

Johann von Pestalozza\*

## Potentielle alternative Schutzinstrumente zu intra-EU bilateralen Investitionsschutzabkommen

### Abstract

Im Jahr 2015 leitete die Europäische Kommission gegen die Bundesrepublik Deutschland und vier weitere Mitgliedstaaten der Europäischen Union Vertragsverletzungsverfahren wegen der vermeintlichen Unionsrechtswidrigkeit ihrer intra-EU bilateralen Abkommen ein. Der *Europäische Gerichtshof* hatte sich mit einer ähnlichen Rechtsfrage im Zuge eines Vorabentscheidungsersuchens des *Bundesgerichtshofs* (Rs. C-284/16 – *Achmea*) beschäftigt und konstatierte dort, dass Art. 267, 344 AEUV intra-EU bilateralen Investitionsschutzabkommen entgegenstehen. Dadurch stellten sich die folgenden Fragen: Welche Schutzstandards gewährleisten intra-EU bilaterale Investitionsschutzabkommen und welche Alternativen gibt es zu ihnen? Der nachfolgende Beitrag beschäftigt sich mit diesen Problematiken und zeigt verschiedene völker- und unionsrechtliche Schutzinstrumente *de lege lata* und *de lege ferenda* auf.

---

\* Der Verfasser studiert Rechtswissenschaft an der Freien Universität Berlin und ist als studentischer Mitarbeiter bei den juristischen Fachzeitschriften Kommunikation & Recht sowie Recht & Wirtschaft (Deutscher Fachverlag GmbH) tätig. Der nachfolgende Beitrag basiert auf der im Wintersemester 2015/16 geschriebenen und thematisch von Prof. Dr. Steffen Hindelang, LL.M. gestellten Studienabschlussarbeit im Schwerpunkt „Internationalisierung der Rechtsordnung“.

## A. Einleitung

Das internationale Investitionsschutzrecht ist ein zentraler Bereich des Wirtschaftsvölkerrechts und umfasst die Förderung und den Schutz ausländischer Investitionen. Vorläufer der heutigen bilateralen Investitionsschutzabkommen (*Bilateral Investment Treaties*) waren die seit dem Ende des 18. Jahrhunderts bei vielen Staaten weit verbreiteten bilateralen Verträge über Freundschaft, Handel und Schifffahrt (*Friendship, Commerce and Navigation Treaties*), die auch den Schutz ausländischen Vermögens umfassten.<sup>1</sup> Ein Großteil der intra-EU bilateralen Investitionsschutzabkommen (Intra-EU BITs) wurde in den 1990er-Jahren zwischen den damaligen Mitgliedstaaten und den durch die EU-Erweiterung beigetretenen Mitgliedstaaten mit dem Ziel der Stärkung des Anlegerschutzes und der Etablierung von Schutzstandards geschlossen, um so dem wachsenden Bedürfnis nach differenzierten und genauen Investitionsschutzregeln Rechnung zu tragen.<sup>2</sup> Die Europäische Kommission vertritt nunmehr jedoch die Ansicht, solche innergemeinschaftlichen bilateralen Absicherungen seien seit der EU-Erweiterung nicht mehr notwendig und mit EU-Recht nicht vereinbar, da im Binnenmarkt für alle Mitgliedstaaten dieselben Normen bezüglich grenzüberschreitender Investitionen gälten. Sie hat die betreffenden Vertragspartner daher aufgefordert, die Verträge zu beenden und gegen fünf Mitgliedstaaten Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet.<sup>3</sup> Es bedarf folglich Alternativen zu Intra-EU BITs, die an die Stelle der bisherigen Abkommen treten, ohne dabei Schutzlücken für ausländische Investitionen zu hinterlassen. Eine mögliche differenziertere Ausgestaltung bestehender bilateraler Abkommen wird im Folgenden nicht problematisiert, obgleich eine solche durchaus angebracht erscheint.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Ipsen, Völkerrecht, 6. Aufl. 2015, § 34 Rn. 32.

<sup>2</sup> EU-Kommission, Pressemitteilung v. 18.6.2015, abrufbar unter: [europa.eu/rapid/press-release\\_IP-15-5198\\_de.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5198_de.htm) (zuletzt abgerufen am 30.7.2018); Krajewski, Wirtschaftsvölkerrecht, 4. Aufl. 2017, § 3 Rn. 555; Wimmer/Müller, Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2012, S. 64 Rn. 155.

<sup>3</sup> EU-Kommission, Pressemitteilung v. 18.6.2015 (Fn. 2).

<sup>4</sup> Hindelang, in: Europäisches Parlament (ed.), *Investor-State Dispute Settlement (ISDS) Provisions in the EU's International Investment Agreements*, Vol. 2, 2014, S. 39 (113 f.): Besonders im Hinblick auf Streitbeilegungsmechanismen in bestehenden bilateralen Investitionsschutzabkommen ist eine alternative Ausgestaltung angebracht. Problematisch erscheint hierbei vor allem die Legitimität von Schiedsverfahren, die gerade darunter leidet, dass gewisse Rechtsstreitigkeiten der nationalen staatlichen Gerichtsbarkeit entzogen sind. Ein „Mehr“ an Legitimität könnte dadurch gewonnen werden, dass auch im internationalen Investitionsschutzrecht das Prinzip der nationalen Rechtswegerschöpfung (*exhaustion of local remedies rule*) Eingang findet. Darüber hinaus muss nicht nur das Fehlen einer Berufungs- und Revisionsinstanz kritisch beäugt werden, vielmehr trägt auch die Intransparenz der Schiedsverfahren zur allgemeinen Rechtsunsicherheit bei, die durch fehlende Kontrollmechanismen und einer keineswegs unvoreingenom-

Der vorliegende Beitrag befasst sich einleitend mit den Rechtsquellen des internationalen Investitionsschutzrechts (B.) und thematisiert sodann den Anwendungsbereich von Intra-EU BITs (C.). Weiterhin werden vertiefend potentielle alternative Schutzmechanismen zu Intra-EU BITs behandelt (D.). Dabei werden insbesondere der Schutz durch das Primärrecht sowie die Begründung eines europäischen multilateralen Investitionsschutzabkommens veranschaulicht (D. I.). Abschließend soll ein sekundärrechtlicher Regelungsvorschlag i.S. einer Europäischen Investitionsschutzverordnung dargestellt werden (D. II.), der in die Schlussbetrachtung (E.) mündet.

## B. Rechtsquellen des Internationalen Investitionsschutzrechts

Gemäß Art. 38 Abs. 1 lit. a–c IGH-Statut sind die völkerrechtlichen Verträge, das Völkergewohnheitsrecht sowie die allgemeinen Rechtsgrundsätze den klassischen Völkerrechtsquellen zuzuordnen. Der genannte Artikel stellt auch im internationalen Investitionsschutzrecht den Ausgangspunkt jeglicher Bestimmungen völkerrechtlicher Steuerungsmechanismen dar.<sup>5</sup> Wichtigstes Element ist dabei das weit verzweigte Geflecht bilateraler Investitionsschutzabkommen, das als Surrogat für die weitgehend fehlende zentrale Legislativgewalt auf internationaler Ebene fungiert.<sup>6</sup> Im Bereich des Eigentumsschutzes und des Entschädigungsrechts ausländischer Investoren ist darüber hinaus das Völkergewohnheitsrecht von Bedeutung, das durch allgemeine stetige Übung, die von den Beteiligten als rechtsverbindlich angesehen wird, entsteht (*opinio juris*).<sup>7</sup> Der gewohnheitsrechtliche Gehalt des internationalen Investitionsschutzrechts hat seinen Ursprung im Fremdenrecht und konstituiert einen Mindestbehandlungsstandard, der insbesondere im Rahmen der Vertragsauslegung systematisch integriert werden muss.<sup>8</sup> „Die von den Kulturvölkern anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätze“ aus Art. 38 Abs. 1 lit. c IGH-Statut sind das Ergebnis wertender Rechtsvergleichung, in welcher innerstaatliche Grundsätze rezipiert und in die Völkerrechtsordnung übertragen werden.<sup>9</sup> Sie kommen im Rahmen von Investitionsstreitigkeiten insbesondere vor Schiedstribunalen des durch die Weltbank initiierten *International Centre for the Settlement of Investment Disputes*

---

menen Schiedsrichterschaft zusätzlich genährt wird. Die Studie ist abrufbar unter: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2014/534979/EXPO\\_STU%282014%29534979%28ANN01%29\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2014/534979/EXPO_STU%282014%29534979%28ANN01%29_EN.pdf) (zuletzt abgerufen am 30.7.2018).

<sup>5</sup> Tietje, Internationales Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2015, § 2 Rn. 40.

<sup>6</sup> Krajewski (Fn. 2), § 3 Rn. 553.

<sup>7</sup> De Nanteuil, Droit international de l'investissement, 2014, S. 111 Rn. 246; Hahn/Gramlich, Archiv des Völkerrechts 1983, 145 (170); Tietje (Fn. 5), § 8 Rn. 17.

<sup>8</sup> ICSID, *Phoenix Action Ltd. v. Czech Republic*, Case No ARB/06/5, Award v. 15.4.2009, Rn. 78; v. Arnould, Völkerrecht, 3. Aufl. 2016, § 12 Rn. 983.

<sup>9</sup> Schöbener/Herbst/Perkams, Internationales Wirtschaftsrecht, 2010, § 4 IV Rn. 179.

(ICSID) zur Anwendung und dienen der Ausfüllung allgemeiner und interpretationsbedürftiger Bestimmungen.<sup>10</sup> Neben den klassischen Völkerrechtsquellen bestehen zahlreiche investitionsrelevante Verhaltenskodizes und Richtlinien von internationalen Organisationen wie beispielsweise die OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen, die nicht nur die Pflichten des Gaststaates des Investors festlegen, sondern auch Verpflichtungen des Investors selbst regeln.<sup>11</sup> Sie gründen im Kern auf der Idee der freiwilligen Selbstverpflichtung und sind daher als *soft law*-Instrumente zu qualifizieren. Das internationale Investitionsschutzrecht beruht demnach auf einer Vielzahl von gewohnheitsrechtlich verankerten und vertraglich kodifizierten Bestimmungen, deren Zusammenspiel einen umfassenden Schutz ausländischer Investitionen generiert.

### C. Intra-EU Bilaterale Investitionsschutzabkommen

Intra-EU bilaterale Investitionsschutzabkommen sind völkerrechtliche Verträge zwischen zwei Mitgliedstaaten der Europäischen Union, die bestehende Regeln des Fremdenrechts hinsichtlich allgemeiner Schutzpflichten und Enteignungen übernehmen sowie besondere Diskriminierungsverbote niederlegen.<sup>12</sup> Sie sind die bedeutsamsten Instrumente des internationalen Investitionsschutzes und enthalten neben Streitbeilegungsvorschriften auch Definitionen des Anwendungsbereichs *ratione personae, materiae* und *temporis*.<sup>13</sup>

#### I. *Ratione personae*: Investor

Um den personellen Anwendungsbereich von Investitionsabkommen bestimmen zu können, bedarf es der Festlegung von Voraussetzungen, unter denen ein Investor als einem Staat an- bzw. zugehörig angesehen wird.<sup>14</sup> Maßgebliches Kriterium bei natürlichen Personen ist das nationale Staatsangehörigkeitsrecht der Vertragsstaaten, aus welchem sich der Investorenstatus ableitet.<sup>15</sup> Weitaus bedeutender und komplexer ist die Bestimmung der Staatszugehörigkeit von juristischen Personen, da insbesondere Unternehmen die Mehrzahl an Investoren

---

<sup>10</sup> *ICSID, Amco Asia Corp v. Indonesia*, Case No ARB/81/1, Final Award v. 21.11.1984, ILM 24 (1985) 1022/1036; *Lörcher*, ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit, SchiedsVZ 2005, 11 (12); *Tietje* (Fn. 5), § 8 Rn. 20.

<sup>11</sup> *Tietje* (Fn. 5), § 8 Rn. 21.

<sup>12</sup> *Griebel*, Internationales Investitionsrecht, 2008, S. 61; *Tietje*, Bilaterale Investitionsschutzverträge zwischen EU-Mitgliedstaaten (Intra-EU-BITs) als Herausforderung im Mehrebenensystem des Rechts, KSzW 2011, 128 ff.

<sup>13</sup> *Ipsen* (Fn. 1), § 34 Rn. 33.

<sup>14</sup> *Griebel* (Fn. 12), S. 65.

<sup>15</sup> *UNCTAD*, Scope and Definition, 2011, S. 14, abrufbar unter: [unctad.org/en/Docs/diacia20102\\_en.pdf](http://unctad.org/en/Docs/diacia20102_en.pdf) (zuletzt abgerufen am 30.7.2018); *Dolzer/Schreuer*, Principles of International Investment Law, 2012, S. 47; *Salacuse*, The Law of Investment Treaties, 2010, S. 129.

ausmachen. Die Staatszugehörigkeit kann anhand der Sitztheorie, der Gründungstheorie sowie der Kontrolltheorie festgelegt werden.<sup>16</sup> Erstere kommt beispielsweise in Art. 1 Nr. 3 lit. a des Mustervertrags 2005 der Bundesrepublik Deutschland zur Anwendung.<sup>17</sup> Danach ist ein „Investor“ entweder ein Deutscher i.S.d. Grundgesetzes oder eine „juristische Person [...], die ihren Sitz im Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland hat“. In anderen Investitionsschutzabkommen wie etwa in Art. 1 Nr. 7 des Vertrags über die Energiecharta wird nicht auf den Sitz des Unternehmens abgestellt, sondern auf das Recht, nach dem es gegründet wurde (Gründungstheorie). Gemäß Art. 25 Abs. 2 lit. b ICSID-Konvention ist auch eine Zuordnung des Investors zu einem Staat, bei Einverständnis der Vertragsparteien, aufgrund der Beherrschungsverhältnisse möglich. Die Kontrolle der juristischen Person durch Investoren aus einem anderen Vertragsstaat bewirkt damit die Einbeziehung in den vertraglichen Schutzbereich (Kontrolltheorie).<sup>18</sup>

Die meisten investitionsrechtlichen Instrumente schützen darüber hinaus sog. indirekte Investitionen, die regelmäßig in verzweigten Konzernstrukturen entstehen.<sup>19</sup> Es handelt sich bei ihnen um wirtschaftliche Aktivitäten inländischer juristischer Personen, die von ausländischen Investoren beherrscht werden, da sie beispielsweise mehrheitlich in deren Eigentum stehen.<sup>20</sup> Sinn und Zweck indirekter Investitionen ist es, von den Schutzstandards bestehender Investitionsschutzabkommen zu profitieren, ohne dabei unmittelbar beteiligter Vertragspartner zu sein (*treaty shopping*).<sup>21</sup>

## II. *Ratione materiae*: Investition

Bilaterale Investitionsschutzabkommen wie auch die ICSID-Konvention legen dem sachlichen Anwendungsbereich den Begriff der „Investition“ zugrunde. Er ist i.d.R. weit auszulegen, umfasst dementsprechend alle Formen von Eigen- und Fremdkapital inklusive Portfolioinvestitionen, Immaterialgüterrechte, vertragliche und gesetzliche Ansprüche sowie Konzessions- und Lieferverträge.<sup>22</sup> Teilweise beschränken Investitionsschutzabkommen ihren Schutz auf solche Investitionen, die *in accordance with the law*, das heißt im Einklang mit innerstaatlichen Rechtsvorschriften, vorgenommen worden sind (Konformitäts-

---

<sup>16</sup> *Krajewski* (Fn. 2), § 3 Rn. 593 f.

<sup>17</sup> *Ipsen* (Fn. 1), § 34 Rn. 35.

<sup>18</sup> *Herdegen*, Internationales Wirtschaftsrecht, 11. Aufl. 2017, § 23 Rn. 10.

<sup>19</sup> *Ipsen* (Fn. 1), § 34 Rn. 36.

<sup>20</sup> *Krajewski* (Fn. 2), § 3 Rn. 595.

<sup>21</sup> *Hindelang* (Fn. 4), S. 105.

<sup>22</sup> UNCTAD (Fn. 15), S. 22–24.

klausel).<sup>23</sup> Dadurch werden gezielt Rechtspositionen vom Schutzbereich der Investitionsschutzabkommen ausgenommen, die durch Korruption oder sonstige rechtswidrig erlangte Ansprüche entstanden sind.<sup>24</sup> Probleme bereitet die Investitionsdefinition nur dann, wenn Aktivitäten oder Rechte von Investoren zwar in den sachlichen Schutzbereich des einschlägigen bilateralen Investitionsschutzabkommens fallen, jedoch nicht in den der ICSID-Konvention. In solchen Fällen bleibt der Schutz durch das Investitionsschutzabkommen bestehen, ein Verstoß gegen dieses kann jedoch nicht in ICSID-Verfahren geltend gemacht werden, sodass auf andere Streitbeilegungsmechanismen zurückgegriffen werden muss.<sup>25</sup>

### III. *Ratione temporis*: Zeitpunkt von Investitionen

Den zeitlichen Anwendungsbereich bilateraler Investitionsschutzabkommen regeln neben Vorschriften zur Laufzeit des Vertrages auch Bestimmungen darüber, inwieweit das Abkommen für Investitionen bzw. Streitigkeiten gilt, die vor dem Inkrafttreten des Vertrages vorgenommen wurden, sodass auch rückwirkend Schutz für bereits getätigte Investitionen begründet werden kann.<sup>26</sup>

### IV. Konkretisierung der Schutzstandards am Beispiel des Vertrags zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Volksrepublik Bulgarien über die gegenseitige Förderung und den gegenseitigen Schutz von Kapitalanlagen

Neben der Definition des Anwendungsbereichs setzen bilaterale Investitionsschutzabkommen allgemeine Schutzstandards für die Behandlung ausländischer Investitionen. Dazu gehören der Enteignungsschutz (*protection from unlawful expropriation*), der Anspruch auf gerechte und billige Behandlung (*fair and equitable treatment*), ein umfassender Schutz und Sicherheit (*full protection and security*), sog. Schirmklauseln (*umbrella clauses*), das Recht zum Gewinntransfer (*transfer of funds*), das Gebot der Inländergleichbehandlung (*national treatment*) und das Prinzip der Meistbegünstigung (*most-favoured-nation treatment*). Sie werden im folgenden Abschnitt anhand des Vertrags der Bundesrepublik Deutschland und der Volksrepublik Bulgarien über die gegenseitige Förderung und den gegenseitigen Schutz von Kapitalanlagen (BIT) von 1986 näher erläutert.<sup>27</sup>

<sup>23</sup> Griebel (Fn. 12), S. 62; Herdegen (Fn. 18), § 23 Rn. 12.

<sup>24</sup> ICSID, *Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador*, Case No. ARB/03/26, Decision on Jurisdiction (2006); Herdegen (Fn. 18), § 23 Rn. 12.

<sup>25</sup> Kriebaum, in: Douglas/Pauwelyn/Vinuales, *The Foundations of International Investment Law*, 2. Aufl. 2014, S. 45 (68).

<sup>26</sup> Griebel (Fn. 12), S. 67; Ipsen (Fn. 1), § 34 Rn. 39.

<sup>27</sup> Ipsen (Fn. 1), § 34 Rn. 40.

## 1. Enteignungsschutz (*protection from unlawful expropriation*)

Kernbereich des Investitionsschutzrechts ist der Schutz vor Enteignungen oder enteignungsgleichen Maßnahmen (*protection from unlawful expropriation*). Neben direkten Enteignungen, wie etwa der Verstaatlichung ganzer Wirtschaftssektoren oder Konfiskationen, werden auch indirekte Enteignungen von den Schutzbestimmungen erfasst.<sup>28</sup> Unter einer direkten Enteignung versteht man den formalen Entzug der Verfügungsgewalt einer Person über ihr Eigentum durch einen staatlichen Hoheitsakt.<sup>29</sup> Indirekte bzw. *de facto*-Enteignungen bezeichnen hingegen den faktischen Entzug der Eigentümerposition mit anderen Mitteln als durch einen staatlichen Enteignungsakt: Die Eigentümerposition bleibt zwar formell unangetastet, wirtschaftlich betrachtet liegt jedoch ein Eigentumsentzug vor, da die Wirkungen staatlicher Nutzungsbeschränkungen einem Entzug des Eigentums gleichkommen.<sup>30</sup> Das völkerrechtliche Investitionsschutzrecht komplementiert insoweit den innerstaatlichen bzw. internationalen grund- und menschenrechtlichen Enteignungsschutz.<sup>31</sup> Grundsätzlich ist jeder Staat befugt, direkte und indirekte Enteignungen vorzunehmen, sofern sich das betroffene Vermögen auf seinem Hoheitsgebiet befindet.<sup>32</sup> Mithin sind direkte sowie indirekte Enteignungen nur dann rechtmäßig, soweit sie im öffentlichen Interesse stehen, nichtdiskriminierender Natur sind und der Staat als solcher den Maßstäben eines rechtmäßigen Verfahrens für Enteignungen (*due process of law*) gerecht wird.<sup>33</sup> Nach der von den westlichen Industriestaaten vertretenen *Hull*-Formel, die beispielsweise in Art. 4 Abs. 2 BIT niedergelegt ist, muss zudem die Entschädigung für eine Enteignung umgehend („*prompt*“), wertentsprechend („*adequate*“) und tatsächlich verwertbar („*effective*“) sein.<sup>34</sup> Dieser Grundsatz muss als voller Wertausgleich verstanden werden und umfasst, zusätzlich zum Marktwert, auch Renditeperspektiven der Investoren.<sup>35</sup>

## 2. Gerechte und billige Behandlung (*fair and equitable treatment*)

Art. 2 Abs. 4 BIT konstituiert darüber hinaus das Gebot der gerechten und billigen Behandlung (*fair and equitable treatment*). Es gewährt ausländischen Investoren den vollen Schutzzumfang des Vertrags und beinhaltet, abgesehen vom Schutz grundlegender legitimer Erwartungen von Investoren, das Verbot will-

<sup>28</sup> Tietje (Fn. 5), § 8 Rn. 60.

<sup>29</sup> Krajewski (Fn. 2), § 3 Rn. 599.

<sup>30</sup> *Starrett Housing v. Iran*, Interim Award v. 19.12.1983, Iran-US CTR 4 (1983) 122; Krajewski (Fn. 2), § 3 Rn. 601; Tietje (Fn. 5), § 8 Rn. 60.

<sup>31</sup> Krajewski (Fn. 2), § 3 Rn. 608.

<sup>32</sup> *Ebd.*

<sup>33</sup> Griebel (Fn. 12), S. 77; Krajewski (Fn. 2), § 3 Rn. 609.

<sup>34</sup> Hobe, Einführung in das Völkerrecht, 10. Aufl. 2014, S. 390; Ipsen (Fn. 1), § 34 Rn. 56.

<sup>35</sup> Herdegen, Völkerrecht, 16. Aufl. 2017, § 54 Rn. 3.

kürlicher Verweigerung von Rechtsschutz.<sup>36</sup> Hierbei beruht der Grundsatz vor allem auf Gedanken der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes, sodass dem Prinzip der gerechten und billigen Behandlung auch ein allgemeines Transparenzgebot hinsichtlich des gesetzgeberischen Handelns entnommen werden kann, welches verhindern soll, dass sich Investoren unvorhersehbaren regulatorischen Maßnahmen gegenübersehen, die ihre Investitionen betreffen.<sup>37</sup> Das weitreichende Gebot wird im Hinblick auf Inhalt und Umfang als Element des gewohnheitsrechtlich verankerten Mindeststandards der Behandlung von Ausländern angesehen.<sup>38</sup>

### 3. Umfassender Schutz und Sicherheit (*full protection and security*)

Viele bilaterale Investitionsschutzabkommen enthalten Klauseln, die ausländischen Investitionen umfassenden Schutz und Sicherheit (*full protection and security*) gewähren und somit als Abwehr- und Verhinderungspflichten bei Eingriffen Dritter fungieren.<sup>39</sup> Derartige Pflichten sind in Art. 4 Abs. 1 BIT enthalten und werden mit Blick auf die Prinzipien der Staatenverantwortlichkeit nicht als absolute Verhinderungspflichten, sondern lediglich als *due diligence*-Pflichten zur Ergreifung notwendiger und zumutbarer Abwehrmaßnahmen verstanden.<sup>40</sup>

### 4. Schirmklauseln (*umbrella clauses*)

Als Schirmklauseln (*umbrella clauses*) werden Bestimmungen in bilateralen Investitionsschutzabkommen bezeichnet, in denen sich die beteiligten Staaten gegenseitig völkervertragsrechtlich verpflichten, jede mit dem Investor eingegangene vertragliche Bindung einzuhalten (Art. 3 Abs. 6 BIT).<sup>41</sup> Nach herkömmlicher Auffassung wird so jede Verletzung einer solchen Bestimmung zwischen Investor und Gaststaat gleichzeitig zu einer Verletzung der *lex contractus* sowie des die Schirmklausel umschließenden bilateralen Investitionsschutzabkommens, wenn

<sup>36</sup> v. Hammerstein/Roeggele, Der Fair and Equitable Treatment-Standard im Investitionsschutzrecht, SchiedsVZ 2015, 275 (277 f.); Krajewski (Fn. 2), § 3 Rn. 634; Tietje (Fn. 5), § 8 Rn. 52.

<sup>37</sup> ICSID, *Tecmed S.A. v. The United Mexican States*, Case NO. ARB(AF)/00/2, ILM 43 (2004), Nr. 154; v. Arnould (Fn. 8), § 12 Rn. 1000; Krajewski (Fn. 2), § 3 Rn. 635.

<sup>38</sup> OECD (2004), "Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law", OECD Working Papers on International Investment, 2004/03, OECD Publishing, S. 8 f., abrufbar unter: [dx.doi.org/10.1787/675702255435](https://dx.doi.org/10.1787/675702255435) (zuletzt abgerufen am 30.7.2018); Pieck, Der Grundsatz der gerechten und billigen Behandlung in Investitionsschutzverträgen, 2013, S. 277 f..

<sup>39</sup> Dolzer/Schreuer (Fn. 15), S. 149; Tietje (Fn. 5), § 8 Rn. 56.

<sup>40</sup> *Ronald S. Lauder v. The Czech Republic* UNCITRAL: Final Award v. 3.9.2001, World Trade and Arbitration Materials 14 (2002) 35, para. 305; Tietje (Fn. 5), § 8 Rn. 56.

<sup>41</sup> Schramke, Umbrella Clauses in Bilateralen Investitionsschutzabkommen, SchiedsVZ 2006, 249 (249).



es sich um vertragliche Verpflichtungen des Gastgeberstaates selbst handelt.<sup>42</sup>

### 5. Recht zum Gewinntransfer (*transfer of funds*)

Wesentliche Voraussetzung für die wirtschaftliche Rentabilität einer Investition im Ausland ist die in Art. 5 BIT festgelegte Kapital- und Zahlungstransferfreiheit. Sie ermöglicht ausländischen Investoren, alle im Zusammenhang mit einer Kapitalanlage stehenden Zahlungen zu tätigen, um auf diese Weise Darlehen zurückzuzahlen, Erweiterungen zu finanzieren und ihre Gewinne zu repatriieren.<sup>43</sup> Der Kapital- und Zahlungstransfer erfolgt hierbei typischerweise in frei konvertierbarer Währung, zu marktüblichen Wechselkursen und ohne Verzögerung.<sup>44</sup>

### 6. Inländergleichbehandlung (*national treatment*) und Meistbegünstigung (*most favoured nation treatment*)

Art. 3 BIT beinhaltet nicht nur das Gebot der Inländergleichbehandlung (*national treatment*), wonach ausländische Investoren nicht schlechter behandelt werden dürfen als inländische, sondern auch das Prinzip der Meistbegünstigung (*most favoured nation treatment*). Letzteres räumt dem ausländischen Investor die Möglichkeit ein, sich auf höhere Schutzstandards aus anderen Investitionsverträgen zwischen Gaststaat und einem Drittstaat zu berufen, sofern eine vergleichbare Situation vorliegt.<sup>45</sup> Der Meistbegünstigungsgrundsatz vereinheitlicht auf diese Weise das Niveau des Investitionsschutzrechts und gewährleistet dem Investor weitestreichenden Schutz.<sup>46</sup> Demgegenüber erfahren sowohl die Inländergleichbehandlung als auch das Prinzip der Meistbegünstigung insoweit eine Einschränkung in ihrer Reichweite, wie sie einerseits im Bereich des Enteignungsschutzes von völkerrechtlichen Grundsätzen überlagert werden und andererseits aufgrund von regionalen Integrationsabkommen nicht zur Anwendung kommen.<sup>47</sup>

### 7. Streitbeilegungsmechanismen

Konzeptionell ist zwischen zwei grundlegend verschiedenen Streitbeilegungskonstellationen zu differenzieren: Gemäß Art. 7 Abs. 1 BIT besteht die Möglichkeit eines zwischenstaatlichen Streitverfahrens, in welchem die Streitigkeit

---

<sup>42</sup> Meschede, Die Schutzwirkung von umbrella clauses für Investor-Staat-Verträge, 2014, S. 71; Tietje (Fn. 5), § 8 Rn. 84.

<sup>43</sup> Tietje (Fn. 5), § 8 Rn. 82.

<sup>44</sup> Ebd., § 8 Rn. 83.

<sup>45</sup> Krajewski (Fn. 2), § 3 Rn. 631; Schöbener, Völkerrecht, 2014, S. 286.

<sup>46</sup> Bergmann, Handlexikon der Europäischen Union, 5. Aufl. 2015, S. 686; Krajewski (Fn. 2), § 3 Rn. 632.

<sup>47</sup> Tietje (Fn. 5), § 8 Rn. 45 f..

nach den allgemeinen Prinzipien der friedlichen Streitbeilegung behandelt wird.<sup>48</sup> Zugleich eröffnet Art. 7 Abs. 2 BIT die Möglichkeit eines Investor-Staat-Streitverfahrens, welches vor allem aufgrund seines depolitisierenden Charakters vorzugswürdig gegenüber zwischenstaatlichen Verfahren erscheint und zudem Ausdruck des Dreiecksverhältnisses im internationalen Investitionsrecht ist.<sup>49</sup> Derartige Streitigkeiten können im Rahmen der ICSID-Konvention, der ICSID-Zusatzeinrichtung („*Additional Facility*“) sowie eines ad hoc-Verfahrens nach den Schiedsregeln der *United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL) beigelegt werden.<sup>50</sup>

## V. Zwischenbetrachtung

Die Definition des Anwendungsbereichs und die Ausführungen zu den grundlegenden Schutzstandards illustrieren das Schutzniveau bilateraler Investitionsschutzabkommen, das maßgeblich durch die Rechtsprechung internationaler Schiedsgerichte ausdifferenziert wurde. In diesem Zusammenhang wird ersichtlich, dass die Problematik einer kongruenten Substitution gerade darin liegt, die schiedsrichterliche Rechtsprechung mit den abstrakten Schutzvorschriften durch eine einheitliche unionsrechtsgemäße Regelung in Einklang zu bringen. Der folgende Abschnitt befasst sich mit eben dieser Begebenheit und stellt verschiedene alternative Schutzinstrumente zu Intra-EU BITs vor, deren einheitliche Regelungen eine ähnliche investitionsschützende Wirkungsweise entfalten könnten.

## D. Alternative Schutzinstrumente

### I. Das Primärrecht als alternatives Schutzinstrument *de lege lata*

Im Jahr 1963 betonte der *Europäische Gerichtshof (EuGH)* in der Entscheidung zur Rechtssache *Van Gend en Loos ./. Nederlandse administratie de belastingen*, dass die europäische Wirtschaftsgemeinschaft eine neue völkerrechtliche Rechtsordnung darstelle, deren Rechtssubjekte nicht nur die Mitgliedstaaten, sondern als ebenso Verpflichtete und Berechtigte die Einzelnen seien.<sup>51</sup> Das Unionsrecht und insbesondere die nachfolgend dargelegten Grundfreiheiten begründeten für den Einzelnen die Rechtsmacht, sich gegenüber den verpflichteten Rechts-

---

<sup>48</sup> *Ipsen* (Fn. 1), § 34 Rn. 92.

<sup>49</sup> *Ebd.*, § 34 Rn. 91, 93.

<sup>50</sup> *Engel*, Investitionsschutzstreitigkeiten in der Europäischen Union, SchiedsVZ 2015, 218 (219).

<sup>51</sup> *EuGH*, Urt. v. 5.2.1963, Rs. C-26/62 – *Van Gend en Loos ./. Nederlandse administratie der belastingen*, NJW 1963, 974 (975).

subjekten auf den in ihnen enthaltenen normativen Gehalt zu berufen.<sup>52</sup> Als supranationales Recht gehe es im Normenkollisionsfall dem nationalen Recht vor und trage damit dem Gebot der Unionstreue nach Art. 4 Abs. 3 EUV Rechnung.<sup>53</sup> Bei diesem Vorrang, der den Bestand der Union als Rechtsgemeinschaft durch eine einheitliche Wirksamkeit des Unionsrechts gewährleisten soll, handelt es sich um einen Anwendungs-, nicht um einen Geltungsvorrang: Kollidierendes nationales Recht wird nicht ungültig, sondern bleibt lediglich aufgrund des Anwendungsanspruchs des Unionsrechts unanwendbar und wird in diesem Sinne von den unionsrechtlichen Normen verdrängt.<sup>54</sup> Darüber hinaus wird das Völkerrecht als integraler Bestandteil der Unionsrechtsordnung angesehen, das normenhierarchisch den Rang unterhalb des Primär- aber oberhalb des Sekundärrechts einnimmt.<sup>55</sup> Diese konstituierenden Prinzipien der Europäischen Union legen die Vermutung nahe, dass das Unionsrecht als solches Rechtsgrundlage für den Schutz ausländischer Investitionen ist.<sup>56</sup>

## 1. Schutz ausländischer Investitionen durch die Charta der Grundrechte der Europäischen Union unter Berücksichtigung der Europäischen Menschenrechtskonvention

### a) Eigentumsrechte (Art. 17 GRC, Art. 1 ZP 1 zur EMRK)

Die Eigentumsgarantie zählt aufgrund ihrer Bedeutung für eine dezentrale, marktwirtschaftliche Wirtschaftsordnung zu den grundrechtlichen Eckpfeilern der EU-Wirtschaftsverfassung.<sup>57</sup> In Übereinstimmung mit Art. 1 ZP 1 EMRK lassen sich Art. 17 EU-Grundrechtecharta (GRC) drei Grundbestimmungen entnehmen, die einen breiten gemeinschaftsrechtlichen Eigentumsschutz generieren. Zunächst wird in Art. 17 Abs. 1 S. 1 GRC die freiheitsschützende Funktion der Eigentumsgarantie dahingehend betont, dass auch Rechte gewährleistet werden, die wesensmäßig mit dem Eigentum verbunden sind.<sup>58</sup> Weiterhin konstituieren Satz 2 und 3 Bedingungen, unter denen Eigentumsentziehungen zulässig sind und legitimieren den nationalen Gesetzgeber, die Nutzung des Eigentums zu regeln, soweit dies für das Wohl der Allgemeinheit erforderlich ist.

<sup>52</sup> Kingreen, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 36 AEUV Rn. 9; Riedel, Das Binnenmarktziel und seine Bedeutung nach dem Vertrag von Lissabon, 2015, S. 25.

<sup>53</sup> EuGH, Urt. v. 15.7.1964, Rs. C-6/64 – *Costa ./ ENEL*, Slg. 1964, 1251 (1271); Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Fn. 52), Art. 36 AEUV Rn. 10.

<sup>54</sup> Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Aufl. 2015, § 7 Rn. 11.

<sup>55</sup> EuGH, Urt. v. 30.4.1974, Rs. 181/73 – *Haegeman ./ Belgium*, Slg. 1974, 449 Rn. 5.

<sup>56</sup> Calliess, in: Calliess/Ruffert (Fn. 52), Art. 1 EUV Rn. 1.

<sup>57</sup> Wollenschläger, in: v. d. Groeben/Schwarze/Hatje I, 7. Aufl. 2015, Art. 17 GRC Rn. 1.

<sup>58</sup> Bernsdorff, in: Meyer, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2014, Art. 17 Rn. 14.

Die genannten Regelungen zeichnen sich demnach durch einen normgeprägten Schutzbereich aus, dessen normative Ausgestaltung nach Art. 345 AEUV den mitgliedstaatlichen Gesetzgebern obliegt. Der Eigentumsbegriff des Art. 17 GRC ist als konstitutionalisiertes Recht autonom auszulegen.<sup>59</sup> Anknüpfungspunkt ist hierbei jedoch das weite völkerrechtliche Verständnis, welches sich weitestgehend mit der Definition *ratione materiae* bestehender Investitionsschutzabkommen deckt.<sup>60</sup> Gleichmaßen fallen unrechtmäßig erworbene Eigentumspositionen nicht in den Schutzbereich, sodass nahezu eine Kongruenz von Art. 17 GRC und den enteignungsschützenden Regelungen in Investitionsschutzabkommen zu erkennen ist.<sup>61</sup> Dahingehend werden auch hier, ähnlich der *full protection and security*-Klausel, Respektierungs- und Schutzpflichten der Union konstituiert, die zur Abwehr gegen Eingriffe Dritter ausgefüllt werden müssen.<sup>62</sup> Weitere Überschneidungen sind in Art. 17 Abs. 1 S. 2 GRC festzustellen: Formelle Eigentumsentziehungen sowie *de facto*-Enteignungen<sup>63</sup> sind nur aus „Gründen des öffentlichen Interesses“ und gegen eine „rechtzeitige angemessene Entschädigung“ zulässig; in diesem Sinne wird an den völkerrechtlichen Mindeststandard angeknüpft und Bezug auf die bereits dargelegte<sup>64</sup> *Hull*-Formel genommen. Bei der Bestimmung des „öffentlichen Interesses“ wird dem nationalen Gesetzgeber ein Beurteilungsspielraum (*margin of appreciation*) zugewilligt, der sich allerdings nur in den Grenzen der dafür vorgesehenen europäischen Grundsätze bewegt.

Demgegenüber bietet der Anwendungsbereich des Art. 17 GRC insoweit ein niedrigeres Schutzniveau für ausländische Investitionen, wie er Renditeperspektiven nicht umfasst, da sie zukünftiger Natur sind und lediglich als Erwartungen oder Chancen gewertet werden.<sup>65</sup>

#### b) Justizielle Rechte (Art. 47 GRC, Art. 6 EMRK)

Der Anwendungsbereich der Art. 47 GRC und Art. 6 EMRK enthält justizielle Gewährleistungen, die der Herstellung materieller Gerechtigkeit für alle Verfahrensbeteiligte sowie der Gleichbehandlung aller Gemeinschaftsbürger dienen.<sup>66</sup> Sie konkretisieren das allgemeine Recht auf Rechtsschutz, welches durch insti-

<sup>59</sup> Bernsdorff, in: Meyer (Fn. 58), Art. 17 Rn. 15.

<sup>60</sup> Ebd.

<sup>61</sup> Ebd., Art. 17 Rn. 16.

<sup>62</sup> Ebd., Art. 17 Rn. 18.

<sup>63</sup> Müller-Michaels, Grundrechtlicher Eigentumsschutz in der Europäischen Union, 1997, S. 74.

<sup>64</sup> Siehe oben C. IV. 1.

<sup>65</sup> Blauensteiner/Hanslik, in: Holoubek/Lienbacher, GRC, 2014, Art. 17 Rn. 21; Bernsdorff, in: Meyer (Fn. 58), Art. 17 Rn. 15.

<sup>66</sup> Rengeling/Szyczekalla, Grundrechte in der Europäischen Union, 2014, § 44 Rn. 1155.

tutionelle (*EuGH*) und funktionelle Gemeinschaftsgerichtsbarkeiten (nationale Gerichte) Geltung erlangt.<sup>67</sup> Art. 47 GRC und Art. 6 EMRK konstituieren im Einzelnen das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein faires Verfahren, in welchem ein unabhängiges, unparteiisches und zuvor durch Gesetz errichtetes Gericht, das dem Öffentlichkeitsgrundsatz verpflichtet ist, unter Anwendung von Rechtsnormen bindend entscheidet. Das Zusammenspiel beider Normen eröffnet verschiedene Möglichkeiten der Streitbeilegung und erlaubt es Investoren, im Rahmen des Unionsrechts sowohl auf nationaler als auch europäischer Ebene effektiven Rechtsschutz zu erlangen.

*c) Diskriminierungsverbote (Art. 21 GRC, Art. 14 EMRK)*

Art. 21 GRC normiert besondere Diskriminierungsverbote in Anlehnung an Art. 14 EMRK und ist als spezielles Gleichheitsrecht ein eigenständiges Grundrecht.<sup>68</sup> Es enthält sowohl ein Diskriminierungsverbot im Hinblick auf personenbezogene Merkmale als auch aus Gründen der Staatsangehörigkeit. Der Umfang genannter Bestimmungen geht über das hinaus, was *national treatment*-Klauseln in bilateralen Investitionsschutzabkommen konstituieren. Besonders die Verankerung von Diskriminierungsverboten hinsichtlich personenbezogener Merkmale illustriert das „Mehr“ an Schutz in Relation zum Gebot der Inländergleichbehandlung bilateraler Abkommen. Seinen Niederschlag findet der Gleichheitssatz zudem in den nationalen Verfassungen der EU-Mitgliedstaaten, sodass auch hier umfangreicher Schutz von ausländischen Investoren gewährt wird.

## **2. Schutz ausländischer Investitionen durch den Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union**

*a) Allgemeines Diskriminierungsverbot (Art. 18 AEUV)*

Neben den Gleichheitssätzen der EU-Grundrechtecharta und der Europäischen Menschenrechtskonvention enthält auch der AEUV in Art. 18 ein Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit. Seine systematische Stellung legt nahe, dass er zu den grundlegenden Vorschriften des Vertrages zählt und zudem als „Leitmotiv“ und Auslegungsgrundsatz fungiert.<sup>69</sup> Art. 18 Abs. 1 AEUV ist unmittelbar wirksam und räumt dem Einzelnen Rechte ein, die gerichtlich geltend gemacht werden können. Insofern ist die Bestimmung durch einen grundrechtsähnlichen Charakter geprägt, der sich im Gegensatz zur

<sup>67</sup> *Rengeling/Szczekalla*. (Fn. 66), § 44 Rn. 1156.

<sup>68</sup> *Lemke*, in: v. d. Groeben/Schwarze/Hatje I (Fn. 58), Art. 21 GRC Rn. 1.

<sup>69</sup> *Epiney*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 52), Art. 18 AEUV Rn. 1–3.

Grundrechtecharta verpflichtend gegenüber den EU-Mitgliedstaaten auswirkt.<sup>70</sup> Auf Anwendungsbereichsebene ist zwischen unmittelbaren Diskriminierungen, die ausdrücklich an der Staatsangehörigkeit einer Person anknüpfen, und mittelbaren Diskriminierungen zu differenzieren, deren Regelungen zwar gleichermaßen auf In- und Ausländer Anwendung finden, jedoch faktisch eine Schlechterstellung von allein ausländischen Waren, Dienstleistungen oder Personen verursachen.<sup>71</sup> Art. 18 AEUV wird von den nachfolgend dargelegten Grundfreiheiten der Europäischen Union konkretisiert und fungiert als Auffangtatbestand, der gegebenenfalls dem Schutz ausländischer Investitionen dienen kann.

*b) Niederlassungsfreiheit (Art. 49–55 AEUV)*

Gemäß Art. 49 Abs. 1 AEUV gewährleistet die Niederlassungsfreiheit natürlichen Personen mit der Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates sowie den nach den Vorschriften eines Mitgliedstaates gegründeten Gesellschaften mit Sitz innerhalb der Union (Art. 54 AEUV) die freie Niederlassung und Gründung einer Zweigstelle in einem anderen Mitgliedstaat zu denselben Bedingungen, wie sie der Mitgliedstaat, in dem sie sich niederlassen wollen, seinen eigenen Staatsangehörigen gewährt.<sup>72</sup> Geschützt wird also die „tatsächliche Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung in einem anderen Mitgliedstaat auf unbestimmte Zeit“.<sup>73</sup> Art. 49 AEUV garantiert den Zugang von Auslandsinvestitionen im Bereich gewerblicher oder unternehmerischer Tätigkeit, etwa durch Gründung oder Erwerb eines inländischen Unternehmens.<sup>74</sup> Soweit es sich bei der Niederlassung um den Marktzugang einer Auslandsinvestition handelt, sind Diskriminierungen nur dann zulässig, wenn sie gemäß Art. 52 Abs. 1 AEUV aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind. Hierbei ist zu beachten, dass die Schutzgüter der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Unionsrecht enger ausgelegt werden als im nationalen Recht. Die öffentliche Sicherheit ist nach der unionsrechtlichen Definition nur dann betroffen, wenn eine „Beeinträchtigung des Funktionierens der Einrichtungen des Staates und seiner wichtigen öffentlichen Dienste sowie des Überlebens der Bevölkerung ebenso wie die

<sup>70</sup> *Epiney*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 52), Art. 18 AEUV Rn. 1.

<sup>71</sup> *Hintersteiner*, Binnenmarkt und Diskriminierungsverbot, 1999, S. 25 f.; *Kilian/Wendt*, Europäisches Wirtschaftsrecht, 6. Aufl. 2017, S. 115 Rn. 230 f..

<sup>72</sup> *Frenz*, Europarecht, 2. Aufl. 2016, Rn. 291.

<sup>73</sup> *EuGH*, Urt. v. 25.7.1991, Rs. C-221/89 – *Factortame ./. Secretary of State for Transport*, Slg. 1991, I-3905 Rn. 20.

<sup>74</sup> *Schill*, Auswirkungen der Bestimmungen zum Investitionsschutz und zu den Investor-Staat-Schiedsverfahren im Entwurf des Freihandelsabkommens zwischen der EU und Kanada (CETA) auf den Handlungsspielraum des Gesetzgebers, 2014, S. 6, abrufbar unter: [https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/C-D/ceta-gutachten-investitionsschutz.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=4](https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/C-D/ceta-gutachten-investitionsschutz.pdf?__blob=publicationFile&v=4) (zuletzt abgerufen am 30.7.2018)

Gefahr einer erheblichen Störung der auswärtigen Beziehungen oder des friedlichen Zusammenlebens der Völker oder eine Beeinträchtigung der militärischen Interessen“ drohen.<sup>75</sup> Eine Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung wird indessen angenommen, sofern „eine tatsächliche oder hinreichend schwere Gefährdung vorliegt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt“.<sup>76</sup> Sowohl der Schutzbereich als auch die Ausgestaltung der Rechtfertigungsgründe verdeutlichen, dass die Niederlassungsfreiheit als solche ausländische Investitionen schützt, sofern diese für eine dauerhafte Integration in eine fremde Volkswirtschaft bestimmt sind.

*c) Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit (Art. 63–66 AEUV)*

Wesentlicher Bestandteil der Grundfreiheiten ist der ungehinderte einheitliche Kapitalverkehr zwischen den Mitgliedstaaten, der durch Art. 63 Abs. 1 AEUV gewährleistet und nach Art. 63 Abs. 2 AEUV vom freien Zahlungsverkehr ergänzt wird.<sup>77</sup> Der freie Kapitalverkehr umfasst den Vermögensverkehr als grenzüberschreitende „Übertragung von Geld- oder Sachkapital [...], die primär zu Anlagezwecken erfolgt“.<sup>78</sup> Die investitionsschützende Wirkung der Kapitalverkehrsfreiheit wird vor allem im Hinblick auf die Kapitalverkehrsrichtlinie 88/361/EG deutlich, in welcher ausdrücklich Direktinvestitionen, Darlehen und Geschäfte mit Wertpapieren als dem Kapitalverkehr zugehörig ausgewiesen werden. Im Unterschied dazu schützt die Zahlungsverkehrsfreiheit nur Transferierungen von Gegenleistungen in Geldmitteln für die Erbringung von Leistungen im Waren-, Personen- oder Dienstleistungsverkehr.<sup>79</sup> Wie aus Art. 63 AEUV hervorgeht, wird nicht nur der Kapital- und Zahlungsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten erfasst, sondern auch der im Verhältnis zu Drittstaaten. Daraus folgt, dass zusätzlich zu den Unionsbürgern auch Drittstaatsangehörige berechtigt sind, sich auf die Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit zu berufen.<sup>80</sup> Darüber hinaus statuiert Art. 65 Abs. 1 AEUV, dass das mitgliedstaatliche Steuerrecht sowie die Aufsicht über Finanzinstitute unberührt bleiben und Maßnahmen gegen Zuwiderhandlungen nur aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit gerechtfertigt sind. Die Art. 63–66 AEUV

<sup>75</sup> EuGH, Urt. v. 23.11.2010, Rs. C-145/09 – *Tsakouridis* ./ *Baden-Württemberg*, Slg. 2010, I-11979, Rn. 44.

<sup>76</sup> EuGH, Urt. v. 28.10.1975 – *Rutili* ./ *Ministre de l'intérieur*, Rs. 36/75, Slg. 1975, 1219, Rn. 26/28; *Schmidt/Wollenschläger*, Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2016, § 1 Rn. 33.

<sup>77</sup> *Stober*, Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht, 18. Aufl. 2015, § 9 IX 2.

<sup>78</sup> *Bröhmer*, in: Callies/Ruffert (Fn. 52), Art. 63 AEUV Rn. 10; *Streinz*, Europarecht, 10. Aufl. 2016, § 11 Rn. 956.

<sup>79</sup> *Streinz* (Fn. 78), § 11 Rn. 956.

<sup>80</sup> *Schmidt/Wollenschläger* (Fn. 76), § 1 Rn. 79.

sind demnach Grundlage für den ungehinderten Investitionsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten, der durch konkretisierte Diskriminierungsverbote und eng auszulegende Rechtfertigungsgründe ausgestaltet und gewährleistet wird.

### 3. Zwischenbetrachtung

Im Rahmen einer Zwischenbetrachtung kann festgestellt werden, dass sowohl die EU-Grundrechtecharta als auch der AEUV, insbesondere die hier dargelegten Grundfreiheiten, einen umfassenden Schutz ausländischer Investitionen bereitstellen, der teilweise über das Schutzniveau bestehender Intra-EU BITs hinausgeht. Eine kongruente Substitution erscheint vor allem im Bereich der Inländergleichbehandlung möglich, die als konstituierendes Prinzip des Unionsrechts deutlich stärker zum Ausdruck kommt. Die negativen Integrationsnormen schaffen darüber hinaus einen investitionsschützenden Rahmen, in welchem Hemmnisse beseitigt und Märkte geschaffen werden, in denen dem Einzelnen Abwehrrechte gegen hoheitliches Handeln und Schutzrechte gegen hoheitliches Unterlassen zustehen.<sup>81</sup> Das gemeinschaftsrechtliche Integrationskonzept trägt somit zum Zusammenwachsen der verschiedenen Volkswirtschaften bei, welches als Grundlage einer optimalen Allokation von Kapital sowie eines ungehinderten Leistungsaustausches im europäischen Wirtschaftsraum unabdingbar ist.<sup>82</sup> Zweifelhaft bleibt indessen, ob das nationale Recht und das Unionsrecht die Lücke bilateraler Abkommen in Gänze schließen können und es deshalb dieser völkerrechtlichen Mechanismen nicht mehr bedarf. Obwohl die EU-Grundrechtecharta justizielle Rechte konstituiert, muss bezweifelt werden, dass sie von ausländischen Investoren auf nationaler Ebene durchgesetzt werden können. Gerade dann, wenn bestehende Investitionen durch unmittelbare legislatorische Eingriffe beeinträchtigt werden, erscheint insbesondere die Durchsetzung eines europarechtlichen Staatshaftungsanspruchs in Anbetracht der Rechtsprechungspraxis äußerst aussichtslos.<sup>83</sup>

## II. Alternative Schutzinstrumente *de lege ferenda*

Deswegen ist zu überlegen, ob der primärrechtliche Schutz der Investitionen durch völkerrechtliche Instrumente im Rahmen der Europäischen Union (1.) oder durch sekundärrechtliche Maßnahmen (2.) ergänzt werden sollte.

### 1. Ein europäisches multilaterales Investitionsschutzabkommen

Von 1995 bis 1998 wurde im Rahmen der *Organisation for Economic Co-operation and Development* (OECD) über ein multilaterales Investitionsabkommen (*Multi-*

<sup>81</sup> Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Fn. 52), Art. 36 AEUV Rn. 2.

<sup>82</sup> Kimms, Die Kapitalverkehrsfreiheit im Recht der Europäischen Union, 1996, S. 23.

<sup>83</sup> Kottmann, Eine EU-Investitionsschutzverordnung?, EuZW 2015, 729 (730).



*lateral Agreement on Investment, MAI*) verhandelt. Ziel war es, die zahlreichen bilateralen Investitionsabkommen zu vereinheitlichen, was zur Gewährung eines einheitlichen Schutzstandards und einer effektiven Rechtssicherheit geführt hätte.<sup>84</sup> Aufgrund unüberwindbarer Differenzen zwischen den Ansätzen der OECD-Mitglieder und der öffentlichen Kritik zahlreicher Nichtregierungsorganisationen scheiterten die Verhandlungen und verhinderten das Zustandekommen eines umfassend geltenden Investitionsabkommens, das den „Flickenteppich“ bilateraler Abkommen hätte ersetzen können.<sup>85</sup> Im Zuge der Bestrebungen der Europäischen Kommission, die Mitgliedstaaten zur Beendigung bestehender Investitionsabkommen, sei es durch Aufforderungsschreiben oder durch Vertragsverletzungsverfahren, zu bewegen, stellt sich nun die Frage, ob ein europäisches multilaterales Investitionsschutzabkommen in Analogie zum gescheiterten OECD-Entwurf die sich im Aufhebungsprozess befindlichen zahlreichen bilateralen Abkommen ersetzen und ein ähnlich starkes Schutzniveau wie sie bieten könnte.<sup>86</sup>

*a) Abwägung potentieller investitionsrechtlicher Vorzüge und ihrer Kehrseite im Europäischen Wirtschaftsraum*

Nachstehend erfolgt eine Abwägung potentieller investitionsrechtlicher Vorzüge und ihrer Kehrseite im Hinblick auf ein europäisches multilaterales Investitionsschutzabkommen, um auf diese Weise dessen Qualität als potentielles Substitutionsinstrument zu bestimmen.

aa) Investitionsrechtliche Vorzüge

Grundstein für ein europäisches multilaterales Investitionsschutzabkommen ist die Zielsetzung einer Unitarisierung investitionsrelevanter Schutzstandards. Ein solches Abkommen würde einen allumfassenden Ansatz verfolgen, der vergleichbar mit dem des OECD-Entwurfs wäre, sich jedoch grundlegend in seiner räumlichen Reichweite unterscheidet. So beschränkt sich das Abkommen allein auf den Europäischen Wirtschaftsraum und klammert *a priori* den Versuch einer globalen Geltung analog den handelsbezogenen Regeln der *World Trade Organisation* aus.<sup>87</sup> Vorausgegangene multilaterale Ansätze haben gezeigt, dass das Schutzniveau im Rahmen regionaler Vereinbarungen meist höher ist,

---

<sup>84</sup> *Merk*, in: Glunk, Das MAI und die Herrschaft der Konzerne, 1998, S. 129 (131); *Krajewski* (Fn. 2), § 3 Rn. 576.

<sup>85</sup> *Krajewski* (Fn. 2), § 3 Rn. 577; *Dolzer*, in: Vitzthum/Proelß, Völkerrecht, 6. Aufl. 2013, S. 439 (468 Rn. 49).

<sup>86</sup> *Bubb/Rose-Ackermann*, International Review of Law & Economics 2007, 291 (309).

<sup>87</sup> *Dolzer*, in: Vitzthum/Proelß (Fn. 85), S. 469 Rn. 49.

da auf gemeinsame Traditionen und Interessen zurückgeblendet werden kann.<sup>88</sup> So würde auch hier die Anwendung einheitlicher Schutzbestimmungen sowie einer gemeinsamen Definition des Anwendungsbereichs *ratione personae, materiae* und *temporis* im Rahmen der Europäischen Union zu einer verstärkten Rechtssicherheit im Investitionsrecht führen und den europäischen Binnenmarkt in einer Art und Weise beeinflussen, die für ein nachhaltiges Wirtschaftswachstum und äquivalente Wettbewerbsvoraussetzungen förderlich sein könnte.<sup>89</sup>

Gleichzeitig bedarf es zur effektiven Gewährleistung und Durchsetzung einheitlicher Schutzstandards einer stringenten Rechtsprechung, die durch Unabhängigkeit und Transparenz geprägt wird. Insoweit muss von den teils politisch voreingenommenen und intransparenten ad hoc-Schiedsgerichten Abstand genommen werden, die gerade durch ihre undurchsichtige und widersprüchliche Rechtsprechung für Rechtsunsicherheit im internationalen Investitionsrecht sorgen. Auch wenn partiell eine Beteiligung von sog. *amici curiae* in Schiedsverfahren anerkannt ist, die in erster Linie von der Europäischen Kommission wahrgenommen wird, konnte nicht eindeutig festgestellt werden, dass eine solche Transparenzförderung ist.<sup>90</sup> Indes sollte jedoch an der Konstellation des Investor-Staat-Streitverfahrens festgehalten werden, insbesondere da hier der Investor selbst Partei des Verfahrens ist, während Heimatstaaten dessen Stellung in zwischenstaatlichen Verfahren nur vermittelt vertreten können.<sup>91</sup>

Hinsichtlich der Verwirklichung effektiven Rechtsschutzes von ausländischen Investoren sind zwei verschiedene Konstruktionen vorstellbar, die dem Institutionalisierungsbedürfnis der Streitbeilegungsmechanismen und dem Wunsch nach Kontinuität Rechnung tragen könnten:<sup>92</sup> In Betracht käme einerseits die Einrichtung einer eigenständigen Kammer für Investitionsstreitigkeiten im Rahmen des *EuGH*. Andererseits könnte ebenso eine gänzlich neu institutionalisierte Investitionsgerichtsbarkeit den Rechtsschutzanforderungen gerecht werden. Seit dem Vertrag von Nizza 2001 besteht die Möglichkeit, durch einstimmigen Ratsbeschluss auf Vorschlag der Kommission oder Antrag des

---

<sup>88</sup> Häde, Der völkerrechtliche Schutz von Direktinvestitionen im Ausland, Archiv des Völkerrechts 1997, 181 (209).

<sup>89</sup> Astlund, The World Needs a Multilateral Investment Agreement, 2014, S. 1, abrufbar unter: <https://pie.com/sites/default/files/publications/pb/pb13-1.pdf> (zuletzt abgerufen am 30.7.2018).

<sup>90</sup> Sackmann, Im Schatten von CETA und TTIP: Zur Verfahrenstransparenz in Intra-EU-Investitionsschiedsverfahren, SchiedsVZ 2015, 15 (19).

<sup>91</sup> Ipsen (Fn. 1), § 34 Rn. 93.

<sup>92</sup> Griebel/Kim, Zwischen Aufbruch, Stillstand und Rückschritt - Überlegungen zur Zukunft des internationalen Investitionsrechts, SchiedsVZ 2007, 186 (194).

*Gerichtshofs* gerichtliche Kammern zu bilden.<sup>93</sup> Nach Art. 257 AEUV wäre die Errichtung eines Fachgerichts für Investitionsstreitigkeiten durch das Europäische Parlament und den Rat gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren vorstellbar. Es gewährleistet in jeglicher Hinsicht Objektivität und Unabhängigkeit der Richterschaft, deren Zusammensetzung nach Art. 257 UAbs. 2 AEUV durch Verordnung über die Bildung eines Fachgerichts festgelegt wird.

Eine neu institutionalisierte Gerichtsbarkeit für Investitionsstreitigkeiten könnte nach ähnlichen Grundsätzen wie denen des *EuGH* konzipiert werden. Eine solche würde als zusätzliche Institution neben den *EuGH* treten und so einer möglichen Überlastung desselben vorbeugen. In Betracht käme weiterhin, jene Einrichtung allen Staaten zugänglich zu machen und ihre Jurisdiktionsreichweite nicht allein auf den Europäischen Wirtschaftsraum zu beschränken.<sup>94</sup> In diesem Fall könnte die Anwendung der Transparenzregeln der UNCITRAL zu einer erhöhten Transparenz der Verfahren und ihrer Strukturen beitragen. Etwaige Revisions- und Berufungsinstanzen würden als korrele Kontrollmechanismen eine solch eigenständige Investitionsgerichtsbarkeit komplementieren und dieserart eine Institution errichten, die durch ihre Unabhängigkeit und Stringenz überzeugt.

Der *EuGH* äußerte sich 2011 jedoch berechtigterweise kritisch zu einem ähnlichen Vorschlag, nach welchem ein eigenständiges Patentgerichtssystem geschaffen werden sollte. Ein solches gefährde die einheitliche Auslegung des Unionsrechts und verfälsche die Zuständigkeiten, die die Verträge den Unionsorganen und den Mitgliedstaaten zugewiesen haben und die für die Wahrung der Natur des Unionsrechts wesentlich sind.<sup>95</sup> Diese Auffassung bestätigend, konstatierte der *EuGH* in seinem *Achmea*-Urteil, dass durch die europäischen Verträge bereits ein Gerichtssystem geschaffen worden sei, das zur „Gewährleistung der Kohärenz und der Einheitlichkeit bei der Auslegung des Unionsrechts dient“.<sup>96</sup> Nach Art. 19 Abs. 1 EUV ist es Sache der nationalen Gerichte sowie des *EuGH*, die vollumfängliche Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge sicherzustellen. Die von dieser Auffassung abweichenden Schlussanträge von Generalanwalt *Wathelet* verdeutlichen, dass es durchaus möglich erscheint, außerhalb des europäischen Gerichtssystems bestehende gemeinsame Schiedsgerichtsbarkeiten der Mitgliedstaaten der europäischen Kompetenz- und Rechtsordnung zu unterwerfen bzw. diese einzuglie-

<sup>93</sup> *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, 7. Aufl. 2016, § 5 Rn. 148 f.

<sup>94</sup> *Karl*, Das Multilaterale Investitionsabkommen (MAI), RIW 1998, 432 (439 f.).

<sup>95</sup> Gutachten 1/09 des Europäischen Gerichtshofs (Plenum) v. 8.3.2011 – Übereinkommensentwurf für die Schaffung eines einheitlichen Patentgerichtssystems.

<sup>96</sup> *EuGH*, Urt. v. 6.3.2018 – *Achmea* ./ *Slowakische Republik*, Rs. C-284/16.

dern.<sup>97</sup> Dennoch birgt ein aus diesem Gefüge ausbrechendes Gerichtssystem das nicht unerhebliche systemische Risiko, die Autonomie der Rechtsordnung der Union zu untergraben. Insoweit scheint die Errichtung eines Fachgerichts, welches in das bestehende Gerichtssystem eingebunden ist, vorzugswürdig.

Beiden Konstruktionen sollte in jedem Falle das Prinzip der nationalen Rechtswegerschöpfung zugrunde liegen, um auf diese Weise ausländischen Investoren effektiven Rechtsschutz im Gaststaat zu gewährleisten und potentiellen ständigen Investitionsgerichtsbarkeiten eine fundierte Legitimation einzuräumen.<sup>98</sup>

#### bb) Antagonistische Interessen

Ein europäisches multilaterales Investitionsschutzabkommen könnte von einer Vielzahl mitgliedstaatlicher Interessen konterkariert werden. Die Vereinheitlichung von Schutzstandards stellt eine Harmonisierungsmaßnahme auf europäischer Ebene dar, mit der zwangsläufig eine Souveränitätseinschränkung der Mitgliedstaaten einhergeht. Eine solche Angleichung bzw. Unitarisierung stünde nicht nur den vielfältigen ökonomischen Ausprägungen der einzelnen Mitgliedstaaten entgegen, sondern würde zudem auch deren unterschiedliche Marktstrukturen verkennen, sodass eine mitgliedstaatliche Einzelfallausrichtung für gezielte ausländische Investitionen unmöglich erscheint. Die Komplexität der Umsetzung zeichnet sich vor allem im Bereich von sozial- und umweltpolitischen Aspekten ab. Sie tangieren besonders sensible Bereiche nationaler Rechtsordnungen, deren Ausgestaltung und Förderung dem nationalen Gesetzgeber obliegen. Die Einflussnahme ausländischer Investoren auf diese Kernbereiche würde sowohl dem Willen einzelner Mitgliedstaaten zuwiderlaufen als auch zu deutlichen Souveränitätsverlusten führen. Weiterhin muss die Errichtung einer zweiten Streitbeilegungsinstanz im Hinblick auf die Verfahrensdauer sowie den zusätzlichen Kosten kritisch gesehen werden.<sup>99</sup>

#### b) Zwischenbetrachtung

Der dargelegte multilaterale Ansatz zum Schutz ausländischer Investitionen überzeugt vor allem im Hinblick auf die Vereinheitlichung von Schutzstandards und Definitionen, die zu äquivalenten Voraussetzungen im europäischen Binnenmarkt führen könnte. Gleichzeitig muss er als Präventionsmaßnahme gesehen werden, die versucht, eine Entwicklung der Investitionsschutzrechtsprechung hin zu einem „Labyrinth sich widersprechender Rechtsauffassun-

<sup>97</sup> Schlussanträge des GA *Wathelet* zur Rs. C-284/16 – *Achmea* ./.. *Slowakische Republik*, Rn. 132–134.

<sup>98</sup> *Hindelang* (Fn. 4), S. 113.

<sup>99</sup> *Griebel/Kim*, *Zwischen Aufbruch, Stillstand und Rückschritt - Überlegungen zur Zukunft des internationalen Investitionsrechts*, *SchiedsVZ* 2007, 186 (194).

gen“ zu verhindern.<sup>100</sup> Als potentieller Lösungsansatz, welcher der Problematik eines deutlichen Souveränitätsverlustes entgegentritt, käme eine Ausklammerung besonders sensibler Bereiche der nationalen Rechtsordnungen in Betracht, sodass ausländischen Investitionen der Zugang versperrt und insoweit die Souveränität und Autonomie der Mitgliedstaaten gewahrt wird. Es kann somit festgestellt werden, dass ein europäisches multilaterales Investitionsschutzabkommen nicht nur zur Förderung der Ziele aus Art. 3 EUV beitragen und Rechtssicherheit im internationalen Investitionsrecht schaffen könnte, sondern vielmehr auch die Entschlossenheit widerspiegeln würde, eine Konvergenz aller Volkswirtschaften in der Europäischen Union herbeizuführen, die dem Geist des EUV entspreche. Trotzdem erscheint dessen Durchsetzbarkeit aufgrund divergenter politischer Interessen der Mitgliedstaaten und der Überzeugung von der bestehenden Konzeption des Investitionsschutzes zweifelhaft.

## 2. Eine Europäische Investitionsschutzverordnung

Angesichts der geschilderten Ambivalenz eines multilateralen Abkommens ist zu erwägen, ob nicht der bereits vorhandene primärrechtliche Schutz von Investitionen noch besser durch eine sekundärrechtliche Regelung gewährleistet werden könnte. Die primärrechtliche Ergänzung des Gerichtssystems, flankiert von einer Europäischen Investitionsschutzverordnung, könnte womöglich zur verstärkten Vereinheitlichung und Harmonisierung nationaler Rechtsordnungen beitragen, die den Interessen der Beteiligten im internationalen Investitionsschutzrecht noch gerechter wird.

### a) Sekundärrechtliche Ergänzung

Gemäß Art. 114 Abs. 1 AEUV erlassen das Europäische Parlament und der Rat im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren und nach Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben. Durch die Handlungsform der Verordnung kommt der Grundsatz des *effet utile* am deutlichsten zur Geltung, da sie gemäß Art. 288 Abs. 2 AEUV allgemeine Geltung hat, in allen Teilen verbindlich ist und unmittelbar in jedem Mitgliedstaat gilt. Sie entfaltet ihre Rechtsverbindlichkeit für eine unbestimmte Zahl objektiv bestimmter Fälle im Gesamtgebiet der Europäischen Union und wird anhand dieser Charakteristika von der Richtlinie abgegrenzt.<sup>101</sup> Demnach begründet sie nicht nur Rechte und Pflichten für die Mitgliedstaaten und ihre Behörden, sondern

<sup>100</sup> Griebel/Kim (Fn. 99), S. 195.

<sup>101</sup> Oppermann/Classen/Nettesheim (Fn. 93), § 9 Rn. 75–77.

für jeden einzelnen, der von ihrem Tatbestand erfasst wird.<sup>102</sup> Auch wenn mit dem Rechtsinstrument der Verordnung ein weitgehender Souveränitätsverlust der nationalen Parlamente einhergeht, bietet sie für den europäischen Gesetzgeber den Vorteil, dass sie umgehend nach Veröffentlichung und Inkrafttreten angewendet wird und auf diese Weise territoriale Regelungsunterschiede nationaler Rechtsordnungen überwinden kann.<sup>103</sup>

Eine Europäische Investitionsverordnung könnte als investitionsschützender Korpus aus Schutzstandards bilateraler Abkommen, Konkretisierungen des Unionsrechts sowie potentiellen Streitbeilegungsmechanismen des vorgestellten multilateralen Abkommens entworfen werden, dessen allumfassende Rechtsverbindlichkeit zur Errichtung und Funktionieren eines ungehinderten grenzüberschreitenden Investitionsverkehrs beitragen würde.

*b) Primärrechtliche Ergänzung*

Um dem verstärkten Rechtsschutzbedürfnis ausländischer Investoren gerecht zu werden, würde sich außerdem eine Primärrechtsänderung anbieten, die ähnlich wie Art. 262 AEUV eine Ermächtigungsgrundlage schafft, nach der durch einstimmigen Ratsbeschluss nach Anhörung des Europäischen Parlaments eine Individualbeschwerde für Investitionsstreitigkeiten etabliert wird. In Anlehnung an die Konstruktion des Art. 34 EMRK würde dies natürlichen und juristischen Personen ermöglichen, Vertragsverletzungen der Mitgliedstaaten auf europäischer Ebene unmittelbar geltend zu machen und – nach Erschöpfung des mitgliedstaatlichen Rechtswegs – Rechtsschutz zu erlangen. Auf Vorschlag der Kommission könnte gemäß Art. 257 Abs. 1 AEUV eine Verordnung zur Bildung eines *Gerichts für Investitionsstreitigkeiten* in der Europäischen Union erlassen werden. Dieses Gericht könnte im ersten Rechtszug für Streitsachen zwischen Investoren und Mitgliedstaaten zuständig sein. Zudem könnte durch Änderung des Protokolls (Nr. 3) über die Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Union dem *Europäischen Gericht* die Zuständigkeit für Vorabentscheidungen nach Art. 267 AEUV in Investitionsstreitigkeiten zugewiesen und somit die Grundsatzzuständigkeit des *EuGH* im Investitionsschutzrecht ausgeschlossen werden.

Es sind folglich zwei verschiedene Konstellationen vorstellbar: Einerseits könnte das *Europäische Gericht* nur für Vorabentscheidungen in Investitionsstreitigkeiten zuständig sein und das Fachgericht für die Individualbeschwerde. Andererseits könnten dem *Europäischen Gericht* die Kompetenzen für beide Verfahren

<sup>102</sup> Wagner, Das Konzept der Mindestharmonisierung, 2001, S. 36.

<sup>103</sup> Ebd., S. 36 f..

übertragen werden. Die letzte Konstellation fügt sich in den vom *EuGH* an den Rat gerichteten Vorschlag (der am 16.12.2015 durch die VO 2015/2422 umgesetzt wurde, die Richterstellen des *Europäischen Gerichts* zu verdoppeln und gleichzeitig das einzig bestehende Fachgericht (*Gericht für den öffentlichen Dienst*) aufzulösen.<sup>104</sup> Es zeichnet sich eine Entwicklung gegen Fachgerichte ab, welche die Komplexität des Gerichtsaufbaus der Europäischen Union reduzieren und zugleich für die Kohärenz der Rechtsprechung förderlich sein würde.

### c) Entwurf einer Verordnung

Die sekundärrechtliche Regelung könnte somit „einen seinen Funktionen gemäßen einheitlichen rechtlichen Rahmen“ schaffen, „der die Grundlage für ein der Dimension der Gemeinschaft adäquates und funktionstüchtiges System der Sammlung und Verteilung von Kapital zur Finanzierung von Investitionen der Infrastruktur bildet“.<sup>105</sup> Nach den vorangegangenen Überlegungen könnte sie wie folgt aussehen:

## **„Entwurf einer Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur einheitlichen Regelung des Europäischen Investitionsschutzes**

### **Artikel 1**

#### **Gegenstand und Geltungsbereich**

<sup>1</sup> Unbeschadet der im AEUV festgelegten Verteilung der Zuständigkeiten regelt diese Verordnung den Rechtsrahmen des grenzüberschreitenden Investitionsverkehrs und legt nach Maßgabe des Unionsrechts fest, nach welchen Modalitäten intra-europäische Investitionen geschützt und unter welchen Bedingungen die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet werden, rechtsschutzgewährende Verfahren bereitzustellen. <sup>2</sup> Mit dieser Verordnung wird das Gericht für Investitionsstreitigkeiten in der Europäischen Union errichtet und das Protokoll über die Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Union geändert.

### **Artikel 2**

#### **Begriffsbestimmungen**

Im Sinne dieser Verordnung bezeichnet der Ausdruck

1. „Investor“

a) jede natürliche Person, die die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates

<sup>104</sup> VO 2015/2422/EU, Euratom, Amtsblatt der Europäischen Union, L 341/14.

<sup>105</sup> *Seidel*, Rechtliche Grundlagen eines einheitlichen Kapitalmarktes in der Europäischen Gemeinschaft, in: FS Lukes, 1998, S. 577 (578).

besitzt;

b) jede juristische Person, die nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates gegründet wurde, ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der Union hat;

die nach Maßgabe der Verträge im Hoheitsgebiet der Europäischen Union Kapitalanlagen vornimmt.

2. „Investition“

a) jede Form von Fremd- und Eigenkapital inklusive Portfolioinvestitionen;

b) Anteilsrechte an Gesellschaften und andere Arten von Beteiligungen an Gesellschaften;

c) Immaterialgüterrechte;

d) vertragliche und gesetzliche Ansprüche sowie öffentlich-rechtliche Konzessions- und Lieferverträge, die einen wirtschaftlichen Wert haben;

die im Einklang mit innerstaatlichen Rechtsvorschriften und den Verträgen stehen.

### **Artikel 3**

#### **Schutzbestimmungen**

(1) Im Rahmen der Verträge sind alle Diskriminierungen und Beschränkungen des Investitionsverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten verboten.

(2) <sup>1</sup> Enteignungen von Kapitalanlagen sind nur dann zulässig, wenn sie im öffentlichen Interesse stehen und nichtdiskriminierender Natur sind. <sup>2</sup> Sie dürfen nur durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes erfolgen, das Art und Ausmaß der Entschädigung regelt. <sup>3</sup> Die Entschädigung muss umgehend nach der Enteignung geleistet werden und ist unter gerechter Abwägung der Interessen der Allgemeinheit und der Beteiligten zu bestimmen; sie muss wertentsprechend und tatsächlich verwertbar sein. <sup>4</sup> Wegen der Enteignung und der Entschädigung steht im Streitfalle der Rechtsweg zu den Gerichten nach Maßgabe der innerstaatlichen Rechtsvorschriften offen.

### **Artikel 4**

#### **Ausnahmen**

(1) Die Verordnung berührt nicht das Recht der Mitgliedstaaten, die einschlägigen Vorschriften ihres Steuerrechts anzuwenden, die Steuerpflichtige



mit unterschiedlichem Wohnort oder Kapitalanlageort unterschiedlich behandeln.

(2) Die Bestimmungen des Artikel 3 Absatz 1 stehen Diskriminierungen und Beschränkungen des Investitionsverkehrs nicht entgegen, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit gerechtfertigt sind.

## **Artikel 5**

### **Gericht für Investitionsstreitigkeiten in der Europäischen Union**

(1) <sup>1</sup> In Anwendung des Artikels 257 Absatz 1 wird durch diese Verordnung das Gericht für Investitionsstreitigkeiten in der Europäischen Union errichtet. <sup>2</sup> Das Gericht, das dem Europäischen Gericht beigeordnet ist und bei diesem Gericht seinen Sitz hat, ist im ersten Rechtszug für Streitsachen zwischen Investoren und Mitgliedstaaten zuständig. <sup>3</sup> Das Europäische Gericht ist gemäß der Satzung über den Europäischen Gerichtshof für Vorabentscheidungen in Investitionsschutzstreitigkeiten nach Artikel 267 zuständig.

(2) <sup>1</sup> Das Gericht für Investitionsstreitigkeiten besteht aus sieben Richtern, die aus ihrer Mitte den Präsidenten wählen. <sup>2</sup> Ihre Amtszeit beträgt sechs Jahre; eine Wiederernennung ist zulässig.

(3) Die Richter werden vom Rat durch einstimmigen Beschluss nach Anhörung eines Ausschusses ernannt, der sich aus sieben Persönlichkeiten zusammensetzt, die aus dem Kreis ehemaliger Mitglieder des Europäischen Gerichtshofs und des Europäischen Gerichts sowie Juristen von anerkannter Befähigung ausgewählt werden.

## **Artikel 6**

### **Verfahren**

(1) Jeder Investor, dessen unionsrechtlich garantierte Rechte oder Freiheiten verletzt worden sind, hat das Recht, nach Maßgabe der innerstaatlichen Vorschriften bei einem Gericht einen wirksamen Rechtsbehelf einzulegen.

(2) Jeder Investor hat ein Recht darauf, dass seine Sache von einem unabhängigen, unparteiischen und zuvor durch Gesetz errichteten Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird.

(3) Nach Erschöpfung des mitgliedstaatlichen Rechtswegs steht dem Investor der Rechtsweg zu dem durch Artikel 5 errichteten Spruchkörper offen, soweit die Streitsache dem Europäischen Gericht nach Artikel 267 nicht

bereits vorgelegt wurde oder nach Vorlage die Vorabentscheidung durch mitgliedstaatliche Gerichte unbeachtet geblieben ist.

### **Alternativen zu Artikel 5 und 6 Absatz 3**

#### **Artikel 5**

##### **Zuständigkeit**

*Das Europäische Gericht ist nach Artikel 256 Absatz 1 und der Satzung für Individualbeschwerden sowie nach Artikel 256 Absatz 3 und der Satzung für Vorabentscheidungen nach Artikel 267 in Investitionsschutzstreitigkeiten zuständig.*

#### **Artikel 6**

##### **Verfahren**

(1) *[unverändert]*

(2) *[unverändert]*

(3) *Nach Erschöpfung des mitgliedstaatlichen Rechtswegs steht dem Investor der Rechtsweg zum Europäischen Gericht offen, soweit ihm die Streitsache nach Artikel 267 nicht bereits vorgelegt wurde oder nach Vorlage die Vorabentscheidung durch mitgliedstaatliche Gerichte unbeachtet geblieben ist.*

## **E. Schlussbetrachtung**

Bereits das Unionsrecht und insbesondere die hier dargelegten Grundfreiheiten halten nuancierte Schutzstandards bereit, die im Fall der Auflösung bestehender intra-EU bilateraler Abkommen kongruente und partiell höhere Schutzniveaus für ausländische Investitionen gewähren. Unübersehbar ist jedoch, dass die Durchsetzbarkeit von ergänzenden Instrumenten, sei es in Gestalt eines multilateralen Abkommens oder unionsrechtlichen Ergänzungen, davon abhängt, dass sie von Investoren selbstständig auf völkerrechtlicher Ebene geltend gemacht werden können.<sup>106</sup> Die damit einhergehende Anerkennung des Investors als partielles Völkerrechtssubjekt veranschaulicht die gegenwärtige Bedeutung des internationalen Investitionsschutzrechts und bestärkt die Stellung des Individuums in einer Art und Weise, die im Zuge der Globalisierung als Paradigmenwechsel im Völkerrecht angesehen werden kann.<sup>107</sup>

Was den dargestellten multilateralen Ansatz angeht, überzeugt er im Hinblick auf eine kongruente Substitution bestehender bilateraler Investitionsschutzab-

<sup>106</sup> Braun, in: Bungenberg/Griebel/Hindelang, Internationaler Investitionsschutz und Europarecht, 2010, S. 191 (192).

<sup>107</sup> Ebd.

kommen vor allem im Bereich des normativen Schutzgehalts. Wenn auch ein europäisches multilaterales Abkommen Schwächen und Komplexitäten bei der politischen Durchsetzbarkeit aufwiese, trüge es zur Verwirklichung eines einheitlichen grenzüberschreitenden Investitionsverkehrs bei, die im Rahmen des europäischen Wirtschaftsraums für Rechtssicherheit sorgen und sich förderlich auf ein nachhaltiges Wirtschaftswachstum auswirken könnte.

Eine abschließende sekundärrechtliche Regelung würde den Rechtsschutzanforderungen des internationalen Investitionsrechts am ehesten gerecht werden und könnte als alternatives Schutzinstrument zu Intra-EU BITs fungieren, welches Investoren im Hoheitsgebiet der Europäischen Union sowohl einheitliche materielle als auch prozessuale Rechte gewähren würde. Als positives Integrationsinstrument harmonisiert und koordiniert es die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten, auf dessen Grundlage ein rechtlich und verfahrenstechnisch attraktives Investitionsklima geschaffen würde, das durch differenzierte Schutzstandards und einheitliche Voraussetzungen im grenzüberschreitenden Investitionsverkehr geprägt wäre.