

3 Besonderheiten des EU-Investitionsschutzrechts

3.1 Die EU als eigenständiger Akteur im internationalen Investitionsschutz

Die EU ist ein aus 27 MS bestehender Staatenverbund und seit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon 2009 Rechtsnachfolgerin der Europäischen Gemeinschaft.¹⁶⁰ Sie besitzt Rechtspersönlichkeit und eine sich vom Völkerrecht unterscheidende, sog supranationale Rechtsordnung.¹⁶¹ Die Unionsrechtsordnung wird in das Primärrecht und das Sekundärrecht unterteilt. Grundlage der EU sind mit dem Vertrag über die Europäische Union (im Folgenden: „EUV“) und dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (im Folgenden: „AEUV“) zwei zwischen ihren MS geschlossene völkerrechtliche Verträge (im Folgenden: „Verträge“). Sie bilden zusammen mit den übrigen Gründungsverträgen der EU, den Verträgen zur Änderung dieser Gründungsverträge, den Beitrittsverträgen der MS, den Protokollen im Anhang genannter Verträge, Zusatzverträgen und der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (im Folgenden: „GRC“) das Primärrecht.¹⁶² Als Sekundärrecht werden hingegen die auf Grundlage des Primärrechts von den Organen der EU erlassenen Rechtsakte bezeichnet. Auf einer Ebene zwischen Pri-

160 Art 1 EUV.

161 *Obwexer* in Jaeger/Stöger (Hrsg), EUV/AEUV Art 1 EUV Rz 38 (2020).

162 *EUR-Lex*, Das Primärrecht der Europäischen Union <eur-lex.europa.eu/DE/legal-content/summary/the-european-union-s-primary-law.html#:~:text=Das%20Primärrecht%20bestimmt%20die%20Aufteilung,Politik%20durch%20die%20EU%20Organe.> (03.07.2023).

mär- und Sekundärrecht stehen die von der EU abgeschlossenen internationalen Übereinkünfte.¹⁶³

Das Primärrecht regelt unter anderem die Ziele der EU, sowie die Befugnisse und Zuständigkeiten, die ihr von ihren MS zu deren Erreichung übertragen wurden. Im Rahmen dieser Zuständigkeitsverteilung wird zwischen ausschließlichen Zuständigkeiten der Union, zwischen MS und EU geteilten und unterstützenden Zuständigkeiten unterschieden.¹⁶⁴ Nach dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung darf die EU nur innerhalb der Grenzen der ihr ausdrücklich in den Verträgen übertragenen Zuständigkeiten tätig werden, während alle außerhalb davon liegenden Zuständigkeiten bei den MS verbleiben.¹⁶⁵

Während bis zum Vertrag von Lissabon Fragen des Investitionsschutzes weitgehend in der alleinigen Zuständigkeit der MS lagen, wurde danach mit Art 207 AEUV die ausschließliche Zuständigkeit der EU explizit auch auf ausländische Direktinvestitionen erstreckt. Durch diese Erweiterung der Gemeinsamen Handelspolitik wurde die Grundlage für eine selbstständige unionsrechtliche Investitionsschutzpolitik geschaffen und die Integration von Investitionsbestimmungen in EU-Handelsabkommen möglich.¹⁶⁶

Die EU tritt seitdem als wichtiger Akteur bei der Errichtung von bilateralen Investitionsschutzverträgen bzw Freihandelsabkommen mit Investitionsschutzkapiteln auf.¹⁶⁷ Diese Abkommen sollen an die Stelle der zahlreichen bisher von den einzelnen MS mit dem jeweiligen Drittstaat abgeschlossenen BITs treten. In der sog *Grandfathering-Verordnung* (im Folgenden: „EU-Grandfathering-VO“) wurde festgelegt, dass die bestehenden BITs der MS mit Drittstaaten in

163 *Europäisches Parlament*, Quellen und Geltungsbereich des Rechts der Europäischen Union <europarl.europa.eu/factsheets/de/sheet/6/quellen-und-geltungsbereich-des-rechts-der-europaischen-union> (29.06.2023).

164 Art 2 AEUV.

165 Art 5 EUV.

166 *Herrmann/Guilliard*, EU-Investitionsschutzpolitik nach Lissabon und Gutachten 2/15, in Krenzler/Herrmann/Niestedt (Hrsg), EU-Außenwirtschafts- und Zollrecht (2022) Rz 68 (69).

167 *Kriebaum/Reinisch* in Czernich/Deixler-Hübner/Schauer, Schiedsrecht, Rz 36.1 (36.22).

Geltung bleiben, sofern sie der KOM notifiziert wurden und solange keine Verträge zwischen der EU und denselben Drittstaaten über Investitionsschutz abgeschlossen worden sind.¹⁶⁸ Darüber hinaus wird darin bestimmt, dass die MS neue BITs mit Drittstaaten nur noch nach Rückermächtigung durch die KOM verhandeln und unterzeichnen dürfen. Da die Unionskompetenz explizit auf Direktinvestitionen beschränkt ist, Portfolioinvestitionen (und Regelungen zur Streitbeilegung zwischen Investoren und Staaten) also in die zwischen Union und MS geteilte Zuständigkeit fallen, müssen EU-Investitionsschutzverträge mit einem Drittstaat als gemischte Abkommen zwischen der EU, den 27 MS und dem jeweiligen Drittstaat geschlossen werden.¹⁶⁹ In diesem Fall müssen auch die nationalen Parlamente aller MS dem Abkommen zustimmen. Dies geht aus dem Gutachten 2/15 des EuGH vom 16. Mai 2017 zum Freihandelsabkommen zwischen der EU und Singapur (im Folgenden: „EuGH-Gutachten 2/15“) hervor.¹⁷⁰

3.2 Die Freihandelsabkommen der EU

Die von der EU mit Drittstaaten abgeschlossenen bilateralen Freihandelsabkommen unterscheiden sich teilweise stark hinsichtlich ihrer Ziele bzw ihres Regelungsumfangs. Insoweit lassen sich unterschiedliche „Generationen“ von EU-Freihandelsabkommen unterscheiden.¹⁷¹ In ihren jährlichen Berichten über die Umsetzung von Freihandelsabkommen beschreibt die KOM Abkommen, die über-

168 Art 3 VO 1219/2012/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2012 zur Einführung einer Übergangsregelung für bilaterale Investitionsschutzabkommen zwischen den Mitgliedsstaaten und Drittländern, ABl 2012 L 351/40.

169 *Reinisch* in Jaeger/Stöger (Hrsg), EUV/AEUV Art 207 AEUV Rz 23 (2018).

170 EuGH 16.05.2017, Gutachten 2/15 (Freihandelsabkommen EU Singapur).

171 Bericht über die Umsetzung von Freihandelsabkommen 1. Januar 2017 – 31. Dezember 2017, KOM (2018) 728 endg.; *Bundesministerium für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort*, EU-Freihandelsabkommen: Was liegt auf dem Tisch, 1 <fiw.ac.at/fileadmin/Documents/Publikationen/Policy_Briefs/47_FIW_Policy_Breif_Gruebler_Stoellinger_EU_Freihandelsabkommen.pdf> (29.06.2023).

wiegend vor 2006 geschlossen wurden und eher auf Zollerleichterungen abzielen als „Handelsabkommen der ersten Generation“.¹⁷² Unter „Abkommen der neuen Generation“ sind hingegen solche zu verstehen, die zusätzlich zu den traditionellen Regelungen hinsichtlich Zollabbau und nichttarifärer Handelshemmnisse auch Bestimmungen bezüglich verschiedener mit dem Handel zusammenhängender Bereiche enthalten.¹⁷³ Dazu gehören neben Bestimmungen zum Schutz des geistigen Eigentums, des Wettbewerbs und nachhaltiger Entwicklung beispielsweise auch Regelungen zu Investitionen. Man spricht in diesem Zusammenhang auch von sog „WTO plus-Abkommen“, da sie, anders als die Abkommen der ersten Generation, inhaltlich deutlich über die Materien des WTO-Rechts hinausgehen.¹⁷⁴

Die neue Generation bilateraler Handelsabkommen wurde mit dem EU-Freihandelsabkommen mit Südkorea begründet, welches seit Juli 2011 in Kraft steht. Von zentraler Bedeutung für das vorliegende Werk sind jene Abkommen dieser neuen Generation, welche materielle und prozessuale Vorschriften zum Investitionsschutz enthalten. Es handelt sich dabei um die Abkommen mit Kanada (*Comprehensive Economic and Trade Agreement*, im Folgenden: „CETA“), Singapur, Vietnam und Mexiko bzw auch das geplante (und gescheiterte) Freihandelsabkommen mit den USA.¹⁷⁵

Im Rahmen der Verhandlungen über Investitionskapitel in EU-Freihandelsabkommen wurde, insbesondere hinsichtlich des Abkommens mit Kanada und der geplanten Handels- und Investitionspartnerschaft mit den USA (*Transatlantic Trade and Investment Partnership*, im Folgenden: „TTIP“), öffentliche Kritik laut. Im Zentrum

172 Bericht der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen über die Umsetzung von Freihandelsabkommen 1. Januar 2018 – 31. Dezember 2018, KOM (2019) 455 endg.

173 EuGH 16.05.2017, Gutachten 2/15 (Freihandelsabkommen EU Singapur) Rz 17.

174 *Stancke*, TTIP, CETA und die Rolle des Wettbewerbsrechts in internationalen Freihandelsabkommen, *EuZW* 2016, 567 (569).

175 *Stöbener de Mora*, Investitionsschutz unter neuen Vorzeichen – Das Konzept der EU im weltweiten Kontext, *EuZW* 2021, 325 (328).

dieser Kritik stand der in den Abkommen geplante Investitionsschutz, speziell die Streitbeilegung in Form von ISDS-Verfahren.¹⁷⁶

Diese ISDS-Debatte ist von wesentlicher Bedeutung für die EuGH-Rechtsprechung zu Intra-EU-Investitionsschutzabkommen und generell für den Reformkurs der EU in Sachen Investitionsschutz. Deshalb sollen im Folgenden die bedeutsamsten Entwicklungen im Rahmen der Verhandlungen zu CETA und TTIP und die von Politik und Zivilgesellschaft geäußerten Hauptkritikpunkte erläutert werden.

3.2.1 TTIP-Verhandlungen: Die ISDS-Kritik und ihre Folgen

Die Verhandlungen zu TTIP wurden im Juli des Jahres 2013 aufgenommen und unter Ausschluss der Öffentlichkeit geführt.¹⁷⁷ Aufgrund heftiger öffentlicher Kritik an einem geplanten Investitionsschutzkapitel einschließlich ISDS wurde von der KOM am 21. Januar 2014 eine öffentliche Konsultation zur Ausgestaltung der diesbezüglichen Bestimmungen im TTIP durchgeführt. Dabei ging es vornehmlich um Fragen hinsichtlich des richtigen Gleichgewichts zwischen dem Schutz von Investoren einerseits und der Wahrung des Rechts von Staaten bzw der EU, Regelungen im öffentlichen Interesse zu erlassen (*right to regulate*, im Folgenden: „Regulierungsrecht“) andererseits. Zentraler Inhalt der Befragung war darüber hinaus eine mögliche Reform des ISDS.¹⁷⁸

Am 13. Januar 2015 veröffentlichte die KOM nach Auswertung von beinahe 150.000 Antworten die Ergebnisse der Online-Konsultation in Form eines Berichts. Die eingegangenen, überwiegend ablehnen-

176 Wiegandt, (Investitions-)Schiedsgerichtsbarkeit in der Kritik – eine Veranstaltung zur Versachlichung der Debatte, SchiedsVZ 2015, 138.

177 Deutscher Bundestag, TTIP: Abgeordnete fühlen sich schlecht informiert <bundestag.de/webarchiv/textarchiv/2014/49553317_kwo8_pa_umwelt-215760> (29.06.2023); Republik Österreich Parlament, TTIP und CETA – Schlagabtausch über Vorgangsweise <parlament.gv.at/PAKT/PR/JAHR_2014/PK0830/index.shtml> (29.06.2023).

178 Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 27. März 2014 – Europäische Kommission startet öffentliche Online-Konsultation über Investorenschutz in Transatlantischer Handels- und Investitionspartnerschaft <ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_14_292> (29.06.2023).

den Stellungnahmen richteten sich insbesondere gegen das Instrument des ISDS und verdeutlichten die allgemein, auch außerhalb der TTIP-Verhandlungen, gegen dieses Instrument vorgebrachten Kritikpunkte.¹⁷⁹

Allem voran sehen Kritiker durch die Möglichkeit der Investoren, mit der Erhebung von Schadenersatzforderungen zu drohen und damit Einfluss auf die staatliche Rechtssetzung und Verwaltungspraxis (das Regulierungsrecht) auszuüben, die nationale Souveränität eingeschränkt. Die Angst der Politik vor Schadenersatzklagen vor internationalen Investitionsschiedsgerichten, beispielsweise wegen entgangener Gewinne durch die Verabschiedung gesellschaftlich gewollter Gesetze, könne zu einem sog *regulatory chill* bzw *chilling effect* führen.¹⁸⁰ Dadurch könne, insbesondere in Bereichen wie Umwelt-, Arbeitnehmer- und Verbraucherschutz, der nationale Gesetzgeber bestehende Schutzniveaus nicht mehr aufrechterhalten oder an neue Bedrohungen anpassen.¹⁸¹

Ein weiterer Kritikpunkt betrifft die fehlende Transparenz von Investitionsschiedsgerichten, die teilweise weitgehend unter Ausschluss der Öffentlichkeit arbeiten („Geheimjustiz“).¹⁸² Problematisch gesehen wird auch die Tatsache, dass Schiedssprüche, beispielsweise im ICSID-Verfahren, grundsätzlich völkerrechtlich bindend sind, ohne dass diese von einer weiteren Schiedsinstanz oder nationalen Gerichten überprüft werden können. Darüber hinaus fehle es an struktureller Unabhängigkeit der Schiedsrichter, welche nicht auf Lebenszeit bestellt sind, sondern deren Honorar vielmehr von der Anzahl an Fällen, welche vor Investitionsschiedsgerichte gebracht würden, abhängig sei. Für Schiedsrichter bestehe ein Anreiz, Investorenrechte großzügig auszulegen, da nur diese, nicht hingegen

179 Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 13. Januar 2015 – Bericht über Konsultation zum Thema Investitionsschutz in den Handelsgesprächen mit den USA heute vorgestellt <ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_15_3201> (29.06.2023).

180 Tropper, Achmea – Über Investitionsschutz, Demokratie und das Wesen des Unionsrechts, *juridikum* 2018, 537 (540); Anmerkung: Siehe Unterkapitel 6.4.

181 Oeter in Ipsen, *Völkerrecht*, 1017 (Rz 57); Hummer, Was haben TTIP, CETA und TISA gemeinsam? „Investor-To-State Dispute Settlement“ (ISDS) als umstrittenes Element der EU-Freihandelsabkommen, *Integration* 2015, 3 (4).

182 v. Arnould, *Völkerrecht*⁴, Rz 1012.

Staaten, ISDS-Verfahren anstoßen können.¹⁸³ Zudem würde durch ISDS nur ausländischen Investoren ein zusätzlicher Rechtsweg eingeräumt, wodurch es zu einer Inländer diskriminierenden Ungleichbehandlung komme.¹⁸⁴ Dadurch werde eine „Paralleljustiz“ geschaffen, die in Rechtsstaaten der OECD-Welt mit einer funktionierenden bzw unabhängigen Justiz nicht zu rechtfertigen sei.¹⁸⁵ Durch die in Investitionsschutzabkommen regelmäßig verwendeten weiten Definitionen der Nationalität geschützter Investoren würde diesen das sog *treaty-shopping* bzw *forum-shopping* ermöglicht. Darunter wird die Möglichkeit für Unternehmen verstanden, durch Umstrukturierungsmaßnahmen in einem Vertragsstaat Ansprüche aus einem Abkommen geltend zu machen, obwohl das Unternehmen eigentlich aus einem anderen Staat ohne oder mit einem weniger günstigen Abkommen mit dem Gastgeberstaat kommt.¹⁸⁶ Des Weiteren seien die Kriterien für Rechtsverletzungen in Investitionsschutzabkommen oftmals unklar und würden dadurch uneinheitliche und willkürliche Entscheidungen der Schiedsgerichte ermöglichen.¹⁸⁷ Als weitere Kritikpunkte werden auch die oftmals ausgedehnte Dauer sowie die im Rahmen von ISDS-Verfahren anfallenden, häufig sehr hohen Kosten angeführt.¹⁸⁸

Im Mai 2015 reagierte die KOM auf den im Rahmen der öffentlichen Konsultation geäußerten Unmut mit der Präsentation des Konzeptpapiers „Investitionen in der TTIP und darüber hinaus: der Reformkurs. Stärkung des Rechts auf Regulierung und Übergang von den derzeitigen *ad-hoc*-Schiedsverfahren zu einem Investitionsgericht“.¹⁸⁹

183 Eibelshäuser, *The Pragmatism and Justice of International Investment Arbitration*, *Die Friedens-Warte* 2016, 81 (84).

184 *Diethelm*, ISDS-Regeln im CETA zwischen der EU und Kanada: Aspekte der Weiterentwicklung gegenüber früheren ISDS-Regelungen, *SchiedsVZ* 2019, 309 (311).

185 Eibelshäuser, *Die Friedens-Warte* 2016, 81 (83).

186 Tienhaara, *Investor-state dispute settlement*, in *Drahos* (Hrsg), *Regulatory Theory* (2017) 675 (681).

187 *Hummer*, *Integration* 2015, 3 (9).

188 *Europäische Kommission*, Konzeptpapier – Investitionen in der TTIP und darüber hinaus: der Reformkurs 7 ff <trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153455.pdf> (03.01.2023); *Stöbener de Mora*, *EuZW* 2021, 325 (328).

189 <trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153455.pdf> (03.01.2023).

Darin wurden im Wesentlichen folgende konkrete Reformen für ISDS vorgeschlagen:

- Stärkung der staatlichen Rechtssetzungsbefugnis (Regulierungsrecht),
- Verbesserung der Zusammensetzung und Funktionsweise von Schiedsgerichten,
- Einführung eines Berufungsmechanismus und
- klare Regelung des Verhältnisses zwischen innerstaatlichen Gerichten und privaten Schiedsgerichten (insbesondere zur Vermeidung einer Paralleljustiz).

Diese Reformen sollten nicht nur im TTIP festgeschrieben, sondern darüber hinaus standardmäßiger Bestandteil aller künftigen Handels- und Investitionsabkommen der EU mit Drittstaaten werden.¹⁹⁰

Am 8. Juli 2015 verabschiedete das Europäische Parlament eine TTIP-Resolution, in der sich die Abgeordneten für ein umfassendes Abkommen aussprachen und ihre Forderungen hinsichtlich eines Verhandlungsergebnisses mit den USA darstellten.¹⁹¹

Im September 2015 hat die KOM daraufhin einen Vorschlag für ein neues, transparentes Streitbeilegungssystem für Investoren und Staaten – die Investitionsgerichtsbarkeit (*Investment Court System*, im Folgenden: „ICS“) präsentiert.¹⁹² Dieses wurde von der KOM zusammen mit der kanadischen Regierung im Rahmen der CETA-Verhandlungen erarbeitet. Der Vorschlag wurde im November 2015 als EU-Vorschlag in die TTIP-Verhandlungen eingebracht. Grundlage dafür waren Beiträge des Europäischen Parlaments, der MS, nationaler Parlamente sowie interessierter Kreise, die sich im Rahmen der TTIP-Konsultation zu ISDS geäußert haben. In Abkehr der bishe-

190 [4 <trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153455.pdf>](https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153455.pdf) (03.01.2023).

191 *Europäisches Parlament*, Entschließung des Europäischen Parlaments vom 8. Juli 2015 mit den Empfehlungen des Europäischen Parlaments an die Kommission zu den Verhandlungen über die Transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft (TTIP) [<europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2015-07-08_DE.html>](http://europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2015-07-08_DE.html) (29.06.2023).

192 *Europäische Kommission*, Pressemitteilung vom 16. September 2015 – Kommission schlägt Investitionsgerichtsbarkeit für TTIP und andere EU-Handels- und Investitionsabkommen vor [<ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_15_5651>](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_15_5651) (29.06.2023).

gen ISDS-Verfahren sieht dieser prozedurale und inhaltliche Reformen vor:

- Etablierung einer öffentlichen Investitionsgerichtsbarkeit, bestehend aus einem Gericht erster Instanz und einem Berufungsgericht
- Urteilsfällung durch öffentlich bestellte, hochqualifizierte Richter (ähnlich dem IGH oder dem WTO-Berufungsgremium)
- Ausschluss unberechtigter Klagen durch eine genaue Festlegung der Klagemöglichkeiten
- Verankerung und Garantie des staatlichen Rechts auf Regulierung

Die ICS soll demnach das bisherige ISDS-Verfahren ersetzen und neben TTIP auch zur Grundlage aller anderen gegenwärtigen und künftigen Vertragsverhandlungen der EU werden. Der Vorschlag enthielt darüber hinaus auch die bereits im Konzeptpapier vom Mai 2015 angeführte Idee, ein ständiges internationales Investitionsgericht bzw einen Multilateralen Investitionsgerichtshof (*Multilateral Investment Court*, im Folgenden: „MIC“) zu errichten, welcher langfristig die ICS ersetzen soll.¹⁹³

Seit Anfang 2017 ruhen die TTIP-Verhandlungen zwischen der EU und den USA und werden nicht fortgeführt.¹⁹⁴

3.2.2 CETA-Verhandlungen

Die Verhandlungen zum Entwurf des Umfassenden Wirtschafts- und Handelsabkommens EU-Kanada haben bereits im Mai 2009 begonnen und wurden von der KOM unter Ausschluss der Öffentlichkeit geführt.¹⁹⁵ Im August 2014 wurden die technischen Verhandlungen

193 <ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_15_5651> (29.06.2023); Anmerkung: Siehe Unterkapitel 4.6.1.

194 *Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz*, Aktuelle Freihandelsverhandlungen <bmwk.de/Redaktion/DE/Artikel/Aussenwirtschaft/freihandelsabkommen-aktuelle-verhandlungen.html> (29.06.2023).

195 *Republik Österreich Parlament*, CETA: EU-Unterausschuss diskutiert Freihandelsabkommen mit Kanada <parlament.gv.at/PAKT/AKT/SCHLTHEM/SCHLAG/2014/2014_09_17_EU_Ausschuss.shtml#> (29.06.2023).

beendet.¹⁹⁶ Die im vorherigen Kapitel geschilderten Entwicklungen im Rahmen der TTIP-Verhandlungen sind eng verwoben mit jenen von CETA. Die von der Zivilgesellschaft im Rahmen der öffentlichen Konsultation zum TTIP geäußerten Bedenken haben die EU dazu veranlasst, eine Reform des Investitionsschutzes einzuleiten, die zwar nicht mit den USA, jedoch mit Kanada realisiert werden konnte. So wurden in die endgültige Fassung des europäisch-kanadischen Abkommens alle wesentlichen Elemente des neuen Investitionsschutzansatzes übernommen, die im Vorschlag zum TTIP von November 2015 dargelegt wurden.¹⁹⁷ Demnach soll mit dem Kapitel 8 Abschnitt F CETA (Art 8.18 bis 8.45) ein Investitionsstreitbeilegungsmechanismus zwischen Investoren und Staaten eingerichtet werden, wobei ein Gericht und eine Rechtsbehelfsinstanz eingesetzt werden sollen. Die Tätigkeit dieses CETA-Gerichts samt Rechtsbehelfsinstanz soll letztendlich mit der Errichtung eines MIC enden, der deren Aufgaben übernimmt.¹⁹⁸ Der EuGH hat in seinem Gutachten 1/17 vom 30. April 2019 die Vereinbarkeit dieses Kapitels zum gerichtlichen Rechtsschutz von Investoren mit dem Unionsrecht bestätigt.¹⁹⁹

Die Pläne der KOM, CETA als sog *EU-only*-Abkommen vorzuschlagen, wurden heftig kritisiert. Dies hätte nämlich bedeutet, der Abschluss des gesamten Abkommens fiel in die ausschließliche Zuständigkeit der EU, wodurch die Notwendigkeit einer Ratifikation durch die einzelnen mitgliedstaatlichen Parlamente ausgeschlossen worden wäre. In der Folge legte die KOM im Juli 2016 den MS stattdessen doch drei Vorschläge für die Unterzeichnung, die vorläufige

196 *Europäisches Parlament*, CETA: Parlament billigt Handelsabkommen zwischen EU und Kanada <europarl.europa.eu/news/de/press-room/20170209IPR61728/ceta-parlament-billigt-handelsabkommen-zwischen-eu-und-kanada> (29.06.2023).

197 *Europäische Kommission*, Pressemitteilung vom 29. Februar 2016 – CETA: EU und Kanada verständigen sich auf neuen Ansatz bei Investitionen <ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_16_399> (29.06.2023); Anmerkung: Siehe vorheriges Unterkapitel.

198 *Kriwanek/Tuma*, EuGH-Gutachten: CETA – Investitionsgerichtsbarkeit, RdW 2019, 296.

199 EuGH 30.04.2019, Gutachten 1/17 (CETA).

Anwendung und die Annahme eines „gemischten“ Kanada-Abkommens vor.²⁰⁰

CETA wurde schließlich am 30. Oktober 2016 vom Europäischen Rat, der KOM und der kanadischen Regierung unterzeichnet.²⁰¹ Das Europäische Parlament hat dem Abkommen am 15. Februar 2017 mit großer Mehrheit zugestimmt. Am 21. September 2017 ist CETA vorläufig in Kraft getreten, wobei die vorläufige Anwendung nur für diejenigen Bereiche gilt, die unumstritten in die alleinige Zuständigkeit der EU fallen. Im Juni 2018 wurde das Abkommen im (österreichischen) Nationalrat ratifiziert²⁰², der Deutsche Bundestag folgte im Dezember 2022.²⁰³ Für ein vollständiges Inkrafttreten muss CETA aufgrund seines gemischten Charakters (bzw aufgrund der Feststellungen im EuGH-Gutachten 2/15) allerdings von den Parlamenten aller 27 EU-MS ratifiziert werden.²⁰⁴ Bis dahin gelangen deshalb insbesondere die beschriebenen investitionsschutzrechtlichen Bestimmungen nicht zur Anwendung.²⁰⁵

200 *Dorninger/Schernthanner/Schrott/Stowasser/Tasch-Ronner*, Institutionelle Rahmenbedingungen des Welthandels, in Gnan/Kronberger (Hrsg), Schwerpunkt Aussenwirtschaft 2016/2017 (2017) 55 (68).

201 *Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz*, CETA – Das europäisch-kanadische Wirtschafts- und Handelsabkommen <bmwk.de/Redaktion/DE/Dossier/ceta.html> (29.06.2023).

202 *Der Standard*, Nationalrat hat Handelsabkommen CETA beschlossen <derstandard.at/story/2000081476410/nationalrat-beschliesst-handelsabkommen-ceta> (29.06.2023).

203 *Der Spiegel*, Bundestag ratifiziert Ceta-Freihandelsabkommen <spiegel.de/politik/deutschland/ceta-bundestag-ratifiziert-freihandelsabkommen-mit-kanada-a-2a3a4f47-3efb-45do-ac9c-be5192930634> (29.06.2023).

204 *Europäische Kommission*, Pressemitteilung vom 20. September 2017 – Handelsabkommen zwischen der EU und Kanada tritt in Kraft <ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_17_3121> (29.06.2023).

205 *Adler/Jensen*, Vereinbarkeit des CETA-Streitbeilegungsmechanismus mit Unionsrecht, *ecolx* 2020, 62; Anmerkung: Mit Stand 7. Juli 2023 wurde CETA von 17 MS ratifiziert, es fehlen also noch die Ratifikationen von zehn MS für ein vollständiges Inkrafttreten des Abkommens – *EURACTIV*, Bundestag ratifiziert CETA: Druck auf andere Länder steigt <euractiv.de/section/europa-kompakt/news/bundestag-ratifiziert-ceta-druck-auf-andere-laender-steigt/> (07.07.2023).

3.3 Intra-EU-BITs

BITs können, wie bereits angemerkt, nicht nur zwischen der EU und Drittstaaten, sondern auch zwischen einzelnen MS und Drittstaaten abgeschlossen werden (im Folgenden: „Extra-EU-BITs“).²⁰⁶ Darüber hinaus wurden in der Vergangenheit auch zahlreiche BITs zwischen den (nunmehrigen) MS untereinander geschlossen, galten also innerhalb der EU selbst (Intra-EU-BITs). Die MS sind Vertragsparteien fast der Hälfte der weltweit über 2.800 vereinbarten BITs.²⁰⁷ Zwischenzeitlich waren etwa 200 dieser Abkommen Intra-EU-BITs.²⁰⁸ Deutschland hat 1959 mit Pakistan nicht nur das erste BIT überhaupt, sondern mit insgesamt 155 solcher Abkommen weltweit auch die meisten BITs abgeschlossen.²⁰⁹ Österreich hat insgesamt 69 BITs unterzeichnet.²¹⁰

Im Folgenden werden die bedeutsamsten Geschehnisse von der Entstehung der Intra-EU-BITs bis zum Abschluss des Beendigungsabkommens erläutert.

3.3.1 Extra-EU-BITs werden zu Intra-EU-BITs

Vor allem in den 1990er Jahren kam es zwischen den MS und insbesondere osteuropäischen Staaten, als diese selbst noch keine MS waren, zum Abschluss zahlreicher BITs.²¹¹ Damit wurde bezweckt, privaten Anlegern, die in die Beitrittskandidatenländer der EU-Er-

206 Anmerkung: Seit 2013 müssen hierfür allerdings die Regelungen der EU-Grandfathering-VO eingehalten werden – siehe Unterkapitel 3.1.

207 ¹ <trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153455.pdf> (03.01.2023).

208 Keller/Schmitt, BIT-Übergangs-VO, in Krenzler/Herrmann/Niestedt (Hrsg.), EU-Außenwirtschafts- und Zollrecht (2022) Rz 32 (33).

209 UNCTAD, International Investment Agreements Navigator – Germany <investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/78/germany> (29.06.2023).

210 UNCTAD, International Investment Agreements Navigator – Austria <investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/12/austria> (29.06.2023).

211 Europäische Kommission, Faktencheck: EU-interne bilaterale Investitionsschutzabkommen <ec.europa.eu/newsroom/fisma/items/24581/de> (29.06.2023).

weiterungen von 2004, 2007 und 2013 investieren wollten, damals allerdings zum Teil aus historisch-politischen Gründen Bedenken hatten, Sicherheit zu geben.²¹² Mit dem EU-Beitritt der betreffenden Staaten wurden diese BITs zu Intra-EU-BITs – sie wurden nicht explizit aufgehoben und blieben somit weiterhin bestehen.²¹³ Da keines dieser Intra-EU-BITs ursprünglich zwischen zwei MS geschlossen wurde, handelt es sich dabei um ein reines Beitrittsphänomen. Fast 150 solcher Abkommen wurden als Reaktion auf den Zusammenbruch des „Ostblocks“ allein in den 1990er Jahren geschlossen, so dass in der Zwischenzeit jeder MS Vertragspartner mindestens eines Intra-EU-BITs war.²¹⁴

In den meisten dieser Abkommen sind klassische ISDS-Klauseln enthalten, wodurch ausländischen Investoren die Möglichkeit eingeräumt wird, im Streitfall anstelle der nationalen Gerichte des Gaststaats internationale Schiedsgerichte anzurufen. Während die Abkommen ursprünglich nur Investitionen außerhalb der EU betrafen, führte deren „Verinnergemeinschaftlichung“ deshalb dazu, dass von diesen Abkommen betroffenen Investoren in bestimmten MS zusätzlicher Investitionsschutz verschafft wurde. Ein Mehr an Investitionsschutz, das Investoren, die nicht von diesen nunmehrigen Intra-EU-BITs erfasst werden, im EU-Binnenmarkt fehlt.²¹⁵

3.3.2 Der Sinneswandel der KOM

Die Vereinbarkeit solcher, auf in Intra-EU-BITs enthaltenen ISDS-Klauseln gestützte Schiedsverfahren („Intra-EU-Verfahren“) mit

212 <trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153455.pdf> (03.01.2023).

213 Tietje, Außenwirtschaftsrecht, in Tietje/Nowrot (Hrsg), Internationales Wirtschaftsrecht³ (2021) 938 (Rz 80).

214 Berger, EuZW 2021, 342 (343).

215 Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 18. Juni 2015 – Kommission fordert Mitgliedstaaten zur Beendigung ihrer EU-internen bilateralen Investitionsschutzabkommen auf <ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_15_5198> (29.06.2023); Wehland, Schiedsverfahren auf der Grundlage bilateraler Investitionsschutzabkommen zwischen EU-Mitgliedstaaten und die Einwendung des entgegenstehenden Gemeinschaftsrechts, SchiedsVZ 2008, 222 (223).

Unionsrecht war seit jeher umstritten. Bereits im ersten eingeleiteten Intra-EU-Verfahren im Jahr 2004 argumentierte die Tschechische Republik als beklagter Staat mit der Unwirksamkeit und Unanwendbarkeit von, in Intra-EU-BITs enthaltenen, Schiedsklauseln aufgrund ihrer Unvereinbarkeit mit Unionsrecht infolge ihres EU-Beitritts. Während die KOM diese Abkommen vor ihrer Verwandlung in Intra-EU-BITs noch unterstützte bzw zur Stärkung des Anlegerschutzes sogar empfahl, stellte sich in Folge der EU-Erweiterungen auch bei ihr zunehmend eine ablehnende Haltung ein.²¹⁶ 2006 wurden Bedenken von der für den Binnenmarkt zuständigen Generaldirektion der KOM in einem Vermerk geäußert. Die Autoren dieses Vermerks waren der Auffassung, dass die in Intra-EU-BITs enthaltenen Regelungen überwiegend durch Unionsrecht ersetzt wurden und deren rechtlicher Charakter nach dem EU-Beitritt nicht vollständig geklärt sei. In seinem Jahresbericht vom November 2006 an die KOM und den Ministerrat bezog sich der Wirtschafts- und Finanzausschuss, ein der KOM berichterstattendes und beratendes Gremium, auf diese Äußerungen. Darin forderte dieser von den MS, sie sollen den Bedarf für Intra-EU-BITs prüfen und die KOM über damit zusammenhängende, eingeleitete Schritte verständigen. Darüber hinaus beschrieb er die Gefahr einer Kollision dieser Abkommen mit dem Unionsrecht, was er in den darauffolgenden Jahren wiederholte.²¹⁷

Diese Bedenken wurden von der KOM übernommen. Seitdem stützt die KOM ihre Kritik hinsichtlich Intra-EU-BITs und Intra-EU-Verfahren im Wesentlichen auf zwei Argumente. Einerseits seien die Abkommen wegen des *lex posterior*-Prinzips gem Art 59 Wiener Vertragsrechtskonvention (*Vienna Convention on the Law of Treaties*, im Folgenden: „WVK“) unwirksam.²¹⁸ Andererseits seien die ISDS-Klauseln mit den Unionsverträgen unvereinbar. Ihren Standpunkt

216 <ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_15_5198> (29.06.2023); *Stöbener de Mora*, EuZW 2019, 140.

217 *Wehland*, SchiedsVZ 2008, 222 (223).

218 Anmerkung: Nach dieser völkerrechtlichen Bestimmung gilt ein Vertrag als beendet, wenn alle Vertragsparteien später einen, sich auf denselben Gegenstand beziehenden, Vertrag abschließen und aus dem späteren Vertrag hervorgeht oder anderweitig feststeht, dass die Parteien beabsichtigen, den Gegenstand durch den späteren Vertrag zu regeln oder die Bestimmungen des späteren Vertrags mit jenen des früheren Vertrags in solchem Maße unvereinbar sind,

vertrat die KOM regelmäßig in Intra-EU-Verfahren als *amicus curiae*.²¹⁹ Aufseiten der Schiedsgerichte wurde diese Argumentation hingegen nicht geteilt.²²⁰ Auch die meisten MS ignorierten die von der KOM über mehrere Jahre wiederholten Hinweise, Intra-EU-BITs seien mit Unionsrecht unvereinbar, und hielten zunächst an ihren Abkommen fest.²²¹

3.3.3 Erste Vertragsverletzungsverfahren gegen MS wegen Nichtbeendigung ihrer Intra-EU-BITs

Die KOM leitete schließlich im Juni 2015 Vertragsverletzungsverfahren gegen fünf MS ein und forderte diese zur Beendigung der von ihnen geschlossenen Intra-EU-BITs auf.²²² Das an die MS Österreich, Schweden, Rumänien, Slowakei und die Niederlande gerichtete Aufforderungsschreiben stellt die erste Stufe dieses in Art 258 AEUV geregelten Verfahrens dar.²²³ Parallel dazu forderte die KOM die üb-

dass beide Verträge eine gleichzeitige Anwendung nicht zulassen. Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge, BGBl 40/1980 idF III 175/2020.

- 219 Sackmann, Im Schatten von CETA und TTIP: Zur Verfahrenstransparenz in Intra-EU-Investitionsschiedsverfahren, *SchiedsVZ* 2015, 15 (19); Anmerkung: Der Begriff *amicus curiae* beschreibt eine unbeteiligte Person oder Personenmehrheit, der es gestattet wird, zu wichtigen Fragen eines anhängigen Rechtsstreits Stellung zu nehmen. Kühne, *Amicus Curiae – Richterliche Informationsbeschaffung durch Beteiligung Dritter* <mohrsiebeck.com/buch/amicus-curiae-9783161531477?no_cache=1#:~:text=Der%20Begriff%20amicus%20curiae%20(Freund,anh%C3%A4ngigen%20Rechtsstreits%20Stellung%20zu%20nehmen.> (29.06.2023).
- 220 Berger, *International Investment Protection within Europe* (2021) 93 und 102.
- 221 Berger, *EuZW* 2021, 342 (343); <ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_15_5198> (29.06.2023).
- 222 <ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_15_5198> (29.06.2023).
- 223 Anmerkung: Dieser Artikel berechtigt die KOM dazu, eine begründete Stellungnahme abzugeben, wenn ihrer Auffassung nach ein MS gegen eine Verpflichtung aus den EU-Verträgen verstoßen hat. Davor hat sie dem betroffenen Staat die Gelegenheit zu geben, sich hierzu zu äußern. Sollte der MS der Stellungnahme innerhalb einer von der KOM bestimmten Frist nicht nachkommen, so kann diese den EuGH anrufen. *Karpenstein* in Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), *Kommentar: Das Recht der Europäischen Union*⁷⁶ AEUV Art 258, Rz 28.

rigen 21 MS, die ihre Intra-EU-BITs bis dahin noch aufrechterhalten hatten, zu Stellungnahmen auf.²²⁴

Diese Schreiben wurden im Rahmen von EU-Pilot-Verfahren versandt, die der KOM und den MS dabei helfen sollen, Probleme bei der Anwendung des Unionsrechts frühzeitig beseitigen zu können, bevor ein Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet wird.²²⁵ Da diese Phase von den fünf angeführten MS bereits durchlaufen wurde, haben sie bereits Aufforderungsschreiben als erste Stufe eines förmlichen Verfahrens gem Art 258 AEUV erhalten.²²⁶ Die Abkommen der betroffenen MS waren nämlich Gegenstand von Schiedsverfahren und haben Fragen hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit Unionsrecht aufgeworfen. Bis zu diesem Zeitpunkt hatten bloß die zwei MS Irland (im Jahr 2012) und Italien (im Jahr 2013) sämtliche ihrer Intra-EU-BITs beendet.²²⁷

Die KOM begründete diesen Schritt erneut mit der Unvereinbarkeit von Intra-EU-BITs mit dem Unionsrecht. Indem nur Investoren bestimmter MS auf bilateraler Basis Rechte verliehen werden, komme es zu einer Zersplitterung des Binnenmarkts. Da alle Anleger in der EU im Rahmen des Unionsrechts einen einheitlichen Schutz genießen (insbesondere die Niederlassungsfreiheit und den freien Kapitalverkehr), seien derartige Abkommen zwischen zwei MS überflüssig. Die sich dadurch ergebende Diskriminierung einzelner Investoren aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit und die daraus folgende Unvereinbarkeit mit Unionsrecht entspreche insbesondere auch der ständigen Rechtsprechung des EuGH.²²⁸

224 <ec.europa.eu/newsroom/fisma/items/24581/de> (29.06.2023).

225 *Europäische Kommission*, EU Pilot <ec.europa.eu/internal_market/scoreboard/archives/2014/02/performance_by_governance_tool/eu_pilot/index_de.htm#content> (03.05.2023).

226 <ec.europa.eu/newsroom/fisma/items/24581/de> (29.06.2023).

227 <ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_15_5198> (29.06.2023).

228 <ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_15_5198> (29.06.2023).

3.3.4 Non-Paper der MS zum Thema Intra-EU-BITs

Als Reaktion auf die von der KOM im Juni 2015 eingeleiteten Vertragsverletzungsverfahren erstellten zwei der davon betroffenen MS, Österreich und die Niederlande, zusammen mit Deutschland, Frankreich und Finnland ein sog Non-Paper²²⁹ (im Folgenden: „Non-Paper“).²³⁰ Das Diskussionspapier wurde von den Delegationen dieser fünf MS am 7. April 2016 im Ausschuss für Handelspolitik des Rates der Europäischen Union vorgelegt und enthielt Überlegungen, die dabei helfen sollten, eine Kompromisslösung für die Beendigung aller Intra-EU-BITs zu finden. Darin wurde der Abschluss eines völkerrechtlichen Abkommens zwischen allen MS vorgeschlagen, welches die zwischen ihnen geschlossenen Investitionsschutzabkommen unmittelbar ersetzen sollte. Zum einen sollte dadurch das Auslaufen der bestehenden Intra-EU-BITs organisiert werden können, zum anderen sollte dadurch sichergestellt werden, dass Intra-EU-Investoren, auch nach dem Abbau dieser Verträge angemessener materieller und verfahrensrechtlicher Schutz garantiert wird.²³¹

3.3.4.1 Das Beendigungsverfahren

Konkret wurde in diesem Non-Paper ausgeführt, dass die Delegationen eine koordinierte Beendigung von Intra-EU-BITs anstelle paralleler einseitiger oder bilateraler Kündigungsverfahren bevorzugen.

229 Anmerkung: Als „Non-Paper“ wird im diplomatischen Sprachgebrauch der Europäischen Union ein informelles Dokument bezeichnet, das, regelmäßig ohne ausdrückliche Namensnennung, in geschlossenen Verhandlungen innerhalb der EU-Institutionen vorgelegt wird, um die Akzeptanz von Vorschlägen zu testen. *Bundeszentrale für politische Bildung*, Non-Paper <bpb.de/kurz-knapp/lexika/das-europalexikon/177158/nonpaper-auch-non-paper/> (29.06.2023); *The Penguin Companion to European Union*, Non-Paper <penguincompaniontoeu.com/additional_entries/non-paper/> (29.06.2023);

230 *Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz*, Intra-EU Investment Treaties – „Non-Paper“ von Österreich, Finnland, Frankreich, Deutschland und den Niederlanden zum Thema EU-interne Investitionsschutzabkommen <bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/I/intra-eu-investment-treaties.html> (29.06.2023); Anmerkung: Non-Paper aufrufbar unter angegebenem Link.

231 Punkt 2 Non-Paper; *Stöbener de Mora*, Investitionsschutzrecht: Non-Paper der Mitgliedstaaten zu Nachfolgemechanismus für Intra-EU-BITs, *EuZW* 2016, 446.

Zu diesem Zweck biete sich der Abschluss eines multilateralen Übereinkommens zwischen den MS an, das an die Stelle der zwischen den MS bestehenden Intra-EU-BITs treten soll. Dies stünde insbesondere auch im Einklang mit Art 59 WVK.²³²

Die Delegationen bekundeten darüber hinaus auch ihre Bereitschaft, alle Intra-EU-BITs mit sofortiger Wirkung, dh ohne Berücksichtigung der in den bilateralen Abkommen enthaltenen Nachwirkungsklauseln, mit Inkrafttreten des vorgeschlagenen Übereinkommens aufzukündigen. Das Abkommen sollte deshalb vorsehen, dass Intra-EU-BITs mit dessen Inkrafttreten sofort und vollständig außer Kraft gesetzt werden und deren Nachwirkungsklauseln nicht gelten. Darüber hinaus sollten bereits gekündigte Verträge, die wegen ihrer Nachwirkungsklauseln noch für eine bestimmte Dauer gelten, mit Inkrafttreten des vorgeschlagenen Übereinkommens nicht mehr anwendbar sein. Dadurch sollte verhindert werden, dass sich der Beendigungsprozess um mehrere Jahre verzögert.²³³

Ferner dürfe sich aus Sicht der Delegationen eine Maßnahme zur Beendigung von Intra-EU-BITs nicht auf anhängige ISDS-Verfahren auswirken, die auf Grundlage dieser Abkommen eingeleitet wurden. Allerdings sollten detaillierte und angemessene Verfahrensregelungen, beispielsweise bestimmte Fristen, in Betracht gezogen werden, um einer Häufung von Investorenklagen gegenüber den MS vor Inkrafttreten des vorgeschlagenen Abkommens vorzubeugen. Auch sollte mithilfe spezifischer Bestimmungen sichergestellt werden, dass Schiedssprüche auf Grundlage bereits bestandener Intra-EU-BITs, die in Streitfällen vor Inkrafttreten des vorgeschlagenen Abkommens erlassen wurden, mit dem Unionsrecht vereinbar und dementsprechend auch in der EU vollstreckbar sind.²³⁴

3.3.4.2 Der Nachfolge-Schutzmechanismus zu Intra-EU-BITs

Um zu verhindern, dass sich mit der Beendigung der Intra-EU-BITs Rechtsschutzlücken für Intra-EU-Investoren auftun, müsse das vor-

232 Punkt 3 Non-Paper.

233 Punkt 4 Non-Paper.

234 Punkt 5 Non-Paper.

geschlagene Abkommen nach Ansicht der Delegationen bei grenzüberschreitenden Investitionen im Binnenmarkt ein angemessenes Niveau an materiellem und verfahrensrechtlichem Schutz bieten. Insgesamt sollte dadurch unter anderem eine drohende Haftung der MS gegenüber ihren eigenen Investoren wegen der Aufhebung von BITs ohne die Berücksichtigung der Nachwirkungsklauseln vermieden werden. Es gelte auch, einen Präzedenzfall zu verhindern, der möglicherweise von Drittstaaten genutzt werden könnte, indem diese die einseitige Beendigung von BITs verlangen, ohne Nachwirkungsklauseln anzuwenden oder Reformationsvorschläge für den Investitionsschutz in neuen Abkommen ablehnen.

Die Gewährleistung moderner Investitionsschutzgarantien, insbesondere durch einen an die Stelle der Intra-EU-BITs tretenden alternativen Schutzmechanismus, sei nicht zuletzt auch für die Schaffung gleicher Wettbewerbsbedingungen für Intra-EU-Investoren gegenüber ihren ausländischen Konkurrenten erforderlich. Sollten Intra-EU-Investoren schlechter geschützt werden als Extra-EU-Investoren, so werde für erstere der Anreiz geschaffen, ihre Auslandsinvestitionen außerhalb der EU zu tätigen, was dem Funktionieren des Binnenmarktes schaden würde.²³⁵

Hinsichtlich der Investitionsschutzgarantien sollte das vorgeschlagene Abkommen materielle Bestimmungen beinhalten, die den im Rahmen der TTIP-Verhandlungen entwickelten Grundsätzen entsprechen. Dazu gehöre insbesondere die Verankerung der Grundsätze der gerechten und billigen Behandlung, des vollen Schutzes und Sicherheit, der Enteignungsentschädigung, aber auch des Regulierungsrechts der MS. Da das geltende EU-Investitionsschutzrecht eine stark zersplitterte Rechtsmaterie sei, deren Bestimmungen in vielen unterschiedlichen Rechtsinstrumenten zu suchen seien, würden sich oftmals Schwierigkeiten bei der Feststellung und Anwendung der Rechte von Intra-EU-Investoren ergeben. Deshalb sollte das vorgeschlagene Abkommen dazu dienen, die Investitionsschutzgarantien neu zu formulieren und zu kodifizieren. Dies sollte einerseits Investoren eindeutig über Inhalt und Umfang ihrer Rechte aufklären und

235 Punkt 6 Non-Paper.

andererseits Richtern ermöglichen, das EU-Investitionsschutzrecht konsequent und vorhersehbar anzuwenden.²³⁶

Bezüglich des Verfahrensschutzes für Intra-EU-Investoren sollten die nationalen Gerichte der MS vorrangig für die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zuständig sein. Allerdings sollte das vorgeschlagene Abkommen auch alternative Mechanismen für Fälle vorsehen, in denen eine außergerichtliche Streitbeilegung besser geeignet wäre oder Streitigkeiten nicht durch nationale Gerichtsverfahren gelöst werden können.²³⁷

Die Delegationen schlugen hier einen Mediationsmechanismus zwischen Investor und Staat vor. Die Mediatoren sollten *ad hoc* auf Basis einer von den MS erstellten Mediatorenliste ausgewählt werden. Zu einem späteren Zeitpunkt könnte dieser Mechanismus einer eigenen Einrichtung übertragen werden. Mögliche Optionen wären eine eigene EU-Agentur, das *Office for Harmonization in the Internal Market* oder ein Netz nationaler Investitionskontaktstellen, das sich auf nationale Verwaltungen oder andere bestehende Strukturen wie SOLVIT²³⁸ stützt.²³⁹

Zusätzlich zu Verfahren vor den nationalen Gerichten der MS und der freiwilligen Mediation sollte es ein verbindliches und vollstreckbares Streitbeilegungssystem geben. Vorläufig könnte der Ständige Schiedshof (*Permanent Court of Arbitration*) in Den Haag auf Grundlage eines „*Compromis*“ im Sinne des Haager Übereinkommens von

236 Punkt 8 Non-Paper.

237 Punkt 9 Non-Paper.

238 Anmerkung: SOLVIT ist ein kostenloses System von Beratungsstellen, das Unionsbürgern und Unternehmen bei Problemen infolge fehlerhafter Anwendung von Binnenmarktvorschriften durch Behörden eines anderen MS, ohne Rückgriff auf Gerichtsverfahren, Hilfestellung bietet. SOLVIT-Stellen gibt es in sämtlichen EWR-Ländern und gehören zur nationalen Verwaltung. *Bundesministerium für Arbeit und Wirtschaft*, SOLVIT-Netzwerk zur Problemlösung <bmaw.gv.at/Services/Internationale-Services/Binnenmarkt-Services/SOLVITNetzwerkzurProblemloesung.html> (29.06.2023); *Europäische Kommission*, SOLVIT <ec.europa.eu/solvit/index_de.htm> (29.06.2023).

239 Punkt 10 Non-Paper.

1907 zur friedlichen Beilegung internationaler Streitigkeiten²⁴⁰ (im Folgenden: „Haager Übereinkommen“) beauftragt werden, entsprechende Investor-Staat-Streitigkeiten zu klären. Als dauerhafte Lösung für einen verbindlichen und durchsetzbaren Mechanismus zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten unterbreiteten die Delegationen mehrere Ideen. So könnte man dem EuGH auf Grundlage von Art 273 AEUV die Zuständigkeit für EU-interne Investitionsstreitigkeiten übertragen. Nach diesem Artikel ist der Gerichtshof für alle Streitigkeiten zwischen den MS zuständig, die den Gegenstand der Verträge betreffen, wenn er aufgrund eines besonderen Abkommens angerufen wird. Eine weitere Option sei die Gestaltung des vorgeschlagenen Streitbeilegungssystems in Form eines ständigen Investitionsgerichts, das sich am Einheitlichen Patentgericht orientiert. Des Weiteren bestünde aber auch die Möglichkeit, die Übergangslösung auf der Grundlage eines „*Compromis*“, wie oben beschrieben, dauerhaft anzuwenden. Art 52 des Haager Übereinkommens würde es den MS ermöglichen, sich im Rahmen des vorgeschlagenen Übereinkommens auf einen solchen „*Compromis*“ für Intra-EU-Investitionsstreitigkeiten zu einigen.²⁴¹

In jedem Fall müsse ein alternatives und letztinstanzliches Rechtssprechungssystem mit dem Unionsrecht vereinbar sein. Insbesondere sei die Zuständigkeit des EuGH für die endgültige Auslegung des Unionsrechts zu beachten. Gewährleisten ließe sich dies, indem man dem im Rahmen des alternativen Rechtssprechungssystems gebildeten Investitionsgericht ermöglicht, Vorabentscheidungsersuchen gem Art 267 AEUV direkt an den EuGH zu richten.²⁴²

240 Übereinkommen vom 18. Oktober 1907 zur friedlichen Erledigung internationaler Streitfälle. (I. Übereinkommen der II. Haager Friedenskonferenz.), RGBL 177/1913.

241 Punkt 11 f Non-Paper.

242 Punkt 14 Non-Paper.

3.3.5 Erklärung der MS zur Aufhebung der Intra-EU-Investitionsschutzabkommen und zur Umsetzung des *Achmea*-Urteils

Am 15. Januar 2019 unterzeichneten 22 MS, darunter Österreich, eine Erklärung zu den Rechtsfolgen des Urteils des EuGH in der Rechtssache *Achmea*²⁴³ und zum Investitionsschutz in der EU (im Folgenden: „Absichtserklärung 2019“).²⁴⁴ Einleitend wird darin das EuGH-Urteil vom 6. März 2018 in der Rechtssache C-284/16, *Achmea* BV gegen Slowakische Republik (im Folgenden: „*Achmea*-Urteil“) zusammengefasst. Im Wesentlichen hat der EuGH hier entschieden, dass die Art 267 und 344 AEUV so auszulegen sind, dass sie einer Bestimmung in einem zwischen MS geschlossenen völkerrechtlichen Abkommen entgegenstehen, wonach ein Investor eines dieser MS im Falle einer Streitigkeit über Investitionen in dem anderen MS die Möglichkeit hat, gegen letzteren ein Verfahren vor einem Schiedsgericht einzuleiten, dessen Gerichtsbarkeit sich dieser MS unterworfen hat (ISDS-Klausel).²⁴⁵

Darauffolgend erklären die MS, sie seien nach Unionsrecht verpflichtet, alle notwendigen Konsequenzen aus dem *Achmea*-Urteil zu ziehen. Aufgrund des Vorrangs des Unionsrechts gegenüber Intra-EU-BITs seien alle ISDS-Klauseln, die in solchen Abkommen enthalten sind, mit dem Unionsrecht unvereinbar und deshalb unanwendbar. Diese Klauseln entfalten keine Wirkung, auch nicht bezüglich solcher Bestimmungen, die einen verlängerten Schutz von vor der Kündigung getätigten Investitionen für einen weiteren Zeitraum vorsehen (Nachwirkungsklauseln). Schiedsgerichte, die auf Grundlage solcher ISDS-Klauseln eingerichtet wurden, seien mangels gültigen

243 EuGH 06.03.2018, C-284/16 (Slowakische Republik gegen *Achmea* BV).

244 Europäische Kommission, Declaration of the representatives of the governments of the member states of 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 <finance.ec.europa.eu/system/files/2019-01/190117-bilateral-investment-treaties_en.pdf> (29.06.2023).

245 Seite 1 Absichtserklärung 2019; Anmerkung: Siehe Unterkapitel 4.1.

Schiedsangebots des MS, der Vertragspartei des zugrundeliegenden Intra-EU-BITs ist, unzuständig.²⁴⁶

Darüber hinaus erklären die MS, dass die von der EU geschlossenen internationalen Abkommen, einschließlich des ECT, integraler Bestandteil der Unionsrechtsordnung sind und deshalb mit den Verträgen vereinbar sein müssen. Sollte die Auslegung bestimmter Schiedsgerichte stimmen, wonach der ECT auch eine zwischen den MS geltende ISDS-Klausel enthalte, so wäre eine derartige Klausel nicht mit den Verträgen vereinbar und müsste deshalb unangewendet bleiben.²⁴⁷

In Anbetracht der dargelegten Ausführungen seien von den MS unverzüglich mehrere entsprechende Maßnahmen zu ergreifen. Unter anderem sollen mit der Erklärung alle Investitionsschiedsgerichte über die Rechtsfolgen des *Achmea*-Urteils, wie in der Deklaration erläutert, in sämtlichen anhängigen Intra-EU-Investitionsschiedsverfahren, die entweder auf Grundlage von Intra-EU-BITs oder im Rahmen des ECT eingeleitet wurden, informiert werden. Beklagte MS werden die Gerichte, auch in Drittländern, die in Verfahren über einen Intra-EU-Investitionsschiedsspruch zu entscheiden haben, ersuchen, diese Schiedssprüche aufzuheben oder mangels gültiger Zustimmung nicht zu vollstrecken.

Der Investorengemeinschaft wird mit der Erklärung mitgeteilt, dass sie keine neuen Investitionsschiedsverfahren auf Grundlage entsprechender ISDS-Klauseln einleiten soll.

Die MS werden im Lichte des *Achmea*-Urteils alle Intra-EU-BITs entweder durch einen plurilateralen Vertrag²⁴⁸ oder, falls dies als zweckmäßiger angesehen wird, bilateral beenden. Schiedssprüche und Vergleiche in Intra-EU-Investitionsschiedsverfahren, die nicht mehr annulliert oder aufgehoben werden können und denen vor dem *Achmea*-Urteil freiwillig nachgekommen wurde oder die endgültig vollstreckt wurden, sollen nicht angefochten werden.

246 Seite 1 Absichtserklärung 2019.

247 Seite 2 Absichtserklärung 2019.

248 Anmerkung: Siehe folgendes Unterkapitel.

Die MS bemühen sich, ihre Ratifizierungs-, Genehmigungs- oder Annahmeerkunden zum plurilateralen Vertrag oder zu bilateralen Verträgen zur Beendigung von Intra-EU-BITs bis spätestens 6. Dezember 2019 zu hinterlegen. Darüber hinaus werden die MS gemeinsam mit der KOM unverzüglich erörtern, ob zusätzliche Schritte hinsichtlich der EU-internen Anwendung des ECT erforderlich sind, um das *Achmea*-Urteil umzusetzen.²⁴⁹

3.3.6 Das Beendigungsabkommen zu den Intra-EU-BITs

Am 5. Mai 2020 haben 23 der nach dem Brexit verbliebenen 27 MS das Übereinkommen zur Beendigung bilateraler Investitionsschutzverträge zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union (Im Folgenden: „Beendigungsabkommen“) unterzeichnet.²⁵⁰ Grundlage dafür waren die Verhandlungen auf Basis der Absichtserklärung 2019. Die MS Österreich, Finnland, Schweden und Irland haben sich dem Beendigungsabkommen nicht angeschlossen. Anzumerken ist allerdings, dass Irland, wie bereits erwähnt, schon im Jahr 2012 sämtliche seiner Intra-EU-BITs beendet hatte.²⁵¹

Da sich das *Achmea*-Urteil selbst nicht unmittelbar auf die Wirksamkeit der Intra-EU-BITs ausgewirkt hat, blieben diese vorerst weiterhin in Kraft und somit für die Vertragsstaaten bindend. Da die MS allerdings nach Unionsrecht dazu verpflichtet sind, die Entscheidungen des EuGH umzusetzen bzw geeignete Maßnahmen zur Sicherstellung der Beachtung des Unionsrechts in ihrem Hoheitsgebiet zu ergreifen, entschied sich ein Großteil der MS zum Abschluss des Beendigungsabkommens.

Das Beendigungsabkommen ist als plurilateraler Vertrag iSd Art 59 WVK zu qualifizieren. Die mit dem Beendigungsabkommen

249 Seite 3 f Absichtserklärung 2019.

250 Übereinkommen zur Beendigung bilateraler Investitionsschutzverträge zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, ABl 2020 L 169/1.

251 <ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_15_5198> (29.06.2023).

angestrebte Kündigung der Intra-EU-BITs entfaltet freilich nur für die ratifizierenden Staaten Wirkung.²⁵²

Wie bereits angemerkt, orientiert sich der Inhalt des plurilateralen Beendigungsabkommens an der Absichtserklärung 2019, in welcher dessen Abschluss, neben der bilateralen Beendigung als zweite Option, angekündigt bzw. festgelegt wurde. In sämtlichen Intra-EU-BITs war eine Beendigungsklausel enthalten, worin eine Mindestgeltungsdauer des jeweiligen Abkommens von zehn bis zwanzig Jahren, samt einseitiger Kündigungsmöglichkeit nach Ablauf dieses Zeitraums, vorgesehen wurde. Entgegen dieser Bestimmungen entschlossen sich die 23 Signatarstaaten zu einer plurilateralen Herangehensweise, wodurch einerseits Einheitlichkeit beim Auslaufen der betroffenen Abkommen und andererseits die Umgehung aller in Intra-EU-BITs enthaltenen Nachwirkungsklauseln sichergestellt werden sollte. Demgemäß sieht Art 2 Abs 1 des Beendigungsabkommens die Beendigung der insgesamt 136 in Anhang A aufgelisteten Intra-EU-BITs vor. Des Weiteren wird in Art 2 Abs 2 und Art 3²⁵³ klargestellt, dass die Nachwirkungsklauseln, die in den in Anhang A bzw. B aufgezählten Intra-EU-BITs enthalten sind, beendet werden und keine Rechtswirkung entfalten. Es handelt sich hierbei um eine Klarstellung rein deklaratorischer Natur, womit allenfalls die Intention der Signatarstaaten unterstrichen wird. Zwar sind die in Intra-EU-BITs enthaltenen Nachwirkungsklauseln so weit gefasst, dass sie nicht bloß im Falle einer einseitigen Kündigung zur Anwendung kommen, durch eine einvernehmliche Beendigung eines Intra-EU-BITs kann deren Wirkung allerdings jedenfalls nicht ausgelöst werden, da dies im Widerspruch zur Rolle der Staaten als „Herren der Verträge“ stünde.²⁵⁴

Welche konkreten Auswirkungen das Beendigungsabkommen hat, hängt vom Verfahrensstatus des jeweiligen, betroffenen Investitionschiedsverfahrens ab. Erfasst werden gem. Art 1 Z 2 Schiedsverfahren als Verfahren vor einem Schiedsgericht, welches geschaffen wurde, um eine Streitigkeit zwischen einem Investor aus einem MS und

252 *Berger*, EuZW 2021, 342 (344).

253 Anmerkung: Artikel ohne nähere Angabe beziehen sich auf das Beendigungsabkommen.

254 *Berger*, EuZW 2021, 342 (344); *Bungenberg*, EuZW 2020, 445 (446).

einem anderen MS gemäß eines Intra-EU-BITs beizulegen. Betroffen sind darüber hinaus alle in Anhang A oder B des Abkommens angeführten Intra-EU-BITs (Art 1 Z 1). Das Beendigungsabkommen bezieht sich auf Schiedsklauseln in Form von in Intra-EU-BITs enthaltenen ISDS-Klauseln (Art 1 Z 3). Gem Art 4 Abs 1 können, aufgrund der Unvereinbarkeit mit Unionsrecht, Schiedsklauseln ab dem Zeitpunkt, zu dem der letzte Vertragsstaat eines Intra-EU-BITs der EU beigetreten ist, nicht mehr als Rechtsgrundlage für ein Schiedsverfahren herangezogen werden. Das bedeutet, dass nach Ansicht der Signatarstaaten sämtliche Investitionsschiedsverfahren, die nach Unionsbeitritt des letzten der beiden beteiligten MS eingeleitet worden sind, *ex tunc* keine Rechtsgrundlage hatten und somit anfechtbar wären. Hinsichtlich des Verfahrensstatus wird zwischen abgeschlossenen Schiedsverfahren (Art 1 Z 4), neuen Schiedsverfahren (Art 1 Z 6), und anhängigen Schiedsverfahren (Art 1 Z 5) unterschieden. Ausschlaggebend für diese Zuordnung ist der Tag der Verkündung des *Achmea*-Urteils, somit der 6. März 2018.²⁵⁵

3.3.6.1 Abgeschlossene Schiedsverfahren

Schiedsverfahren, die entweder mit einer Einigung der Streitparteien endeten oder in denen vor dem 6. März 2018 ein endgültiger Schiedsspruch ergangen ist, welcher bereits vor diesem Datum ordnungsgemäß vollstreckt worden ist und zu welchem kein Verfahren zur Anfechtung, Überprüfung, Aufhebung, Annullierung, Durchsetzung, Wiederaufnahme oder ein ähnliches Verfahren anhängig war, gelten als abgeschlossen. Darüber hinaus fallen Schiedsverfahren in diese Kategorie, wenn der Schiedsspruch vor dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des Beendigungsabkommens aufgehoben oder annulliert worden ist.

Gem Art 6 Abs 1 bleiben abgeschlossene Schiedsverfahren unbeschadet des Art 4 vom Beendigungsabkommen unberührt und werden nicht wiederaufgenommen. Laut Art 6 Abs 2 gilt das auch für alle Vereinbarungen zur gütlichen Streitbeilegung, die im Rahmen eines

²⁵⁵ Berger, EuZW 2021, 342 (344 f).

vor dem 6. März 2018 angestregten Schiedsverfahrens getroffen werden.²⁵⁶

3.3.6.2 Neue Schiedsverfahren

Als neue Schiedsverfahren im Sinne des Beendigungsabkommens gelten Schiedsverfahren, die am oder nach dem 6. März 2018 eingeleitet wurden. Für derartige Verfahren gilt gem Art 5, dass Schiedsklauseln nicht (länger) als Rechtsgrundlage herangezogen werden können.

3.3.6.3 Anhängige Schiedsverfahren

Schiedsverfahren, die vor dem 6. März 2018 eingeleitet wurden und unabhängig davon, in welchem Stadium sich diese zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Beendigungsabkommens befinden, nicht als abgeschlossene Schiedsverfahren angesehen werden können, gelten als anhängige Schiedsverfahren.

Gem Art 9 Abs 2 kann innerhalb von sechs Monaten nach Beendigung des jeweiligen Intra-EU-BITs eine an einem anhängigen Schiedsverfahren beteiligte Vertragspartei gem Art 9 Abs 1 um die Aufnahme eines speziellen Streitbeilegungsverfahrens ersuchen. Dieses in Art 9 geregelte Schlichtungsverfahren wird als „strukturierter Dialog“ bezeichnet. Damit gegenständliche Streitigkeiten gütlich, rechtmäßig und fair außerhalb eines Gerichts- oder Schiedsverfahrens beigelegt werden können, wird das Verfahren von einem unparteiischen Vermittler beaufsichtigt (Art 9 Abs 7). Dieser strukturierte Dialog ist als schriftliches Verfahren innerhalb vorgegebener Fristen ausgestaltet und strebt als Endergebnis einen verbindlichen Vergleich zwischen den Streitparteien an. Da das Beendigungsabkommen kein zwingendes, verbindliches und endgültiges Entscheidungsverfahren vorsieht, bleibt die Streitigkeit allerdings bestehen, sollte es schlussendlich zu keiner Einigung kommen.

Gem Art 9 Abs 1 gelten als Voraussetzungen für den strukturierten Dialog einerseits, dass das anhängige Schiedsverfahren auf entspre-

²⁵⁶ Bungenberg, EuZW 2020, 445 (446).

chenden Antrag des beteiligten Investors ausgesetzt wurde (Art 9 Abs 1 lit a), andererseits muss sich der Investor für den Fall, dass im Rahmen des anhängigen Schiedsverfahrens bereits ein Schiedsspruch ergangen ist, der aber noch nicht endgültig umgesetzt oder vollstreckt wurde, verpflichten, kein Verfahren zu dessen Anerkennung, Umsetzung, Vollstreckung oder Zahlung einzuleiten. Ist ein solches Verfahren bereits eingeleitet worden, so muss der Investor dessen Aussetzung beantragen (Art 9 Abs 1 lit b).

Haben der EuGH oder ein nationales Gericht in einem rechtskräftigen Urteil festgestellt, dass die staatliche Maßnahme, die vom betroffenen Schiedsverfahren angefochten wird, gegen Unionsrecht verstößt, so besteht eine Verpflichtung zur Einleitung des strukturierten Dialogs (Art 9 Abs 3).

Darüber hinaus dürfen Investoren gem Art 10 unter bestimmten Bedingungen den nationalen Rechtsweg einschlagen. So müssen sie unter anderem das anhängige Schiedsverfahren zurücknehmen und auf alle Rechte und Ansprüche aus dem betroffenen Intra-EU-BIT oder auf die Vollstreckung eines bereits ergangenen, aber noch nicht endgültig umgesetzten oder vollstreckten Schiedsspruchs verzichten. Der Investor muss des Weiteren zusagen, von der Einleitung eines neuen Schiedsverfahrens abzusehen. Darüber hinaus sind bestimmte Fristen zu beachten. Sind die geforderten Voraussetzungen erfüllt, so darf der Investor den nationalen Rechtsweg auch dann beschreiten, wenn die nationalen Fristen zur Geltendmachung von Rechtsbehelfen bereits abgelaufen sind (Art 10 Abs 1).²⁵⁷

In der Präambel des Beendigungsabkommens wird klargestellt, dass Schiedsverfahren auf der Grundlage von Art 26 ECT ausdrücklich von dessen Anwendungsbereich ausgenommen sind. Auf dieser Grundlage waren deshalb Investitionsschiedsverfahren innerhalb der EU zunächst²⁵⁸ grundsätzlich weiterhin möglich. Eine Reform des ECT wurde unabhängig vom Beendigungsabkommen verhandelt.²⁵⁹

²⁵⁷ Berger, EuZW 2021, 342 (345).

²⁵⁸ Anmerkung: Siehe Unterkapitel 4.2.

²⁵⁹ Anmerkung: Siehe Unterkapitel 5.3 und 6.3.

Das Beendigungsabkommen ist am 29. August 2020 in Kraft getreten und mittlerweile von allen 23 Signatarstaaten ratifiziert worden.²⁶⁰

3.3.7 Erneute Vertragsverletzungsverfahren gegen MS wegen Nichtbeendigung ihrer Intra-EU-BITs

Die KOM leitete am 14. Mai 2020 Vertragsverletzungsverfahren gegen Finnland und das Vereinigte Königreich ein und reagierte damit auf die fehlenden Bemühungen dieser Staaten, ihre Intra-EU-BITs zu beenden.²⁶¹

Im Dezember 2021 leitete die KOM auch Vertragsverletzungsverfahren gegen Österreich, Belgien, Italien, Luxemburg, Portugal, Rumänien und Schweden ein. Gegenüber Österreich und Schweden wurde dieser Schritt damit begründet, dass diese MS weder dem Beendigungsabkommen beigetreten sind noch ihre Intra-EU-BITs (bis zu diesem Zeitpunkt) bilateral aufgekündigt haben. Die anderen genannten MS sind zwar dem Beendigungsabkommen beigetreten, hatten bis dahin allerdings das Ratifizierungsverfahren, welches Rechtssicherheit für Investoren und Unternehmen gewährleisten soll, nicht abgeschlossen.²⁶²

260 *Rat der Europäischen Union*, Abkommen über die Beendigung der bilateralen Investitionsabkommen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union <consilium.europa.eu/en/documents-publications/treaties-agreements/agreement/?id=2019049&DocLanguage=en#> (29.06.2023).

261 Anmerkung: Trotz bereits erfolgten EU-Austritts des Vereinigten Königreichs bleibt die EU auf Grundlage des Austrittsabkommens über einen Zeitraum von vier Jahren berechtigt, Vertragsverletzungsverfahren gegen den ehemaligen MS vor dem EuGH einzuleiten oder weiterzuführen. *Wilske/Markert/Ebert*, Entwicklungen in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit im Jahr 2021 und Ausblick auf 2022, *SchiedsVZ* 2022.

262 <ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/inf_21_6201> (29.06.2023).

3.4 Konkrete Investitionsschutzmaßnahmen und -vorschriften

Mit dem Abschluss des Beendigungsabkommens und damit einhergehend dem Wegfall des durch Intra-EU-BITs gewährleisteten Investitionsschutzes drängt sich die Frage auf, ob und inwiefern das Unionsrecht ein damit vergleichbares Schutzniveau bereithält. Im Rahmen ihres Feldzuges gegen Intra-EU-BITs verwies die KOM mehrfach auf das hohe Maß an Schutz, welches das Unionsrecht Intra-EU-Investoren biete und begründete unter anderem damit die, aus ihrer Sicht, fehlende Notwendigkeit für zusätzliche Absicherungen zwischen einzelnen MS in diesem Bereich.²⁶³

Im Folgenden sollen zunächst einschlägige Maßnahmen sowie Mitteilungen und damit verbunden auch die Position der KOM in diesem Zusammenhang überblicksartig dargestellt werden. Darauf folgend werden einzelne, zentrale Rechtsvorschriften der EU und ihre (potenzielle) Schutzwirkung für Intra-EU-Investoren erläutert. An geeigneter Stelle wird der durch die Unionsrechtsordnung gewährleistete Investitionsschutz mit jenem, der durch die Intra-EU-BITs geschaffen wurde, verglichen.

3.4.1 Investitionsschutzmaßnahmen

3.4.1.1 Investitionsoffensive für Europa („Juncker-Plan“)

Spätestens im Jahr 2014 erkannte die KOM die Verbesserungswürdigkeit des innerhalb der EU bestehenden Investitionsschutzes. Ausschlaggebend dafür war ein Aufruf des Europäischen Rates, etwas gegen das niedrige Investitionsniveau in der EU zu unternehmen, um so Wachstum und Beschäftigung zu fördern. Der ehemalige KOM-Präsident Jean-Claude Juncker reagierte darauf mit der „Inves-

²⁶³ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat: Schutz EU-interner Investitionen, KOM (2018) 547 endg. 1; *Europäische Kommission*, Kommission veröffentlicht Erläuterungen zum Schutz grenzübergreifender EU-Investitionen – Fragen und Antworten <ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/MEMO_18_4529> (29.06.2023); <ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_15_5198> (29.06.2023).

tionsoffensive für Europa“, auch bekannt als „Juncker Plan“ oder „EU-Investitionsplan für Infrastruktur“, welche er im November 2014 vorschlug. Neben der Einrichtung eines Europäischen Fonds für strategische Investitionen und der Lenkung von Investitionen in die Realwirtschaft zielte die Offensive darauf ab, das rechtliche Investitionsumfeld in der EU zu verbessern. So sollten in erster Linie Investitionshemmnisse abgebaut und einfachere, bessere und vorhersehbarere Regelungen geschaffen werden. Wichtig sei dies vor allem in Infrastrukturektoren, in denen sich Investitionen über mehrere Jahre oder Jahrzehnte erstrecken.

Schlussendlich sollten so bis zum Jahr 2018 mindestens 315 Milliarden Euro für private und öffentliche Investitionen mobilisiert werden, wodurch in weiterer Folge die Wettbewerbsfähigkeit der EU erhöht und ein langfristiges Wirtschaftswachstum innerhalb der EU gefördert werden sollte.²⁶⁴

3.4.1.2 InvestEU

Das InvestEU-Programm ist der Nachfolger der Investitionsoffensive für Europa und führt den Europäischen Fonds für strategische Investitionen und 13 EU-Finanzierungsinstrumente unter einem Dach zusammen. Im Zeitraum von 2021–2027 sollen mithilfe von InvestEU zusätzliche öffentliche und private Investitionen in Höhe von mehr als 372 Milliarden Euro freigesetzt und dadurch nachhaltige Investitionen, Innovationen und die Schaffung von Arbeitsplätzen in der EU angekurbelt werden. Das InvestEU-Programm umfasst den InvestEU-Fonds, die InvestEU-Beratungsplattform und das InvestEU-Portal. Der InvestEU-Fonds zielt darauf ab, Investitionen mithilfe einer EU-Haushaltsgarantie in Höhe von 26,2 Milliarden Euro zu mobilisieren. Durch die Haushaltsgarantie sollen Investitionen von Durchführungspartnern wie der Europäischen Investitionsbank-Gruppe und anderen Finanzinstituten abgesichert werden. Die InvestEU-Beratungsplattform soll technische Unterstützung und Hilfe bei der Vorbereitung, Strukturierung und Umsetzung von Investi-

264 *Rat der Europäischen Union*, Investitionsoffensive für Europa <consilium.europa.eu/de/policies/investment-plan/> (29.06.2023).

tionsprojekten, einschließlich des Aufbaus von Kapazitäten, bieten. Das InvestEU-Portal soll mithilfe einer leicht zugänglichen Datenbank die in der EU verfügbaren Investitionsmöglichkeiten offenlegen und so Investoren und Projektträger miteinander vernetzen.²⁶⁵

3.4.1.3 Kapitalmarktunion

Die Kapitalmarktunion ist eine Initiative der EU, die darauf abzielt, einen echten unionsweiten Binnenmarkt für Kapital zu schaffen und integraler Bestandteil der Investitionsoffensive für Europa. Dadurch sollen Investitionen und Ersparnisse in sämtliche MS fließen, um Unionsbürgern, Investoren und Unternehmen zugutezukommen. Die Realisierung der Kapitalmarktunion ist entscheidend für das wirtschaftliche Wachstum, die Wettbewerbsfähigkeit und die Umsetzung der strategischen Ziele der EU. Nur mit einem gut funktionierenden unionsweiten Kapitalmarkt kann die enorme Menge an Finanzmitteln bereitgestellt werden, die benötigt wird, um beispielsweise den grünen Wandel und die strategische Autonomie der EU voranzutreiben.²⁶⁶

Bis heute konnte die Kapitalmarktunion nicht verwirklicht werden. Die Kapitalmärkte der MS sind im internationalen Vergleich schwach entwickelt. Wegen signifikanter Barrieren zwischen den einzelnen nationalen Märkten gibt es auch keinen großen integrierten europäischen Kapitalmarkt. Dadurch wird die Finanzierung innovativer KMUs behindert, was sich wiederum unmittelbar negativ auf Wachstum und Beschäftigung in der EU auswirkt.²⁶⁷

Im neuen Aktionsplan zur Kapitalmarktunion spricht sich die KOM für eine weitestmögliche Verbesserung, Modernisierung und Harmonisierung der unionsrechtlichen Vorschriften zum Schutz grenzüber-

265 *Europäische Union*, Über InvestEU <investeu.europa.eu/about-investeu_de> (29.06.2023).

266 *Rat der Europäischen Union*, Kapitalmarktunion <consilium.europa.eu/de/policies/capital-markets-union/> (29.06.2023).

267 *Wieser*, Zukunft der Kapitalmarktunion, Raiffeisen Blatt 2020, 3.

schreitender Investitionen aus. Dadurch sollen Intra-EU-Investitionen noch stärker gefördert werden.²⁶⁸

3.4.1.4 Investitionsschutzmitteilung

In ihrer im Juli 2018 veröffentlichten Mitteilung²⁶⁹ über den Schutz EU-interner Investitionen (im Folgenden: „Investitionsschutzmitteilung“) bemüht sich die KOM, bestehende Rechtsvorschriften in der EU, die den Umgang mit Intra-EU-Investitionen regeln, zu erläutern. Unter Verweis auf die Investitionsoffensive für Europa, den „Aktionsplan zur Schaffung einer Kapitalmarktunion“²⁷⁰ samt der entsprechenden Halbzeitbilanz²⁷¹, hebt sie darin die Bedeutung eines stabilen Unternehmensumfelds für die Anziehung von Investitionen hervor. Daran anknüpfend bekräftigt die KOM erneut ihr Vorhaben, sowohl ein berechenbares, stabiles und klares Regelungsumfeld zu schaffen als auch Investorenrechte wirksam durchzusetzen.²⁷²

Gleichzeitig wird in der Mitteilung betont, dass die durch das Unionsrecht gewährten Investorenrechte nicht absolut gelten. Vielmehr müssten diese mit politischen Zielen bzw anderen berechtigten öffentlichen Interessen, beispielsweise Umweltbelangen, in verhältnismäßiger Weise abgewogen werden.²⁷³

268 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen: Eine Kapitalmarktunion für die Menschen und Unternehmen – neuer Aktionsplan, KOM (2020) 590 endg, 17.

269 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat: Schutz EU-interner Investitionen, KOM (2018) 547 endg.

270 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen: Aktionsplan zur Schaffung einer Kapitalmarktunion, KOM (2015) 468 endg.

271 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen über die Halbzeitbilanz des Aktionsplans zur Kapitalmarktunion KOM (2017) 292 endg.

272 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat: Schutz EU-interner Investitionen, KOM (2018) 547 endg.

273 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat: Schutz EU-interner Investitionen, KOM (2018) 547 endg, 30; <ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/MEMO_18_4529> (29.06.2023).

Die KOM nimmt in ihren Ausführungen an mehreren Stellen Bezug auf das *Achmea*-Urteil. Mit der Investitionsschutzmitteilung versucht die KOM dem vielfach²⁷⁴ geäußerten Unmut vonseiten einiger Intra-EU-Investoren zu den negativen Folgen besagter EuGH-Entscheidung, im Grunde der Verschlechterung des Investitionsklimas aufgrund von Rechtsschutzbedenken in bestimmten MS, zu begegnen. Damit sollte aufgezeigt werden, dass der Wegfall der Intra-EU-BITs nicht bedeutet, dass Investitionen von Intra-EU-Investoren nun ungeschützt sind.²⁷⁵

Um das Vertrauen der Intra-EU-Investoren in den unionsrechtlichen Investitionsschutz zu stärken, werden in der Investitionsschutzmitteilung die wichtigsten einschlägigen materiell- und verfahrensrechtlichen EU-Vorschriften aufgelistet und unter Bezugnahme auf ausgewählte EuGH-Urteile erläutert. Investitionsschutzvorschriften fänden sich demnach insbesondere in der GRC und den Verträgen, konkret in den Regelungen über die Grundfreiheiten. Eine entsprechende Schutzwirkung würde sich darüber hinaus auch durch die Grundsätze des Unionsrechts sowie durch umfassende sektorspezifische Rechtsvorschriften für Bereiche wie Finanzdienstleistungen, Verkehr, Energie, Telekommunikation, öffentliche Auftragsvergabe, berufliche Qualifikationen, geistiges Eigentum oder auch Gesellschaftsrecht ergeben.²⁷⁶

Dieser Schutz werde einerseits durch die Gerichte der MS, die das Unionsrecht vorrangig anzuwenden haben und andererseits durch

274 WKO, Öffentliche Konsultation zu einer Initiative zum Schutz und zur Erleichterung von Investitionen innerhalb der EU, 3 <wko.at/ooe/Branchen/Industrie/Zusendungen/Fragebogen_Investment%20protection%202020_26_06_2020_DE.pdf> (29.06.2023); DIHK, Stellungnahme des DIHK zur Konsultation der EU-Kommission „Grenzüberschreitende Investitionen innerhalb der EU – Präzisierung und Ergänzung der EU-Vorschriften“, 1 <dihk.de/resource/blob/31288/11836b2e1068da5804847b36ccad2c1d/dihk-stellungnahme-eu-konsultation-investitionsschutz-data.pdf> (29.06.2023).

275 <ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/MEMO_18_4529> (29.06.2023).

276 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat: Schutz EU-interner Investitionen, KOM (2018) 547 endg, 3.

den EuGH bzw die KOM mithilfe des Vorabentscheidungsverfahrens und des Vertragsverletzungsverfahrens sichergestellt.²⁷⁷

Mithilfe dieser Mitteilung sollten die Investorenrechte nicht nur für die Investoren selbst, sondern auch für die nationalen Behörden der MS sichtbar werden. In weiterer Folge sollten dadurch einerseits MS an der Vornahme unionswidriger, investitionsbeeinträchtigender Maßnahmen gehindert und andererseits Investoren bei der Geltendmachung ihrer Rechte vor den Verwaltungen und nationalen Gerichten unterstützt werden.²⁷⁸

Wie die Rückmeldungen aus zwei nachfolgenden Workshops über Intra-EU-Investitionen zeigten, konnten die Bedenken der Interessengruppen allerdings nicht ausgeräumt werden und somit blieben die Bemühungen der KOM erfolglos.²⁷⁹ Wie unter anderem eine Stellungnahme des deutschen Industrie- und Handelskammertags von August 2020 veranschaulicht, bestehen die zentralen Kritikpunkte der Investorenschaft zum einen darin, dass die nationalen Justizsysteme in vielen MS nicht ausreichen, um einen wirksamen Investitionsschutz zu gewährleisten, zum anderen werden Defizite bei der Rechtsdurchsetzung durch nationale Behörden und Gerichte im Binnenmarkt beklagt. Letztere würden sich besonders in Form von Diskriminierungen, einer fehlerhaften Anwendung des Unionsrechts oder auch extrem langwierigen Gerichtsverfahren manifestieren.²⁸⁰

277 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat: Schutz EU-interner Investitionen, KOM (2018) 547 endg, 29.

278 <ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/MEMO_18_4529> (29.06.2023).

279 *Europäische Kommission*, Initiative: Grenzüberschreitende Investitionen innerhalb der EU – Präzisierung und Ergänzung der EU-Vorschriften <ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12403-Grenzüberschreitende-Investitionen-innerhalb-der-EU-Präzisierung-und-Ergänzung-der-EU-Vorschriften_de> (29.06.2023) Anmerkung: Das Zitat bezieht sich auf den Inhalt des Dokuments „Folgenabschätzung in der Anfangsphase – Ares(2020)2716046“ und kann unter angegebenem Link heruntergeladen werden.

280 1 <dihk.de/resource/blob/31288/11836b2e1068da5804847b36ccad2c1d/dihk-stellungnahme-eu-konsultation-investitionsschutz-data.pdf> (29.06.2023); Anmerkung: Siehe Unterkapitel 4.5.4.

3.4.1.5 Initiative: Rahmen für Investitionsschutz und -erleichterung

Im Mai 2020 startete die KOM, als Reaktion auf die anhaltende Verstimmung aufseiten der Investoren, die Initiative „Grenzüberschreitende Investitionen innerhalb der EU – Präzisierung und Ergänzung der EU-Vorschriften“. Damit sollten zwei Probleme angegangen werden:

1. Das ungleiche Investitionsschutzniveau in den einzelnen MS und der damit einhergehende Vertrauensverlust
2. Bedenken hinsichtlich der Durchsetzung von Investorenrechten und wirksamer Rechtsbehelfe

Ziel war somit einerseits die Gewährleistung eines einheitlichen Investitionsschutzes in der gesamten EU und andererseits die Verbesserung der Mittel zur Vorbeugung von Problemen sowie die Bereitstellung wirksamerer Rechtsbehelfe im Falle von Investitionsschutzstreitigkeiten in einem MS. Diese Maßnahme ist also als erneuter Versuch der KOM, das Misstrauen der Investoren auszuräumen, anzusehen. Die Erreichung der genannten Ziele sollte darüber hinaus zu einer Steigerung grenzüberschreitender Investitionen beitragen, den Zugang zu Investitionen für Bürger und Unternehmen unabhängig von ihrem Standort in der EU verbessern und den wirtschaftlichen Zusammenhalt zwischen den MS stärken.²⁸¹

Zu diesem Zweck prüfte die KOM das aktuelle EU-Investitionsschutzsystem. Darüber hinaus forderte sie Interessenträger und ganz allgemein alle EU-Bürger dazu auf, zu den aus ihrer Sicht bestehenden Stärken und Schwächen dieses gegenwärtigen Systems sowie etwaigen Verbesserungsmöglichkeiten im Rahmen einer vom 26. Mai bis 8. September 2020 durchgeführten öffentlichen Konsultation Stellung zu nehmen.²⁸²

281 Folgenabschätzung in der Anfangsphase – Ares(2020)2716046 (Seite 4) <ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12403-Grenzuberschreitende-Investitionen-innerhalb-der-EU-Prazisierung-und-Erganzung-der-EU-Vorschriften_de> (29.06.2023).

282 *Europäische Kommission*, Öffentliche Konsultation: Grenzüberschreitende Investitionen innerhalb der EU – Präzisierung und Ergänzung der EU-Vorschriften <ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12403-I

Zur Optimierung des Investitionsklimas innerhalb der EU wurden im Rahmen der Initiative mehrere Möglichkeiten diskutiert:²⁸³

- Die Präzisierung jener Vorschriften, die dem Schutz und der Erleichterung grenzüberschreitender Investitionen innerhalb der EU dienen
- Die Einführung neuer Maßnahmen zur Schließung noch bestehender Schutzlücken
- Die Verbesserung der Rechtsdurchsetzung im Falle von Investitionstreitigkeiten zwischen Intra-EU-Investoren und einzelnen MS

Weitere einschlägige Maßnahmen bzw Überlegungen der KOM werden an anderen, geeigneten Stellen erläutert.²⁸⁴

3.4.2 Investitionsschutzvorschriften

3.4.2.1 Schutz durch die GRC in Übereinstimmung mit der Europäischen Menschenrechtskonvention

Vorab ist darauf hinzuweisen, dass ein Beitritt der EU zur Europäischen Menschenrechtskonvention (im Folgenden: „EMRK“) bis zum gegenwärtigen Zeitpunkt ausgeblieben ist. Dies, trotz des Umstandes, dass sich die EU mit dem Vertrag von Lissabon gem Art 6 Abs 2 EUV ausdrücklich zu einem solchen Beitritt verpflichtet hat. Grund dafür ist das Gutachten 2/13 des EuGH²⁸⁵. Darin stellte das Höchstgericht fest, dass der zwischen dem Europarat und der KOM von 2010 bis 2013 ausgehandelte Beitrittsvertragsentwurf nicht mit Art 6 EUV vereinbar ist.²⁸⁶

investment-protection-and-facilitation-framework/public-consultation_de> (29.06.2023).

283 <ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12403-Gren-zuberschreitende-Investitionen-innerhalb-der-EU-Präzisierung-und-Erganzung-g-der-EU-Vorschriften_de> (29.06.2023).

284 Anmerkung: Siehe Unterkapitel 4.6.2, 4.6.3, 5.2.3.

285 EuGH 18.12.2014, Gutachten 2/13.

286 *Rat der Europäischen Union*, Beitritt der Europäischen Union zur Europäischen Menschenrechtskonvention – Fragen und Antworten <coe.int/de/web/portal/eu-accession-echr-questions-and-answers> (29.06.2023); *Europäisches Parlament*,

Nichtsdestotrotz spielt die EMRK bei der Auslegung der durch die GRC gewährleisteten Grundrechte eine zentrale Rolle. So wird in Art 52 Abs 3 GRC festgelegt, dass den in der GRC enthaltenen Rechten, soweit sie jenen der EMRK entsprechen, die gleiche Bedeutung und Tragweite wie letzteren zukommt. Des Weiteren wird in Art 53 GRC in Bezug auf das Schutzniveau der GRC klargestellt, dass keine in der GRC enthaltene Bestimmung als eine Einschränkung oder Verletzung der Menschenrechte und Grundfreiheiten ausgelegt werden darf, die in dem jeweiligen Anwendungsbereich durch das Recht der EU und das Völkerrecht sowie durch internationale Übereinkommen, bei denen die EU, die Gemeinschaft oder alle MS Vertragsparteien sind, insbesondere die EMRK, sowie durch die Verfassungen der MS anerkannt werden.

Aus diesen Gründen werden im Folgenden in der GRC enthaltene Grundrechte unter Berücksichtigung der EMRK erläutert.

3.4.2.1.1 Schutz des Eigentums (Art 17 GRC, Art 1 ZP 1 zur EMRK)

Art 17 GRC: *Eigentumsrecht*

(1) 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.

(2) Geistiges Eigentum wird geschützt.

Das Eigentumsgrundrecht zählt zu den elementaren Rechtsgrundsätzen der europäischen Wirtschaftsverfassung. Grund dafür ist die Bedeutung des Privateigentums für eine dezentrale, marktwirtschaftliche Wirtschaftsordnung.²⁸⁷ Auch würden viele Bestimmungen des europäischen Verfassungsrechts ohne die marktwirtschaftliche Vorbedingung eines geschützten Privateigentums ins

Kurzdarstellung zur Europäischen Union – Vertrag von Lissabon <europa.eu/factsheets/de/sheet/5/vertrag-von-lissabon> (29.06.2023).

²⁸⁷ Wollenschläger in von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg), Europäisches Uni-onrecht? GRC Art. 17 (2015) Rz 1.

Leere laufen.²⁸⁸ Darüber hinaus gehört die Eigentumsgarantie zur gemeinsamen Verfassungstradition der MS und wurde mehrmals durch die Rechtsprechung des EuGH – erstmals in der am 13. Dezember 1979 entschiedenen Rechtssache *Hauer*²⁸⁹ – bekräftigt.

Art 17 GRC kommt, trotz seiner inhaltlich „zeitgemäßerer“ Ausgestaltung, dieselbe Bedeutung und Tragweite wie Art 1 des 1. Zusatzprotokolls zur EMRK zu. Deshalb darf, wie oben bereits angesprochen, gem Art 52 Abs 3 GRC nicht über die in der EMRK vorgesehenen Einschränkungen hinausgegangen werden.²⁹⁰

Art 17 GRC enthält drei Grundregeln. Die erste ist allgemeiner Natur und begründet die freiheitsschützende Funktion der Eigentumsgarantie dahingehend, dass auch mit dem Eigentum wesensmäßig verbundene Rechte gewährleistet werden (Abs 1 S 1). Die zweite Grundregel nennt Bedingungen für die Zulässigkeit einer Eigentumsentziehung (Abs 1 S 2). Mit der dritten Grundregel wird die Kompetenz des mitgliedstaatlichen Gesetzgebers anerkannt, die Nutzung des Eigentums so weit zu regeln, als dies für das Wohl der Allgemeinheit erforderlich ist.²⁹¹ Obwohl der Schutz des geistigen Eigentums bereits ein Aspekt des Eigentumsrechts ist und somit der Eigentumsgarantie unterfällt, wird er aufgrund seiner steigenden Bedeutung und der Normierung im EU-Sekundärrecht in Art 17 Abs 2 GRC explizit angeführt.²⁹²

Das Eigentumsgrundrecht zeichnet sich durch einen sog normgeprägten Schutzbereich aus, dessen Schutzgegenstand gem Art 345 AEUV normativ erst durch den nationalen Gesetzgeber geschaffen werden muss.²⁹³ Der Eigentumsbegriff in Art 17 ist uni-

288 *Calliess* in *Calliess/Ruffert* (Hrsg), EU/AEUV⁶ EU-GRCharta Art. 17 Eigentumsrecht (2022) Rz 1.

289 EuGH 13.12.1979, C-44/79 (Liselotte Hauer gegen Land Rheinland-Pfalz) (Slg. 1979, 3727).

290 *Ziniel* in *Holoubek/Lienbacher* (Hrsg), GRC-Kommentar² Art 17 (2019) Erläuterungen.

291 *Bernsdorff* in *Meyer/Hölscheidt* (Hrsg), Charta der Grundrechte der Europäischen Union⁵ GRCh Art 17 Eigentumsrecht (2019) Rz 12.

292 *Wollenschläger* in *Europäisches Unionsrecht*⁷ GRC Art. 17 Rz 1; Erläuterungen zu Art. 17 GRC, ABL C 303 vom 14.12.2007, S. 17, 23.

293 *Calliess* in EU/AEUV⁶ EU-GRCharta Art. 17 Eigentumsrecht Rz 4.

onsrechtlich-autonom auszulegen.²⁹⁴ Anknüpfungspunkt hierfür ist das weite völkerrechtliche Verständnis, welches sich weitgehend mit der Definition des sachlichen Anwendungsbereichs bestehender (Intra-EU-)BITs deckt.²⁹⁵ Art 17 GRC schützt das Eigentum als Abwehrrecht, weshalb sich, wie durch den Grundsatz des vollen Schutzes und Sicherheit²⁹⁶, für die EU und die MS Respektierungs- und (positive) Schutzpflichten gegenüber Eingriffen Dritter ergeben.²⁹⁷

Weitere Überschneidungen mit dem typischerweise durch (Intra-EU-)BITs gewährleisteten Investorenschutz ergeben sich aus Art 17 Abs 1 S 2 GRC. Hiernach sind formelle Eigentumsentziehungen sowie „de-facto-Enteignungen“²⁹⁸ nur aus „Gründen des öffentlichen Interesses“ und gegen eine „rechtzeitige angemessene Entschädigung“ zulässig. Mit Letzterem wird auf den in allen MS geltenden völkerrechtlichen Mindeststandard, wonach eine Enteignungsentschädigung im Sinne der bereits beschriebenen *Hull*-Formel²⁹⁹ zu erfolgen hat, Bezug genommen.³⁰⁰ Bei der Beurteilung des Vorliegens eines „öffentlichen Interesses“ als weitere Enteignungsvoraussetzung wird dem mitgliedstaatlichen Gesetzgeber ein breiter Spielraum eingeräumt, welcher sich allerdings innerhalb der dafür vorgesehenen unionsrechtlichen Grundsätze bewegt.³⁰¹

Der Schutzbereich des Art 17 GRC umfasst nur das „erworbene“ Eigentum. Nicht geschützt sind der Eigentumserwerb sowie bloße Erwerbchancen oder Erwartungen, deren Ungewissheit zum Wesen der wirtschaftlichen Tätigkeit gehört.³⁰² Insofern bietet die Eigentumsgarantie ein niedrigeres Schutzniveau für ausländische In-

294 *Wollenschläger* in *Europäisches Unionsrecht*⁷ GRC Art. 17 Rz 10.

295 *Bernsdorff* in *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*⁵ Art 17 Rz 12; v. *Pestalozza*, *StudZR Wissenschaft Online* 2018/1, 82 (93); Anmerkung: Siehe Unterkapitel 2.2.1.2.

296 Anmerkung: Siehe Unterkapitel 2.2.1.4.

297 *Bernsdorff* in *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*⁵ Art 17 Rz 17; v. *Pestalozza*, *StudZR Wissenschaft Online* 2018/1, 82 (93).

298 Anmerkung: Siehe Unterkapitel 2.2.1.6.

299 Anmerkung: Siehe Unterkapitel 2.2.1.6.

300 *Bernsdorff* in *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*⁵ Art 17 Rz 19.

301 *Pestalozza*, *StudZR Wissenschaft Online* 2018/1, 82 (93).

302 *Ziniel* in *GRC-Kommentar*² Art 17 Rz 22.

vestitionen als der auch Renditeperspektiven abdeckende BIT-Standard.³⁰³

3.4.2.1.2 Nichtdiskriminierung (Art 21 GRC, Art 14 EMRK)

Art 21 GRC: *Nichtdiskriminierung*

(1) *Diskriminierungen, insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der ethnischen oder sozialen Herkunft, der genetischen Merkmale, der Sprache, der Religion oder der Weltanschauung, der politischen oder sonstigen Anschauung, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung, sind verboten.*

(2) *Im Anwendungsbereich des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft und des Vertrags über die Europäische Union ist unbeschadet der besonderen Bestimmungen dieser Verträge jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten.*

In Anlehnung an Art 14 EMRK werden in Art 21 GRC umfassende besondere Diskriminierungsverbote normiert.³⁰⁴ Es ist als spezielles Gleichheitsrecht als ein eigenständiges Grundrecht einzuordnen.³⁰⁵ Zum einen garantiert Abs 1 Schutz vor Diskriminierungen aufgrund personenbezogener Merkmale. Zum anderen ist in Abs 2 das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verankert. Im Vergleich mit dem standardmäßig durch BITs gewährten Grundsatz der Inländerbehandlung³⁰⁶ bietet Art 21 GRC ein „Mehr“ an Investitionsschutz. Dieser weitergehende Schutz ergibt sich insbesondere durch die genannte Verankerung von Diskriminierungsverboten hinsichtlich personengebundener Merkmale.³⁰⁷

3.4.2.1.3 Justizielle Rechte (Art 47 GRC, Art 6 EMRK)

Artikel 47 GRC: *Justizielle Rechte*

³⁰³ Pestalozza, StudZR Wissenschaft Online 2018/1, 82 (93).

³⁰⁴ Rossi in Callies/Ruffert (Hrsg), EU/AEU⁶ EU-GRCharta Art. 21 Nichtdiskriminierung (2022) Rz 1.

³⁰⁵ Lemke in von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg), Europäisches Unionsrecht⁷ GRC Art. 21 (2015) Rz 1.

³⁰⁶ Anmerkung: Siehe Unterkapitel 2.2.1.5.

³⁰⁷ Pestalozza, StudZR Wissenschaft Online 2018/1, 82 (94).

Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein unparteiisches Gericht
Jede Person, deren durch das Recht der Union garantierte Rechte oder Freiheiten verletzt worden sind, hat das Recht, nach Maßgabe der in diesem Artikel vorgesehenen Bedingungen bei einem Gericht einen wirksamen Rechtsbehelf einzulegen.

Jede Person hat ein Recht darauf, dass ihre Sache von einem unabhängigen, unparteiischen und zuvor durch Gesetz errichteten Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird. Jede Person kann sich beraten, verteidigen und vertreten lassen.

Personen, die nicht über ausreichende Mittel verfügen, wird Prozesskostenhilfe bewilligt, soweit diese Hilfe erforderlich ist, um den Zugang zu den Gerichten wirksam zu gewährleisten.

Art 47 GRC stellt die zentrale Rechtsschutz- und Verfahrensgarantie der Charta dar. Jeder Rechtsschutzsuchende erhält dadurch das Recht, im Falle einer Verletzung seiner unionsrechtlich garantierten Rechte und Freiheiten, bei einem Gericht einen wirksamen Rechtsbehelf einzulegen, aufgrund dessen seine Sache im Rahmen eines fairen Verfahrens mit angemessener Dauer öffentlich verhandelt wird. Er stützt sich gemäß der Erläuterungen zur Charta auf die Art 6 und 13 EMRK samt der dazu ergangenen Rechtsprechung des EGMR sowie des EuGH.³⁰⁸

Überschneidungen ergeben sich mit dem BIT-Standard in Form des Grundsatzes der gerechten und billigen Behandlung³⁰⁹. Dieser umfasst nämlich unter anderem auch die Verpflichtung des Gaststaates dem Investor ein faires Gerichtsverfahren zu gewähren.³¹⁰ Im Vergleich bietet Art 47 GRC allerdings, zumindest auf den ersten Blick, einen deutlich weitergehenden Schutz, beispielsweise durch die in Abs 3 gewährte Prozesskostenhilfe. An dieser Stelle darf allerdings nicht außer Acht gelassen werden, dass (Intra-EU-)BITs durch ISDS-Klauseln im Gegensatz zum Unionsrecht dem Investor den Zugang zu (unparteiischen) Investitionsschiedsgerichten ermöglichen.

308 Kröll in Holoubek/Lienbacher (Hrsg), GRC-Kommentar² Art 47 (2019) Rz 2 f.

309 Anmerkung: Siehe Unterkapitel 2.2.1.3.

310 Herdegen, Internationales Wirtschaftsrecht¹² (2020) Rz 63.

3.4.2.2 Schutz durch den AEUV

3.4.2.2.1 Diskriminierungsverbot (Art 18 AEUV)

Das in Art 18 Abs 1 AEUV enthaltene allgemeine Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit ist eine „besondere Ausformung“ des allgemeinen Gleichheitssatzes und kann als „Leitmotiv“ der Verträge bezeichnet werden.³¹¹ Es wird in zahlreichen anderen Regelungsbereichen des Vertrags, insbesondere in den Bestimmungen über die Grundfreiheiten des Binnenmarkts, aufgegriffen und konkretisiert bzw erweitert.³¹² Diesen gegenüber ist Art 18 AEUV subsidiär und als Auslegungsgrundsatz spezieller Diskriminierungsverbote heranzuziehen.³¹³

Art 18 AEUV ist unmittelbar anwendbar und ist daher gegenüber entgegenstehendem innerstaatlichen Recht vorrangig anzuwenden. Mit seiner unmittelbaren Wirkung wird den Unionsbürgern dadurch ein subjektives, vor mitgliedstaatlichen Gerichten durchsetzbares Recht eingeräumt.³¹⁴ Damit kommt Art 18 AEUV, wie auch den Grundfreiheiten, ein grundrechtsähnlicher Charakter zu, welcher durch die Aufnahme des Diskriminierungsverbots aus Gründen der Staatsangehörigkeit in Art 21 Abs 2 GRC unterstrichen wird. Art 18 AEUV geht allerdings über Art 21 Abs 2 GRC insoweit hinaus, als er, anders als die in der GRC verankerten Rechte (vgl Art 51 GRC), eine umfassende Verpflichtung der MS konstituiert.³¹⁵

Auf Anwendungsbereichsebene muss zwischen unmittelbaren und mittelbaren bzw versteckten Diskriminierungen unterschieden werden. Erstere sind solche, die ausdrücklich an das Merkmal der Staatsangehörigkeit anknüpfen, während letztere Regelungen betreffen, die zwar gleichermaßen für In- und Ausländer gelten, faktisch allerdings

311 *Streinz* in *Streinz* (Hrsg), EUV/AEUV³ AEUV Art 18 [Diskriminierungsverbot] (2018) Rz 1 f.

312 *Epiney* in *Calliess/Ruffert* (Hrsg), EUV/AEUV⁶ AEUV Art 18 (ex-Art. 12 EGV) [Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit] (2022) Rz 1.

313 *Streinz* in EUV/AEUV³ AEUV Art 18 Rz 2.

314 *Cede* in *Jaeger/Stöger* (Hrsg), EUV/AEUV Art 18 AEUV (2020) Rz 5.

315 *Epiney* in EUV/AEUV⁶ AEUV Art 18 Rz 1 f.

zu einer Schlechterstellung ausländischer Waren, Dienstleistungen oder Personen führen.³¹⁶

Der durch die im Folgenden zu erläuternden Grundfreiheiten konkretisierte Art 18 AEUV dient vor allem als Auffangtatbestand für Fälle, in denen die besonderen Diskriminierungsverbote nicht greifen.³¹⁷ In dieser Eigenschaft kann er unter Umständen dem Schutz ausländischer Investitionen dienen.³¹⁸

3.4.2.2.2 Niederlassungsfreiheit (Art 49–55 AEUV)

Die in den Art 49 bis 55 AEUV geregelte Niederlassungsfreiheit ist unmittelbar anwendbar und bildet zusammen mit den anderen Grundfreiheiten, nämlich der Dienstleistungsfreiheit, der Warenverkehrsfreiheit, der Freizügigkeit der Arbeitnehmer und dem freien Kapital- und Zahlungsverkehr, die Grundlage des Binnenmarktes.³¹⁹ Anders als die Arbeitnehmerfreizügigkeit gem Art 45 AEUV gewährleistet die Niederlassungsfreiheit die Freizügigkeit der Selbstständigen. Sie erlaubt es sowohl natürlichen Personen mit der Staatsangehörigkeit eines MS als auch Gesellschaften, welche nach den Vorschriften eines MS gegründet wurden und ihren Sitz in der EU haben (Art 54 AEUV), sich in einem anderen MS unter den gleichen Bedingungen wie einheimische Staatsangehörige frei niederzulassen oder eine Zweigstelle zu gründen.³²⁰

Indem Art 49 AEUV Beschränkungen der freien Niederlassung von Staatsangehörigen eines MS zur Aufnahme und Ausübung selbstständiger gewerblicher und unternehmerischer Tätigkeiten im Hoheitsgebiet eines anderen MS verbietet, wird der Zugang von Auslandsinvestitionen in diesem Bereich garantiert.³²¹ Sofern es sich

316 *Khan/Schäffer* in Geiger/Khan/Kotzur/Kirchmair, EUV/AEUV⁷ AEUV Art 18 [Diskriminierungsverbot] (2023) Rz 8 f.

317 *Epiney* in EUV/AEUV⁶ AEUV Art 18 Rz 4.

318 *Pestalozza*, StudZR Wissenschaft Online 2018/1, 82 (95).

319 *Enzinger* in Mayer/Stöger (Hrsg), EUV/AEUV Art 49 AEUV Rz 1 ff.

320 *Frenz*, Europarecht: Mit Klimaschutz, Digitalisierung, Corona, ausführlichem Datenschutz³ (2021) Rz 394; *Pestalozza*, StudZR Wissenschaft Online 2018/1, 82 (95).

321 *Schill*, Investitionsschutz in EU-Freihandelsabkommen: Erosion gesetzgeberischer Gestaltungsmacht? ZaöRV 2018, 33 (50).

beim Marktzugang einer Auslandsinvestition um eine Niederlassung handelt, ist eine Diskriminierung von EU-Ausländern gem Art 52 Abs 1 AEUV nur aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit zulässig. Mit Art 52 AEUV wird demnach die in Art 49 Abs 2 AEUV verankerte Garantie der Inländerbehandlung eingeschränkt, wobei diese Einschränkung vom EuGH als Ausnahmeregelung eng ausgelegt wird. So bejaht der EuGH das Vorliegen eines in Art 52 Abs 1 AEUV aufgezählten, zu einer Sonderregelung legitimierenden Grundes, nur dann, wenn eine „tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung der öffentlichen Ordnung vorliegt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt“.³²² Darüber hinaus werden allfällige Diskriminierungen vom EuGH am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gemessen. Wirtschaftspolitisch motivierte und deshalb protektionistische Diskriminierungen können auf diese Weise jedenfalls nicht gerechtfertigt werden.³²³

3.4.2.2.3 Freier Kapital- und Zahlungsverkehr (Art 63–66 AEUV)

Art 63 AEUV gewährleistet in seinem Abs 1 den ungehinderten einheitlichen Kapitalverkehr zwischen den MS und in seinem Abs 2 ergänzend den freien Zahlungsverkehr. Zum Kapitalverkehr zählen sämtliche einseitige Wertübertragungen aus einem MS in einen anderen, die gleichzeitig als Vermögensanlage zu qualifizieren sind. Darunter fallen, gemäß der vom EuGH als Auslegungshilfe herangezogenen Kapitalverkehrsrichtlinie 88/361/EG, allem voran Direktinvestitionen, Darlehen, Finanzkredite sowie Geschäfte mit Wertpapieren.³²⁴ Demgegenüber umfasst der vom freien Zahlungsverkehr ausgehende Schutz lediglich die Übertragung von Zahlungsmitteln als Gegenleistung für die Erbringung von Leistungen insbesondere im Waren- und Dienstleistungsverkehr.³²⁵

322 EuGH 27. 10. 1977, 30/77, *Bouchereau*, ECLI:EU:C:1977:172; 19. 1. 1999, C-348/96, *Calfa*, ECLI:EU:C:1999:6

323 EuGH, Rs. C-17/92, *Fedicine*, Slg. 1993, I-2239 Rn. 16

324 *Schill*, ZaöRV 2018, 33 (50); 4. Richtlinie des Rates zur Liberalisierung des Kapitalverkehrs, Nr. 88/361 vom 24.6.1988, ABl. 1988, Nr. L 178/15, Anhang I.

325 *Pestalozza*, StudZR Wissenschaft Online 2018/1, 82 (96); *Schneider* in Jaeger/Stöger (Hrsg), EUV/AEUV Art 63 AEUV (2020) Rz 16.

Art 63 AEUV verfolgt das Ziel, den ungehinderten, grenzüberschreitenden Einsatz von Geld- und Sachkapital zum Zweck der Investition und Finanzierung zu ermöglichen.³²⁶ Geschützt wird nicht nur der Kapital- und Zahlungsverkehr zwischen MS, sondern auch jener im Verhältnis zu Drittstaaten, weshalb sich auch Drittstaatsangehörige auf dieses unmittelbar anwendbare Grundrecht berufen können. Ähnlich dem Art 52 AEUV im Rahmen der Niederlassungsfreiheit sind gem Art 65 Abs 1 lit b AEUV auch beim freien Kapital- und Zahlungsverkehr diskriminierende Beschränkungen zulässig, wenn diese aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit gerechtfertigt sind. Für eine solche Rechtfertigung muss auch hier eine schwere Gefährdung, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt, gegeben sein und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewahrt werden.³²⁷ Derartige Maßnahmen eines MS dürfen gem Art 65 Abs 3 AEUV weder ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung des freien Kapital- und Zahlungsverkehrs darstellen. Des Weiteren wurde vom EuGH mehrfach betont, dass Beschränkungen des freien Kapitalverkehrs stets nach objektiven und klar umschriebenen Merkmalen zu erfolgen haben, die den Betroffenen zu verstehen geben, unter welchen Umständen Beschränkungen erfolgen können.³²⁸

Die Gewährleistung des uneingeschränkten Transfers von Kapital und Erträgen gehört auch zum standardmäßigen Inhalt von BITs.³²⁹

3.4.2.3 Zusammengefasst

An dieser Stelle kann festgehalten werden, dass das Unionsrecht, vor allem die GRC sowie der AEUV, durchaus investitionsschützende Regelungen bereithält. Vergleicht man diesen Schutz mit jenem, der durch die Intra-EU-BITs geschaffen wurde, so lassen sich bestimm-

326 *Sedlacek/Züger* in Streinz (Hrsg), EUV/AEUV³ AEUV Art 63 [Freier Kapital- und Zahlungsverkehr] (2018) Rz 1.

327 *van de Loo/Simmig* in Geiger/Khan/Kotzur/Kirchmaier, EUV/AEUV⁷ AEUV Art 65 [Nationale Beschränkungen] (2023) Rz 3 f.

328 *Schill*, ZaöRV 2018, 33 (52); EuGH, Rs. C-54/99, *Église de scientologie*, Slg. 2000, I-1335 Rn. 21 ff.

329 Anmerkung: Siehe Unterkapitel 2.2.1.7.

te Überschneidungen erkennen. Teilweise geht der unionsrechtliche Schutz sogar über den BIT-Standard hinaus, bleibt allerdings wiederum an einigen Stellen deutlich hinter diesem zurück. Insofern entsteht für Intra-EU-Investoren durch einen ersatzlosen Wegfall der Intra-EU-BITs jedenfalls eine Rechtsschutzlücke.

Zudem nützt der theoretisch vom Unionsrecht gewährleistete Investitionsschutz dem Investor selbstverständlich wenig, wenn er in der Praxis, aus welchen Gründen auch immer, von mitgliedstaatlichen Gerichten bzw Verwaltungsbehörden nicht umgesetzt wird und die vorgesehenen unionsrechtlichen Durchsetzungsmechanismen nicht greifen.³³⁰

330 Anmerkung: Siehe Unterkapitel 4.5.4.

