

## 7 Conclusio und Ausblick

Das *Achmea*-Urteil markiert einen Wendepunkt für das Investitionsschutzrecht in der EU. So führte es allem voran zum Abschluss des Beendigungsabkommens und läutete somit das Ende für etwa 200 Intra-EU-BITs ein. Mit den Entscheidungen *Komstroy*, *PL Holdings* und *European Food SA* konsolidierte der EuGH seine *Achmea*-Rechtsprechung und weitete diese aus. Unionsrechtswidrig sind demnach alle Investitionsschiedsverfahren zwischen einem MS und einem Investor aus einem anderen MS auf der Grundlage von völkerrechtlichen Abkommen, an denen MS beteiligt sind, wenn das Investitionsschiedsgericht auch nur möglicherweise Unionsrecht anwenden oder auslegen könnte. Anders als den nationalen Gerichten der MS fehle Investitionsschiedsgerichten nämlich eine Vorlageberechtigung an den EuGH, wodurch sich eine Gefährdung der unbedingt zu wahrenen Autonomie der Unionsrechtsordnung ergebe.

Hinsichtlich der Forschungsfragen bezüglich der inhaltlichen Ausgestaltung des Beendigungsabkommens, seiner rechtlichen Einordnung und seiner Auswirkungen auf Investitionsschiedsverfahren sei an dieser Stelle aufgrund der komplexen Regelungen und um den Rahmen dieses Werks nicht zu sprengen ausnahmsweise auf die Ausführungen in Kapitel 3.3.6 verwiesen.

Begrüßt wird die *Achmea*-Rechtsprechung des EuGH in erster Linie von der KOM, welche diese Rechtsauffassung schon seit etwa 2006 vertritt. Obwohl ursprünglich treibende Kraft für den Abschluss der Abkommen, die später zu Intra-EU-BITs wurden, wandelte sich ihre Ansicht schon bald in das Gegenteil. Um ihrer Rechtsansicht Ausdruck zu verleihen, leitete sie unter anderem Vertragsverletzungsverfahren gegen MS wegen der nicht rechtzeitigen Beendigung ihrer

Intra-EU-BITs ein und interveniert in Investitionsschiedsverfahren als *amicus curiae*.<sup>685</sup>

Ablehnung und Kritik gegenüber der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit im Allgemeinen von weiten Teilen der Zivilbevölkerung wurde erstmals während der Verhandlungen zu TTIP und CETA laut. In Verbindung mit der Ansicht der KOM lässt sich spätestens zu diesem Zeitpunkt der Beginn zweier parallel verlaufender Reformprozesse beobachten: Einerseits der bereits angesprochene und insbesondere durch die *Achmea*-Rechtsprechung geprägte Reformprozess des EU-Investitionsschutzrechts, andererseits der nur das Verhältnis zwischen EU und Drittstaaten betreffende Reformprozess, mit dem insbesondere die Schaffung einer ICS und langfristig eines MIC angestrebt wird. Obgleich diese beiden Prozesse offensichtlich in bestimmter Hinsicht miteinander verbunden sind, so müssen sie doch streng voneinander unterschieden werden, da beispielsweise nur der Erstgenannte von unmittelbarer Bedeutung für Intra-EU-Investoren, insbesondere deren Rechtsschutz betreffend, ist. Auch sind diese beiden Prozesse unterschiedlich weit vorangeschritten und verfolgen teilweise verschiedene Ziele.

Im Rahmen des das Außenverhältnis der EU betreffenden Reformprozesses konnten bereits erste praktische Erfolge erzielt werden. So ist der reformierte Investitionsschutzansatz der EU bereits Inhalt der EU-Abkommen mit Kanada, Singapur, Vietnam und Mexiko und liegt Verhandlungen mit weiteren Drittstaaten zugrunde. Allerdings können die jeweiligen investitionsschutzrechtlichen Bestimmungen aufgrund der zwischen Union und MS geteilten Zuständigkeit jedenfalls erst nach Zustimmung der mitgliedstaatlichen Parlamente zur Ratifizierung angewendet werden.

Darüber hinaus werden im Rahmen der UNCITRAL-Arbeitsgruppe III Verhandlungen zur Schaffung eines MIC geführt. Die KOM hofft, diesen Prozess bis 2026 abschließen zu können.<sup>686</sup> Wenngleich die KOM auch hier langsam und schrittweise Erfolge verbuchen kann, so besteht doch erhebliche Skepsis oder gar Widerstand einiger

685 Kottmann, Eine EU-Investitionsschutzverordnung? EuZW 2015, 729.

686 Wilske/Markert/Ebert, SchiedsVZ 2022, 111 (137).

Staaten, darunter seitens der USA, Japan, China und Russlands.<sup>687</sup> Sinnvoll wäre der MIC nur dann, wenn die EU schlussendlich eine „kritische Masse“ gleichgesinnter Staaten erreicht.<sup>688</sup> Ob ihr dies gelingt wird vielfach bezweifelt.<sup>689</sup> Klarheit wird allerdings nur die Zukunft bringen, schließlich hat die KOM noch ein paar Jahre Zeit, um Überzeugungsarbeit zu leisten.

Die Reformbestrebungen der EU orientieren sich hier im Wesentlichen an den im Rahmen der öffentlichen Befragung während der TTIP-Verhandlungen 2014 vorgebrachten Kritikpunkten bzw den daraufhin ausgearbeiteten Grundsätzen für einen reformierten Investitionsschutz. Dazu zählen insbesondere die Wahrung des staatlichen Regulierungsrechts, möglichst weitgehende Transparenz, die Einführung eines Berufungsmechanismus und eine Abkehr vom ISDS.<sup>690</sup>

Die Gründe für den innerhalb der EU durchgeführten, mittlerweile weit vorangeschrittenen Reformprozess, der im Wesentlichen aus der Abschaffung der Intra-EU-BITs und der Verbannung von Intra-EU-Verfahren besteht, liegen laut EuGH und KOM in der Wahrung der Autonomie und Wirksamkeit des Unionsrechts. Laut KOM soll dadurch insbesondere auch einer Diskriminierung von Intra-EU-Investoren untereinander und einer möglichen Gewährung rechtswidriger staatlicher Beihilfen vorgebeugt werden. Das Unionsrecht biete zudem ohnehin ausreichend Schutz für Intra-EU-Investoren, speziell durch die Grundfreiheiten, die GRC, die allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts und umfassende sektorspezifische Rechtsvorschriften in einigen Bereichen. Dieser Schutz werde einerseits durch die Gerichte der MS, die das Unionsrecht vorrangig anzuwenden haben und andererseits durch den EuGH bzw die KOM mithilfe

687 *Stöbener de Mora*, EuZW 2021, 325 (331).

688 Dorninger/Schernthanner/Schrott/Stowasser/Tasch-Ronner in Gnan/Kronberger (Hrsg), *Schwerpunkt Aussenwirtschaft* 2016/2017, 55 (67).

689 *Wilske*, RIW 2018, 1; *Borgdorf*, *EU Law Requirements for the Establishment of the Multilateral Investment Court*, in Scheu (Hrsg), *Creation and Implementation of a Multilateral Investment Court* (2022) 281 (305).

690 <trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc\_153455.pdf> (03.01.2023).

des Vorabentscheidungsverfahrens und des Vertragsverletzungsverfahrens, sichergestellt.<sup>691</sup>

In der Theorie mag das Unionsrecht durchaus Regelungen bereithalten, die Investitionen innerhalb der EU schützen.<sup>692</sup> Hingegen stehen in praktischer Hinsicht dem Funktionieren des von der KOM in ihrer Investitionsschutzmitteilung angepriesenen Investitionsschutzsystems einige Hürden entgegen. Diese sind einerseits Rechtsstaatlichkeitsdefizite in mehreren MS und andererseits die unzureichende Wirkung jener Instrumente, die hier eigentlich Abhilfe schaffen sollten.<sup>693</sup> Hinzu kommen eine starke Zersplitterung der einschlägigen Bestimmungen und damit verbunden die unzureichende Klarheit über den Umfang der Investitionsschutzrechte nach Unionsrecht.

Insgesamt lässt sich daher feststellen, dass der EuGH mit seiner Rechtsprechung zu Intra-EU-Investitionsschutzabkommen bestehende Rechtsschutzdefizite in der EU teilweise sogar verschärft, indem er Intra-EU-Investoren den Zugang zu unabhängigen Investitionsschiedsgerichten verweigert und sie vor die Gerichte der MS zwingt. Dies führt nicht zuletzt zu einer Besserstellung von Extra-EU-Investoren, denen die Möglichkeit, ihre Rechte im Rahmen eines Investitionsschiedsverfahrens durchzusetzen, weiterhin offen steht und die dadurch einen Wettbewerbsvorteil erlangen.<sup>694</sup>

Bis heute gibt es für Intra-EU-Investoren keinen mit ISDS vergleichbaren Ersatzmechanismus. Die von der KOM bisher in Betracht gezogenen Maßnahmen, wie ein Mediationsmechanismus oder ein EU-Investitionsgerichtshof, sind entweder unzureichend, nicht weiterverfolgt oder schlichtweg abgelehnt worden.<sup>695</sup>

Von einigen MS, insbesondere jenen, die sich derzeit mit auf ISDS-Klauseln gestützten Klagen in Milliardenhöhe konfrontiert sehen,

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

692 v. *Pestalozza*, StudZR Wissenschaft Online 2018/1, 82 (107); Dolzer/Tietje/Wackernagel, Investitionsschutz im Unionsrecht, in Kronke/Melis/Kuhn (Hrsg), Handbuch Internationales Wirtschaftsrecht (2017) 1202 (Rz 37); Anmerkung: Siehe Unterkapitel 3.4.2.

693 *Diel-Gligor*, ZRP 2021, 63 (66); *Stöbener de Mora*, EuZW 2018, 363 (368).

694 *Ebert/Weyland*, RIW 2022, 20 (25).

695 *Stöbener de Mora*, EuZW 2018, 363 (370).

wird die Rechtsprechung des EuGH begrüßt.<sup>696</sup> Offensichtlich ist die hohe Anzahl derartiger, insbesondere auf den ECT gestützter Investorenklagen auch einer der inoffiziellen Gründe für die teilweise schwer nachvollziehbaren und vielfach kritisierten Rechtsansichten von EuGH und KOM zu diesem Thema. Aufseiten der Intra-EU-Investoren bleiben hingegen erhebliche Rechtsunsicherheit und Rechtsschutzlücken. Konzerne bzw große Unternehmen können unter Umständen ihre Investitionen so umstrukturieren, dass diese aus einem Drittstaat getätigt werden und somit nicht der Intra-EU-BIT-Rechtsschutzlücke unterliegen. Investoren mit weniger finanziellen Mitteln, insbesondere KMU, werden diese Möglichkeit hingegen überwiegend nicht haben und sind somit die Hauptleidtragenden.<sup>697</sup>

Angesichts des fortdauernden Ukraine-Kriegs werden Rufe nach einer Erweiterung der EU laut.<sup>698</sup> An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass sich der ursprüngliche Fehler, Extra-EU-BITs bei diesem Vorgang unberücksichtigt zu lassen, nicht wiederholen soll und deshalb die Beendigung solcher Abkommen im Voraus eines Beitritts vereinbart werden sollte. Sonst könnten infolge des Beitritts der aktuellen Beitrittskandidaten über 140 neue Intra-EU-BITs entstehen.<sup>699</sup>

Das Investitionsschutzrecht der EU befindet sich im Umbruch. Bisher konnten die widerstreitenden Interessen der Betroffenen nicht miteinander in Einklang gebracht werden. Es ist allerdings keineswegs ausgemacht, dass der Ausgang dieser Entwicklung ein für Investoren, die Zivilbevölkerung, die MS, den EuGH und die KOM unbefriedigender sein muss. In Anbetracht der geschilderten Ereignisse ist allerdings jedenfalls eines klar: Die Lösung des Problems ist ein Kompromiss. Ein solcher könnte ein EU-Investitionsgerichtshof sein.

696 *Germelmann*, Der Investitionsschutz im Energie- und Klimaschutzrecht zwischen „European Green Deal“ und Grenzen des Unionsprimärrechts, *EuR* 2020, 375 (389); *Wilske/Markert/Ebert*, *SchiedsVZ* 2022, 111 (129).

697 *Berger*, *EuZW* 2021, 342 (348); *Stöbener de Mora*, *EuZW* 2021, 325 (334).

698 *Lorenzmeier*, Der Beitritt der Ukraine zur EU: Rechtliche und politische Fragestellungen, *UKuR* 2022, 390; *Redaktion beck-aktuell*, Scholz will Europa mit Reformen stärken <[beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Freddok%2Fbecklink%2F2024462.htm&xpos=7&hlwords=on](https://www.beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Freddok%2Fbecklink%2F2024462.htm&xpos=7&hlwords=on)> (29.06.2023).

699 *Berger*, *EuZW* 2021, 342 (347).

Wie auch immer der konkrete Lösungsansatz letztendlich ausgestaltet sein mag – es gilt, das zugrundeliegende Problem zu benennen und schnellstmöglich zu handeln. Nicht nur die Rechtsprechung des EuGH zu Intra-EU-Investitionsschutzabkommen, sondern auch die aktuellen Entwicklungen rund um den ECT führen aufseiten der Investoren zu massiver Rechtsunsicherheit und Rechtsschutzdefiziten. In Anbetracht der Notwendigkeit, private Investitionen in enormem Umfang anzuziehen, um Klimaverpflichtungen erfüllen und die von der EU angestrebte Energiewende realisieren zu können, wird einmal mehr deutlich, wie kritisch die gegenwärtige Situation zu betrachten ist. Sie könnte sich als Dämpfer auf das Investitionsklima auswirken, dadurch dem Binnenmarkt schaden und so die Erreichung der ehrgeizigen Klimaziele unmöglich machen. Hinzu kommt ein sich im vollem Gange befindlicher internationaler Kampf um Investoren, dessen Ausgang darüber entscheidet, wer die Führungsrolle im Bereich CO<sub>2</sub>-neutraler Technologien übernehmen wird.