Investitionsschiedsgerichtsbarkeit: Warum reparieren, was nicht kaputt ist. In: *SchiedsVZ* 2020, S. 60–64.
- Kottmann, Matthias: Eine EU-Investitionsschutzverordnung? In: *EuZW* 2015, S. 729–730.

- Krajewski, Markus: Umweltschutz und internationales Investitionsschutzrecht am Beispiel der Vattenfall-Klagen und des Transatlantischen Handels- und Investitionsschutzabkommen (TTIP). In: *ZUR* 2014, S. 396–403.
- Krajewski, Markus: Schutz öffentlicher Dienstleistungen in EU-Freihandelsabkommen. In: *EuZW* 2015, S. 301–305.
- Krenzler, Horst Günter; Herrmann, Christoph; Niestedt, Marian: EU-Außenwirtschafts- und Zollrecht 2018, Verlag: C.H.Beck.
- Kriebaum, Ursula: Evaluating Social Benefits and Costs of Investment Treaties: Depoliticization of Investment Disputes. In: *ICSID Review* 2018, S. 14–28.
- Kröll, Stefan: Die schiedsrechtliche Rechtsprechung 2019. In: *SchiedsVZ* 2020, S. 156–165.
- Kryvoi, Yarik: The Path of Investor-State Disputes: From Compensation Commissions to Arbitral Institutions. In: *ICSID Review* 2018, S. 743–765.
- Lang, Andrej: Der Europäische Gerichtshof und die Investor-Staat-Streitbeilegung in TTIP und CETA. In: *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht* 2015, S. 1–30.
- Lang, Andrej: Die Autonomie des Unionsrechts und die Zukunft der Investor-Staat-Streitbeilegung nach Achmea. In: *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht* 2018, S. 1–63.
- Latzel, Clemens: Die Anwendungsbereiche des Unionsrechts. In: *EuZW* 2015, S. 658–664.
- Lavranos, Nikolaos: Das Rechtsprechungsmonopol des EuGH im Lichte der Proliferation internationaler Gerichte. In: *EuR* 2007, S. 440–468.
- Lederer, Nadine: Attribution under Art. 5 of the ILC Draft Articles on State Responsibility in Investment Arbitration. To Attribute or Not to Attribute, That Is the Question! In: *SchiedsVZ* 2019, S. 23–27.
- Lock, Tobias: Das Verhältnis zwischen dem EuGH und internationalen Gerichten 2010, Verlag: Mohr Siebeck.
- Lowenfeld, Andreas: International Economic Law. 2. Aufl. 2008, Verlag: Oxford University Press.
- Ludwigs, Markus: Das Urteil des BVerfG zum Atomausstiegsgesetz 2011 - Karlsruhe locuta, causa finita? In: *NVwZ Beilage* 2017, S. 3–8.
- Ludwigs, Markus: Die Verfahrensautonomie der Mitgliedsstaaten. Euphemismus oder Identitätsfaktor. In: *NVwZ* 2018, S. 1417–1422.

Ludwigs, Markus; Remien, Oliver (Hg.): Investitionsschutz, Schiedsgerichtsbarkeit und Rechtsstaat in der EU 2018, Verlag: Nomos.

Manssen, Gerrit: Staatsrecht II. Grundrechte. 19. Aufl. 2022, Verlag: C.H.Beck.

Mayr, Stefan: Mixed oder EU-only - Sind die Investitionsschutzbestimmungen im CETA von der Außenhandelskompetenz der EU gedeckt? In: *EuR* 2015, S. 575–600.

Meyer, Jürgen; Hölscheidt, Sven (Hg.): Charta der Grundrechte der Europäischen Union. 5. Aufl. 2019, Verlag: Nomos.

Miles, Kate: *The Origins of International Investment Law. Empire, Environment and the Safeguarding of Capital*. 2. Aufl. 2015, Verlag: Cambridge University Press.

Miller, Robin Dominik: Autonomie des Unionsrechts versus Schiedsgerichtsbarkeit. Zur Bedeutung des EuGH-Urteils in der Rs. Achmea für die Entwicklung der Europäischen Union als Rechtsgemeinschaft. In: *EuZW* 2018, S. 357–363.

Mullen, Stephanie; Whitsitt, Elizabeth: ICSID and Legislative Consent to Arbitrate: Questions of Applicable Law. In: *ICSID Review* 2017, S. 92–115.

Müller, Joscha; Simon, Sven: Das Achmea-Urteil des EuGH und die Auswirkungen auf Streitbeilegungsmechanismen im Rechtsraum der EU. In: *NJOZ* 2018, S. 961–965.

Muryn, Ihor: Sixth Anniversary of the Crimea Crisis: Status Quo of the Crimea-related Investment Arbitration Cases against Russia. In: *SchiedsVZ* 2020, S. 16–22.

Nacimiento, Patricia; Bauer, Sascha: Das Achmea-Urteil des EuGH - und nun? In: *BB* 2018, S. 1347–1349.

Nettesheim, Martin: Das CETA-Urteil des BVerfG: eine verpasste Chance? In: *NJW* 2016, S. 3567–3570.

Newcombe, Andrew; Paradell, Lluís: *Law and Practice of Investment Treaties* 2009, Verlag: Wolters Kluwer.

Nikolov, Petyo; Dünkelsbühler, Alexander: 11. Tagung des Krickenbecker Kreises zum Internationalen Investitionsschutzrecht auf Schloss Wahn. In: *SchiedsVZ* 2019, S. 141–147.

Nikolov, Petyo; Schneider, Viktoria: 12. Tagung des Krickenbecker Kreises zum Internationalen Investitionsschutzrecht auf Schloss Montabaur. In: *SchiedsVZ* 2020, S. 138–143.

Orakhelashvili, Alexander: Article 30 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties: Application of the Successive Treaties Relating to the Same Subject-Matter. In: *ICSID Review* 2016, S. 344–365.

- Ossenbühl, Fritz; Cornils, Matthias: Staatshaftungsrecht. 6. Aufl. 2013, Verlag: C.H.Beck.
- Paparinskis, Martins: Investors' Remedies under EU Law and International Investment Law. In: *JWIT* 2016, S. 919–941.
- Papier, Hans-Jürgen: Schiedsverfahren, Mediation, Adjudikation und andere ADR-Verfahren. In: *IWRZ* 2016, 14-18.
- Paschalis, Paschalidis: Arbitral Tribunals and Preliminary References to the EU Court of Justice. In: *Arbitration International* 2017, S. 663–685.
- Pfeiffer, Thomas: Parteiautonomie und Internationalisierung in der DIS-SchGO. Neues IPR in DIS-Schiedsverfahren. In: *IWRZ* 2018, S. 213–218.
- Ratz, Peter: International and European Union Law Problems of Investment Arbitration involving the EU. 1. Aufl. 2017, Verlag: Nomos.
- Reinhold, Philipp: Investitionsrecht: Do we need a Multilateral Investment Court - Debating ISDS Reform between Enthusiasm and Scepticism. In: *EuZW* 2020, S. 589–590.
- Rengeling, Hans-Werner; Middeke, Andreas; Gellermann, Martin (Hg.): Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union. 3. Aufl. 2014, Verlag: C.H.Beck.
- Reuter, Alexander: Taking Investors' Rights Seriously: The Achmea and CETA Rulings of the European Court of Justice Do Not Bar Intra-EU Investment Arbitration. In: *ZaöRV* 2020, S. 379–427.
- Rösch, Karl Ömer: Intraeuropäisches Investitionsschutzrecht. Die Zulässigkeit von Schiedsverfahren und deren Harmonisierung mit dem Unionsrecht 2017, Verlag: Nomos.
- Rusche, Tim: Der Energiecharter-Vertrag auf dem Prüfstein von Achmea und CETA. In: *EuZW* 2020, S. 169–170.
- Sackmann, Julia: Im Schatten von CETA und TTIP: Zur Verfahrenstransparenz in Intra-EU-Investitionsschiedsverfahren. In: *SchiedsVZ* 2015, S. 15–19.
- Sasson, Monique: Substantive Law in Investment Treaty Arbitration. The Unsettled Relationship Between International Law and Municipal Law. 2. Aufl. 2017, Verlag: Wolters Kluwer.
- Schill, Stephan: Internationales Investitionsschutzrecht und Vergleichendes Öffentliches Recht: Grundlagen und Methode eines öffentlich-rechtlichen Leitbildes für die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit. In: *ZaöRV* 2011, S. 247–290.
- Schill, Stephan: Investitionsschutzrecht als Entwicklungsvölkerrecht. In: *ZaöRV* 2012, S. 261–308.

Schill, Stephan: Editorial: Opinion 2/13 - The End for Dispute Settlement in EU Trade and Investment Agreements? In: *JWIT* 2015, S. 379–388.

Schill, Stephan: Investitionsschutz in EU-Freihandelsabkommen: Erosion gesetzgeberischer Gestaltungsmacht. Eine rechtsvergleichende Analyse im Mehrebenengeflecht von Verfassungs-, Unions- und Völkerrecht am Beispiel des EU-Freihandelsabkommens mit Kanada (CETA). In: *ZaöRV* 2018, S. 33–92.

Schill, Stephan; Krajewski, Markus: Investor-Staats-Schiedsgerichtsbarkeit in TTIP. In: *EuZW* 2015, S. 105.

Schneider, Anne: Die Wiederaufnahme rechtskräftig abgeschlossener nationaler Verfahren nach EuGH Entscheidungen. In: *EuR* 2017, S. 433–453.

Scholtka, Boris: Investitionsschutzrecht: Schiedsklausel in unionsinternem Investitionsschutzabkommen. In: *EuZW* 2018, S. 239–244.

Schroeder, Werner: Freihandelsabkommen und Demokratieprinzip- Eine Untersuchung zur parlamentarischen Legitimation gemischter Verträge. In: *EuR* 2018, S. 119–140.

Schuelken, Tobias: Der Schutz kritischer Infrastrukturen vor ausländischen Direktinvestitionen in der Europäischen Union. Zum Vorschlag der EU-Kommission für eine Verordnung zur Schaffung eines Rahmens für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen - KOM (2017) 487 endg. In: *EuR* 2018, S. 577–593.

Schulze, Reiner: Das Europäische Wirtschaftsgesetzbuch - eine Chance für den Binnenmarkt? In: *IWRZ* 2016, 241-242.

Schütze, Rolf: Die Vorlageberechtigung von Schiedsgerichten an den EuGH 2007, S. 121–124.

Schwarze, Jürgen; Becker, Ullrich; Hatje, Armin; Schoo, Johann (Hg.): EU-Kommentar 2019, Verlag: Nomos.

Sieg, Oliver: Internationale Gerichtsstands- und Schiedsklauseln in allgemeinen Geschäftsbedingungen. In: *Recht der internationalen Wirtschaft* 1998, S. 102–107.

Spiegel, Nico: EuGH: Schiedssprüche und EG-Kartellrecht. In: *EuZW* 1999, S. 565–569.

Stegmann, Philipp Theodor: The Application of the Financial Responsibility Regulation in the Context of the ECT- Case for Convergence or "Square Peg, Round Hole"? In: *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht* 2017, S. 1–30.

Stegmann, Philipp Theodor: Responsibility of the EU and the Member States unter EU International Investment Protection Agreements. Between Traditional Rules, Proceduralisation and Federalisation. 1. Aufl. 2019, Verlag: Springer.

Stöbener de Mora, Patricia: Das Achmea-Urteil zum Intra-EU-Investitionsschutz. Die Auswirkungen und die Notwendigkeit eines EU-weiten Schutzmechanismus. In: *EuZW* 2018, S. 363–370.

Stöbener de Mora, Patricia: Investitionsschutzrecht: Klage im Vattenfall-Verfahren zulässig. In: *EuZW* 2018, S. 923–924.

Stöbener de Mora, Patricia: Ideen für einen Mechanismus zum Schutz von Investitionen im Binnenmarkt nach dem Ende der Intra-EU-BITs. In: *EuZW* 2019, S. 217–218.

Stöbener de Mora, Patricia: Investitionsschutz: Einigung zur Beendigung der Intra-EU-Abkommen. In: *EuZW* 2019, S. 883.

Stöbener de Mora, Patricia: Investitionsschutz: EuGH-Generalanwalt sieht Investitionsgerichtshof in CETA als unionsrechtskonform. In: *EuZW* 2019, S. 179–180.

Stöbener de Mora, Patricia: Investitionsschutz: EU-Vorschläge für UNCITRAL-Verhandlungen. In: *EuZW* 2019, S. 179.

Stöbener de Mora, Patricia: Investitionsschutz: EU-Vorschläge für UNCITRAL-Verhandlungen. In: *EuZW* 2019, 179.

Stöbener de Mora, Patricia: Investitionsschutz: Vereinbarung der EU-Mitgliedsstaaten zur Beendigung der Intra-EU-BITs. In: *EuZW* 2019, S. 140.

Stöbener de Mora, Patricia; Wernicke, Stephan: Riskante Vorgaben für Investitionsschutz und Freihandel - Das CETA-Gutachten des EuGH. In: *EuZW* 2019, S. 970–977.

Stoll, Tobias, Krüger, Hagen; Xu, Jia: Freihandelsabkommen und ihre Umweltschutzregelungen. In: *ZUR* 2014, 387-396.

Streinz, Rudolf: EUV/AEUV. Vertrag über die Europäische Union Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union Charta der Grundrechte der Europäischen Union. 3. Aufl. 2018, Verlag: C.H.Beck.

Stumpf, Christoph: Alternative Streitbeilegung im Verwaltungsrecht 2006, Verlag: Mohr Siebeck.

Tams, Christian: Procedural Aspects of Investor-State-Dispute Settlement: The Emergence of a European Approach. In: *JWIT* 2014, S. 585–611.

Terhechte, Jörg: Art. 351 AEUV, das Loyalitätsgebot und die Zukunft mitgliedstaatlicher Investitionsschutzverträge nach Lissabon. In: *EuR* 2010, S. 517–531.

- Thym, Daniel; Grabenwarter, Christoph: Das EMRK-Gutachten des EuGH, Pro und Kontra. In: *EuZW* 2015, S. 180.
- Tietje, Christian: The Applicability of the ECT in ICSID Arbitration of EU Nationals vs. EU Member States. In: *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht* 2008, S. 1–27.
- Tietje, Christian: Bilaterale Investitionsschutzverträge zwischen EU-Mitgliedsstaaten (Intra-EU-BITs) als Herausforderung im Mehrebenensystem des Rechts. In: *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht* 2011, S. 1–33.
- Titi, Catharine: Most-Favoured-Nation Treatment: Survival Clauses and Reform of International Investment Law. In: *Journal of International Arbitration* 2016, S. 425–440.
- Tonsgaard Andersen, Teis; Hindelang, Steffen: The Day After: Alternatives to Intra-EU-BITs. In: *JWIT* 2016, S. 984–1014.
- Wackernagel, Clemens: The Twilight of the BITs? EU Judicial Proceedings, the Consensual Termination of Intra-EU-BITs and Why that Matters for International Law. In: *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht* 2016, S. 1–46.
- Waibel, Michael; Kaushal, Asha; Kyo-Hwa Chung, Liz; Balchin, Claire (Hg.): *The Backlash against Investment Arbitration*. 1. Aufl. 2010, Verlag: Wolters Kluwer.
- Wank, Rolf: *Juristische Methodenlehre. Eine Anleitung für Wissenschaft und Praxis*. 1. Aufl. 2020, Verlag: Vahlen.
- Wegener, Bernhard: Familienstreitigkeiten nicht nach außen tragen?! Irlands Klage gegen die MOX-Anlage in Sellafield im Kompetenzstreit zwischen EuGH und Internationalem Seegerichtshof. In: *ZUR* 2006, S. 582–585.
- Wehland, Hanno: Schiedsverfahren auf der Grundlage bilateraler Investitionsschutzabkommen zwischen EU-Mitgliedsstaaten und die Einwendung des entgegenstehenden Gemeinschaftsrechts. In: *SchiedsVZ* 2008, S. 222–234.
- Wendel, Matthias: Der EMRK-Beitritt als Unionsrechtsverstoß. Zur völkerrechtlichen Öffnung der EU und ihren Grenzen. In: *NJW* 2015, S. 921–926.
- Wernicke, Stephan: Autonomie und Häresie - Investitionsschiedsgerichte in der Rechtsunion. In: *NJW* 2018, S. 1644–1647.
- Wilske, Stephan, Markert, Lars; Ebert, Björn: Entwicklungen der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit im Jahr 2019 und Ausblick auf 2020. In: *SchiedsVZ* 2020, S. 97–120.

- Wilske, Stephan, Markert, Lars; Ebert, Björn: Entwicklungen in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit im Jahr 2022 und Ausblick auf 2023. In: *SchiedsVZ* 2023, S. 121–142.
- Winkler, Jona Marie: Denial of Justice im internationalen Investitionsschutzrecht: Grundlagen und aktuelle Entwicklungen. In: *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht* 2015, S. 1–36.
- Winkler, Jona Marie: Das Verhältnis zwischen Investitionsschiedsgerichten und nationalen Gerichten: Vorläufiger Rechtsschutz und Emergency Arbitrator. In: *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht* 2018, S. 1–45.
- Wolf, Sebastian: Welthandelsrechtliche Rahmenbedingungen für die Liberalisierung ausländischer Direktinvestitionen. Multilaterale Investitionsverhandlungen oder Rückbesinnung auf bestehende Investitionsregelungen der WTO. In: *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht* 2006, S. 1–44.
- Wood, Michael: Choosing between Arbitration and a Permanent Court: Lessons from Inter-State Cases. In: *ICSID Review* 2017, S. 1–16.
- Zarowna, Agnieszka 2017: Termination of BITs and Sunset Clauses- What Can Investors in Poland Expect. Online verfügbar unter <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/02/28/booked-22-february-polish-bits/>.
- Zöller, Richard (Hg.): Zivilprozessordnung. 34. Aufl. 2022, Verlag: Dr. Otto Schmidt.

