

4 Die aktuelle Rechtsprechung des EuGH zu Intra-EU-Investitionsschutzabkommen

4.1 *Achmea*

In der Rechtssache, in der das Urteil vom 6. März 2018, *Achmea* (C-284/16/ ECLI:EU:C:2018:158) ergangen ist, ging es um die Frage, ob die in dem Investitionsschutzabkommen zwischen den Niederlanden und der Slowakei (im Folgenden: „BIT Niederlande-Slowakei“) enthaltene Schiedsklausel mit dem Unionsrecht vereinbar ist. Der EuGH verneinte und nutzte damit die erstmalige Gelegenheit, zu diesem seit Jahren umstrittenen Thema Stellung zu nehmen.

Da dem *Achmea*-Urteil von den insgesamt vier in diesem Werk erläuterten EuGH-Entscheidungen die größte Bedeutung zukommt, soll es im Folgenden etwas umfassender als die anderen dargestellt werden. Um den Rahmen des vorliegenden Werks nicht zu sprengen, werden die Auswirkungen der übrigen Urteile auf das Investitionsschutzrecht der EU unter einer gemeinsamen Überschrift³³¹ behandelt. Dies ist auch deshalb sinnvoll, weil dadurch verständlicher aufgezeigt werden kann, in welchem Verhältnis diese Entscheidungen zueinander stehen.

4.1.1 Vorgeschichte: Ausgangsverfahren und Vorlagefragen

Die damalige Tschechoslowakei und die Niederlande, welche seit 1957 Mitglied der Europäischen Union ist, schlossen im Jahre 1991 einen Investitionsschutzvertrag, dessen Wirkung mit 1. Oktober 1992 in Kraft trat. Am 1. Januar 1993 trat die Slowakische Republik

331 Anmerkung: Siehe Unterkapitel 4.5.

in die Rechte und Pflichten der früheren Tschechoslowakei in besagtem BIT ein. Mit 1. Mai 2004 wurde auch die Slowakei Mitglied der EU³³². Im selben Jahr öffnete die Slowakei den Markt für privatisierte Krankenversicherungen für in- sowie ausländische Anbieter im Zuge einer Reform ihres Gesundheitswesens. Daraufhin gründete die *Achmea BV*, ein zu einer niederländischen Versicherungsgruppe gehörendes Unternehmen, nach ihrer Zulassung als Krankenversicherer in der Slowakei eine Tochtergesellschaft und bot über diese private Krankenversicherungen an. Im Jahr 2006 reversionierte die Slowakei die Liberalisierung dieses Marktes nach einem Regierungswechsel allerdings teilweise.³³³

Darauffolgend leitete die *Achmea BV* im Jahr 2008 auf Grundlage von Art 8 BIT Niederlande-Slowakei³³⁴ ein Schiedsverfahren gegen die Slowakei ein. Das niederländische Unternehmen vertrat die Auffassung, dass die gesetzlichen Regulierungsmaßnahmen der Slowakei gegen mehrere Bestimmungen des BIT Niederlande-Slowakei, konkret gegen die darin geregelten Grundsätze der fairen und gerechten Behandlung (Art 3 Abs 1), voller Schutz und Sicherheit (Art 3 Abs 2), freier Zahlungstransfer (Art 4) und Verbot rechtswidriger Enteignungen (Art 5), verstießen. Die *Achmea BV* machte geltend, durch die gesetzlichen Maßnahmen sei ihr ein Schaden in zweistelliger Millionenhöhe entstanden. Sie verlangte Schadenersatz in Höhe von 65 Millionen Euro. Als Schiedsort wurde Frankfurt am Main festgelegt, weshalb deutsches Recht auf das Schiedsverfahren anwendbar war. Das Schiedsgericht wurde gemäß dem BIT Niederlande-Slowakei und der Schiedsordnung der UNCITRAL gebildet.³³⁵

332 Anmerkung: Damit wurde das Extra-EU-BIT zu einem Intra-EU-BIT.

333 EuGH 06.03.2018, C-284/16 (Slowakische Republik gegen Achmea BV) Rz 6 ff; Anmerkung: Die Slowakei verbot zunächst den Einsatz von Versicherungsmaklern, danach die Ausschüttung von Gewinnen aus dem Krankenversicherungsgeschäft und schließlich die Veräußerung von Versicherungsportfolios. Der Verfassungsgerichtshof der Slowakei erklärte mit Urteil vom 26.01.2011 das gesetzliche Gewinnausschüttungsverbot für verfassungswidrig. In weiterer Folge ließ die Slowakei mit dem Gesetz zur Neuregelung der Krankenversicherung, in Kraft seit 01.08.2011, Gewinnausschüttungen wieder zu. GA 19.09.2017, C-284/16 (Slowakische Republik gegen Achmea BV) Rz 19.

334 Anmerkung: Hierbei handelt es sich um eine typische ISDS-Klausel.

335 GA 19.09.2017, C-284/16 Rz 20 f; EuGH 06.03.2018, C-284/16 Rz 9 f.

Im Schiedsverfahren erhob die Slowakei eine Einrede der Unzuständigkeit des Schiedsgerichts. Ihrer Ansicht nach regelten der AEUV und das BIT Niederlande-Slowakei denselben Gegenstand, weshalb das BIT nach Art 30 und 59 WVK als unanwendbar und beendet angesehen werden müsse. Mangels Vereinbarkeit mit dem AEUV sei auch die Schiedsvereinbarung nach Art 8 Abs 2 BIT Niederlande-Slowakei unanwendbar. Ausschließlich der EuGH sei zuständig, über die Anträge der *Achmea BV* zu entscheiden. Des Weiteren seien einige Bestimmungen des BIT, beispielsweise Art 4 über den freien Zahlungsverkehr, vom EuGH für mit dem AEUV unvereinbar befunden worden.³³⁶

Am 26. Oktober 2010 wies das Schiedsgericht mit einem Entscheid die Unzuständigkeitseinrede der Slowakei zurück und erklärte sich für zuständig. Erfolglos blieb auch der Antrag der Slowakei vor den deutschen Gerichten auf Aufhebung dieses Entscheids. Die Slowakei wurde mit abschließendem Schiedsspruch vom 7. Dezember 2012 zu einer Schadenersatzzahlung an die *Achmea BV* in Höhe von 22,1 Millionen Euro nebst Zinsen verurteilt.³³⁷

Die Slowakei beantragte in der Folge die Aufhebung des abschließenden Schiedsspruchs beim Oberlandesgericht Frankfurt am Main. Dieser Antrag wurde wiederum zurückgewiesen. Daraufhin erhob die Slowakei Rechtsbeschwerde gegen die Zurückweisung beim Bundesgerichtshof (im Folgenden: „BGH“).³³⁸

Nach Ansicht der Slowakei verstoße der abschließende Schiedsspruch gegen die öffentliche Ordnung und sei deshalb aufzuheben. Auch sei die diesem Schiedsspruch zugrundeliegende Schiedsvereinbarung ungültig und verstoße ebenfalls gegen die öffentliche Ordnung.

Hinsichtlich des Verstoßes des abschließenden Schiedsspruchs gegen die öffentliche Ordnung habe das Schiedsgericht, welches nicht vor-

³³⁶ EuGH 06.03.2018, C-284/16 Rz 11.

³³⁷ EuGH 06.03.2018, C-284/16 Rz 11 f; Anmerkung: Das Schiedsgericht entschied, dass ein Teil der von der Slowakei ergriffenen Maßnahmen, konkret das Gewinnausschüttungsverbot und das Transferverbot, gegen Art 3 Abs 1 und Art 4 BIT Niederlande-Slowakei verstießen. GA 19.09.2017, C-284/16 Rz 24.

³³⁸ EuGH 06.03.2018, C-284/16 Rz 12.

lageberechtigt gem Art 267 AEUV sei, die vorrangigen unionsrechtlichen Bestimmungen zur Kapitalverkehrsfreiheit unberücksichtigt gelassen und im Zuge der Schadensberechnung den Anspruch der Slowakei auf rechtliches Gehör verletzt.³³⁹

Bezüglich der Ungültigkeit der, im BIT Niederlande-Slowakei geschlossenen, Schiedsvereinbarung argumentierte die Slowakei, die Vereinbarung verstoße gegen Art 267 und 344 AEUV³⁴⁰ sowie gegen das Diskriminierungsverbot gem Art 18 AEUV^{341,342}

Zwar teilte der BGH die Zweifel der Slowakei hinsichtlich der Vereinbarkeit von Art 8 BIT Niederlande-Slowakei mit den Art 18, 267 und 344 AEUV nicht, allerdings stellte er fest, dass es zu den konkret aufgeworfenen Fragen weder eine Entscheidung des EuGH gebe noch seiner Rechtsprechung eine eindeutige Antwort entnommen werden könne. Darüber hinaus sei die Auffassung³⁴³ der KOM zu berücksichtigen, welche dem Rechtsstreit als Streithelferin zur Unterstützung der Slowakei sowohl im fraglichen Schiedsverfahren als auch im Aufhebungsverfahren vor den deutschen Gerichten beigetreten war. Auch sei die Thematik wegen der zahlreichen Intra-EU-BITs, die ähnliche Schiedsklauseln enthielten, von erheblicher Bedeutung. Am 3. März 2016 beschloss der BGH deshalb, das Verfahren auszusetzen und dem EuGH drei Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:³⁴⁴

339 GA 19.09.2017, C-284/16 Rz 26 f.

340 Anmerkung: Gem Art 344 AEUV verpflichten sich die MS, Streitigkeiten über die Auslegung oder Anwendung der Verträge nicht anders als darin vorgesehen zu regeln.

341 Anmerkung: Gem Art 18 AEUV ist unbeschadet besonderer Bestimmungen der Verträge in ihrem Anwendungsbereich jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten.

342 EuGH 06.03.2018, C-284/16 Rz 14.

343 Anmerkung: Gemeint ist hier die bereits beschriebene, ablehnende Haltung der KOM gegenüber Intra-EU-BITs, insbesondere den darin enthaltenen ISDS-Klauseln.

344 GA 19.09.2017, C-284/16 Rz 29; BGH 03.03.2016, C-136/10 (Slowakische Republik gegen Achmea BV).

- 1) Steht Art 344 AEUV der Anwendung einer Regelung³⁴⁵ in einem bilateralen Investitionsschutzabkommen zwischen Mitgliedstaaten der Union³⁴⁶ entgegen, nach der ein Investor eines Vertragsstaats bei einer Streitigkeit über Investitionen in dem anderen Vertragsstaat gegen Letzteren ein Verfahren vor einem Schiedsgericht einleiten darf, wenn das Investitionsschutzabkommen vor dem Beitritt eines der Vertragsstaaten zur Union abgeschlossen worden ist, das Schiedsgerichtsverfahren aber erst danach eingeleitet werden soll?
- 2) Falls Frage 1 zu verneinen ist: Steht Art 267 AEUV der Anwendung einer solchen Regelung entgegen?
- 3) Falls Frage 1 und 2 zu verneinen sind: Steht Art 18 Abs 1 AEUV unter den in Frage 1 beschriebenen Umständen der Anwendung einer solchen Regelung entgegen?³⁴⁷

4.1.2 Schlussanträge des Generalanwalts Wathelet

In seinen umfassenden Schlussanträgen vom 19. September 2017 sprach sich Generalanwalt³⁴⁸ Melchior Wathelet für die Vereinbarkeit der betroffenen Schiedsklausel mit Unionsrecht aus. Ein Verstoß gegen Art 344 AEUV liege nicht vor, da diese Bestimmung die MS lediglich dazu verpflichte, Streitigkeiten zwischen den MS und der Union vor dem EuGH anzufechten. Art 344 AEUV beziehe sich nicht auf eine Streitigkeit mit einem Investor. Eine solche beziehe sich darüber hinaus nicht auf Unionsrecht, sondern auf das zugrundeliegende BIT. Nach Ansicht des Generalanwalts seien völkervertraglich geschaffene Schiedsgerichte vorlageberechtigt, wenn sie Unionsrecht entscheidungserheblich anwenden müssen, weshalb es auch zu keiner Beeinträchtigung des Systems der Vorabentscheidungsverfahren gem Art 267 AEUV komme. Auch sei das Vorliegen einer

³⁴⁵ Anmerkung: Gemeint ist die typischerweise in BITs und auch in einer Mehrzahl der Intra-EU-BITs enthaltene ISDS-Klausel.

³⁴⁶ Intra-EU-BIT.

³⁴⁷ GA 19.09.2017, C-284/16 Rz 30.

³⁴⁸ Anmerkung: Die Generalanwälte am EuGH unterstützen die Richter des Gerichtshofs in ihrer Entscheidungsfindung.

nach Art 18 AEUV verbotenen Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit zu verneinen.³⁴⁹

4.1.3 Urteil des EuGH

4.1.3.1 Tenor

Die Art 267 und 344 AEUV sind dahin auszulegen, dass sie einer Bestimmung in einer internationalen Übereinkunft zwischen den MS wie Art 8 des Abkommens zwischen dem Königreich der Niederlande und der Tschechischen und Slowakischen Föderativen Republik über die Förderung und den gegenseitigen Schutz von Investitionen entgegenstehen, nach der ein Investor eines dieser MS im Fall einer Streitigkeit über Investitionen in dem anderen MS gegen diesen ein Verfahren vor einem Schiedsgericht einleiten darf, dessen Gerichtsbarkeit sich dieser Mitgliedstaat unterworfen hat.

4.1.3.2 Zu den Vorlagefragen (Begründung)

In seiner Entscheidung behandelte der EuGH die ersten beiden Vorlagefragen gemeinsam.³⁵⁰

Im Gegensatz zum BGH und Generalanwalt stufte der EuGH die Schiedsklausel in seinem Urteil vom 6. März 2018 als unionswidrig ein, diese sei nicht mit Art 344 AEUV und Art 267 AEUV vereinbar.

Die einheitliche Auslegung des Unionsrechts, seine Kohärenz, seine volle Geltung und seine Autonomie würden durch das Vorabentscheidungsverfahren und den Dialog zwischen EuGH und den nationalen Gerichten gewährleistet und ebendieses System durch das Schiedsgericht in *Achmea* gefährdet. Dieses habe nämlich nach Art 8 Abs 6 des BIT Niederlande-Slowakei bei seiner Entscheidung unter anderem das geltende Recht des verklagten Staats und alle erheblichen Abkommen zwischen den Vertragsparteien zu berücksichtigen. Dazu gehöre demnach auch das Unionsrecht, beispielsweise

349 GA 19.09.2017, C-284/16 Rz 82 ff.

350 EuGH 06.03.2018, C-284/16 Rz 31.

die Vorschriften über die Niederlassungsfreiheit und den freien Kapitalverkehr. Gegebenenfalls habe das Schiedsgericht Unionsrecht also auszulegen oder sogar anzuwenden. Allerdings sei ein Schiedsgericht, wie das in Art 8 BIT Niederlande-Slowakei geregelt, aufgrund seines Ausnahmecharakters jedenfalls kein „Gericht eines Mitgliedstaats“³⁵¹ im Sinne von Art 267 AEUV. Es gehöre somit nicht zum Gerichtssystem der Union, weshalb es, im Gegensatz zum Vorschlag des Generalanwalts, nicht vorlageberechtigt sei.³⁵²

In weiterer Folge prüfte der EuGH, ob der Schiedsspruch eines solchen Gerichts im Einklang insbesondere mit Art 19 AEUV der Kontrolle durch Gerichte der MS unterliegt, wodurch sichergestellt wird, dass unionsrechtliche Fragen, die das Schiedsgericht zu behandeln haben könnte, eventuell im Wege eines Vorabentscheidungsersuchens letztlich doch dem EuGH vorgelegt werden können.³⁵³

Hierzu stellte er fest, dass Schiedssprüche solcher Schiedsgerichte nur dann durch mitgliedstaatliche Gerichte überprüft werden können, soweit dies das anwendbare nationale Recht gestattet. Hinzu komme, dass die eingeschränkte gerichtliche Überprüfung von Schiedssprüchen durch vorlageberechtigte nationale Gerichte bei Investitionsschiedsverfahren, anders als bei Handelsschiedsverfahren zwischen Privaten, nicht ausreiche, um die einheitliche Auslegung des Unionsrechts zu gewährleisten. Die Entscheidung des Schiedsgerichts sei gem Art 8 Abs 7 BIT Niederlande-Slowakei grundsätzlich endgültig.³⁵⁴

351 Anmerkung: „Nach ständiger Rechtsprechung ist, damit es sich bei einer Rechtssprechungseinrichtung um ein „Gericht“ im Sinne von Art. 267 AEUV handelt, auf eine Reihe von Merkmalen abzustellen, nämlich „die gesetzliche Grundlage der Einrichtung, ihr ständiger Charakter, die obligatorische Gerichtsbarkeit, das streitige Verfahren, die Anwendung von Rechtsnormen durch die Einrichtung sowie deren Unabhängigkeit“ Zudem muss „ein Rechtsstreit [bei ihr] anhängig [sein] und [sie] im Rahmen eines Verfahrens zu entscheiden haben, das auf eine Entscheidung mit Rechtsprechungscharakter abzielt“ GA 19.09.2017, C-284/16 Rz 86; EuGH 31.01.2013, C-394/11 (Valeri Hariev Belov gegen CHEZ Elektro Bulgaria AD ua) Rz 38 und 39.

352 EuGH 06.03.2018, C-284/16 Rz 31 ff.

353 EuGH 06.03.2018, C-284/16 Rz 50.

354 EuGH 06.03.2018, C-284/16 Rz 51 ff.

Mit Art 8 BIT Niederlande-Slowakei wurde von den betroffenen MS somit ein Mechanismus zur Beilegung von Streitigkeiten zwischen einem Investor und einem MS geschaffen, der ausschließen kann, dass über diese Streitigkeiten, obwohl sie die Auslegung oder Anwendung des Unionsrechts betreffen können, in einer Weise entschieden wird, die die volle Wirksamkeit des Unionsrechts gewährleistet.³⁵⁵ Dies stehe im Widerspruch zur Verpflichtung der MS gem Art 344 AEUV, Streitigkeiten über die Auslegung oder Anwendung der Verträge nicht anders als nach den in den Verträgen vorgesehenen Bestimmungen zu regeln.

Art 8 BIT Niederlande-Slowakei sei somit geeignet, sowohl den Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens zwischen den MS als auch die Erhaltung des eigenen Charakters des durch die Verträge geschaffenen Rechts, die durch das in Art 267 AEUV geregelte Vorabentscheidungsverfahren gewährleistet wird, in Frage zu stellen. Er ist daher auch nicht mit dem in Art 4 Abs 3 Unterabsatz 1 EUV niedergelegten Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit vereinbar.³⁵⁶ Daraus ergebe sich, dass Art 8 BIT Niederlande Slowakei die Autonomie des Unionsrechts beeinträchtige (Rz 59).³⁵⁷

Der EuGH beantwortete deshalb die erste und zweite Frage dahingehend, dass die Art 267 und 344 AEUV so auszulegen sind, dass sie einer Bestimmung in einer internationalen Übereinkunft zwischen den MS wie Art 8 des BIT Niederlande-Slowakei entgegenstehen, nach der ein Investor eines dieser MS im Falle einer Streitigkeit über Investitionen in dem anderen MS gegen diesen ein Verfahren vor einem Schiedsgericht einleiten darf, dessen Gerichtsbarkeit sich dieser MS unterworfen hat.³⁵⁸

Angesichts der Beantwortung der ersten und zweiten Frage brauche die dritte Frage laut EuGH nicht beantwortet zu werden.³⁵⁹

355 EuGH 06.03.2018, C-284/16 Rz 56.

356 EuGH 06.03.2018, C-284/16 Rz 58.

357 EuGH 06.03.2018, C-284/16 Rz 50 ff.

358 EuGH 06.03.2018, C-284/16 Rz 60.

359 EuGH 06.03.2018, C-284/16 Rz 61.

4.1.4 Auswirkungen und Analyse des *Achmea*-Urteils

Mit dem *Achmea*-Urteil hat der EuGH über den bereits beschriebenen, seit etwa 2006³⁶⁰ von der KOM geführten Kampf gegen Intra-EU-BITs entschieden. Im Wesentlichen führte der EuGH aus, dass ISDS-Klauseln in derartigen Verträgen zwischen MS gegen Art 344 und 267 AEUV verstoßen, weil die danach zuständigen Investitionsschiedsgerichte unter Umständen über die Auslegung oder gar Anwendung von Unionsrecht zu entscheiden hätten, ohne dass dies durch den EuGH überprüft werden könne.³⁶¹

Der konkrete Fall betrifft eines der zahlreichen BITs, die ursprünglich als Extra-EU-BITs zu einer Zeit geschlossen wurden, als eine der Vertragsparteien noch kein MS war und mit dessen EU-Beitritt dann zu Intra-EU-BITs wurden.³⁶² Durch das Vorabentscheidungsverfahren des BGH bekam der EuGH erstmals die Gelegenheit, zur Frage der Vereinbarkeit dieser unionsinternen völkerrechtlichen Abkommen mit den Verträgen, insbesondere mit den Art 344, 276 und 18 AEUV, Stellung zu nehmen.³⁶³

Für Handelsschiedsverfahren stellt der EuGH klar, dass sich diese, im Gegensatz zu Intra-EU-Verfahren, nicht nachteilig auf die Autonomie des Unionsrechts auswirken und deshalb weiterhin zulässig sind. Er begründet dies damit, dass die Handelsschiedsgerichtsbarkeit auf der Privatautonomie beruhe, während die Durchführung von Intra-EU-Verfahren dadurch ermöglicht werde, dass MS in einem Abkommen vereinbaren, dem Rechtssystem der EU Streitigkeiten zu entziehen, welche die Anwendung oder Auslegung des Unionsrechts betreffen können.³⁶⁴

Am 19. Juli 2018 veröffentlichte die KOM daraufhin die Investitionsschutzmitteilung und rief darin, als Konsequenz des *Achmea*-Ur-

360 *Andersen/Hindelang*, The Day after: Alternatives to Intra-EU BITs, JWIT 2017, 1 (5).

361 *Gundel*, EWS 2018, 124.

362 Anmerkung: Siehe Unterkapitel 3.3.1.1.

363 *Scholtka*, Investitionsschutzrecht: Schiedsklausel in unionsinternem Investitionsschutzabkommen, EuZW 2018, 239 (243).

364 EuGH 06.03.2018, C-284/16 Rz 55.

teils, alle MS dazu auf, ihre Intra-EU-BITs zu beenden.³⁶⁵ In weiterer Folge reagierten die meisten MS mit der Unterzeichnung der Absichtserklärung 2019 und schlussendlich mit dem Abschluss des Beendigungsabkommens bzw der bilateralen Aufkündigung ihrer Intra-EU-BITs.³⁶⁶

Während Vertreter der Zivilgesellschaft das *Achmea*-Urteil vor dem Hintergrund der Kritik an ISDS begrüßten, äußerten Mitglieder der „Schiedscommunity“ rechtsstaatliche Bedenken. Erstere stützen ihre Ansicht auf demokratiepolitische Gründe. ISDS schaffe eine Paralleljustiz, mit der demokratisch legitimierte Entscheidungen nationaler Parlamente mit rechtlichen Mitteln außerhalb des nationalen Rechtsschutzsystems bekämpft würden.³⁶⁷ Letztere kritisieren insbesondere, dass Intra-EU-Investoren als Konsequenz des Urteils in Ländern wie Rumänien oder Polen, deren Rechtsstaatlichkeit von der KOM selbst regelmäßig in Zweifel gezogen würde, zum Schutz ihrer Investitionen künftig auf die dortigen nationalen Gerichte angewiesen seien.³⁶⁸ Das in seiner Effektivität eingeschränkte Vorabentscheidungsverfahren gem Art 267 AEUV und die primär politischen Erwägungen folgenden Vertragsverletzungsverfahren der KOM gem Art 259 AEUV könnten diesen Verlust an Rechtsschutz nicht ausgleichen.³⁶⁹

Beachtenswert sind auch die kritischen und detailreichen Ausführungen von Generalanwalt Wathelet in seinen Schlussanträgen. Er vertrat in den wesentlichsten Punkten gegensätzliche Auffassungen gegenüber dem EuGH in seinem *Achmea*-Urteil. Nicht zuletzt dieser Umstand verdeutlicht, wie umstritten die Thematik rund um Intra-EU-BITs, insbesondere die Frage der Vereinbarkeit mit Unions-

365 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat: Schutz EU-interner Investitionen, KOM (2018) 547 endg; Anmerkung: Siehe Unterkapitel 3.4.1.4.

366 Anmerkung; Siehe Unterkapitel 3.3.5 bzw 3.3.6.

367 *Tropper*, *juridikum* 2018, 537 (539).

368 *Konrad*, *ecolx* 2022, 293; *Kröll*, *Die schiedsrichtliche Rechtsprechung* 2018, *SchiedsVZ* 2019, 135.

369 *Schwarz*, *EU-Investitionsschutz – Quo Vadis?* *Raiffeisen Blatt* 2020, 1; *Wernicke*, *Autonomie und Häresie – Investitionsschiedsgerichte in der Rechtsunion*, *NJW* 2018, 1644 (1647).

recht, ist.³⁷⁰ Beispielsweise wies Wathelet darauf hin, dass die These der Unvereinbarkeit von Intra-EU-BITs mit dem AEUV, welche von der KOM in zahlreichen Intra-EU-Verfahren als *amicus curiae* geltend gemacht wurde, von den Schiedsgerichten systematisch als unbegründet zurückgewiesen wurde.³⁷¹ Darüber hinaus sei die gewandelte Sichtweise der KOM bemerkenswert. Sie habe, wie auch die anderen Organe der EU, über einen langen Zeitraum die Auffassung vertreten, derartige BITs seien sehr wohl mit Unionsrecht vereinbar und erforderlich, um den Beitritt der EU-Bewerberländer vorzubereiten. Des Weiteren enthielten die zwischen der EU und den Bewerberländern geschlossenen Assoziierungsabkommen Bestimmungen, die den Abschluss von BITs zwischen den MS und den Beitrittskandidaten vorsahen.³⁷² Auch hielt er dem Versuch der KOM, ihren Meinungswechsel hinsichtlich der Unvereinbarkeit der BITs mit den Verträgen damit zu begründen, dass diese Abkommen für die Vorbereitung des Beitritts der Bewerberländer erforderlich gewesen wären, ein Argument entgegen, welches nicht von der Hand zu weisen ist. Er stellte die Frage, weshalb die Beitrittsverträge keine Beendigung der BITs vorgesehen haben, wenn diese ohnehin nur während des Assoziierungszeitraums gerechtfertigt waren und alle Beteiligten wussten, dass sie mit den Verträgen unvereinbar sein würden. Stattdessen wurden die MS in rechtlicher Ungewissheit gelassen, die für einige von diesen über dreißig Jahre und für andere dreizehn Jahre lang andauern sollte.³⁷³

Das *Achmea*-Urteil wird schließlich auch in inhaltlicher Hinsicht kritisiert. Beispielsweise wird angeführt, ein Verstoß gegen Art 344 AEUV liege, entgegen der Ausführungen im *Achmea*-Urteil, nicht vor. Aus der bisherigen Rechtsprechung³⁷⁴ ergäbe sich nämlich, dass diese Bestimmung nicht für Auseinandersetzungen gelte, an de-

370 Stöbener de Mora, Das *Achmea*-Urteil zum Intra-EU-Investitionsschutz, *EuZW* 2018, 363 (364).

371 GA 19.09.2017, C-284/16 Rz 3.

372 GA 19.09.2017, C-284/16 Rz 40.

373 GA 19.09.2017, C-284/16 Rz 40.

374 EuGH 08.03.2011, Gutachten 1/09 (Patentgerichtssystem) Rz 63.

nen ein Privater beteiligt ist.³⁷⁵ Vielmehr betreffe sie nur Streitigkeiten zwischen MS untereinander sowie zwischen MS und der EU und sieht hier verbindlich den EuGH als Streitbeilegungsorgan vor.³⁷⁶

Auch sei das BIT Niederlande-Slowakei in seinem Art 8 Abs 6 zwar so formuliert, dass das nationale Recht und völkerrechtliche Abkommen der Vertragsparteien bei der Entscheidung durch das Schiedsgericht zu berücksichtigen seien, wozu auch das Unionsrecht gehöre. Allerdings diene diese Vorschrift, wie auch Art 31 Abs 3 lit c VWK ihrem Sinn und Zweck nach dazu, einerseits streitige nationale Maßnahmen in ihren rechtlichen Kontext zu setzen und andererseits der Vermeidung von Widersprüchen, die sich durch unterschiedliche völkerrechtliche Pflichten ergeben können.³⁷⁷

4.2 *Komstroy*

In der Rechtssache, in der das Urteil vom 2. September 2021, *Komstroy* (C-741/19/ ECLI:EU:C:2021:655) ergangen ist (im Folgenden: „*Komstroy*“), ging es um Fragen betreffend die Auslegung der Art 1 Z 6 und 26 Abs 1 ECT im Hinblick auf das Vorliegen einer Investition.³⁷⁸ Das Ausgangsverfahren betraf zudem einen Rechtsstreit zwischen einem Drittstaat (der Republik Moldau) und einem Investor eines weiteren Drittstaats (der ukrainischen Gesellschaft *Komstroy LLC*).³⁷⁹ Obwohl dies für den konkreten Verfahrensausgang also keinerlei Bedeutung hatte, entschied sich der EuGH dazu, in einem *obiter dictum*³⁸⁰ die Frage nach der Vereinbarkeit der Anwendung

375 *Kottmann*, Investitionsschutzrecht: EuGH-Vorlage zur Wirksamkeit von Schiedsvereinbarungen in Investitionsschutzabkommen, *EuZW* 2016, 512 (519); BGH 03.03.2016, I ZB 2/15.

376 *Stöbener de Mora*, *EuZW* 2018, 363 (365).

377 *Stöbener de Mora*, *EuZW* 2018, 363 (364).

378 EuGH 02.09.2021, C-741/19 (Republik Moldau gegen *Komstroy LLC*) Rz 20.

379 EuGH 02.09.2021, C-741/19 Rz 2.

380 Anmerkung: „Ein *obiter dictum* lat. ‚nebenbei Gesagtes‘ ist eine in einer Entscheidung eines Gerichtes geäußerte Rechtsansicht, die die gefällte Entscheidung nicht trägt, sondern nur geäußert wurde, weil sich die Gelegenheit dazu bot. Den Gegensatz zum *obiter dictum* bildet die *ratio decidendi*.“ *Recht Easy*, *Obiter dictum* <[rechteasy.at/wiki/obiter-dictum/](https://www.rechteasy.at/wiki/obiter-dictum/)> (29.06.2023).

der im ECT enthaltenen Schiedsklausel³⁸¹ zwischen MS mit dem Unionsrecht zu beantworten. In konsequenter Übertragung der zuvor im *Achmea*-Urteil angeführten Argumente verneinte der EuGH die Vereinbarkeit mit Unionsrecht und weitete damit seine *Achmea*-Rechtsprechung aus.³⁸²

4.2.1 Vorgeschichte: Ausgangsverfahren und Vorlagefragen

Veranlasst wurde das EuGH-Urteil, ähnlich wie im Fall *Achmea*, durch ein Vorabentscheidungsersuchen. Im vorliegenden Fall wurden die Fragen vom Pariser Berufungsgericht vorgelegt. Moldau machte vor diesem geltend, dass ein den Staat zum Schadenersatz verurteilender Schiedsspruch aufgehoben werden müsse, da das *ad hoc*-Schiedsgericht mit Sitz in Paris das Vorliegen einer „Investition“ und somit auch seine Zuständigkeit nach dem ECT zu Unrecht bejaht habe.³⁸³

Im Ausgangsverfahren zwischen der Rechtsvorgängerin der *Komstroy LLC* und Moldau ging es um eine an erstere abgetretene Geldforderung aus einem grenzüberschreitenden Stromliefervertrag, die sich gegen ein zu letzterer gehörendes öffentliches Unternehmen richtete. Das *ad-hoc*-Schiedsverfahren wurde von der Rechtsvorgängerin der *Komstroy LLC* gem Art 26 Abs 4 lit b ECT eingeleitet, da ihrer Ansicht nach Moldau gegen Verpflichtungen aus dem ECT verstoßen habe.³⁸⁴

Das Pariser Berufungsgericht hatte am 12. April 2016 den fraglichen Schiedsspruch aufgehoben und begründete diese Entscheidung damit, dass eine bloße Geldforderung aus einem Stromliefervertrag nicht als Beitrag einer Investition zur wirtschaftlichen Entwicklung des Gaststaates zu werten sei und somit eine der auch unter dem ECT geltenden Voraussetzungen für das Vorliegen einer Investition

381 Anmerkung: Art 26 ECT.

382 *Nikolov*, EuR 2022, 496 (500).

383 EuGH 02.09.2021, C-741/19 Rz 17; *Weiler/Schwalb*, EuGH: ECT-Schiedsklausel in Intra-EU Verfahren nicht anwendbar <cmshs-bloggt.de/dispute-resolution/ugh-ect-schiedsklausel-in-intra-eu-verfahren-nicht-anwendbar/> (29.06.2023).

384 EuGH 02.09.2021, C-741/19 Rz 8 ff.

fehle.³⁸⁵ Aus diesem Grund habe sich das Schiedsgericht zu Unrecht für zuständig erklärt. Diese Entscheidung wurde in weiterer Folge vom französischen Kassationsgerichtshof mit Urteil vom 28. März 2018 mit der Begründung aufgehoben, dass das Pariser Berufungsgericht den Investitionsbegriff unter Hinzufügung einer nicht im ECT vorgesehenen Bedingung ausgelegt habe und verwies die Parteien an das Berufungsgericht in anderer Besetzung zurück.³⁸⁶

Das Pariser Berufungsgericht war der Ansicht, es müsse zur Entscheidung des bei ihm anhängigen Rechtsstreits über die Zuständigkeit des Schiedsgerichts darüber befinden, ob der Rechtsstreit zwischen der Republik Moldau und *Energoalians* bzw *Komstroy LLC* eine Investition im Sinne des ECT betrifft und ob bejahendenfalls diese Investition von *Energoalians* und im „Gebiet“ Moldawiens getätigt worden ist.³⁸⁷

Deshalb hat es beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem EuGH folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

1. Ist Art 1 Z 6 ECT dahin auszulegen, dass eine Forderung, die sich aus einem Kaufvertrag über Strom ergibt, der nicht zu einem Beitrag des Investors im Empfangsstaat geführt hat, eine „Investition“ im Sinne dieses Artikels darstellen kann?
2. Ist Art 26 Abs 1 ECT dahin auszulegen, dass der Erwerb einer Forderung eines anderen Wirtschaftsteilnehmers als der Vertragsstaaten durch einen Investor einer Vertragspartei eine Investition darstellt?
3. Ist Art 26 Abs 1 ECT dahin auszulegen, dass eine einem Investor zustehende Forderung aus einem Kaufvertrag über Strom, der an die Grenze des Empfangsstaats geliefert wird, eine im Gebiet einer anderen Vertragspartei vorgenommene Investition darstellen kann, wenn der Investor in deren Hoheitsgebiet keinerlei wirtschaftliche Tätigkeit ausgeübt hat?³⁸⁸

385 Anmerkung: Siehe Unterkapitel 2.2.1.2 „Salini“-Test (inhaltliche Voraussetzungen für das Vorliegen einer Investition).

386 EuGH 02.09.2021, C-741/19 Rz 15 f.

387 EuGH 02.09.2021, C-741/19 Rz 19.

388 EuGH 02.09.2021, C-741/19 Rz 20.

4.2.2 Urteil des EuGH

4.2.2.1 Zuständigkeit des Gerichtshofs

Trotz des Umstands, dass der Rechtsstreit, abgesehen vom in Paris gelegenen Schiedsort, keine Verbindung zur EU aufzeigte, erklärte sich der EuGH zur Beantwortung der Vorlagefragen für zuständig.³⁸⁹ Dies begründete er damit, dass es sich beim ECT um ein von der EU geschlossenes Übereinkommen handle, dessen Bestimmungen damit als Bestandteil der Unionsrechtsordnung anzusehen seien und der EuGH deshalb für dessen Auslegung zuständig sei.³⁹⁰ Die EU sei daran interessiert, dass der ECT einheitlich ausgelegt wird. Einerseits könnten derartige Auslegungsfragen nämlich auch in Zukunft bei Rechtsstreitigkeiten zwischen einem MS und einem Investor eines Drittstaats relevant werden.³⁹¹ Andererseits hätten sich die Parteien des Ausgangsstreits dazu entschieden, die Streitigkeit gem Art 26 Abs 4 lit b ECT einem nach der UNCITRAL-Schiedsordnung gebildeten *ad-hoc*-Schiedsgericht vorzulegen, womit sie sich gemäß dieser Schiedsordnung mit Paris als Schiedsort einverstanden erklärt hätten.³⁹² Dadurch komme französisches Schiedsverfahrensrecht, zu dem auch das Unionsrecht zähle, zur Anwendung.³⁹³

4.2.2.2 *Obiter dictum* zu Intra-EU-Verfahren auf Grundlage des ECT

Die Behandlung der ersten Vorlagefrage nutzte der EuGH, um sich zunächst, ohne nähere Begründung, einer ganz anderen Frage zu widmen. Obwohl im konkreten Verfahren nicht entscheidungserheblich und deshalb auch nicht Gegenstand des Vorlageersuchens, prüfte der EuGH die Vereinbarkeit von Intra-EU-Verfahren auf der Grundlage von Art 26 ECT mit Unionsrecht.

Mit Verweis auf das *Achmea*-Urteil stellte der Gerichtshof klar, dass eine internationale Übereinkunft die in den Verträgen festgelegte

389 EuGH 02.09.2021, C-741/19 Rz 27.

390 EuGH 02.09.2021, C-741/19 Rz 22.

391 EuGH 02.09.2021, C-741/19 Rz 31.

392 EuGH 02.09.2021, C-741/19 Rz 32.

393 EuGH 02.09.2021, C-741/19 Rz 33.

Zuständigkeitsordnung und damit die Autonomie des Rechtssystems der EU, deren Wahrung der Gerichtshof sicherstellt, nicht beeinträchtigen darf. Dies ergebe sich insbesondere aus Art 344 AEUV.³⁹⁴ Zur Erhaltung der Autonomie des Unionsrechts wurde mit den Verträgen ein Gerichtssystem geschaffen. Dieses, die Kohärenz und Einheitlichkeit der Auslegung des Unionsrechts gewährleistende, System ergebe sich wiederum aus Art 19 EUV und Art 267 AEUV. Danach sei es Sache der mitgliedstaatlichen Gerichte und des EuGH, die volle Anwendung des Unionsrechts in allen MS zu gewährleisten, wobei letzterem die ausschließliche Zuständigkeit für die verbindliche Auslegung dieses Rechts zukomme.³⁹⁵

Der EuGH stellte anschließend klar, dass das in Art 26 Abs 4 ECT vorgesehene Schiedsgericht nach Art 26 Abs 6 ECT über strittige Fragen in Übereinstimmung mit dem ECT und den geltenden Regeln und Grundsätzen des Völkerrechts zu entscheiden habe.³⁹⁶ Wie bereits ausgeführt, sei der ECT allerdings als Rechtsakt der EU anzusehen, weshalb ein Schiedsgericht, wie das in Art 26 Abs 6 ECT genannte, Unionsrecht auszulegen oder sogar anzuwenden habe.³⁹⁷

Wie zuvor schon im *Achmea*-Urteil stellte der EuGH fest, dass ein nach Art 26 Abs 4 ECT *ad hoc* gebildetes Schiedsgericht nicht als Gericht eines MS anzusehen ist und deshalb auch nicht vorlageberechtigt im Sinne des Art 267 AEUV sei.³⁹⁸ Die umfassende Einhaltung des Unionsrechts könne aufgrund der beschränkten Überprüfungsmöglichkeiten des Schiedsspruchs durch die Gerichte der MS nicht gewährleistet werden. Es könne nämlich nicht sichergestellt werden, dass unionsrechtliche Fragen, die das Schiedsgericht möglicherweise zu behandeln habe, gegebenenfalls im Wege eines Vorabentscheidungsersuchens dem Gerichtshof vorgelegt werden.³⁹⁹

In einer internationalen Übereinkunft dürfe keine Bestimmung vorgesehen werden, die dazu führe, dass ein Rechtsstreit zwischen einem

394 EuGH 02.09.2021, C-741/19 Rz 42.

395 EuGH 02.09.2021, C-741/19 Rz 45.

396 EuGH 02.09.2021, C-741/19 Rz 48.

397 EuGH 02.09.2021, C-741/19 Rz 49 f.

398 EuGH 02.09.2021, C-741/19 Rz 53.

399 EuGH 02.09.2021, C-741/19 Rz 54 ff.

Investor eines MS und einem anderen MS über das Unionsrecht dem Gerichtssystem der Union entzogen werden könne. In einem solchen Fall könne nämlich die volle Wirksamkeit des Unionsrechts nicht gewährleistet werden. Eine solche Möglichkeit wäre geeignet, die insbesondere durch das System des in Art 267 AEUV geregelten Vorabentscheidungsverfahrens gewährleistete Erhaltung der Autonomie und des eigenen Charakters des durch die Verträge geschaffenen Unionsrechts in Frage zu stellen.⁴⁰⁰

Der EuGH hob anschließend hervor, dass eine Bestimmung wie Art 26 ECT, ungeachtet des grundsätzlich multilateralen Charakters der internationalen Übereinkunft, zu der sie gehöre, tatsächlich die bilateralen Beziehungen zwischen zwei Vertragsparteien regle. Insofern bestehe kein Unterschied zu einem BIT, wie jenem, um das es in der dem *Achmea*-Urteil zugrunde liegenden Rechtssache ging.⁴⁰¹

Daraus ergebe sich, dass der ECT den MS zwar vorschreiben dürfe, gegenüber Investoren aus Drittstaaten, die ebenfalls Vertragsparteien des ECT sind, im Hinblick auf deren Investitionen in diesen Staaten die im ECT geregelten schiedsgerichtlichen Mechanismen einzuhalten. Art 26 Abs 2 lit c ECT sei hingegen dahin auszulegen, dass er auf Streitigkeiten zwischen einem MS und einem Investor eines anderen MS über eine Investition des Investors im zuerst genannten MS nicht anwendbar ist.⁴⁰²

4.2.2.3 Zu den Vorlagefragen

Im Anschluss an sein *obiter dictum* beantwortete der EuGH die eigentliche Vorlagefrage mit einer kurzen Begründung. Eine Geldforderung aus einem Stromliefervertrag sei nur dann eine Investition im Sinne des Art 1 Z 6 lit c ECT, wenn der zugrundeliegende Vertrag im Zusammenhang mit einer Investition stünde. Ein bloßer Liefervertrag könne als geschäftliche Transaktion jedenfalls keine Investition im Sinne von Art 1 Z 6 ECT sein, und zwar unabhängig von der Frage, ob ein Beitrag zur wirtschaftlichen Entwicklung erforderlich

400 EuGH 02.09.2021, C-741/19 Rz 62.

401 EuGH 02.09.2021, C-741/19 Rz 64.

402 EuGH 02.09.2021, C-741/19 Rz 65 f.

ist, damit ein bestimmter Vorgang als Investition angesehen werden kann. Anderenfalls würde die Unterscheidung zwischen den Kapiteln über den Handel in Teil II und Investitionen in Teil III des ECT ihre Wirksamkeit verlieren.⁴⁰³

Laut EuGH brauchten die zweite und dritte Frage in Anbetracht der Beantwortung der ersten Frage nicht behandelt zu werden.⁴⁰⁴

4.3 *PL Holdings*

In der Rechtssache, in der das Urteil vom 26. Oktober 2021, *PL Holdings* (C-109/20, ECLI:EU:C:2021:875) ergangen ist (im Folgenden: „*PL Holdings*“) ging es um die Frage, ob eine *ad-hoc*-Schiedsvereinbarung, die mit in Intra-EU-BITs vorkommenden ISDS-Klauseln identisch ist, mit Unionsrecht vereinbar ist. Mit Urteil vom 26. Oktober 2022 wurde dies vom EuGH verneint. Damit bestätigte er seine Rechtsprechung zu Intra-EU-Investitionsschutzabkommen, die mit dem *Achmea*-Urteil ihren Anfang nahm, mit einer weiteren Entscheidung.

4.3.1 Vorgeschichte: Ausgangsverfahren und Vorlagefrage

Das Ausgangsverfahren betraf einen Rechtsstreit zwischen der Republik Polen und der *PL Holdings Sàrl*, einer in Luxemburg nach luxemburgischem Recht gegründeten Gesellschaft (im Folgenden: „*Holdings*“). Im Juli 2013 beschloss die Finanzaufsichtskommission Polen, der *Holdings* das mit ihren Anteilen an einer polnischen Bank verbundene Stimmrecht zu entziehen und ihre Anteile zwangsweise zu veräußern. Daraufhin stellte das luxemburgische Unternehmen einen Antrag auf Einleitung eines Schiedsverfahrens gegen die Republik Polen bei einem bei der SCC eingerichteten Schiedsgericht. Dabei berief es sich in seiner Antragsschrift vom 28. November 2014 auf Art 9 des Investitionsschutzabkommens zwischen dem Königreich

403 EuGH 02.09.2021, C-741/19 Rz 76 ff.

404 EuGH 02.09.2021, C-741/19 Rz 86.

Belgien und dem Großherzogtum Luxemburg einerseits und der Volksrepublik Polen andererseits aus dem Jahre 1987 (im Folgenden: „BIT 1987“). Polen äußerte sich zu diesem Schiedsantrag, indem es in einem Schreiben an das Sekretariat des SCC erklärte, dass es beabsichtige, das Vorliegen einer wirksamen Zustimmung zu dem von der Holdings eingeleiteten Schiedsverfahren zu bestreiten.⁴⁰⁵

Das Schiedsgericht erklärte sich auf Grundlage der genannten Bestimmung am 28. Juni 2017 mit gesondertem Schiedsspruch für zuständig. Am 28. September 2017 verurteilte das Schiedsgericht Polen mit endgültigem Schiedsspruch zur Zahlung von Schadenersatz an die Holdings, da erstere mit der beschriebenen Zwangsveräußerung gegen das BIT 1987 verstoßen habe.⁴⁰⁶

Am selben Tag erhob Polen beim Svea Berufungsgericht in Stockholm Klage auf Aufhebung der beiden Schiedssprüche.⁴⁰⁷ In seiner Begründung stützte sich Polen insbesondere darauf, dass Art 9 des BIT 1987 gegen Unionsrecht verstoße, konkret gegen Art 267 und 344 AEUV.⁴⁰⁸ Die Holdings entgegnete im Wesentlichen, Art 9 BIT 1987 stelle ein gültiges Angebot Polens zur Durchführung eines Schiedsverfahrens dar, welches von der Holdings angenommen wurde. Selbst wenn dieses Angebot ungültig wäre, sei nach schwedischem Recht und den für Schiedsverfahren in Handelssachen geltenden Grundsätzen eine *ad-hoc*-Schiedsvereinbarung geschlossen worden. Polen habe einen entsprechenden Antrag der Holdings stillschweigend angenommen, indem es die Zuständigkeit des Schiedsgerichts nicht wirksam bestritten habe.⁴⁰⁹

Die Klage Polens wurde vom Berufungsgericht in erster Instanz abgewiesen. Es war zunächst der Auffassung, dass, selbst wenn das auf die Streitigkeit anwendbare *Achmea*-Urteil zur Ungültigkeit von Art 9 des BIT 1987 und folglich des von der Republik Polen an Investoren aus anderen MS gerichteten dauerhaften Angebots führe, Streitigkeiten im Zusammenhang mit diesem Abkommen durch eine Schieds-

405 EuGH 26.10.2021, C-109/20 (Republik Polen gegen PL Holdings Sàrl) Rz 12 ff.

406 EuGH 26.10.2021, C-109/20 Rz 20 f.

407 EuGH 26.10.2021, C-109/20 Rz 22.

408 EuGH 26.10.2021, C-109/20 Rz 23.

409 EuGH 26.10.2021, C-109/20 Rz 26 ff.

stelle entscheiden zu lassen, eine solche Ungültigkeit einen MS und einen Investor aus einem anderen MS nicht daran hindere, später *ad hoc* eine Schiedsvereinbarung zur Streitbeilegung abzuschließen. Eine solche *ad hoc* abgeschlossene Schiedsvereinbarung beruhe nämlich auf dem gemeinsamen Willen der an dieser Streitigkeit Beteiligten und werde nach denselben Grundsätzen wie ein Schiedsverfahren in einer Handelssache abgeschlossen. Darüber hinaus habe Polen die Gültigkeit der Schiedsklausel in Art 9 BIT 1987 zu spät gerügt, weshalb seine Einrede nach schwedischem Recht präkludiert sei.⁴¹⁰

Gegen die Entscheidung des Berufungsgerichts legte Polen beim Obersten Gerichtshof Schwedens ein Rechtsmittel ein. Dieser hielt es für erwiesen, dass die Schiedsklausel in Art 9 BIT 1987 gegen Unionsrecht verstoße. Er hielt es dennoch für erforderlich, dem EuGH folgende Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen, da die Auslegung der in Rede stehenden Bestimmungen des Unionsrechts nicht geklärt sei:⁴¹¹

Sind die Art 267 und 344 AEUV gemäß ihrer Auslegung im *Achmea*-Urteil dahin zu verstehen, dass – wenn ein Investitionsabkommen eine Schiedsklausel enthält, die ungültig ist, weil das Abkommen zwischen zwei MS geschlossen wurde – eine Schiedsvereinbarung ungültig ist, die zwischen einem MS und einem Investor zustande kam, indem der MS, nachdem der Investor ein Schiedsverfahren eingeleitet hat, freiwillig darauf verzichtet, die fehlende Zuständigkeit mit einer Einrede geltend zu machen?⁴¹²

4.3.2 Urteil des EuGH

4.3.2.1 Tenor

Die Art 267 und 344 AEUV sind dahin auszulegen, dass sie nationalen Rechtsvorschriften entgegenstehen, die es einem MS erlauben, mit einem Investor eines anderen MS *ad hoc* eine Schiedsvereinbarung abzuschließen, die die Fortsetzung eines Schiedsverfahrens ermöglicht, das auf der Grundlage einer Schiedsklausel eingeleitet wur-

410 EuGH 26.10.2021, C-109/20 Rz 29 ff.

411 EuGH 26.10.2021, C-109/20 Rz 32 f.

412 EuGH 26.10.2021, C-109/20 Rz 33.

de, die inhaltsgleich mit der Schiedsvereinbarung, in einem zwischen diesen beiden MS geschlossenen internationalen Abkommen enthalten und wegen ihrer Unvereinbarkeit mit diesen Artikeln ungültig ist.

4.3.2.2 Zur Vorlagefrage (Begründung)

Der EuGH formulierte die Frage des vorliegenden Gerichts um und prüfte anschließend, ob die Art 267 und 344 AEUV nationalen Rechtsvorschriften entgegenstehen, die es unter den oben beschriebenen Umständen einem MS erlauben mit einem Investor eines anderen MS eine *ad-hoc*-Schiedsvereinbarung abzuschließen.⁴¹³

Laut EuGH sei die Schiedsklausel in Art 9 BIT 1987 wegen Verletzung der Autonomie des Unionsrechts und der Beeinträchtigung seiner vollen Wirksamkeit und seiner einheitlichen Anwendung ungültig. Auf Grundlage dieser Klausel könne kein Schiedsverfahren wirksam eingeleitet werden.⁴¹⁴ In seiner Argumentation verwies der EuGH im Wesentlichen auf das *Achmea*-Urteil und wiederholte die dort getätigten Ausführungen.

Die vorliegende Schiedsklausel könne, ebenso wie die Schiedsklausel in der Rechtssache *Achmea*, dazu führen, dass eine Schiedsstelle über Streitigkeiten entscheidet, die die Anwendung oder die Auslegung des Unionsrechts betreffen können. Damit sei die Klausel nicht nur geeignet, den Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens zwischen den MS, sondern auch die durch das System des Vorabentscheidungsverfahrens gem Art 267 AEUV gewährleistete Erhaltung des eigenen Charakters des Unionsrechts in Frage zu stellen. Deshalb sei die vorliegende Schiedsklausel nicht mit dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit im Sinne von Art 4 Abs 3 Unterabsatz 1 EUV vereinbar und verstoße gegen die unter anderem in Art 344 AEUV verankerte Autonomie des Unionsrechts. Zudem konnte Art 9 BIT 1987, wie Art 4 Abs 1 des Beendigungsabkommens bestätige, ab dem Tag des Beitritts Polens zur EU am 1. Mai 2004 nicht mehr als

⁴¹³ EuGH 26.10.2021, C-109/20 Rz 34 ff.

⁴¹⁴ EuGH 26.10.2021, C-109/20 Rz 35.

Rechtsgrundlage für ein Schiedsverfahren zwischen einem Investor und diesem MS dienen.⁴¹⁵

Es sei einem MS nicht möglich, eine Streitigkeit, die möglicherweise die Anwendung und Auslegung des Unionsrechts betrifft, durch Abschluss einer *ad-hoc*-Schiedsvereinbarung gleichen Inhalts wie jene unionsrechtswidrige Schiedsklausel in der Rechtssache *Achmea*, bei einer Schiedsstelle anhängig zu machen. Andernfalls würde dies eine Umgehung der aus dem *Achmea*-Urteil für alle MS folgenden Verpflichtungen bedeuten. Letztere würden sich aus den Verträgen, insbesondere aus Art 4 Abs 3 EUV sowie Art 267 und 344 AEUV gemäß ihrer Auslegung im genannten Urteil, ergeben.⁴¹⁶

Ein nationales Gericht habe unter diesen Umständen einer Klage stattzugeben, die auf die Aufhebung eines Schiedsspruchs gerichtet ist, der auf der Grundlage einer Schiedsvereinbarung ergangen ist, die gegen die Art 267 und 344 AEUV sowie gegen die Grundsätze des gegenseitigen Vertrauens, der loyalen Zusammenarbeit und die Autonomie des Unionsrechts verstößt.⁴¹⁷

4.4 *European Food SA ua*

Die vom EuGH in diesem Urteil entschiedene Rechtsfrage betrifft in erster Linie das Beihilfenrecht. Da die Entscheidung allerdings von wesentlicher Bedeutung für die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit in der EU ist, soll sie der Vollständigkeit halber dargestellt werden. Die folgende Darstellung soll sich allerdings auf das Wesentliche für die hier besprochene Thematik beschränken.

In der Rechtssache, in der das Urteil vom 25. Januar 2022, *European Food SA ua* (C-638/19 P/ ECLI:EU:C:2022:50) ergangen ist (im Folgenden: „*European Food SA*“) ging es um die Frage, wann eine Beihilfe im Sinne des Art 107 AEUV der Kontrolle der KOM gem Art 108 AEUV unterliegt. Der EuGH entschied, dass es für die Frage der Zuständigkeit der KOM auf den Zeitpunkt ankomme, an dem

415 EuGH 26.10.2021, C-109/20 Rz 46.

416 EuGH 26.10.2021, C-109/20 Rz 47.

417 EuGH 26.10.2021, C-109/20 Rz 55.

die Beihilfe dem Empfänger gewährt wurde. Eine staatliche Beihilfe gelte zu jenem Zeitpunkt als gewährt, zu dem der Empfänger nach geltendem nationalen Recht einen sicheren Rechtsanspruch auf die Beihilfe erhalte.

4.4.1 Vorgeschichte – Ausgangsverfahren

Schweden und Rumänien schlossen im Jahr 2002 ein BIT (im Folgenden: „BIT 2002“), das in seinem Art 7 eine ISDS-Klausel enthielt, die unter anderem eine Streitbeilegung durch ein Schiedsgericht nach den Regeln des ICSID-Übereinkommens gewährte.⁴¹⁸ Zu dieser Zeit galt in Rumänien auch eine steuerliche Anreizregelung zugunsten ausländischer Investoren, welche allerdings 2005 im Rahmen der EU-Beitrittsgespräche aufgehoben wurde. Im selben Jahr beantragten mehrere schwedische Investoren gem Art 7 BIT 2002 die Einsetzung eines Schiedsgerichts, um den Ersatz des Schadens zu erlangen, der ihnen durch die Aufhebung der steuerlichen Anreizregelung entstanden sei. Am 1. Januar 2007 trat Rumänien der EU bei.⁴¹⁹

In seinem Schiedsspruch vom 11. Dezember 2013 verurteilte das eingesetzte Schiedsgericht Rumänien zur Zahlung von Schadenersatz, da der Staat durch die Aufhebung der Anreizregelung gegen seine Verpflichtungen aus dem BIT 2002 verstoßen habe.⁴²⁰

Rumänien zahlte diese Entschädigung trotz Aussetzungsanordnung der KOM gem Art 11 Abs 1 VO 659/1999 aus.⁴²¹

Anschließend stufte die KOM diese Zahlung mit Beschluss vom 30. März 2015⁴²² als mit dem Binnenmarkt unvereinbare staatliche

418 EuGH 25.01.2022, C-638/19 P (Europäische Kommission gegen European Food SA ua)
Rz 7 f.

419 EuGH 25.01.2022, C-638/19 P Rz 23 ff.

420 EuGH 25.01.2022, C-638/19 P Rz 27.

421 EuGH 25.01.2022, C-638/19 P Rz 28 f.

422 Beschluss (EU) 2015/1470 vom 30.03.2015 über die von Rumänien durchgeführte staatliche Beihilfe SA.38517 (2014/C) (ex 2014/NN) – Schiedsspruch vom 11. Dezember 2013 in der Sache Micula/Rumänien, ABl 2015 L 232/43.

Beihilfe ein.⁴²³ Dieser Beschluss wurde aufgrund einer Nichtigkeitsklage mehrerer Investoren durch das EuG mit Urteil vom 18. Juni 2019 aufgehoben⁴²⁴. Dies wurde damit begründet, dass die KOM für die Beurteilung eines Sachverhalts, der vor dem Beitritt eines MS zur EU stattgefunden habe, nicht zuständig sei.⁴²⁵ Die KOM erhob dagegen ein Rechtsmittel und beantragte unter anderem die Aufhebung des Urteils.⁴²⁶

4.4.2 Urteil des EuGH

Der mit dem Rechtsmittel befasste EuGH urteilte, für die Frage der Zuständigkeit der KOM gem Art 108 AEUV komme es auf den Zeitpunkt an, in dem die Beihilfe im Sinne von Art 107 Abs 1 AEUV als „gewährt“ zu qualifizieren sei. Damit bestätigte er seine bisherige Spruchpraxis.⁴²⁷ Für die Bestimmung dieses Zeitpunkts sei es wesentlich, wann der Empfänger nach geltendem nationalen Recht einen sicheren Rechtsanspruch auf die Beihilfe erworben habe. Zwar beruhe der Anspruch auf Schadenersatz im vorliegenden Fall auf Ereignissen, die vor dem Beitritt Rumäniens zur EU stattgefunden haben. Allerdings sind das Bestehen des Anspruchs und dessen Höhe erst mit dem Schiedsspruch vom 11. Dezember 2013 konkretisiert worden, womit der Anspruch auf Gewährung der Beihilfe erst nach dem Beitritt Rumäniens entstanden sei.⁴²⁸

Das Urteil des EuG vom 18. Juni 2019 wurde vom EuGH aufgehoben und an das Gericht zurückverwiesen. Dieses soll nun eine Prüfung der materiellen Rechtmäßigkeit des Beschlusses der KOM, insbeson-

423 EuGH 25.01.2022, C-638/19 P Rz 33.

424 EuG, 18. 6. 2019, T-624/15, T-694/15 und T-704-15 (Europäische Kommission gegen European Food SA ua).

425 EuGH 25.01.2022, C-638/19 P Rz 36.

426 EuGH 25.01.2022, C-638/19 P Rz 39.

427 EuGH 21. 3. 2013, C-129/12 (Magdeburger Mühlenwerke GmbH gegen Finanzamt Magdeburg) Rz 40.

428 EuGH 25.01.2022, C-638/19 P Rz 113 ff; *Hanke/Quardt*, Es ist wie im echten Leben: Im Beihilfenrecht kommt es entscheidend auf den Zeitpunkt an, EWS 2022, 1.

dere hinsichtlich der Frage, ob eine Beihilfe im Sinne des Art 107 Abs 1 AEUV vorliegt, vornehmen.⁴²⁹

4.5 Die Auswirkungen der EuGH-Rechtsprechung zu Intra-EU-Investitionsschutzabkommen

4.5.1 *Komstroy, PL Holdings, European Food SA* und ihr Verhältnis zueinander

Nachdem der EuGH mit dem *Achmea*-Urteil klargestellt hatte, dass ISDS-Klauseln in Intra-EU-BITs mit dem Unionsrecht unvereinbar sind, wurde diese Rechtsprechung mit den Entscheidungen *Komstroy*, *PL Holdings* und *European Food SA* von ihm wiederholt konkretisiert und schrittweise ausgeweitet. Demnach gelten die Grundsätze aus dem *Achmea*-Urteil auch für Investitionsschiedsverfahren unter Beteiligung zweier MS auf der Grundlage des ECT (*Komstroy*) und im Falle von *ad-hoc*-Schiedsvereinbarungen, die inhaltsgleich mit ISDS-Klauseln in Intra-EU-BITs sind (*PL Holdings*).⁴³⁰

Mit *European Food SA* dehnte der EuGH die Grundsätze aus dem *Achmea*-Urteil auch auf jene Fälle aus, in denen ein Schiedsverfahren vor dem EU-Beitritt des zweiten am BIT beteiligten Staates eingeleitet wurde und sich irgendeine Fortwirkung des Sachverhalts nach dem Beitritt feststellen lässt. Darüber hinaus war dies das erste Urteil, in welchem diese Grundsätze in Verbindung mit einem Schiedsverfahren nach dem ICSID-Übereinkommen angewendet wurden.⁴³¹

Die Besonderheit liegt darin, dass im Unterschied zur Zuständigkeit von UNCITRAL- und SCC-Schiedsgerichten und überhaupt aller sonstigen *ad hoc* oder institutionalisierten internationalen Schiedsverfahren, der Grundsatz der *lex arbitri*⁴³² und somit *Komstroy*

429 EuGH 25.01.2022, C-638/19 P Rz 156; v. *Marschall*, Erstreckung der *Achmea*-Rechtsprechung auf ICSID-Spruch mit Bezug zu schadensbegründenden Handlungen des verurteilten Staats vor seinem Beitritt zur EU, RIW 2022, 219 (229).

430 *Konrad*, *ecolex* 2022, 293 (294).

431 v. *Marschall*, RIW 2022, 219 (229).

432 Anmerkung: „*Lex arbitri* – das Recht des Schiedsgerichts (oder genauer: das Recht am Ort des Sitzes des Schiedsgerichts) – ist ein Grundsatz des Interna-

auf die Zuständigkeit von ICSID-Schiedsgerichten nicht anwendbar ist.⁴³³ *Lex arbitri* bedeutet in diesem Zusammenhang, dass eine Zuständigkeit innerstaatlicher Gerichte hinsichtlich einiger wesentlicher Verfahrensaspekte besteht. Bei ICSID-Verfahren handelt es sich insofern um ausschließlich völkerrechtliche Verfahren, eine Zuständigkeit nationaler Gerichte ist nach dem ICSID-Übereinkommen also explizit ausgeschlossen. Ein ICSID-Schiedsspruch ist demnach, ungeachtet der nach Unionsrecht unanwendbaren Schiedsvereinbarung, nach Art 53 Abs 1 und 54 Abs 1 ICSID-Übereinkommen für den Vertragsstaat völkerrechtlich verbindlich und von diesem zu vollstrecken, als handele es sich dabei um ein rechtskräftiges Urteil eines seiner innerstaatlichen Gerichte.⁴³⁴

Sollte nun *Komstroy* dazu führen, dass nationale Gerichte laufende Intra-EU-Verfahren auf Grundlage des ICSID-Übereinkommens wegen ihrer vermeintlichen Unionsrechtswidrigkeit als unzulässig erklären, so wäre dies als Verstoß gegen das Abkommen und somit als Völkerrechtsverletzung *erga omnes* gegenüber allen ICSID-Vertragsparteien zu werten.⁴³⁵

Der Ausgang des *European Food SA* zugrundeliegenden Verfahrens wird mit großer Spannung erwartet, da auch derzeit noch zahlreiche auf ISDS-Klauseln in Intra-EU-BITs gestützte Klagen von Investoren beim ICSID anhängig sind.⁴³⁶

Ein Beschluss des EuGH vom 21. September 2022 in der Rechtssache C-333/19 deutet darauf hin, dass die Vollstreckung jeglicher Schiedssprüche, soweit sie von einem Investitionsschiedsgericht auf Grundlage einer internationalen Vereinbarung, an der MS beteiligt sind, gefällt wurden, unionsrechtswidrig ist und deshalb zu unterbleiben

tionalen Privatrechts, wonach sich – vergleichbar der *lex fori* bei staatlichen Gerichten – das anwendbare Recht nach den Kollisionsnormen des am Sitz des Schiedsgerichts geltenden Internationalen Privatrechts (bzw Internationalen Zivilprozessrechts) bestimmt.“

Proverbia iuris, *lex arbitri* <[proverbia-iuris.de/lex-arbitri/](https://www.proverbia-iuris.de/lex-arbitri/)> (29.06.2023).

433 *Tietje/Ruff/Schmitt*, Final Countdown im EU-Investitionsschutzrecht: Gilt das *Komstroy*-Urteil des EuGH auch in intra-EU-ICSID-Verfahren? (2022) 24.

434 *Nikolov*, EuR 2022, 496 (502); *Tietje/Ruff/Schmitt*, EU-Investitionsschutzrecht, 8.

435 *Tietje/Ruff/Schmitt*, EU-Investitionsschutzrecht, 7.

436 *Hanke/Quardt*, EWS 2022, 1.

hat. Nach Ansicht des EuGH betreffe dies ausdrücklich auch ICSID-Schiedssprüche. In dem Beschluss stützt der EuGH seine Rechtsansicht erneut auf die Grundsätze seiner *Achmea*-Rechtsprechung und den Schutz der Autonomie des Unionsrechts.⁴³⁷

Der EuGH hat sich allerdings weder in *European Food SA*, noch in einem gleichgelagerten Fall, explizit mit den Besonderheiten von ICSID auseinandergesetzt. Beide Fälle betreffen das Beihilfenrecht und drehen sich um die Frage der Zulässigkeit der Zahlung von Schadenersatzansprüchen aus ICSID-Investitionsschiedsverfahren.⁴³⁸

Umso entscheidender sind drei einschlägige Urteile des BGH, die für 27. Juli 2023 erwartet werden. Im Wesentlichen hat dieser hier nämlich die Frage zu beantworten, ob ein deutsches Gericht die Unzulässigkeit eines schiedsgerichtlichen Verfahrens nach § 1032 Abs 2 ZPO feststellen darf, wenn es sich dabei um ein ICSID-Schiedsverfahren handelt. Der Berichterstattung aus der mündlichen Verhandlung zufolge, scheint der BGH die *Achmea*-Rechtsprechung (bzw konkret die in *Komstroy* gebildeten Grundsätze) auch auf ICSID-Schiedsverfahren anwenden zu wollen. Das würde im Endeffekt bedeuten, dass von den zuständigen deutschen Gerichten ICSID-Schiedsverfahren aufgrund des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts stets als unzulässig erklärt werden müssten. In weiterer Folge hieße das, dass Unionsrecht in internationalen Investitionsschiedsverfahren zwischen Intra-EU-Investoren und MS selbst dann vorgeht, wenn dadurch ein multilateraler Vertrag, der immer und auf alle Vertragsparteien bezogene Rechte begründet, berührt wird.⁴³⁹

Klargestellt ist mit *European Food SA* jedenfalls, dass die KOM zur beihilfenrechtlichen Prüfung der Erfüllung und Vollstreckung von Investitionsschiedssprüchen zuständig ist. Das gilt wie ausgeführt auch dann, wenn der dem Schiedsspruch zugrundeliegende Sach-

437 EuGH 21.09.2022, C-333/19 (Europäische Kommission gegen *Romatsa ua*); Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz, Investitionsschutz <bmwk.de/Redaktion/DE/Artikel/Aussenwirtschaft/investitionsschutz.html> (29.06.2023).

438 EuGH 21.09.2022, C-333/19; EuGH 25.01.2022, C-638/19 P.

439 *Tietje*, EU-Recht bricht Völkerrecht? Der Trugschluss der europäischen Calvo-Doktrin <verfassungsblog.de/eu-recht-bricht-volkerrecht-der-trugschluss-der-europaischen-calvo-doktrin/> (21.06.2023).

verhält vor dem EU-Beitritt lag. Ungeklärt ist allerdings weiterhin die Frage, ob die Erfüllung eines solchen Schiedsspruchs materiell-rechtlich als Beihilfe zu werten ist. Im Lichte der beschriebenen Rechtsprechung des EuGH, insbesondere seiner Bemühungen, die Erfüllung und Vollstreckung von Investitionsschiedssprüchen innerhalb der EU zu verhindern, erscheint eine Verneinung dieser Frage als unwahrscheinlich. Eine Bejahung hingegen würde es der KOM ermöglichen, die *Achmea*-Rechtsprechung auch praktisch durchzusetzen, ohne wie bisher auf die Verweigerung der Vollstreckbarerklärung oder die Aufhebung eines Schiedsspruchs durch mitgliedstaatliche Gerichte angewiesen zu sein.⁴⁴⁰

MS, die künftig Intra-EU-Schiedssprüche befolgen, werden, neben der Gefahr, dadurch gegen das Beihilfenrecht zu verstoßen, zudem mit Vertragsverletzungsverfahren der KOM rechnen müssen.⁴⁴¹

Offensichtlich verfolgt der EuGH also das Ziel, weder Verfahren noch die Vollstreckung von Schiedssprüchen internationaler Investitionsschiedsgerichte, die auf Grundlage völkerrechtlicher Verträge unter Beteiligung von MS gebildet werden und dabei, auch nur möglicherweise, Unionsrecht auslegen oder anwenden könnten, zuzulassen.⁴⁴²

Die Rechtsprechung des EuGH zu Intra-EU-Investitionsschutzabkommen wird nicht nur von der KOM, sondern auch von einigen MS begrüßt. Grund dafür dürften zahlreiche, insbesondere auf den ECT gestützte Klagen von Investoren in Milliardenhöhe sein, mit denen sich MS wie Spanien, Italien oder Deutschland derzeit konfrontiert sehen.⁴⁴³

Der gegenwärtig zu beobachtende Massenaustritt⁴⁴⁴ einiger MS aus dem ECT wird aller Wahrscheinlichkeit nach, aufgrund der in diesem Falle zur Anwendung gelangenden Nachwirkungsklauseln⁴⁴⁵,

440 v. Marschall, RIW 2022, 219 (230).

441 Karpenstein/Sangi, Investitionsschutz vor nationalen Gerichten – Zur Zukunft der Energiecharta, NJW 2021, 3228 (3230).

442 Ebert/Weyland, RIW 2022, 20.

443 Wilske/Markert/Ebert, SchiedsVZ 2022, 111 (129).

444 Anmerkung: Siehe Unterkapitel 5.3.

445 Anmerkung: Siehe Unterkapitel 1.1 und 2.2.2.2

keinen zeitnahen Ausweg für die beklagten MS bieten.⁴⁴⁶ Wie schon zuvor nach dem Austritt Italiens könnten Investoren nämlich auf Grundlage von Art 47 Abs 3 ECT noch über einen Zeitraum von zwanzig Jahren Klagen erheben.⁴⁴⁷

Da der EuGH in *Komstroy* keine Aussage zur Vereinbarkeit der materiellen Schutzstandards des ECT mit Unionsrecht trifft, können sich Intra-EU-Investoren vor nationalen Gerichten grundsätzlich weiterhin auf diese berufen.⁴⁴⁸

4.5.2 Reaktionen der Investitionsschiedsgerichte

Bisher zeigten sich Investitionsschiedsgerichte von den aktuellen Entscheidungen des EuGH zu Intra-EU-Investitionsschutzabkommen weitgehend unbeeindruckt und bejahten weiterhin ihre Zuständigkeit auf der Grundlage von in derartigen Verträgen enthaltenen ISDS-Klauseln.⁴⁴⁹ Die auf das *Achmea*-Urteil gestützten Zuständigkeitsrügen der MS wurden von diesen bislang fast ausschließlich und teilweise mit ausführlicher Begründung verworfen.⁴⁵⁰ Die Investitionsschiedsgerichte argumentieren dabei insbesondere mit den Grundregeln der WVK, dem Grundsatz des *pacta sunt servanda* und ihrer völkerrechtlichen Unabhängigkeit.⁴⁵¹ Das *Achmea*-Urteil könne nicht dazu führen, dass von MS in Intra-EU-BITs vereinbarte ISDS-Klauseln rückwirkend außer Kraft gesetzt werden. Auch mit der Übertragbarkeit der Grundsätze des *Achmea*-Urteils auf den ECT be-

446 Anmerkung: Siehe allerdings Unterkapitel 6.3.

447 Müller-Ibold/Herrmann, EuZW 2022, 1085 (1093); Anmerkung: Siehe Unterkapitel 2.2.2.2.

448 Karpenstein/Sangi, NJW 2021, 3228 (3231); Anmerkung: Siehe aber Unterkapitel 5.3.

449 Schmitt, Reaktionen der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit auf die Achmea-Entscheidung des EuGH vom 6. März 2018 (2022) 27; Lavranos/Lath/Varma, The Meltdown of the Energy Charter Treaty (ECT): How the ECT was ruined by the EU and its Member States, SchiedsVZ 2023, 38 (40).

450 Schwalb/Weiler, Unanwendbarkeit der ECT-Schiedsklausel zwischen EU-Mitgliedstaaten, SchiedsVZ 2022, 34 (40).

451 Talus/Särkänne, Achmea, the ECT and the Impact on Energy Investments in the EU, in Baltag/Stanic (Hrsg), The Future of Investment Treaty Arbitration in the EU (2020) 9 (14); Lavranos/Lath/Varma, SchiedsVZ 2023, 38 (40).

schäftigten sich bisher einige Schiedsgerichte und erteilten dem eine klare Absage.⁴⁵² So hat beispielsweise im Februar 2022 das Schiedsgericht im Fall *Sevilla Beheer v. Spain* entschieden, dass *Komstroy* weder bindend noch überzeugend sei.⁴⁵³ Dessen Ansicht nach handle es sich dabei um ein bloßes *obiter dictum*, das Unionsrecht nicht ausreichend mit Völkerrecht in Einklang bringe. In seiner Entscheidung vom Februar 2022 zum Fall *Infracapital v. Spain* bezeichnete das Schiedsgericht *Komstroy* gar als „komplett irrelevant“.⁴⁵⁴ Auch im Verfahren *Mainstream v. Germany* wurde ein Antrag Deutschlands auf summarische Klageabweisung auf Grundlage der ICSID Arbitration Rule 41 Abs 5 von einem Schiedsgericht im Januar 2022 abgewiesen.⁴⁵⁵ Das Schiedsgericht argumentierte, dass die Urteile *Achmea*, *Komstroy* und *PL Holdings* bislang außerhalb der EU-Gerichte noch nie angewendet und auch von keinem nicht-EU-Rechtsprechungsorgan im Lichte des Völkerrechts ausgelegt oder beurteilt wurden.

Bisher hat bloß das Schiedsgericht im Verfahren *Green Power Partners K/S ua v. Spain* im Juni 2022 seine Zuständigkeit aufgrund der *Achmea*-Rechtsprechung des EuGH verneint.⁴⁵⁶

452 *Karpenstein/Sangi*, NJW 2021, 3228 (3229).

453 *Jus Mundi*, *Sevilla Beheer B.V. and others v. Spain – Decision on Jurisdiction, Liability and the Principles of Quantum*, Rz 951 ff <jusmundi.com/en/document/decision/en-sevilla-beheer-b-v-and-others-v-kingdom-of-spain-decision-on-jurisdiction-liability-and-the-principles-of-quantum-friday-11th-february-2022> (29.06.2023); *Wilske/Markert/Ebert*, *SchiedsVZ* 2022, 111 (130).

454 *ICSID*, *In the arbitration proceeding between Infracapital F1 S.A.R.L. and Infracapital SOLAR B. V. and Kingdom of Spain – ICSID Case No. ARB/16/18*, Rz 116 <italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw170032.pdf> (29.06.2023).

455 *Jus Mundi*, *Mainstream Renewable Power Ltd and others v. Germany – Decision on Respondent’s Application under ICSID Arbitration Rule 41(5)*, Rz 119 ff <jusmundi.com/en/document/decision/en-mainstream-renewable-power-ltd-and-others-v-federal-republic-of-germany-decision-on-the-respondents-preliminary-objections-pursuant-to-icsid-arbitration-rule-41-5-tuesday-18th-january-2022#decision_19424> (29.06.2023); *Wilske/Markert/Ebert*, *SchiedsVZ* 2022, 111 (130).

456 *Müller-Ibold/Herrmann*, *EuZW* 2022, 1085 (1092); *Lavranos/Lath/Varma*, *SchiedsVZ* 2023, 38 (41).

4.5.3 Reaktionen von Vollstreckungsgerichten außerhalb der EU

Das innerhalb der EU propagierte Primat des Unionsrechts findet außerhalb der EU nicht nur bei Investitionsschiedsgerichten, sondern auch bei Vollstreckungsgerichten eher wenig Beachtung. Auch hier wird im Wesentlichen die Ansicht vertreten, dass die EU-Binnensicht, Unionsrecht genieße im Kollisionsfall Vorrang vor Völkerrecht, kaum in Einklang mit den durch die MS übernommenen Verpflichtungen durch den Abschluss insbesondere des ECT, des ICSID-Übereinkommens oder der Intra-EU-BITs, zu bringen ist. Das zeigt sich unter anderem am Beispiel der Vollstreckung von *Komstroy* durch den *US District Court for the District of Columbia*. Anfang 2021 hatte beispielsweise auch das Schweizer Bundesgericht auf das *Achmea*-Urteil bezogene Einwände im Aufhebungsverfahren gegen einen UNCITRAL-Schiedsspruch abgewiesen. Währenddessen versucht die KOM weiterhin mithilfe von *amicus-curiae*-Schriftsätzen von ihrer Rechtsansicht zu überzeugen.⁴⁵⁷

4.5.4 Der Rechtsschutz von Investoren vor dem Hintergrund nationaler Rechtsstaatlichkeitsdefizite

Für die Beantwortung der Frage, wie sich die aktuelle Rechtsprechung des EuGH zu Intra-EU-Investitionsschutzabkommen (im Folgenden: „*Achmea*-Rechtsprechung“) auf die Rechte der einzelnen Investoren auswirkt, muss zwischen Extra-EU-Investoren und Intra-EU-Investoren unterschieden werden. Wie bereits beschrieben, wurde (davon erfassten) Investoren über ISDS-Klauseln in Investitionsschutzabkommen bisher die Möglichkeit eingeräumt, ihre aus dem jeweiligen Abkommen resultierenden Schutzrechte vor internationalen Investitionsschiedsgerichten geltend zu machen. Dadurch sollte diesen effektiver Rechtsschutz, unabhängig von möglichen Defiziten nationaler Justizsysteme, gewährleistet werden. Während dieser Weg Extra-EU-Investoren weiterhin offen steht, sollen über den Schutz von Intra-EU-Investoren als Folge der *Achmea*-Rechtsprechung künf-

⁴⁵⁷ Wilske/Markert/Ebert, SchiedsVZ 2022, 111 (131).

tig ausschließlich die Gerichte der MS entscheiden.⁴⁵⁸ So könnte sich beispielsweise ein Investor aus Serbien gegen Enteignungen in Polen vor einem unabhängigen internationalen Investitionsschiedsgericht zur Wehr setzen, während ein Investor aus Österreich auf die nationalen Gerichte Polens angewiesen wäre.⁴⁵⁹

Dieses Beispiel ist vor dem Hintergrund zu betrachten, dass in den letzten Jahren die KOM selbst Zweifel an der Unabhängigkeit polnischer Richter äußerte⁴⁶⁰ und sich in Verbindung mit den hierzu ergangenen Entscheidungen des EuGH⁴⁶¹ Rechtsschutzdefizite in mehreren MS befürchten lassen.⁴⁶²

So wurde Polen unter anderem am 31. März 2021 von der KOM vor dem EuGH verklagt, um die Unabhängigkeit polnischer Richterinnen und Richter zu schützen und einstweilige Anordnungen einzufordern.⁴⁶³ Hintergrund ist ein von Polen am 20. Dezember 2019 erlassenes und am 14. Februar 2020 in Kraft getretenes Gesetz, mit dem die nationalen Vorschriften über die Organisation der ordentlichen Gerichtsbarkeit, der Verwaltungsgerichtsbarkeit und des Obersten Gerichts geändert wurden (im Folgenden: „Änderungsgesetz“). Es ist Teil der seit mittlerweile einigen Jahren andauernden umstrittenen polnischen Justizreform.⁴⁶⁴ Mit Urteil vom 5. Juni 2023

458 *Wilske*, Du sollst keine anderen (Schieds-)Gerichte neben mir haben, RIW 2018, 1.

459 <diepresse.com/6045442/investitionsschutz-kommt-innerhalb-der-eu-zu-kurz> (29.06.2023).

460 *Europäische Kommission*, Pressemitteilung vom 31. März 2021 – Rechtsstaatlichkeit: Europäische Kommission verklagt Polen vor dem Gerichtshof der Europäischen Union, um Unabhängigkeit polnischer Richterinnen und Richter zu schützen, und fordert einstweilige Anordnungen <ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_21_1524> (29.06.2023).

461 EuGH 14.07.2021, C-204/21 (Europäische Kommission gegen Republik Polen); EuGH 08.04.2020, C-791/19 (Europäische Kommission gegen Republik Polen); EuGH 24.06.2019, C-619/18 (Europäische Kommission gegen Republik Polen); *Klatt*, Herabsetzung des Ruhestandsalters für Richter in Polen, NVwZ 2019, 1109.

462 *Diel-Gligor*, Sicherungsinstrumente für die Rechtsstaatlichkeit in der EU, ZRP 2021, 63; *Ebert/Weyland*, RIW 2022, 20.

463 <ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_21_1524> (29.06.2023).

464 *Blanke/Sander*, Die europäische Rechtsstaatlichkeit und ihre Widersacher – Anmerkungen zur Situation in Polen mit einem Seitenblick auf Ungarn, EuR 2023, 54 (66 ff).

gab der EuGH der Klage der KOM statt. Demnach verstoße das Änderungsgesetz in mehrfacher Hinsicht gegen das Unionsrecht. Insbesondere betreffe dies darin enthaltene Bestimmungen, die sich so auslegen lassen, dass die für Richter geltende Disziplinarordnung und die darin vorgesehenen Sanktionen eingesetzt werden, um die nationalen Gerichte daran zu hindern, zu beurteilen, ob ein Gericht oder ein Richter den sich aus dem Unionsrecht ergebenden Anforderungen in Bezug auf einen wirksamen Rechtsschutz genügt, und dabei gegebenenfalls den EuGH um Vorabentscheidung zu ersuchen. Die vom polnischen Gesetzgeber erlassenen diesbezüglichen Maßnahmen seien mit den Garantien hinsichtlich des Zugangs zu einem unabhängigen, unparteiischen und zuvor durch Gesetz errichteten Gericht unvereinbar. Denn diese Garantien implizierten, dass die nationalen Gerichte unter bestimmten Umständen zu überprüfen haben, ob sie selbst, die ihnen angehörenden Richter oder andere Richter oder Gerichte den im Unionsrecht vorgesehenen Anforderungen genügen.⁴⁶⁵

Bedenken hinsichtlich der Rechtsstaatlichkeit bestehen speziell auch gegenüber dem MS Ungarn. So hat die KOM im September 2022 einen Vorschlag vorgelegt, der darauf abzielt, Zahlungen in Milliardenhöhe aus dem EU-Haushalt an Ungarn auszusetzen. Dadurch sollen die finanziellen Interessen der EU vor Verstößen gegen die Rechtsstaatlichkeit in Ungarn geschützt werden.⁴⁶⁶ Am 13. Dezember 2022 einigte sich eine große Mehrheit der MS schließlich darauf,

465 *Gerichtshof der Europäischen Union*, Pressemitteilung Nr. 89/23 vom 5. Juni 2023 – Rechtsstaatlichkeit: Die polnische Justizreform von Dezember 2019 verstößt gegen das Unionsrecht (Urteil des Gerichtshofs in der Rechtssache C-204/21, Kommission/Polen (Unabhängigkeit und Privatleben von Richtern) <curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2023-06/cp230089de.pdf> (19.06.2023).

466 *Europäische Kommission*, Verstöße gegen Rechtsstaatlichkeit: EU-Kommission will Zahlungen aus EU-Haushalt an Ungarn aussetzen <germany.representation.ec.europa.eu/news/verstosse-gegen-rechtsstaatlichkeit-eu-kommission-will-zahlungen-aus-eu-haushalt-ungarn-aussetzen-2022-09-18_de> (29.06.2023).

für Ungarn vorgesehene Auszahlungen in Höhe von 6,3 Milliarden Euro auszusetzen.⁴⁶⁷

In diesem Zusammenhang steht auch eine nach einer Plenartagung vom 31. Mai 2023 über die Lage der Rechtsstaatlichkeit und der Grundrechte in Ungarn und die eingefrorenen EU-Gelder angenommene EntschlieÙung des Europäischen Parlaments. Darin äußert das Parlament angesichts der bevorstehenden ungarischen EU-Ratspräsidentenschaft 2024 ernsthafte Bedenken zu den Entwicklungen in Ungarn. Unter anderem werden darin die gegen die EU gerichteten Kommunikationskampagnen der ungarischen Regierung, die Teil der Strategie der Regierung seien, die Aufmerksamkeit von ihrer Missachtung der Werte der EU und ihrer systematischen Korruption abzulenken, verurteilt.⁴⁶⁸

Bis heute sind zudem auch die Defizite der rumänischen und bulgarischen Justiz nicht vollständig ausgeräumt.⁴⁶⁹ So wurde in Rumänien am 17. Oktober 2022 eine umstrittene Justizreform beschlossen, die nach Ansicht von Kritikern die Freiheit der Justiz beeinträchtigt.⁴⁷⁰

Dass sich Investoren im EU-Binnenmarkt mit unfairer Behandlung, Diskriminierung, Korruption und Rechtsschutzdefiziten konfrontiert sehen, vor allem in MS Mittel- und Osteuropas, wird beispielsweise auch vom *World Justice Report*, dem Korruptionsindex von *Transparency International* und verschiedenen Umfragen aufgezeigt.⁴⁷¹

467 *Der Standard*, EU-Staaten einigen sich auf Einfrieren von Geldern für Ungarn <derstandard.at/story/2000141740082/eu-staaten-einigen-sich-auf-einfrieren-von-geldern-fuer-ungarn> (29.06.2023).

468 *Europäisches Parlament*, Pressemitteilung vom 01.06.2023 – Ungarn: Bewusste und systematische Bemühungen, die EU-Grundwerte zu untergraben <europarl.europa.eu/news/de/press-room/20230524IPR91910/ungarn-bewusste-und-systematische-bemuehungen-die-eu-grundwerte-zu-untergraben> (19.06.2023).

469 *Schrameyer*, Es gibt noch Richter in Bulgarien, *WiRO* 2020, 259.

470 *Redaktion beck-aktuell*, Rumänien: Umstrittene neue Justizgesetze in Kraft getreten <beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Freddok%2Fbecklink%2F2025362.htm&pos=9&hlwords=on> (29.06.2023).

471 *Stöbener de Mora*, *EuZW* 2019, 140; *Transparency International*, Corruption Perceptions Index 2021 <transparency.org/en/cpi/2021> (29.06.2023); *World Justice Project*, Rule of Law Index <worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/global> (29.06.2023).

Die angeführten Beispiele verdeutlichen, dass der Schutz vor nationalen Gerichten der MS dem Schutz vor unabhängigen Schiedsgerichten nicht immer ebenbürtig ist. Im Lichte dieser Tatsache ist auch die Investitionsschutzmitteilung⁴⁷² der KOM zu betrachten. In dieser mit dem *Achmea*-Urteil in Zusammenhang stehenden Mitteilung führte die KOM aus, dass der Investitionsschutz innerhalb der EU durch das Binnenmarktrecht auch ohne Intra-EU-BITs sichergestellt sei.⁴⁷³ So seien vom Unionsrecht alle Arten grenzüberschreitender Intra-EU-Investitionen geschützt und Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit sowie andere Diskriminierungsformen grundsätzlich verboten. Das Unionsrecht sei von den Behörden der MS wirksam anzuwenden, das nationale Recht in Übereinstimmung mit dem Unionsrecht auszulegen, gegen das Unionsrecht verstoßende nationale Vorschriften unberücksichtigt zu lassen und die Folgen von Unionsrechtsverstößen zu beseitigen. Darüber hinaus treffe gem Art 19 Abs 1 EUV jeden MS die Pflicht, Rechtsbehelfe zu schaffen, die erforderlich sind, um einen wirksamen Rechtsschutz in den vom Unionsrecht erfassten Bereichen zu gewährleisten. Zudem habe gem Art 47 GRC, welcher unmittelbar anwendbar ist, jede Person das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein unparteiisches Gericht. Die Durchsetzung dieser Rechte werde durch die nationalen Gerichte der MS und mithilfe des Vorabentscheidungsverfahrens und des Vertragsverletzungsverfahrens durch den EuGH bzw die KOM gewährleistet.⁴⁷⁴

Diese Investitionsschutzmitteilung veranschaulicht, dass der von der KOM beschriebene Investitionsschutz innerhalb der EU nur dann funktionieren kann, wenn nationale Gerichte und Verwaltungsbehörden das Unionsrecht im Sinne der oben genannten Grundsätze anwenden. Zudem müssten das Unionsrecht betreffende Fragen von nationalen Gerichten im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens an den EuGH herangetragen werden. Voraussetzung für das

472 Anmerkung: Siehe Unterkapitel 3.4.1.4.

473 *Kainer*, Europäische Kommission: Investitionsschutz und Investitionsschutzabkommen innerhalb der EU, *EuZW* 2018, 659.

474 Mitteilung der Kommission an das europäische Parlament und den Rat: Schutz EU-interner Investitionen, KOM (2018) 547 endg; *Schwarz*, *Raiffeisen Blatt* 2020, 1; Anmerkung: Siehe Unterkapitel 3.4.1.4.

Funktionieren dieses Systems sind wiederum Rechtsstaatlichkeit und unabhängige Justizsysteme – Umstände, die, wie bereits ausgeführt, nicht in allen MS sichergestellt sind.⁴⁷⁵

In diesem Zusammenhang ist auch zu beachten, dass das Unionsrecht einem privaten Investor keinen direkten Zugang zum EuGH gewährt. Dies gilt selbst dann, wenn ein nationales Gericht gegen seine Vorlagepflicht an den EuGH verstößt. So verbleiben beispielsweise einem Investor, der sich gegen ein staatliches, unionsrechtswidriges Gerichtsurteil wehren möchte, wenige Möglichkeiten, wenn sich das Gericht weigert, den EuGH anzurufen. Nachdem der Investor den nationalen Instanzenzug ausgeschöpft hat, bleibt ihm im Wesentlichen nur noch der Weg einer Beschwerde an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (im Folgenden: „EGMR“).⁴⁷⁶ Angesichts des erheblichen Rückstaus an Fällen beim EGMR ist allerdings sehr fraglich, ob diese Option überhaupt relevant ist.⁴⁷⁷

Schließlich muss bezüglich der Option, gegen einen MS ein Vertragsverletzungsverfahren einzuleiten, angemerkt werden, dass der einzelne Investor dieses Verfahren bloß anregen kann. Es obliegt alleine der KOM, ein solches tatsächlich einzuleiten oder dies zu unterlassen. Darüber hinaus zeigt sich in der Praxis, dass die KOM diese Entscheidung nicht alleine aufgrund rechtlicher, sondern auch politischer Überlegungen trifft und deshalb oft von einer Verfahrenseinleitung Abstand nimmt, obwohl eine solche rechtlich geboten wäre.⁴⁷⁸

Im Endeffekt führt die beschriebene Ungleichbehandlung zwischen Extra-EU-Investoren und Intra-EU-Investoren also zu einer Begünstigung der ersteren, da sie ihre Ansprüche nicht nur vor nationalen Gerichten, sondern weiterhin auch vor internationalen Schiedsgerichten geltend machen können. Während sich infolge der *Achmea*-Rechtsprechung aufseiten der Intra-EU-Investoren also Rechts-

475 Ebert/Weyland, RIW 2022, 20 (24).

476 Schwarz, Raiffeisen Blatt 2020, 1.

477 Lavranos/Lath/Varma, SchiedsVZ 2023, 38.

478 Schwarz, Raiffeisen Blatt 2020, 1.

schutzlücken aufzun, erlangen Extra-EU-Investoren dadurch einen Wettbewerbsvorteil.⁴⁷⁹

4.5.5 Die Position Deutschlands

Die Bundesrepublik Deutschland ist im Investitionsschutzrecht, nicht nur innerhalb der EU, sondern auch auf globaler Ebene, ein besonders wichtiger Akteur, welcher mehrere bedeutende und hier thematisierte Entwicklungen maßgeblich beeinflusst hat. So erfolgte, wie bereits erwähnt, der Abschluss des ersten BIT überhaupt zwischen Deutschland und Pakistan im Jahre 1959.⁴⁸⁰ Seitdem hat die Bundesrepublik über 130⁴⁸¹ BITs geschlossen und ist somit der Staat mit den meisten abgeschlossenen BITs weltweit.⁴⁸²

Auch beim Thema ECT spielt Deutschland eine nicht unbedeutende Rolle. So erregten vor allem die zwei vom schwedischen Energiekonzern *Vattenfall* gegen die Bundesrepublik angestrenzten Verfahren, welche auf Grundlage des ECT eingeleitet wurden, Aufsehen in der breiten Öffentlichkeit.⁴⁸³ Wenige Monate bevor die zweite Rechtsstreitigkeit nach einer Dauer von fast zehn Jahren im November 2021 endlich ihren Abschluss fand, sah sich Deutschland erneut mit einem ECT-Verfahren, diesmal im Bereich Windenergie, konfrontiert.⁴⁸⁴ Die deutsche Bundesregierung hat am 14. November 2022 den Austritt aus dem ECT angekündigt⁴⁸⁵ und folgte damit einer Reihe anderer MS.⁴⁸⁶ Kurze Zeit später, am 30. November 2022,

479 <diepresse.com/6045442/investitionsschutz-kommt-innerhalb-der-eu-zu-kurz> (29.06.2023).

480 Anmerkung: Siehe Unterkapitel 2.2.1.

481 <bmwk.de/Redaktion/DE/Artikel/Aussenwirtschaft/investitionsschutz.html> (29.06.2023).

482 *ICSID*, Database of Bilateral Investment Treaties <icsid.worldbank.org/resource/databases/bilateral-investment-treaties> (29.06.2023).

483 Anmerkung: Siehe Unterkapitel 2.2.2.2.

484 *Wilske/Markert/Ebert*, SchiedsVZ 2022, 111 (132); *Mainstream Renewable Power Ltd and others v. Germany*, ICSID Case No. ARB/21/26.

485 *Die Zeit*, Deutschland tritt aus Energiecharta-Vertrag aus <zeit.de/wirtschaft/2022-11/energiecharta-vertrag-deutschland-austritt> (29.06.2023).

486 Anmerkung: Siehe Unterkapitel 5.3.

hat die deutsche Bundesregierung den Rücktritt vom ECT dann auch tatsächlich beschlossen.⁴⁸⁷ Der Ausstieg aus dem, speziell bei den Grünen und Umweltorganisationen schon länger in der Kritik stehenden, multilateralen Abkommen gehört zu einer Einigung der Ampel-Koalitionsfraktionen über eine Neuausrichtung der Handelspolitik.⁴⁸⁸ Es wurde vereinbart, dass die Grünen im Gegenzug die Ratifizierung von CETA ermöglichen sollen.⁴⁸⁹ Infolgedessen stimmten Bundestag und Bundesrat im Dezember 2022 der Ratifizierung zu. Mit Inkrafttreten des Ratifizierungsgesetzes am 20. Januar 2023 konnte Deutschland CETA schließlich unterzeichnen.⁴⁹⁰

Indes spricht sich insbesondere die FDP für einen neuen Anlauf beim Abschluss eines Freihandelsabkommens mit den USA aus. Immerhin stellt die Vertiefung der Handelsbeziehungen zwischen der EU und den USA einen weiteren Punkt der eben erläuterten Einigung innerhalb der Ampelkoalition dar. Nach realistischer Einschätzung des Grünen-Vorsitzenden Omid Nouripour sei ein solches Vorhaben derzeit jedoch aussichtslos. Grund dafür sind von der EU befürchtete Wettbewerbsverzerrungen infolge des in den USA auf den Weg gebrachten Inflationsbekämpfungsgesetzes und deshalb zunehmend angespannte bilaterale Beziehungen.⁴⁹¹

Deutschland war an dem von insgesamt fünf MS erstellten Non-Pa-per zum Thema Intra-EU-BITs beteiligt.⁴⁹²

487 <bmwk.de/Redaktion/DE/Artikel/Aussenwirtschaft/investitionsschutz.html> (29.06.2023).

488 <zeit.de/wirtschaft/2022-11/energiecharta-vertrag-deutschland-austritt> (29.06.2023).

489 *ORF*, Deutschland: Austritt aus umstrittenem Energieabkommen <orf.at/stories/3295948/> (29.06.2023).

490 *Die Bundesregierung*, Freihandelsabkommen CETA – Wirtschaftsbeziehungen mit Kanada ausbauen <bundesregierung.de/breg-de/bundesregierung/bundesministerium/bundesministerium-fuer-wirtschaft-und-klimaschutz/ceta-ratifizierung-2059226> (29.06.2023).

491 *Redaktion beck-aktuell*, Bundestag stimmt umstrittenem Ceta-Abkommen mit Kanada zu <beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Freddok%2Fbecklink%2F2025565.htm&pos=4&hlwords=on> (29.06.2023); Anmerkung: Siehe Unterkapitel 5.2.1.

492 Anmerkung: Siehe Unterkapitel 3.3.4.

Die Bundesrepublik unterzeichnete die Absichtserklärung 2019 und darauffolgend auch das Beendigungsabkommen. Nach Hinterlegung der Ratifikationsurkunde beim Generalsekretär des Rates der EU am 10. Mai 2021, ist das Beendigungsabkommen gem seines Art 16 Abs 2 dreißig Tage danach, somit am 9. Juni 2021, für Deutschland in Kraft getreten. Sämtliche Intra-EU-BITs, an denen Deutschland beteiligt war, sind mittlerweile außer Kraft getreten.⁴⁹³

4.5.6 Die Position Österreichs

Wie bereits in Kapitel 3.3 erläutert, leitete die KOM im Juni 2015 gegen Österreich und vier weitere MS ein Vertragsverletzungsverfahren ein und forderte darin die Beendigung der Intra-EU-BITs. Als Reaktion darauf veröffentlichte Österreich zusammen mit anderen MS am 7. April 2016 ein Non-Paper zu einem möglichen Nachfolge-mechanismus für das alte System der Intra-EU-BITs. Am 15. Januar 2019 unterzeichnete Österreich zusammen mit 21 anderen MS die Absichtserklärung 2019, in welcher die MS auf das *Achmea*-Urteil und die für sie daraus erwachsenden Verpflichtungen reagierten und auf dessen Grundlage die Verhandlungen zum Beendigungsabkommen geführt wurden. Trotz vorheriger Unterzeichnung der Absichtserklärung 2019 gehörte Österreich zu den wenigen MS, die sich dem darauffolgenden Beendigungsabkommen vom 5. Mai 2020 nicht angeschlossen haben. Die KOM antwortete darauf im Dezember 2021 mit der Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens gegen Österreich und andere MS, wegen der nicht rechtzeitigen Beendigung ihrer Intra-EU-BITs.

493 <[bmwk.de/Redaktion/DE/Artikel/Aussenwirtschaft/investitionsschutz.html](https://doi.org/10.5771/9783828850750-91)> (29.06.2023).

Österreich ist Vertragspartei von BITs mit insgesamt 48⁴⁹⁴ Staaten. Mittlerweile wurden sämtliche Intra-EU-BITs, an denen Österreich beteiligt war, beendet.⁴⁹⁵

Österreich entschied sich also für die bilaterale Beendigung seiner Intra-EU-BITs und wählte damit die neben der Beendigung durch Abschluss eines plurilateralen Vertrags zweite Option, welche in der Absichtserklärung 2019 festgelegt wurde. Hintergrund dieser Vorgehensweise waren bzw sind möglicherweise mehrere anhängige Schiedsverfahren österreichischer Investoren insbesondere gegen Kroatien und Rumänien.⁴⁹⁶ Unter den Klägern finden sich in erster Linie österreichische Bankengruppen, wie beispielsweise die *Raiffeisen Bank* oder die *Addiko Bank*. In diesem Zusammenhang ist erwähnenswert, dass das im Dezember 2021 von der KOM gegen Österreich initiierte Vertragsverletzungsverfahren wegen der nicht rechtzeitigen Beendigung seiner Intra-EU-BITs die *Addiko Bank* nicht davon abgehalten hat, am 28. Februar 2022 ein auf ein Intra-EU-BIT gestütztes ICSID-Schiedsverfahren gegen Slowenien einzuleiten.⁴⁹⁷

Medienberichten zufolge prozessieren mehrere österreichische Investoren in östlichen und südlichen MS schon seit Jahren um Investitionen im Ausmaß von geschätzt über einer Milliarde Euro, wobei allein die Ausgaben für laufende Schiedsverfahren Millionenbeträge umfassen dürften. Auslöser einiger dieser Verfahren war die Sondergesetzgebung zur Zwangskonvertierung von Schweizer-Franken-Kre-

494 Bundesministerium für Arbeit und Wirtschaft, Bilaterale Investitionsschutzabkommen – Länder <bmw.gv.at/Themen/International/Handels-und-Investitionspolitik/Investitionspolitik/BilateraleInvestitionsschutzabkommen-Laender.html> (10.07.2023).

495 Bundesministerium für Arbeit und Wirtschaft, Außer Kraft getretene österreichische BITs <bmw.gv.at/Themen/International/Handels-und-Investitionspolitik/Investitionspolitik/Ausser-Kraft-getretene-oesterreichische-BITs.html> (29.06.2023).

496 UNCTAD, Investment Dispute Settlement Navigator – Austria <investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/12/austria> (29.06.2023).

497 ICSID, Addiko Bank AG v. Republic of Slovenia (ICSID Case No. ARB/22/9) <icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/22/9> (29.06.2023); *Wilske/Markert/Ebert*, SchiedsVZ 2022, 111 (129).

diten in Kroatien, von welcher hauptsächlich österreichische Banken betroffen waren.⁴⁹⁸

Der amtierende Bundesminister für Arbeit und Wirtschaft, Univ.-Prof. Dr. Martin Kocher beantwortete am 29. Juni 2022 eine schriftliche parlamentarische Anfrage betreffend Lobbying für ein Investorengericht in der EU. Zu der Frage, warum Österreich 2020 dem Beendigungsabkommen nicht beigetreten ist, antwortete er, dass die (zu diesem Zeitpunkt noch) bestehenden Intra-EU-BITs Österreichs bereits aufgekündigt wurden bzw sich teilweise noch im Beendigungsprozess befinden. Des Weiteren wurde die Frage gestellt, was der Bundesminister über die Einrichtung eines EU-Investitionsgerichtshofs als Alternative zu den ISDS-Verfahren wisse. Dieser erwiderte, dass die Schaffung einer derartigen Einrichtung gegenwärtig nicht zur Diskussion stehe. Allerdings sei die Verbesserung der Rechtssicherheit für Intra-EU-Investoren, insbesondere im Lichte bestehender Rechtsstaatlichkeitsprobleme im Binnenmarkt, ein generelles Anliegen der Bundesregierung. Dazu bedürfe es einerseits einer Verbesserung der verbindlichen Streitbeilegung im Rahmen des Unionsrechts und andererseits einer präziseren Darstellung der auf mehrere Rechtsquellen verteilten unionsrechtlichen Investitionsschutzbestimmungen.⁴⁹⁹

Hintergrund dieser parlamentarischen Anfrage waren unter anderem Medienberichte, wonach sich die ehemalige Wirtschaftsministerin Dr. Margarete Schramböck für einen EU-Investitionsgerichtshof ausgesprochen und dafür lobbyierende Konzerne unterstützt haben soll.⁵⁰⁰

498 *Boras*, Österreich lässt heimische Investoren im Stich, *Die Presse – Recht* 2019, 14; <investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/12/austria> (29.06.2023).

499 <parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVII/AB/AB_10632/index.shtml#> (29.06.2023).

500 *Gepp*, Bekommt die EU ein eigenes Investorengericht? <profil.at/wirtschaft/bekommt-die-eu-ein-eigenes-investorengericht/401426241> (29.06.2023); *Republik Österreich Parlament*, Lobbying für ein Investorengericht in der EU – Schriftliche Anfrage <parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVII/JJ_11588/index.shtml#> (29.06.2023).

Im Juni 2018 stimmten Nationalrat⁵⁰¹ und Bundesrat⁵⁰² mehrheitlich für die Ratifizierung von CETA. Der amtierende österreichische Bundespräsident, Alexander Van der Bellen, verweigerte im Juli 2018 vorerst seine Zustimmung mit der Begründung, er wolle mit seiner Unterschrift auf eine bestimmte Entscheidung des EuGH warten. In dieser Entscheidung prüfte das Höchstgericht die Konformität von CETA-Regelungen mit dem Unionsrecht. Nachdem der EuGH 2019 entschied, dass das Handelsabkommen mit dem Unionsrecht vereinbar ist, erklärte sich schließlich auch Van der Bellen bereit, dieses zu unterschreiben.⁵⁰³

4.6 Die *Achmea*-Rechtsprechung im Lichte des EU-Ansatzes für einen reformierten Investitionsschutz

4.6.1 *Investment Court System (ICS)* und *Multilateral Investment Court (MIC)*

Wie bereits in Kapitel 3 erläutert, ist die von der EU seit einigen Jahren geplante Reform ihrer Investitionsschutzpolitik als Antwort auf die von der Öffentlichkeit gegenüber dem bisherigen System des Investitionsschutzes bzw der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit geäußerten Bedenken zu verstehen. Der bedeutendste Unterschied zum früheren System des ISDS bzw der Schiedsverfahren besteht darin, dass künftig ein Gerichtssystem, die Investitionsgerichtsbarkeit (ICS), etabliert werden soll.⁵⁰⁴

501 <derstandard.at/story/2000081476410/nationalrat-beschliesst-handelsabkommen-ceta> (29.06.2023).

502 *Republik Österreich Parlament*, CETA: Bundesrat setzt parlamentarischen Schlussstein <parlament.gv.at/aktuelles/pk/jahr_2018/pko790> (29.06.2023).

503 *Der Standard*, Van der Bellen gibt Segen für strittiges Handelsabkommen Ceta <derstandard.at/story/2000102280780/eu-gerichtshof-ceta-handelsabkommen-mit-eu-recht-vereinbar> (29.06.2023).

504 *Rat der Europäischen Union*, Pressemitteilung vom 20. März 2018 – Multilateraler Investitionsgerichtshof: Rat erteilt Kommission Mandat zur Aufnahme von Verhandlungen <consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2018/03/20/multilateral-investment-court-council-gives-mandate-to-the-commission-to-open-negotiations/> (29.06.2023).

Dieses Investitionsgerichtssystem soll im Gegensatz zur Investitionschiedsgerichtsbarkeit über wesentliche Merkmale nationaler und internationaler Gerichte verfügen. Geplant sind eine Berufungsinstanz, die Ernennung der Mitglieder der Investitionsgerichte für eine mehrjährige Funktionsperiode durch die Vertragsparteien sowie die zufällige Zuteilung dieser Mitglieder als Richter über einen Streitfall. Zudem gelten für diese Richter höchste Qualifikationsanforderungen sowie ein umfangreicher Verhaltenskodex. Darüber hinaus sollen die Verfahren transparent, Anhörungen öffentlich und Stellungnahmen online einsehbar sein. *Forum-Shopping* soll ausgeschlossen, unbegründete Klagen umgehend abgewiesen, Völkerrecht und innerstaatliches Recht klar voneinander abgegrenzt und Mehrfach- und Parallelverfahren vermieden werden.⁵⁰⁵

Langfristig wird die Errichtung des MIC angestrebt. Bloß zwei Wochen nach Fällung des *Achmea*-Urteils wurde der KOM vom Rat der EU das Mandat zur Aufnahme von Verhandlungen über den MIC erteilt. Die KOM wird dadurch ermächtigt, im Namen der EU ein Übereinkommen zur Errichtung eines multilateralen Gerichtshofs für die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten auszuhandeln. Mit der Einrichtung des MIC wird das Ziel verfolgt, ein ständiges Streitbeilegungsgremium zu schaffen, das aufseiten der EU letztendlich an die Stelle der in Handels- und Investitionsabkommen aufgenommenen bilateralen Investitionsgerichtssysteme, die ICS, treten soll.⁵⁰⁶

Die KOM sieht nämlich eine große Anzahl nebeneinander bestehender ständiger Investitionsgerichte langfristig als wenig effektiv an. Darüber hinaus möchte sie dem Risiko entgegenwirken, dass Entwicklungsstaaten die durch die ICS entstehenden Kosten nicht tragen und Schwierigkeiten bei der Besetzung der Richterposten mit qualifizierten Richtern haben könnten.⁵⁰⁷

Auf der Grundlage des vom Rat erteilten Mandats bzw der von diesem angenommenen Verhandlungsrichtlinien verfolgen die KOM

505 <ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_15_5651> (29.06.2023).

506 <consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2018/03/20/multilateral-investm-ent-court-council-gives-mandate-to-the-commission-to-open-negotiations/> (29.06.2023).

507 *Stöbener de Mora*, EuZW 2016, 605.

und die MS die Initiative zum MIC im Rahmen der UNCITRAL. Die dort eingerichtete UNCITRAL-Arbeitsgruppe III befasst sich mit dem laufenden Reformprozess zu ISDS und insbesondere mit dem Vorschlag zur Errichtung eines MIC.⁵⁰⁸ Dessen konkrete Ausgestaltung, sollte er überhaupt zustande kommen, hängt von den im Rahmen der UNCITRAL erzielten Verhandlungsergebnissen ab. Die EU verfolgt, wie ausgeführt, jedenfalls die Schaffung einer internationalen Einrichtung mit qualifizierten, fest angestellten und fest besoldeten Richtern, wobei die Gerichtsverhandlungen auf transparente Weise geführt und die Möglichkeit von Rechtsbehelfen gegen Entscheidungen vorgesehen werden soll. Des Weiteren muss die wirksame Durchsetzung der Entscheidungen dieser Einrichtung gewährleistet sein.⁵⁰⁹

Das Konzept für die dargestellte Investitionsschutzreform wurde von der KOM gemeinsam mit der kanadischen Regierung im Rahmen der CETA-Verhandlungen ausgearbeitet.⁵¹⁰ Es liegt mittlerweile auch den EU-Abkommen mit Singapur, Vietnam und Mexiko sowie den Verhandlungen der EU über weitere Investitions- und Freihandelsabkommen beispielsweise mit Indonesien, den Philippinen und Tunesien zugrunde, und wird darüber hinaus in allen künftigen Verhandlungen mit Drittstaaten weiterverfolgt.⁵¹¹

Hinsichtlich der Reformbestrebungen der EU im Investitionsschutzrecht ist nochmals klarzustellen, dass die geplante ICS und der MIC nur für das Verhältnis der EU zu Drittstaaten gedacht ist. Es findet auf Intra-EU-Investitionsstreitigkeiten explizit keine Anwendung und ist deshalb auch kein Ersatz für die infolge der *Achmea*-Rechtsprechung weggefallene Möglichkeit von Intra-EU-Investoren,

508 Scheu, The Idea of a Multilateral Investment Court, in Scheu (Hrsg), Creation and Implementation of a Multilateral Investment Court (2022), 38.

509 <consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2018/03/20/multilateral-investment-court-council-gives-mandate-to-the-commission-to-open-negotiations/> (29.06.2023).

510 Bungenberg/Reinisch, From Bilateral Arbitral Tribunals and Investment Courts to a Multilateral Investment Court² (2020) Rz 42; Anmerkung: Siehe Unterkapitel 3.2.1.

511 Stöbener de Mora, EuZW 2021, 325 (328).

derartige Streitigkeiten vor internationalen Schiedsgerichten auszutragen.⁵¹²

Für die Investitionspolitik innerhalb der EU und jene zwischen der EU und Drittländern gelten laut KOM nämlich unterschiedliche rechtliche Erwägungen.⁵¹³ Der im Folgenden erläuterte unverbindliche Mediationsmechanismus und der EU-Investitionsgerichtshof betreffen dieses EU-Innenverhältnis.

4.6.2 Unverbindlicher Mediationsmechanismus

Die KOM dürfte Mitte 2017 bereits erkannt haben, dass die Intra-EU-BITs mit ihren Durchsetzungsmechanismen in Form von ISDS-Klauseln nicht ersatzlos wegfallen sollten und legte deshalb Pläne für eine unverbindliche gütliche Streitbeilegung vor. Darin waren mehrere mögliche Regelungsoptionen enthalten: Die Einrichtung nationaler Kontaktstellen zur rechtlichen Beratung von Investoren, wodurch sich möglicherweise die Eskalation von Streitigkeiten unterbinden lässt; die Schaffung eines materiell-rechtlichen EU-Rahmens für Mediationsverfahren; die Errichtung nationaler Mediationsstellen und einer unionsweiten Mediationsstelle. Die Gemeinsamkeit dieser Vorschläge liegt darin, dass sie bloß den Schutz gegen Verwaltungsentscheidungen und die Durchsetzung von vertraglichen Ansprüchen, allerdings nicht den Schutz gegen nationale Rechtssetzung betreffen. Sie sind darüber hinaus nur freiwilliger Natur, führen in der vorgeschlagenen Ausformung zu keiner verbindlichen Streitbeilegung und sind nicht vollstreckbar. Sie sind deshalb nicht geeignet, die sich infolge der *Achmea*-Rechtsprechung für Intra-EU-Investoren ergebende Rechtsschutzlücke zu schließen.⁵¹⁴

512 *Balthasar*, Investment Protection in Europe International Investment Treaties, the European Convention on Human Rights and the Need for Reform at EU Level, *SchiedsVZ* 2018, 227 (230); Empfehlung für einen Beschluss des Rates über die Ermächtigung zur Aufnahme von Verhandlungen über ein Übereinkommen zur Errichtung eines multilateralen Gerichtshofs für die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten, KOM (2017) 493 endg, 2 Fn 1.

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

514 *Stöbener de Mora*, *EuZW* 2018, 363 (369).

In einem Workshop Ende 2018 in Brüssel hat die KOM deutlich gemacht, dass sie die Idee eines unverbindlichen Mediationsmechanismus derzeit nicht weiterverfolgt.⁵¹⁵

4.6.3 EU-Investitionsgerichtshof

Medienberichten zufolge stellte die KOM in einem Non-Paper von Ende 2020 Überlegungen an, einen eigenen Investitionsgerichtshof auf Unionsebene, an den sich Intra-EU-Investoren zur Klärung von Intra-EU-Investitionsstreitigkeiten wenden könnten (im Folgenden: „EU-Investitionsgerichtshof“), einzurichten. Der EU-Investitionsgerichtshof sei allerdings nur eine von mehreren in Brüssel diskutierten Möglichkeiten. Eine der weniger weitreichenden Alternativen wäre demnach auch ein zentraler Ombudsmann, an den sich Konzerne wenden könnten. Allem voran NGOs kritisieren derartige Überlegungen als justiziellen Sonderweg für Investoren. Europäische Unternehmen, insbesondere auch österreichische, lobbyieren diesen Berichten zufolge intensiv für den Investitionsschutz in der EU.⁵¹⁶

Die Errichtung eines EU-Investitionsgerichtshofs wurde auch im Rahmen einer von der KOM im Mai 2020 gestarteten Initiative⁵¹⁷, mit dem Ziel, durch eine Verordnung das Investitionsklima in der EU zu optimieren, diskutiert. Die Einleitung dieser Initiative ist deshalb bemerkenswert, da die KOM in ihrer Investitionsschutzmitteilung zwei Jahre zuvor noch ausführlich erläutert hatte, dass Investitionen innerhalb der EU durch Unionsrecht ausreichend geschützt seien.

515 *Stöbener de Mora*, EuZW 2019, 217 (218).

516 *Böcking*, Konzerne kämpfen für neue Sonderrechte in Europa <spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/investitionsschutz-konzerne-kaempfen-fuer-neue-sonderechte-in-europa-a-25ac18fb-daa6-49ab-9ec4-8294795eobde> (29.06.2023); <profil.at/wirtschaft/bekommt-die-eu-ein-eigenes-investorengericht/401426241> (29.06.2023).

517 <ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12403-Grenzüberschreitende-Investitionen-innerhalb-der-EU-Prazisierung-und-Ergaenzung-der-EU-Vorschriften_de> (29.06.2023); Anmerkung: Siehe Unterkapitel 3.4.1.5.

Von der Öffentlichkeit weitgehend unbemerkt folgte 2022 eine Aktualisierung⁵¹⁸ des Aktionsplans zur Kapitalmarktunion. Hier führt die KOM aus, dass Bedenken der Öffentlichkeit hinsichtlich einer Sonderbehandlung von Investoren anzuerkennen seien. Ein Abwägen der Interessen von Investoren und öffentlichen Interessen und der Mangel an materieller Evidenz führen laut KOM zu dem Ergebnis, dass ein legislatives Tätigwerden nicht gerechtfertigt sei.⁵¹⁹

4.7 Vorschläge für alternative Streitbeilegungsmechanismen

Ogleich an bestimmten Stellen dieses Werks bereits teilweise erwähnt, sollen im Folgenden die bedeutendsten Ideen aus Praxis und Wissenschaft zu einem ISDS-Ersatzmechanismus übersichtlich zusammengefasst werden. In diesem Zusammenhang ist auf das Kapitel 3.3 zu verweisen, in welchem der in Form eines Non-Papers mehrerer MS vorgebrachte Vorschlag für einen ISDS-Nachfolgemechanismus bereits ausführlich dargestellt wurde. Anschließend erlaube ich mir, zu erläutern, welcher dieser Vorschläge meines Erachtens am sinnvollsten ist und hoffe, damit eventuell einen persönlichen Beitrag zur Lösung der in diesem Werk aufgeworfenen Problematik leisten zu können.

4.7.1 Nationale und unionsweite Kontaktstellen

Teil der Lösung könnte die Einrichtung eines Netzwerks nationaler Kontaktstellen in der EU sein. Zweckdienlich wäre dies insbesondere im Falle kleinerer Schadenssummen sowie für KMU. Ein solches System könnte auf bereits bestehende Strukturen, wie SOLVIT, gestützt werden. Bei Vorliegen eines Problems könnte der betroffene

518 <finance.ec.europa.eu/capital-markets-union-and-financial-markets/capital-markets-union/capital-markets-union-2020-action-plan/action-15-investment-protection-and-facilitation_en#forum> (29.06.2023).

519 *Wegerer*, Gleiches Recht für alle: Keine Paralleljustiz für Konzerne in der EU! <awblog.at/investitionsschutz-keine-paralleljustiz-fuer-konzerne/> (29.06.2023).

Investor bei der Kontaktstelle seines Heimatlandes um die Prüfung seines Falles ansuchen und darum bitten, die Kontaktstelle des jeweiligen Gaststaats anzusprechen. Ziel dieses Vorschlags ist es, eine einvernehmliche Lösung zwischen den Parteien zu erreichen und damit möglicherweise kostenintensive Verfahren von langer Dauer zu verhindern.⁵²⁰

4.7.2 Ombudsmann

Vorgeschlagen wird auch, vergleichbar mit der Errichtung eines Netzwerks von Kontaktstellen, die Einführung eines zentralen Ombudsmannes für Investoren. Dieser könnte unabhängig und neutral Empfehlungen zur Beilegung investitionsrechtlicher Auseinandersetzungen aussprechen.⁵²¹

4.7.3 Europäisches multilaterales Investitionsschutzabkommen

In Analogie zum im Rahmen der OECD verhandelten und schlussendlich gescheiterten MAI könnte ein solches Abkommen zwischen den MS geschlossen werden. Ziel eines solchen Abkommens wäre es, die weggefallenen, zahlreichen Intra-EU-BITs zu vereinheitlichen, was in weiterer Folge zur Gewährung eines einheitlichen Schutzstandards und zu einer Stärkung der Rechtssicherheit in der EU führen würde. Anstelle von Investitionsschiedsgerichten könnten entweder eine eigenständige Kammer im Rahmen des EuGH oder gänzlich neu institutionalisierte Investitionsgerichte auf Grundlage von Art 257 AEUV über Investitionsstreitigkeiten entscheiden.⁵²²

520 *Stöbener de Mora*, EuZW 2019, 217 (218).

521 ORF, Pläne für mehr Rechte von Konzernen in EU <orf.at/stories/3219005/> (29.06.2023).

522 *v. Pestalozza*, StudZR Wissenschaft Online 2018/1, 82 (100).

4.7.4 Europäische Investitionsschutzverordnung

Die laut KOM in ihrer Investitionsschutzmitteilung im Unionsrecht ausreichend vorhandenen investitionsschutzrechtlichen Bestimmungen könnten in einer eigenen Verordnung zusammengefasst und präzisiert werden. Darüber hinaus könnte dadurch die unionsweite Vereinheitlichung des Investitionsschutzrechts realisiert werden. Diese Maßnahme könnte einerseits auf Art 114 Abs 1 AEUV gestützt werden, wonach das Europäische Parlament und der Rat im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren und nach Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der MS, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben, erlassen können. Andererseits bietet sich die Handlungsform der Verordnung im vorliegenden Fall am besten an, da sie gem Art 288 Abs 2 AEUV allgemeine Geltung hat, in allen Teilen verbindlich ist und unmittelbar in jedem MS gilt.⁵²³

4.8 Alternativer Ansatz zur Lösung der sich infolge der *Achmea*-Rechtsprechung ergebenden Investitionsschutzproblematik

Die Idee der Etablierung eines eigenen EU-Investitionsgerichtshofs wurde in dem vorliegenden Werk bereits mehrmals erwähnt. So war sie insbesondere Teil des Non-Papers der MS⁵²⁴ und wurde auch von der KOM⁵²⁵ wiederholt thematisiert. Und obwohl dieser Idee zumindest zwei Mal, zuerst mit Abschluss des Beendigungsabkommens und danach mit der Aktualisierung des Aktionsplans zur Kapitalmarktunion durch die KOM, eine Absage erteilt wurde, bleibt sie meiner Ansicht nach von allen möglichen Optionen die sinnvollste. Dies aus Gründen und unter Voraussetzungen die im Folgenden erläutert werden sollen.

⁵²³ v. Pestalozza, StudZR Wissenschaft Online 2018/1, 82 (102).

⁵²⁴ Anmerkung: Siehe Unterkapitel 3.3.4.2.

⁵²⁵ Anmerkung: Siehe Unterkapitel 4.6.3.

Die Einrichtung nationaler und unionsweiter Kontaktstellen, eines zentralen Ombudsmannes für Investoren oder anderer Schlichtungsstellen sind zwar durchaus hilfreiche Maßnahmen, können für sich alleine genommen die für Intra-EU-Investoren entstandene Rechtsschutzlücke allerdings nicht füllen. Derartigen Instrumenten fehlt die Wirkung, die einem Gerichtsurteil oder einem Schiedsspruch zukommt. Insoweit ist der Ansicht von *Stöbener de Mora*⁵²⁶, wonach wirksamer Investorenschutz einen effektiven, schnellen, einfachen, kostengünstigen und KMU-freundlichen Mechanismus verlangt, der einen mit den weggefallenen Intra-EU-BITs vergleichbaren Rechtsschutz bietet und dessen Entscheidungen verbindlich und vollstreckbar sind, zuzustimmen.

Eine europäische Investitionsschutzverordnung wäre zwar sehr hilfreich, um die „zersplitterten“ investitionsschutzrechtlichen Bestimmungen innerhalb der EU zusammenzufassen und zu präzisieren. Die (korrekte) Anwendung einer solchen Verordnung wäre jedoch wiederum Sache der nationalen Gerichte. In Anbetracht der nachweislich vorhandenen Rechtsstaatlichkeitsdefizite in einigen MS muss deshalb auch für diese Maßnahme festgestellt werden, dass sie keinen vollwertigen ISDS-Ersatzmechanismus darstellt.

Ein EU-Investitionsgerichtshof müsste allerdings jedenfalls eine Kompromisslösung sein, wobei die Interessen mehrerer Interessengruppen zu berücksichtigen und möglichst weitgehend miteinander in Einklang zu bringen sind. So müsste im Interesse der MS und der Zivilbevölkerung insbesondere das staatliche Regulierungsrecht gewahrt bleiben und dem Gebot der Transparenz entsprochen werden. Aufseiten der Investoren müsste besonders die Rechtssicherheit gestärkt und ein funktionierender Streitbeilegungsmechanismus geschaffen werden. Schließlich hätte eine solche Einrichtung die *Achmea*-Rechtsprechung zu wahren, vor allem also die Autonomie des Unionsrechts sicherzustellen.

526 *Stöbener de Mora*, EuZW 2019, 217 (218).

Ich schließe mich deshalb den Überlegungen *Wilskes*⁵²⁷ und *Hindelang*⁵²⁸ an, die einen in das Unionsrechtssystem integrierten EU-Investitionsgerichtshof vorschlagen. Da der EuGH keine gleichrangigen Gerichte neben sich duldet, müsste ein solcher unter Kuratel des EuGH stehen. Diesbezüglich sind besonders die Überlegungen *v. Pestalozzas*⁵²⁹ interessant, der die Möglichkeit der Einrichtung einer eigenständigen Kammer im Rahmen des EuGH aufbringt. Seit dem Vertrag von Nizza 2001 besteht nämlich die Möglichkeit, durch einstimmigen Ratsbeschluss auf Vorschlag der KOM oder Antrag des EuGH gerichtliche Kammern zu bilden.⁵³⁰

Um den Forderungen der MS und der Zivilbevölkerung weitestmöglich entgegenzukommen, sollten für einen EU-Investitionsgerichtshof allgemein dieselben Grundsätze gelten, die für die Schaffung des MIC herausgebildet wurden.⁵³¹

Ein EU-Investitionsgerichtshof ist im Vergleich zu anderen Lösungsvorschlägen zwar eine kostenintensive Maßnahme. In Anbetracht der damit verbundenen Vorteile für das Investitionsklima innerhalb der EU und somit letztendlich für den Binnenmarkt sowie der beschriebenen Unzulänglichkeiten möglicher Alternativen sind diese Kosten allerdings wohl eine Notwendigkeit. Investoren erhielten dadurch die Möglichkeit, ihre Streitigkeiten vor einer spezialisierten Einrichtung, besetzt mit facheinschlägig ausgebildeten Richtern, auszutragen. Die bloße Existenz eines EU-Investitionsgerichtshofs würde eine abschreckende Wirkung entfalten und könnte dadurch beispielsweise zur außergerichtlichen Lösung von Investitionsstreitigkeiten motivieren. Auch würde dadurch für MS der Anreiz zu einer gerechten und fairen Behandlung von Investoren gesteigert werden. Zusätzlich würde

527 *Wilske*, RIW 2018, 1.

528 *Hindelang*, The Limited Immediate Effects of CJEU's Achmea Judgement <verfassungsblog.de/the-limited-immediate-effects-of-cjeus-achmea-judgment/> (29.06.2023).

529 *v. Pestalozza*, StudZR Wissenschaft Online 2018/1, 82 (99).

530 *Kotzur/Dienelt* in *Geiger/Khan/Kotzur/Kirchmaier* (Hrsg), EUV/AEUV⁷ Art 257 AEUV, Rz 1 (2023).

531 Anmerkung: Siehe Unterkapitel 4.6.1.

eine solche Einrichtung zu einer Stärkung der Rechtssicherheit für Investoren führen.⁵³²

Dass die EU gegenwärtig und zukünftig besonders auf Investitionen angewiesen ist bzw sein wird, geht beispielsweise aus einer neuen Studie hervor, wonach bis 2025 pro Jahr mindestens 302 Milliarden Euro notwendig sind, um, wie von der EU geplant, die Treibhausgasemissionen bis 2050 auf netto null zu bringen.⁵³³ Der Ukraine-Krieg und seine Folgen führen zudem zu weiterem Investitionsbedarf. Die Etablierung eines EU-Investitionsgerichtshofs könnte die EU zu einem attraktiveren Investitionsstandort machen und dadurch notwendige Investitionen anziehen.

Trotz mehrfacher Misserfolge und von unterschiedlicher Seite geäußerter Ablehnung scheint die Schaffung eines EU-Investitionsgerichtshofs nicht unmöglich. Wegbereiter für dessen Einführung könnte beispielsweise das EU-Justizbarometer sein, welches seit 2022 auch eine Befragung von Unternehmen über ihre Wahrnehmungen bezüglich Vertrauen in Gerichte und Effektivität von Gerichten in Investitionsschutzangelegenheiten enthält.⁵³⁴

532 *Ecoris/Deloitte*, Impact assessment study on investment protection and facilitation in the EU Final Report, 68 <ec.europa.eu/finance/docs/policy/210101-study-investment-protection-facilitation_en.pdf> (29.06.2023).

533 ORF, Studie fordert Investitionsschub in EU <orf.at/stories/3300274/> (29.06.2023).

534 *Europäische Kommission*, Pressemitteilung – EU-Justizbarometer 2022: Zehn Jahre Beobachtung der Effizienz der Justizsysteme <ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_22_3146> (29.06.2023); <awblog.at/investitionsschutz-keine-paralleljustiz-fuer-konzerne/> (29.06.2023).