

JAN PHILIPP KÖSTER

Investitionsschutz in Europa

*Studien zum europäischen und deutschen
Öffentlichen Recht*
40

Mohr Siebeck

Studien zum europäischen und deutschen Öffentlichen Recht

herausgegeben von

Christian Calliess und Matthias Ruffert

40



Jan Philipp Köster

Investitionsschutz in Europa

Der Justizkonflikt zwischen EuGH
und Schiedsgerichtsbarkeit

Mohr Siebeck

Jan Philipp Köster, geboren 1990; Studium der Rechtswissenschaften an den Universitäten Freiburg und Kapstadt; 2016 Erstes Staatsexamen; 2017 Magister Juris an der Universität Oxford (Balliol College); 2019 Zweites Staatsexamen nach Referendariat am Kammergericht Berlin; Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Dr. Gerhard Wagner an der Humboldt-Universität zu Berlin; 2021 Promotion (HU Berlin); seit 2021 Richter in Berlin.

ISBN 978-3-16-161407-1 / eISBN 978-3-16-161408-8

DOI 10.1628/978-3-16-161408-8

ISSN 2192-2470 / eISSN 2569-443X

(Studien zum europäischen und deutschen Öffentlichen Recht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2022 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Laupp & Göbel in Gomaringen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und dort gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2021 an der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin als Dissertation angenommen. Für die Veröffentlichung konnten wesentliche Entwicklungen in der Rechtsprechung bis Ende des Jahres 2021 berücksichtigt werden.

Die Fertigstellung der Arbeit wäre ohne die Unterstützung zahlreicher Personen nicht möglich gewesen. Mein Dank gilt zuvorderst Prof. Dr. Gerhard Wagner, LL.M. (Chicago) für die Betreuung der Arbeit, die wunderbare Atmosphäre an seinem Lehrstuhl und die stets anregenden Diskussionen. Bei Prof. Dr. Matthias Ruffert bedanke ich mich herzlich für die Erstellung des lehrreichen Zweitgutachtens und die Aufnahme in die hiesige Schriftenreihe. Hierüber habe ich mich ausgesprochen gefreut. Erheblichen Anteil hat auch die Studienstiftung des deutschen Volkes, die mich seit dem Studium gefördert hat. Weiterhin sehr verbunden bin ich den Kolleginnen und Kollegen am Lehrstuhl von Prof. Dr. Wagner. Sie haben meine Promotionszeit ungemein bereichert.

Meiner Freundin Dr. Henrike Maier danke ich von ganzem Herzen für ihre Liebe, ihre ansteckende Lebensfreude und die Zeit, in der sie das Manuskript unzählige Male gelesen und korrigiert hat.

Berlin, im Dezember 2021

Jan Philipp Köster

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	XI
Einleitung	1
<i>A. Problemaufriss</i>	1
<i>B. Gang der Untersuchung und Methodisches</i>	6
<i>C. Grundlagen der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit</i>	8
<i>D. Grundlagen der Autonomie der Unionsrechtsordnung</i>	36
Teil 1: Unionsrechtswidrigkeit von Investitionsschiedsverfahren	43
§ 1 Der EuGH zur Investitionsschiedsgerichtsbarkeit: Achmea und CETA	45
<i>A. Ausgangspunkt im Intra-EU-Kontext: Achmea-Urteil</i>	45
<i>B. Ausgangspunkt im Extra-EU-Kontext: CETA-Gutachten</i>	49
§ 2 Kompetenzen von Investitionsschiedsgerichten	53
<i>A. Zuständigkeit und anwendbares Recht</i>	54
<i>B. Auslegung und Anwendung von Unionsrecht durch Investitionsschiedsgerichte</i>	64
<i>C. Wechselseitige Bindungswirkungen</i>	73
<i>D. Ergebnis: Unterschiedliche Maßstäbe im Extra- und Intra-EU- Kontext</i>	81

§ 3 Schiedsgerichte als Teil des europäischen Gerichtssystems	83
<i>A. Keine Vorlageberechtigung privater Schiedsgerichte nach Artikel 267 AEUV</i>	84
<i>B. Vorlageberechtigung von Investitionsschiedsgerichten</i>	93
<i>C. Ergebnis: Konfrontation statt Integration der Intra-EU-Investitionsschiedsgerichte</i>	101
§ 4 Exklusive Zuständigkeit der Unionsgerichte im Intra-EU-Kontext	103
<i>A. Analyse des Achmea-Urteils</i>	103
<i>B. Bewertung des Achmea-Urteils</i>	122
<i>C. Konsequenzen aus dem Urteil im Intra-EU-Kontext</i>	126
§ 5 Unionsrechtmäßigkeit von Investitionsschiedsverfahren im Extra-EU-Kontext	139
<i>A. Kompetenzverschiebung und Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit</i>	139
<i>B. Unionsrechtmäßigkeit der Schiedsklauseln in Extra-EU-BIT</i>	142
<i>C. Unionsrechtmäßigkeit von Artikel 26 Energiecharta Vertrag</i>	153
<i>D. Ergebnis für den Extra-EU-Kontext</i>	155
Teil 2: Praktische Wirksamkeit des Unionsrechts in den Schiedsverfahren	157
§ 6 Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung	159
<i>A. Übereinkommen zur Beendigung bilateraler Investitionsschutzverträge zwischen den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union</i>	161
<i>B. Schiedsvereinbarungsstatut</i>	163
<i>C. Verhältnis des Unionsrechts zu Investitionsschutzabkommen</i>	166
<i>D. Einschränkung durch das nationale Recht des Schiedsortes?</i>	182
<i>E. Praxis der Schiedsgerichte im Intra-EU-Kontext</i>	184

<i>F. Ergebnis: Fehlende Schiedsvereinbarung im Intra-EU-Kontext . . .</i>	204
§ 7 Präklusion, Arglisteinwand und Rechtskraft	207
<i>A. Präklusion und Arglisteinwand</i>	208
<i>B. Rechtskraft: ICSID-Schiedssprüche</i>	218
<i>C. Ergebnis: Praktische Wirksamkeit unterliegt verfahrensrechtlichen Schranken</i>	231
Teil 3: Zukünftiger Investitionsschutz in der EU	233
§ 8 Bedarf und Optionen eines spezifischen Investitionsschutzrechts in der EU	235
<i>A. Bestehender Investitionsschutz im Binnenmarkt</i>	235
<i>B. Unionsrechtliche Anforderungen an ein zukünftiges Investitionsschutzrecht im Binnenmarkt</i>	241
<i>C. Materielle Reform des unionsrechtlichen Investitionsschutzes</i>	243
<i>D. Prozessuale Reform des unionsrechtlichen Investitionsschutzes . . .</i>	247
<i>E. Ergebnis: Reformbedarf im innereuropäischen Investitionsschutz</i>	254
§ 9 Keine Zukunft für die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit?	257
<i>A. Maßstäbe: Effektiver Rechtsschutz</i>	258
<i>B. Allgemeininteressen</i>	259
<i>C. Neutralität</i>	267
<i>D. Verfahrens- und Vollstreckungsrecht</i>	276
<i>E. Zugang zu Gericht</i>	279
<i>F. Ergebnis: Schiedsgerichtsbarkeit im Vorteil</i>	282
Schlussbetrachtungen	285
<i>A. Unionsrechtliche Zulässigkeit von Investitionsschiedsverfahren ist kontextabhängig</i>	285
<i>B. Das Unionsrecht setzt sich in den Schiedsverfahren grundsätzlich durch</i>	288
<i>C. Wie geht es weiter? Bedarf und Optionen eines Investitionsschutzrechts innerhalb der EU</i>	289

Literaturverzeichnis	291
Sachregister	309

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Einleitung	1
A. Problemaufriss	1
B. Gang der Untersuchung und Methodisches	6
C. Grundlagen der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit	8
I. Begriff und Entwicklung	8
1. Diplomatisches Schutzrecht	9
2. Investitionsverträge mit Schiedsklauseln	12
a) Materielle Absicherung: Stabilisierung oder Internationalisierung	13
b) Prozessuale Absicherung: Schiedsverfahren	15
3. ICSID-Übereinkommen	16
4. Investitionsschutzabkommen als Grundlage für Investor-Staat-Schiedsverfahren	18
a) Garantie des Schiedsrechtswegs und neutraler Rechtsschutz	20
b) Rechtsstellung des Investors unter den Abkommen	22
aa) Analogie zum diplomatischen Schutzrecht	22
bb) Menschenrechtliche Analogie	23
II. Ökonomische Prämissen des Investitionsschutzrechts	25
III. Wesentliche Elemente der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit	29
1. Mechanismen der Handelsschiedsgerichtsbarkeit	29
2. Haftungsregeln statt Menschenrechte	31
3. Transparenz statt Vertraulichkeit	34
D. Grundlagen der Autonomie der Unionsrechtsordnung	36
I. Unionsrecht als Völkerrecht und nationales Recht	37
II. Integration durch Rechtseinheit	39
III. Unionsrechtliche Autonomie als Rechtsprinzip	39

Teil 1: Unionsrechtswidrigkeit von Investitionsschiedsverfahren	43
§ 1 Der EuGH zur Investitionsschiedsgerichtsbarkeit: Achmea und CETA	45
A. Ausgangspunkt im Intra-EU-Kontext: Achmea-Urteil	45
B. Ausgangspunkt im Extra-EU-Kontext: CETA-Gutachten	49
§ 2 Kompetenzen von Investitionsschiedsgerichten	53
A. Zuständigkeit und anwendbares Recht	54
I. Weite Schiedsklauseln	56
II. Enge Schiedsklauseln	58
B. Auslegung und Anwendung von Unionsrecht durch Investitionsschiedsgerichte	64
I. Weite Schiedsklauseln – Achmea	64
II. Enge Schiedsklauseln – CETA/ECT	66
1. Intra-EU-Kontext	66
2. Extra-EU-Kontext: Unionsrecht als Tatsache?	67
3. Auslegung und Anwendung von Unionsrecht kann nicht ausgeschlossen werden	70
III. Zwischenergebnis: Keine überzeugende Differenzierung anhand der Schiedsklausel	71
C. Wechselseitige Bindungswirkungen	73
I. Lücken im Unionsrecht und Präzedenzfall-System in der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit	74
II. Identische Bindungswirkung in CETA und Achmea	76
III. Differenzierung zwischen Intra- und Extra-EU-Kontext	80
D. Ergebnis: Unterschiedliche Maßstäbe im Extra- und Intra-EU- Kontext	81
§ 3 Schiedsgerichte als Teil des europäischen Gerichtssystems	83
A. Keine Vorlageberechtigung privater Schiedsgerichte nach Artikel 267 AEUV	84
I. Private Natur und Rechtsprechungsfunktion der Schiedsgerichtsbarkeit	85
II. Kein Interesse der Parteien an Vorlageberechtigung	87
III. Nachgelagerte Kontrolle privater Schiedsgerichte durch den EuGH	89

1. Akzessorische Verfahren vor staatlichen Gerichten	89
2. Lücken im System?	90
<i>B. Vorlageberechtigung von Investitionsschiedsgerichten</i>	<i>93</i>
I. Investitionsschiedsgerichte im Vergleich mit privaten Schiedsgerichten	93
II. Hinreichender Bezug zum Gerichtssystem der Mitgliedsstaaten	94
III. Interesse der Parteien an Vorlageberechtigung nur im Intra-EU-Kontext	97
IV. Eingeschränkte nachgelagerte Kontrolle durch den EuGH	98
<i>C. Ergebnis: Konfrontation statt Integration der Intra-EU-Investitionsschiedsgerichte</i>	<i>101</i>
§ 4 Exklusive Zuständigkeit der Unionsgerichte im Intra-EU-Kontext	103
<i>A. Analyse des Achmea-Urteils</i>	<i>103</i>
I. Bisherige Rechtsprechung zum Rechtsprechungsmonopol des EuGH	104
1. Ausschließliche Zuständigkeit des EuGH für zwischenstaatliche Streitigkeiten	104
a) MOX Plant-Urteil	104
b) EMRK-Gutachten	105
c) Fazit: Exklusivität des Vertragsverletzungsverfahrens ...	106
2. Gutachten zum Einheitlichen Patentgerichtssystem: Exklusivität des Vorabentscheidungsverfahrens	108
3. Zwischenergebnis: Bewahrung des europäischen Gerichtssystems	109
II. Achmea: Investor-Staat-Schiedsklauseln in Intra-EU-BIT	110
1. Investitionsschiedsgerichte lösen keine unionsrechtlichen Streitigkeiten	110
2. Fehlende Notwendigkeit einer Zuständigkeitskonzentration	111
3. Praktische Wirksamkeit der Unionsrechtsordnung	112
a) Europäische Grundfreiheiten und Grundrechte als materieller Investitionsschutz	112
b) Investitionsschiedsverfahren als konkurrierendes System	114
4. Grundsatz gegenseitigen Vertrauens	116
a) Gegenseitige Anerkennung durch Investitionsschutzabkommen nicht berührt	117
b) Vertrauen in die Gerichtssysteme der Mitgliedsstaaten?	118
5. Zwischenergebnis	121

<i>B. Bewertung des Achmea-Urteils</i>	122
I. Geringes quantitatives Risiko für die Unionsrechtsordnung	122
II. Rechtsschutz der Investoren wird verkürzt	124
III. Auch der EuGH vertraut den mitgliedsstaatlichen Gerichten nicht	124
IV. Zwischenergebnis	125
<i>C. Konsequenzen aus dem Urteil im Intra-EU-Kontext</i>	126
I. Schiedsklauseln in Intra-EU-BIT	127
II. Artikel 26 Energiecharta Vertrag	128
1. Intra-EU-und Extra-EU-Dimension der Schiedsklausel in Artikel 26 ECT	129
2. Unionsrechtswidrigkeit im Intra-EU-Kontext	131
3. Die Klarstellung des EuGH in Komstroy	134
III. Vertragliche Schiedsgerichtsbarkeit	135
1. Rein private Schiedsgerichtsbarkeit	135
2. Vertragliche Schiedsverfahren mit staatlicher Beteiligung	136
 § 5 Unionsrechtmäßigkeit von Investitionsschiedsverfahren im Extra-EU-Kontext	139
<i>A. Kompetenzverschiebung und Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit</i>	139
<i>B. Unionsrechtmäßigkeit der Schiedsklauseln in Extra-EU-BIT</i>	142
I. Unionsrechtliches Diskriminierungsverbot	143
II. Autonomie des Unionsrechts	145
1. Europäische Rechtseinheit	146
2. Exklusive Zuständigkeit der Unionsgerichte	148
3. Gegenseitigkeit in den Außenbeziehungen und Schutz von EU- Investoren	149
4. Kein Grundsatz gegenseitigen Vertrauens	151
5. Stellungnahme	152
<i>C. Unionsrechtmäßigkeit von Artikel 26 Energiecharta Vertrag</i>	153
<i>D. Ergebnis für den Extra-EU-Kontext</i>	155
 Teil 2: Praktische Wirksamkeit des Unionsrechts in den Schiedsverfahren	157

§ 6 Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung	159
A. Übereinkommen zur Beendigung bilateraler Investitionsschutzverträge zwischen den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union	161
B. Schiedsvereinbarungsstatut	163
C. Verhältnis des Unionsrechts zu Investitionsschutzabkommen	166
I. Extra-EU-Kontext: Staatliches Angebot wirksam	167
II. Intra-EU-Kontext: Staatliches Angebot unwirksam	168
1. Unmöglichkeit harmonisierender Auslegung	168
2. Anwendungsvorrang des Unionsrechts	169
3. Zeitliche Wirkung des Anwendungsvorrangs	171
III. Ausnahme vom Anwendungsvorrang in Artikel 351 AEUV	173
1. Konzeption von Artikel 351 AEUV	173
2. Begrenzter Anwendungsbereich von Artikel 351 Abs. 1 AEUV	174
a) Intra-EU-BIT unter Artikel 351 Abs. 1 AEUV	174
b) ECT unter Artikel 351 Abs. 1 AEUV	175
aa) Anwendungsvorrang verletzt Artikel 16 ECT	176
bb) Multilaterale Verträge unter Artikel 351 Abs. 1 AEUV	178
cc) Zeitlicher Anwendungsbereich von Artikel 351 Abs. 1 AEUV	179
3. Artikel 351 AEUV bietet Investoren grundsätzlich keinen Schutz	181
IV. Zwischenergebnis: Unionsrecht geht Intra-EU- Investitionsschutzabkommen vor	181
D. Einschränkung durch das nationale Recht des Schiedsortes?	182
E. Praxis der Schiedsgerichte im Intra-EU-Kontext	184
I. Investment Treaty Regime	185
1. Investment Treaty Regime unbeeindruckt vom Unionsrecht	185
a) Autonomie des Investment Treaty Regime	186
b) Gleichordnungsverhältnis statt Normenhierarchie	188
2. Keine starren Grenzen zwischen verschiedenen Systemen	192
II. Schutz des Investors	196
1. Verhältnis der EMRK zum Unionsrecht	196
2. Zwingende Rechte der Investoren unter den Abkommen	198
a) Nachwirkungsklauseln als Ausdruck von zwingendem Individualschutz	199
b) Artikel 16 ECT als Ausdruck von zwingendem Individualschutz	200

c) Stellungnahme	200
aa) Investitionsschutzabkommen dienen ökonomischen Interessen	201
bb) Ökonomische Analyse	202
3. Zwischenergebnis: Kein zwingender Schutz der Investoren	204
F. Ergebnis: Fehlende Schiedsvereinbarung im Intra-EU-Kontext ...	204
§ 7 Präklusion, Arglistenwand und Rechtskraft	207
A. Präklusion und Arglistenwand	208
I. Rechtliche Grundlagen	208
1. Präklusion	208
2. Arglistenwand	209
3. Präklusion und Arglistenwand in der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit	209
II. Bisherige Praxis zur fehlenden Zuständigkeit aufgrund entgegenstehenden Unionsrechts	210
1. Präklusion	210
2. Arglistenwand – Estoppel	212
III. Verstoß gegen den effet utile des Unionsrechts: PL Holdings ...	214
B. Rechtskraft: ICSID-Schiedssprüche	218
I. Zwingende Anerkennung von ICSID-Schiedssprüchen	219
1. Außerordentliche nationale Rechtsbehelfe gegen ICSID- Schiedssprüche	219
2. Keine außerordentliche Kontrolle nach deutschem Recht ...	220
II. Unionsrechtliche Rechtskraftdurchbrechung	222
1. Rechtskraftdurchbrechung bei Gerichtsurteilen	222
2. Überprüfung von Schiedssprüchen über den ordre public ...	224
3. Zwischenergebnis: Effet utile verlangt Überprüfung von ICSID-Schiedssprüchen	225
III. Kollisionsnorm des Artikel 351 AEUV: Teilweiser Vorrang des ICSID-Übereinkommens vor dem Unionsrecht	225
1. Anwendungsvorrang des Unionsrechts verletzt ICSID- Übereinkommen	226
2. Artikel 351 Abs. 1 AEUV verhindert Völkerrechtsbruch nur zum Teil	227
IV. Eigener Vorschlag: Harmonisierende Auslegung beider Rechtsregime	229
C. Ergebnis: Praktische Wirksamkeit unterliegt verfahrensrechtlichen Schranken	231

Teil 3: Zukünftiger Investitionsschutz in der EU	233
§ 8 Bedarf und Optionen eines spezifischen Investitionsschutzrechts in der EU	235
<i>A. Bestehender Investitionsschutz im Binnenmarkt</i>	235
I. EMRK	235
II. Unionsrecht	238
III. Zwischenergebnis: Kein spezifischer Investitionsschutz	241
<i>B. Unionsrechtliche Anforderungen an ein zukünftiges Investitionsschutzrecht im Binnenmarkt</i>	241
<i>C. Materielle Reform des unionsrechtlichen Investitionsschutzes</i>	243
I. Übernahme der Investitionsschutzgarantien in das Unionsrecht	243
II. Verhältnis zum nationalen Rechtsweg	245
<i>D. Prozessuale Reform des unionsrechtlichen Investitionsschutzes</i> ...	247
I. EuGH als Investitionsgerichtshof	248
1. Einführung einer Individualbeschwerde	248
2. Bewährte Gerichtsstrukturen	249
3. Etabliertes Verfahrensrecht	250
II. Alternativer Streitbeilegungsmechanismus entsprechend dem Einheitlichen Patentgerichtssystem	252
<i>E. Ergebnis: Reformbedarf im innereuropäischen Investitionsschutz</i>	254
§ 9 Keine Zukunft für die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit?	257
<i>A. Maßstäbe: Effektiver Rechtsschutz</i>	258
<i>B. Allgemeininteressen</i>	259
I. Transparenz	261
II. Konsistente Rechtsprechung	262
1. Streitbeilegung und Regelbildung	262
2. Rechtseinheit durch Einbindung der Unionsgerichte	264
3. Kontrollmechanismen der beteiligten Staaten	265
III. Zwischenergebnis: Kritik überzeugt nicht	267
<i>C. Neutralität</i>	267
I. Strukturelle Befangenheit investitionsschutzrechtlicher Spruchkörper	268
II. Kontrollmechanismen der Schiedsgerichtsbarkeit	270
III. Kontrollmechanismen bei einem Investitionsgerichtshof	272
IV. Zwischenergebnis und Kompromissvorschlag	274

<i>D. Verfahrens- und Vollstreckungsrecht</i>	276
I. Vollstreckungsrecht	276
II. Verfahrensrecht	278
III. Zwischenergebnis: Bewährte Strukturen der Schiedsgerichtsbarkeit	279
<i>E. Zugang zu Gericht</i>	279
<i>F. Ergebnis: Schiedsgerichtsbarkeit im Vorteil</i>	282
Schlussbetrachtungen	285
A. Unionsrechtliche Zulässigkeit von Investitionsschiedsverfahren ist kontextabhängig	285
B. Das Unionsrecht setzt sich in den Schiedsverfahren grundsätzlich durch	288
C. Wie geht es weiter? Bedarf und Optionen eines Investitionsschutzrechts innerhalb der EU	289
Literaturverzeichnis	291
Sachregister	309

Einleitung

A. Problemaufriss

Die Entwicklung der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit ist als „stille Revolution“ des internationalen Wirtschaftsrechts bezeichnet worden,¹ weil sie ausländischen Investoren außergewöhnlich effektiven Rechtsschutz gewährt, der weitestgehend außerhalb der nationalen Rechtsordnungen operiert. Die Verfahren finden besonders häufig im europäischen Kontext statt, d.h. unter Beteiligung eines EU-Mitgliedsstaats und/oder eines europäischen Investors. So sind sieben der 13 Staaten, deren Investoren am häufigsten klagen, EU-Mitgliedsstaaten; in der Liste der 20 Staaten, die am häufigsten verklagt wurden, finden sich fünf EU-Mitgliedsstaaten.² Mit seinem Urteil vom 6. März 2018 in der Rechtsache *Achmea*³ könnte der Europäische Gerichtshof („EuGH“) den Investitionsschiedsgerichten allerdings den „Todesstoß“ versetzt haben.⁴ Die Arbeit stellt sich vor diesem Hintergrund die Frage, ob die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit noch eine Zukunft im europäischen Kontext hat und, falls ja, wie diese ausgestaltet sein könnte.

Investitionsschiedsverfahren⁵ sind ein Mittel der alternativen Streitbeilegung zwischen ausländischen Investoren und dem Gaststaat der Investition.

¹ So *Collier/Lowe*, *The Settlement of Disputes in International Law*, S. 191; siehe auch *Peters*, *Jenseits der Menschenrechte*, S. 257; *Pauwelyn* in: *Douglas/Pauwelyn/Vinuales* (Hrsg.), *The Foundations of International Investment Law*, S. 11, 42 f.

² Die häufig verklagten EU-Mitgliedsstaaten sind Spanien, Tschechien, Polen, Rumänien und Ungarn. Verfahren im reinen Intra-EU-Kontext, d.h. zwischen einem europäischen Investor und einem EU-Mitgliedsstaat, machen etwa 20 % aller weltweiten Verfahren aus. Die Statistiken finden sich bei UNCTAD, *IIA Issues Note 2/2020*, S. 2 f. und im *Investment Dispute Settlement Navigator*, abrufbar unter: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement> (10/2021).

³ EuGH, Urteil *Slowakische Republik/Achmea BV v. 06.03.2018*, Rs. C-284/16, EU:C:2018:158.

⁴ So *Thym*, *Todesstoß für autonome Investitionsschutzgerichte*, *VerfBlog*, 2018/3/08 für den gesamten europäischen Kontext, d.h. extra- wie intra-EU.

⁵ Aufgrund der höheren praktischen Relevanz (dazu noch in der Einleitung, C. I. 4.) konzentriert sich die vorliegende Untersuchung auf Investor-Staat-Schiedsverfahren auf Grundlage von Schiedsklauseln in Investitionsschutzabkommen (*Investment Treaty Arbitration*). In Ermangelung einer handhabbaren deutschen Übersetzung wird nachfolgend der Begriff der Investitionsschiedsverfahren bzw. -gerichtsbarkeit synonym verwendet. Er

Die Effektivität der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit beruht darauf, dass der Rechtsschutz in materieller wie prozessualer Hinsicht vom nationalen Recht entkoppelt wird. Erstens sind die materiellen Investitionsgarantien in einem völkerrechtlichen Abkommen („Investitionsschutzabkommen“) enthalten, welches das nationale Recht des Gaststaats derogiert.⁶ Zweitens ermöglicht die Investor-Staat-Schiedsklausel des Investitionsschutzabkommens eine direkte Klage des Einzelnen gegen den Staat. Dabei sind die Schiedsverfahren einer staatsgerichtlichen Kontrolle weitestgehend entzogen, insbesondere wenn sie wie regelmäßig unter dem Übereinkommen zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Staaten und Angehörigen anderer Staaten (auch „Washingtoner-Übereinkommen“, fortan „ICSID-Übereinkommen“) stattfinden.⁷ Indem die Schiedssprüche ohne Weiteres weltweit in den nationalen Rechtsordnungen vollstreckbar sind,⁸ werden die Investitionsgarantien praktisch wirksam. Mit fortschreitendem Erfolg ist dieses Modell in die Kritik geraten.⁹ Insbesondere seien Schiedsgerichte konzeptionell ungeeignet, über die Rechtmäßigkeit hoheitlicher Maßnahmen zu entscheiden, weshalb ein ständiger Gerichtshof zu bevorzugen sei.¹⁰

Die EU-Mitgliedsstaaten haben bilaterale Investitionsschutzabkommen (*bilateral investment treaties*, „BIT“) nicht nur mit Drittstaaten („extra-EU“), sondern auch untereinander („intra-EU“) geschlossen.¹¹ Allein auf die Bun-

umfasst daher weder zwischenstaatliche Schiedsverfahren noch solche auf Grundlage einer Schiedsklausel in unmittelbar zwischen Staaten und Unternehmen geschlossenen Verträgen (zu diesen noch in der Einleitung, C. I. 2.), es sei denn, es wird ausdrücklich differenziert.

⁶ Anschaulich Renner, *Zwingendes transnationales Recht*, S. 139 f. Ausführlich noch in der Einleitung, C. I. 4.

⁷ Etwa 540 von den insgesamt ca. 1000 Verfahren laut UNCTAD, *Investment Dispute Settlement Navigator*, oben Fn. 2. Ausführlich zum *International Center for the Settlement of Investment Disputes* („ICSID“) noch in der Einleitung, C. I. 3.

⁸ Ausführlich zur Vollstreckung noch in der Einleitung, C. III. 1.

⁹ Einen Überblick über die mannigfaltige Kritik bieten etwa Donath, *Proliferation und Legitimation der internationalen Investitionsschiedsgerichtsbarkeit*, S. 31 ff.; Hoffmann, *Divergenz und Transformation*, S. 21 ff.; zur Brandmarkung als neoliberales System einerseits Sornarajah in: Trakman/Ranieri (Hrsg.), *Regionalism in International Investment Law*, S. 475 ff. und andererseits Koskeniemi, 18 JWIT 2017, 343, 353. So ist etwa Kanada nicht mehr Teil der Investor-Staat-Streitbeilegung im NAFTA-Nachfolgeabkommen USMCA, welches am 01.07.2020 in Kraft getreten ist, siehe dessen Annexe 14-C und D.

¹⁰ Exemplarisch Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, S. 152 ff.; Howse in: Ruiz Fabri (Hrsg.), *International Law and Litigation*, S. 363, 419 ff.; Bonnitchal Poulsen/Waibel, *The Political Economy of the Investment Treaty Regime*, S. 244 ff. m.w.N.

¹¹ Dabei wurden sämtliche Intra-EU-BIT unter Beteiligung eines Staates geschlossen, der erst nach seinem Beitritt EU-Mitgliedsstaat wurde, siehe Wehland, 58 ICLQ 2009, 297, 298; Stendel, *Achmea Case*, in: Wolfrum (Hrsg.), *MPEPIL* 07/2019, Rn. 2; Wiedemann in: Ludwigs/Remien (Hrsg.), *Investitionsschutz, Schiedsgerichtsbarkeit und Rechtsstaat in der EU*, S. 225; Europäische Kommission, Pressemitteilung v. 18.06.2015, IP/15/5198.

desrepublik Deutschland fallen 114 BIT mit Drittstaaten und 13 mit mehrheitlich mittel- und osteuropäischen EU-Mitgliedsstaaten.¹² Von besonderer Relevanz für den europäischen Investitionsschutz ist ferner der multilaterale Energiecharta-Vertrag („ECT“) aus dem Jahr 1994, den sowohl die EU, fast alle EU-Mitgliedsstaaten als auch Drittstaaten ratifiziert haben.¹³

Das Recht der Europäischen Union („Unionsrecht“) kann ebenfalls als „unwahrscheinliche Erfolgsgeschichte“ des internationalen Wirtschaftsrechts verstanden werden, welches seinen einzigartigen Charakter durch den Vorrang vor dem mitgliedsstaatlichen Recht, die unmittelbare Anwendbarkeit in den nationalen Rechtsordnungen und die Indienstellung des Einzelnen bei seiner Durchsetzung erhalten hat.¹⁴ Ungeachtet dieser Gemeinsamkeiten sind beide Rechtsregime,¹⁵ das Unionsrecht und das internationale Investitionsschutzrecht, in Konflikt geraten. So vertritt die EU-Kommission seit mehreren Jahren die Auffassung, dass das alternative Streitbeilegungssystem innerhalb der EU gegen Unionsrecht verstößt und letzteres einen ausreichenden Investitionsschutz im Binnenmarkt gewährleistet.¹⁶ Die Wissenschaft war zur Frage des Verhältnisses von Unionsrecht und Investitionsschutzrecht zunächst geteilter Auffassung.¹⁷ In *Achmea* entschied der EuGH

¹² Anschaulich der Überblick in der Antwort der Bundesregierung auf die kleine Anfrage 19/22522 – Investitionsschutz innerhalb der Europäischen Union, BT-Drucks. 19/22988.

¹³ Auf den ECT entfallen etwa 50 % aller Intra-EU-Investitionsschiedsverfahren, UNCTAD, IIA Issues Note 3/2018, S. 3. Auch ist auf seiner Grundlage das erste Investor-Staat-Schiedsverfahren gegen die EU anhängig, Nord Stream 2 AG v European Union, PCA Case No. 2020-07.

¹⁴ So *Halter*, Europarecht – Dogmatik im Kontext, Band I, Rn. 83, Band II Rn. 3 ff., 77 (Zitat), 132, 589; vgl. auch *Ruffert*, JuS 2009, 97: „Die Durchsetzung der Grundfreiheiten ist die eigentliche Erfolgsgeschichte des Europarechts“, der auch auf die Kritik an den Grundfreiheiten als neoliberal eingeht, aaO S. 103.

¹⁵ Zum Topos der Regimekollision grundlegend *Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Kollisionen, S. 7 ff. Zum Regimebegriff in Bezug auf das Investitionsschutzrecht später im Text, § 6 E. I.

¹⁶ Die Kommission trat zu diesem Zweck in vielen Schiedsverfahren als *Amicus Curiae* auf (erstmalig in *Eastern Sugar B.V. v The Czech Republic*, SCC No. 088/2004, UNCITRAL Schiedsspruch v. 27.03.2007, Rn. 119 ff.; siehe auch *Stendel*, *Achmea* Case, in: Wolfrum (Hrsg.), MPEPIL 07/2019, Rn. 2) und leitete Vertragsverletzungsverfahren ein (Europäische Kommission, Pressemitteilung v. 18.06.2015, IP/15/5198). Vgl. auch Europäische Kommission, Mitteilung zum Schutz EU-interner Investitionen v. 19.07.2018, COM (2018) 547 final, S. 3 ff.

¹⁷ Für eine Unionsrechtswidrigkeit im Intra-EU und Extra-EU-Kontext *Basener*, Investment Protection in the European Union, S. 321 f.; 336; *Thörle*, Der Konflikt zwischen Investitionsschutzabkommen und dem Recht der Europäischen Union, S. 220, 302; für eine Unionsrechtskonformität im Intra-EU-Kontext *Rösch*, Intraeuropäisches Investitionsschutzrecht, S. 164, 189 ff.

sodann, dass eine zwischen zwei Mitgliedsstaaten geltende Investor-Staat-Schiedsklausel, wie jene im slowakisch-niederländischen BIT, unionsrechtswidrig ist.¹⁸ Das Schiedsgericht könne in einer Weise entscheiden, welche die volle Wirksamkeit des Unionsrechts beeinträchtigt.¹⁹ Ein Jahr später erklärte der Gerichtshof aber das von der Kommission ausgehandelte Investitionsschutzkapitel des umfassenden Wirtschafts- und Handelsabkommens zwischen der EU und Kanada („CETA“) für mit dem Unionsrecht vereinbar.²⁰

Die Folgen dieser Rechtsprechung sind in Wissenschaft und Praxis ungeklärt. Einerseits hob der Bundesgerichtshof („BGH“) den *Achmea* zugrundeliegenden Schiedsspruch mangels Schiedsvereinbarung auf.²¹ Andererseits bejahten seither sämtliche Investitionsschiedsgerichte im Intra-EU-Kontext ihre Zuständigkeit.²² Dafür verwiesen sie auch auf das für Investoren günstigere *CETA*-Gutachten des EuGH.²³ Zur Klärung der verworrenen Rechtslage unterzeichneten lediglich 23 EU-Mitgliedsstaaten am 05. Mai 2020 ein Übereinkommen zur sofortigen Beendigung der Intra-EU-BIT, welches am 29. August 2020 in Kraft trat.²⁴ Gleichwohl wird bezweifelt, ob das Beendigungsübereinkommen den gewünschten Effekt erzielt, weil Schiedsgerichte den Investitionserwartungen Vorrang gewähren könnten.²⁵ Der multilaterale, auch Drittstaaten einbeziehende ECT blieb von dem Beendigungsübereinkommen unberührt.²⁶ In der Rechtsache *Komstroy*, dem jüngsten Streich des EuGH zur Investitionsschiedsgerichtsbarkeit, verneinte der Gerichtshof

¹⁸ EuGH, Urteil Slowakische Republik/*Achmea BV* v. 06.03.2018, Rs. C-284/16, EU:C:2018:158.

¹⁹ EuGH, Urteil Slowakische Republik/*Achmea BV* v. 06.03.2018, Rs. C-284/16, EU:C:2018:158, Rn. 56.

²⁰ EuGH, Gutachten 1/17 v. 30.04.2019 – *CETA*, EU:C:2019:341.

²¹ BGH SchiedsVZ 2019, 46 – *Achmea*; nun auch in einem Verfahren nach § 1032 Abs. 2 ZPO OLG Frankfurt a. M. Beschl. v. 11.02.2021 – 26 SchH 2/20, BeckRS 2021, 1799.

²² Beispielhaft auf Grundlage des ECT: *Vattenfall AB and others v Federal Republic of Germany*, ICSID Case No. ARB/12/12, Entscheidung v. 31.08.2018 („on the *Achmea* Issue“); exemplarisch auf Grundlage eines intra-EU-BIT: *UP (formerly Le Chèque Déjeuner) and C.D Holding Internationale v Hungary*, ICSID Case No. ARB/13/35, Schiedsspruch v. 09.10.2018. Ausführliche Nachweise später im Text, § 6.

²³ Beispielhaft *Addiko Bank AG and Addiko Bank d.d. v Republic of Croatia*, ICSID Case No. ARB/17/37, Entscheidung v. 12.06.2020 („on Croatia’s Jurisdictional Objection Related to the Alleged Incompatibility of the BIT with the EU Acquis“), Rn. 254.

²⁴ Übereinkommen zur Beendigung bilateraler Investitionsschutzverträge zwischen den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union, ABl. L 169, 29.05.2020 und ABl. L 281, 28.08.2020.

²⁵ *Duque*, 37 JOIA 2020, 797, 809 ff. Vgl. auch die Untersuchungen von *Wackernagel*, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, 140/2016, S. 5 ff.; *Gatzsche*, Aufhebungen und Abänderungen von Investitionsschutzabkommen, S. 55 ff.

²⁶ Erwägungsgrund Nr. 10 des Übereinkommens zur Beendigung bilateraler Investitionsschutzverträge zwischen den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union.

nun allerdings eine Anwendbarkeit des ECT auf Intra-EU-Streitigkeiten unter Verweis auf seine Rechtsprechung in *Achmea*.²⁷ Damit setzte er sich in Widerspruch zur gesamten Schiedspraxis.²⁸

Nach alledem stellt sich die Frage, inwiefern die mitgliedsstaatlichen Investitionsschutzabkommen einschließlich des ECT noch als Basis für Schiedsverfahren taugen und ob Investoren sogar vor der Rechtsprechung des EuGH geschützt sind. Zur Unionsrechtmäßigkeit der zahlreichen mitgliedsstaatlichen BIT in den Extra-EU-Beziehungen, die erst nach und nach durch EU-Freihandelsabkommen ersetzt werden sollen, schweigen sowohl die Kommission als auch die EU-Mitgliedsstaaten.²⁹ Im Zusammenspiel mit dem genannten *CETA*-Gutachten könnte daher zwischen Investitionsschiedsverfahren in den Intra-EU-Beziehungen und solchen in den Beziehungen zu Drittstaaten zu differenzieren sein. Andernfalls stünden europäische Investoren, die sich außerhalb der EU engagieren, plötzlich ohne Investitionsschutz da. In der Wissenschaft finden sich bislang nur kürzere bzw. eingeschränkte Analysen, die sich um Antworten auf diese Fragen bemühen.³⁰ Eine umfassende Untersuchung der genannten EuGH-Rechtsprechung und der hierauf reagierenden Schiedspraxis steht noch aus.

Diese Lücke möchte die vorliegende Arbeit füllen und die rechtlichen Maßstäbe für die Zukunft der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit im europäischen Kontext neu formulieren. Insbesondere wird das Verhältnis des Unionsrechts zu Investitionsschiedsverfahren in den Intra- und Extra-EU-Beziehungen geklärt. Konkret beantwortet sie die Frage, ob die Schiedsgerichte ihre Zuständigkeit mangels wirksamer Schiedsvereinbarung verneinen

²⁷ EuGH, Urteil Republik Moldau/Komstroy LLC v. 02.09.2021, Rs. C-741/19, EU:C:2021:655, Rn. 66.

²⁸ Vgl. Rn. 13.

²⁹ Vgl. Europäische Kommission, Mitteilung zum Schutz EU-interner Investitionen v. 19.07.2018, COM (2018) 547 final, S. 4 f.; Europäische Kommission, Bericht über die Anwendung der Verordnung (EU) Nr. 1219/2012 zur Einführung einer Übergangsregelung für bilaterale Investitionsschutzabkommen zwischen den Mitgliedstaaten und Drittländern v. 06.04.2020, COM (2020) 134 final, S. 7 f.; Declaration of the Representatives of the Governments of the Member States of 15 January 2019.

³⁰ Siehe unter anderem *Stendel*, *Achmea* Case, in: Wolfrum (Hrsg.), MPEPIL 07/2019, Rn. 22 ff.; *Wernicke*, NJW 2018, 1644, 1647; *Stöbener de Mora*, EuZW 2018, 363, 365 ff.; *Nacimientol/Bauer*, BB 2018, 1347, 1348 f.; *Classen*, EuR 2018, 361, 367 ff.; *Lavranos/Singla*, SchiedsVZ 2018, 348 ff.; *Klages*, EuZW 2018, 217, 218; *Wernicke/Stöbener de Mora*, EuZW 2019, 970, 976 f.; *Germelmann*, EuR 2020, 375 ff.; *Burger*, 6 Y.B. on Int'l Arb. 2019, 121 ff.; *Hess*, The Fate of Investment Dispute Resolution after the *Achmea* Decision of the European Court of Justice; *Lang*, EuR 2018, 525 ff.; *Reuter*, ZaöRV 2020, 379; *Scheul/Nikolov*, 36 Arb. Int'l 2020, 253 ff.; *Boknik*, Das Verhältnis von EuGH und Investitionsschiedsgerichten auf der Grundlage von intra-EU BIT, S. 90 ff., 242 ff., 282 ff., 301 ff., 382 ff.

müssen und inwiefern entgegenstehende Schiedssprüche der Aufhebung unterliegen bzw. nicht anerkannt werden müssen. Die Arbeit leistet zudem einen wissenschaftlichen Beitrag zu dem Auftrag der EU-Mitgliedsstaaten, Bedarf und Optionen eines unionsrechtskonformen innereuropäischen Investitionsschutzrechts nach dem Ende der Intra-EU-BIT zu evaluieren.³¹ Dafür überprüft sie die These einiger EU-Mitgliedsstaaten, wonach ein ständiger Gerichtshof der Schiedsgerichtsbarkeit als investitionsschutzrechtlicher Streitbeilegungsmechanismus überlegen sei.³² Insgesamt liegt der Fokus dieser Arbeit nicht auf dem materiellen Ausgleich zwischen Investorenrechten und Gemeinwohlinteressen,³³ sondern sucht nach dem richtigen Forum zur Entscheidung derartiger Fragen.

B. Gang der Untersuchung und Methodisches

In den folgenden Abschnitten werden die theoretischen Grundlagen der beiden kollidierenden Rechtsregime, der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit (C.) und des Unionsrechts (D.), dargestellt. Um die ungewöhnliche Gemengelage aus Völkerrecht und privatem Schiedsverfahrensrecht verständlich zu machen, hilft ein Blick auf die historische Entwicklung der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit. Im Anschluss werden ihre ökonomischen Annahmen und wesentlichen Elemente herausgearbeitet, die im Sinne eines funktionalen Verständnisses des Rechts³⁴ in die weitere Untersuchung einfließen. Ohne ein tiefergehendes, insbesondere kontextuelles³⁵ Verständnis des Rechts der Europäischen Union kann der Konflikt der beiden Rechtsregime und ihrer Akteure nicht durchdrungen werden. Schließlich misst der EuGH die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit am Grundsatz der Autonomie, welcher das

³¹ Vgl. Erwägungsgründe Nr. 15 und 16 des Übereinkommens zur Beendigung bilateraler Investitionsschutzverträge zwischen den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union.

³² EU Trade Policy Committee, Intra-EU-Investment Treaties – Non-paper from Austria, Finland, France, Germany and the Netherlands v. 07.04.2016, Rn. 12.

³³ Vgl. die Nachweise zur Kritik oben in Fn. 9. Zum Demokratieproblem kurz unten, Einleitung C. II. Fn. 135, 136. Zum behaupteten *regulatory chill* ebenfalls unten, § 8 C.

³⁴ Es stehen also die Funktion des Rechts als Instrument der Verhaltenssteuerung und die Berücksichtigung seiner gesellschaftlichen Folgen im Vordergrund. Zu dieser Methodik Wagner in: Dreier (Hrsg.), Rechtswissenschaft als Beruf, S. 69, 166–182. Damit liegt der Arbeit auch eine responsive Rechtsdogmatik im Sinne von Grünberger, AcP 218 (2018), 213, 244; derselbe, AcP 219 (2019), 924, 929 zugrunde. Dieser sozialwissenschaftliche Ansatz war im Wirtschaftsrecht seit jeher sinnvoll, vgl. Renner, Ancilla Iuris 2020, 41 ff.

³⁵ Zur kontextuellen Methode im Unionsrecht grundlegend Haltern, Europarecht – Dogmatik im Kontext, Band I, Rn. 1 ff.; vgl. auch Grünberger, AcP 219 (2019), 924, 939 f.

grundlegende Verfassungsprinzip des europäischen Staatenverbunds darstellt.³⁶

Der *erste Teil* der Arbeit widmet sich dem Unionsrecht. Er stellt die Kernpunkte der beiden Entscheidungen des EuGH in *Achmea* und *CETA* heraus (§ 1) und unterzieht sie einer eingehenden Analyse. Zu diesem Zweck untersucht er, welche Rolle das Unionsrecht in Investitionsschiedsverfahren konkret spielt (§ 2) und inwiefern Schiedsgerichte in die Unionsrechtsordnung eingebunden sind (§ 3). Darauf aufbauend wird die kontextorientierte These überprüft, wonach der Gerichtshof unterschiedliche unionsrechtliche Maßstäbe anlegt, je nachdem ob ein Intra-EU- (§ 4) oder Extra-EU-Sachverhalt (§ 5) in Frage steht. Die dergestalt herausgearbeitete Ratio der Entscheidungen kann anschließend auf die fraglichen Konstellationen übertragen werden, um diese im Sinne einer konsequenten Anwendung der EuGH-Vorgaben als unionsrechtskonform oder -widrig einzuordnen. So kommt die Arbeit zu konkreten Ergebnissen, wie das Unionsrecht Schiedsverfahren auf Grundlage der Intra-EU-BIT, der Extra-EU-BIT und des ECT beurteilt. Auch auf die Unionsrechtskonformität der Handelsschiedsgerichtsbarkeit wird kurz eingegangen (§ 4 C. III).

Wie sich die unionsrechtliche Analyse des *ersten Teils* auf die Schiedsverfahren praktisch auswirkt, evaluiert der *zweite Teil* der Arbeit. Er beantwortet die Frage, ob Schiedsgerichte ihre Zuständigkeit wegen einer unionsrechtswidrigen Schiedsvereinbarung verneinen müssen, und setzt sich dafür mit den zahlreichen seit *Achmea* ergangenen Schiedssprüchen auseinander, die das Gegenteil vertreten (§ 6). Zudem untersucht er in Bezug auf Investitionsschiedsverfahren das Verhältnis des Unionsrechts zu verfahrensrechtlichen Instituten wie Präklusion und Rechtskraft, die einer vollen Anwendung des Unionsrechts in den Schiedsverfahren bzw. den akzessorischen Verfahren vor staatlichen Gerichten entgegenstehen könnten (§ 7). Dabei wird ein konkreter Vorschlag unterbreitet, wie das Unionsrecht mit den Schiedssprüchen unter dem ICSID-Übereinkommen umgehen sollte.

Der *dritte Teil* richtet den Blick in die Zukunft. Er untersucht Bedarf und Optionen eines neuen innereuropäischen Investitionsschutzrechts (§ 8). In funktionaler Hinsicht³⁷ vergleicht er hierfür den Rechtsschutz unter völkerrechtlichen Investitionsschutzabkommen mit demjenigen der EMRK und des Unionsrechts. Er setzt sich des Weiteren mit der konzeptionellen Kritik an der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit auseinander und untersucht, ob ein

³⁶ EuGH, Urteil Slowakische Republik/Achmea BV v. 06.03.2018, Rs. C-284/16, EU:C:2018:158, Rn. 32 ff.; EuGH, Gutachten 1/17 v. 30.04.2019 – CETA, EU:C:2019:341, Rn. 106 ff.

³⁷ Zur funktionalen Rechtsvergleichung grundlegend *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 33 ff.; auch zu ihrer Kritik und der Berücksichtigung des Kontextes *Kischel*, Rechtsvergleichung, S. 93 ff.

ständiger Investitionsgerichtshof tatsächlich zu bevorzugen ist (§ 9). An seinem Ende steht ein konkreter Vorschlag, wie der zukünftige Investitionsschutz innerhalb der EU ausgestaltet werden könnte.

In den Schlussbetrachtungen werden die wesentlichen Erkenntnisse der Untersuchung noch einmal zusammenfasst und die im Laufe der Arbeit identifizierten Probleme ebenso wie entsprechende Lösungsansätze aufgezeigt.

C. Grundlagen der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit

Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit ist das internationale Investitionsschutzrecht, speziell die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit als Durchsetzungsmechanismus desselben. Um das Verhältnis der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit zum Unionsrecht zu durchdringen, müssen die theoretischen Grundlagen des vergleichsweise jungen Rechtsgebiets geklärt werden. Dies soll bereits an dieser Stelle geschehen, damit im Verlauf der Arbeit hierauf zurückgegriffen werden kann. Zunächst wird seine historische Entwicklung kurz nachvollzogen (*I.*), um dann die zugrundeliegenden Annahmen des Investitionsschutzrechts darzustellen (*II.*). Daraus lassen sich die wesentlichen Elemente der modernen Investitionsschiedsgerichtsbarkeit herauskristallisieren (*III.*).

I. Begriff und Entwicklung

Der Begriff des internationalen Investitionsschutzrechts kann eine Vielzahl von Rechtsregimen umfassen – so schützt auch die EMRK das Privateigentum mit Hilfe eines unabhängigen internationalen Spruchkörpers.³⁸ Versteht man den Begriff aber enger und fasst darunter nur diejenigen Rechtsregeln, die spezifisch dem Schutz von grenzüberschreitenden Investitionen dienen, so haben diese zwei Ursprünge. Das sind einerseits zwischenstaatliche Investitionsschutzabkommen, welche dem völkerrechtlichen Fremdenrecht entstammen. Hiernach schützen Staaten ihre sich im Ausland befindlichen Staatsangehörigen mit diplomatischen Mitteln (*1.*). Andererseits schließen Staaten mit ausländischen Investoren unmittelbare Investitionsverträge, welche Schiedsklauseln enthalten (*2.*). Um die unmittelbare Streitbeilegung zwischen Investoren und den Gaststaaten der Investition zu fördern, wurde

³⁸ Anschaulich *Bonnitchal/Poulsen/Waibel*, The Political Economy of the Investment Treaty Regime, S. 12; einen umfassenden Vergleich des innereuropäischen Investitionsschutzes bestehend aus nationaler Verfassung, Unionsrecht und EMRK vollzieht *Blandfort*, Investitionsschutz im Mehrebenensystem, S. 36 ff.; ausführlich zum Investitionsschutz unter der EMRK und dem Unionsrecht unten, § 8 A.

das ICSID-Übereinkommen geschaffen (3.). Anschließend entstand die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit auf Grundlage von Investor-Staat-Schiedsklauseln in Investitionsschutzabkommen, welche heute den Kern des Investitionsschutzrechts bildet und den Schwerpunkt der vorliegenden Untersuchung darstellt (4.). Ein Verständnis dieser Entwicklung hilft, die jeweiligen Interessen in der Dreiecksbeziehung aus Investor, dessen Heimatstaat und dem Gaststaat der Investition nachzuvollziehen. Ebenso zeigt die Entwicklung verschiedene Alternativen zur Investitionsschiedsgerichtsbarkeit auf.

1. Diplomatisches Schutzrecht

Eine Quelle des internationalen Investitionsschutzrechts ist das Fremdenrecht, welches völkergewohnheitsrechtlichen Ursprungs ist.³⁹ Hiernach können Rechtsverletzungen, die ein Gaststaat gegenüber einem Staatsangehörigen eines fremden Staates begeht, von dessen Heimatstaat völkerrechtlich geltend gemacht werden.⁴⁰ Der Heimatstaat übt sein diplomatisches Schutzrecht aus. Zu den Rechten, welche Fremde nach schon damals umstrittener Auffassung im Ausland innehaben sollten, gehörten gewisse rechtsstaatliche Mindeststandards und insbesondere der Schutz des Privateigentums vor entschädigungsloser Enteignung.⁴¹

Die Phase der Dekolonialisierung nach Ende des zweiten Weltkriegs ging einher mit politisch-ökonomischen Konflikten.⁴² Auf der einen Seite stand

³⁹ *Dolzer/Schreuer*, Principles of International Investment Law, S. 1 ff., 232 ff.; *Reinisch* in: Tietje (Hrsg.), Internationales Wirtschaftsrecht, § 8 Rn. 9, § 18 Rn. 6; *Brown* in: Bungenberg et al (Hrsg.), International Investment Law, S. 153, 158 ff.

⁴⁰ *Dolzer/Schreuer*, Principles of International Investment Law, S. 232; grundlegend StIGH, Urteil Mavrommatis Palestine Concessions (Griechenland/Vereinigtes Königreich) v. 30.08.1924, A 02, S. 12: „It is an elementary principle of international law that a State is entitled to protect its subjects, when injured by acts contrary to international law committed by another State, from whom they have been unable to obtain satisfaction through the ordinary channels. By taking up the case of one of its subjects and by resorting to diplomatic action or international judicial proceedings on his behalf, a State is in reality asserting its own rights – its right to ensure, in the person of its subjects, respect for the rules of international law“.

⁴¹ *Dolzer/Schreuer*, Principles of International Investment Law, S. 3; *Brown* in: Bungenberg et al (Hrsg.), International Investment Law, S. 153, 158 ff.; *Reinisch* in: Tietje (Hrsg.), Internationales Wirtschaftsrecht, § 8 Rn. 48 ff.; der Mindeststandard ist in moderneren Investitionsschutzgarantien wie *Fair and Equitable Treatment* und *Full Protection and Security* enthalten, siehe *Dickerson*, Minimum Standards, in: Wolfrum (Hrsg.), MPEPIL 10/2010, Rn. 1 ff., 17 f.

⁴² *Von Bernstorff/Dann* in: dieselben (Hrsg.), The Battle for International Law: South-North Perspectives on the Decolonization Era, S. 1 ff.; siehe auch *Dolzer/Schreuer*, Principles of International Investment Law, S. 4 ff.; *Jacob*, Bilateral Investment Treaties, in: Wolfrum (Hrsg.), MPEPIL 06/2014, Rn. 2 ff.; *Guzman*, 38 Va. J. Int'l L. 1998, 639, 646 ff.; *Yackee*, 33 Brook. J. Int'l L. 2008, 405, 411 ff.

der Schutz des Privateigentums von Unternehmen der kapitalexportierenden Staaten, welche vielfach die ehemaligen Kolonialherren gewesen waren. Auf der anderen Seite traten die neu gegründeten Staaten für wirtschaftspolitische Souveränität ein, etwa die freie Verfügungsmacht über ihre natürlichen Ressourcen. Der Streit wurde auf verschiedenen Ebenen geführt. Zum einen kulminierte er in der entschädigungslosen Enteignung zahlreicher multinationaler Unternehmen durch Staaten des globalen Südens.⁴³ Zum anderen stritten die Staaten über die Deutungshoheit im Völkergewohnheitsrecht: Gehört das Privateigentum tatsächlich zu den völkerrechtlich geschützten Rechten, dessen Verletzung erstens zur Entschädigung verpflichtet⁴⁴ und zweitens durch den Heimatstaat im Wege des diplomatischen Schutzrechts geltend gemacht werden kann?⁴⁵

Ein Mittel dieses Kampfes waren auf Seite der kapitalexportierenden Staaten bilaterale Investitionsschutzabkommen, welche das umstrittene Fremdenrecht festschrieben.⁴⁶ Meist wird das deutsch-pakistanische Investitionsschutzabkommen von 1959 als das erste seiner Art angesehen.⁴⁷ Es enthält die auch heute noch üblichen Investitionsschutzgarantien.⁴⁸ Inlän-

⁴³ *Vandeveld*, *Bilateral Investment Treaties*, S. 46 ff.; *Bonnitchal/Poulsen/Waibel*, *The Political Economy of the Investment Treaty Regime*, S. 9. Folge waren auch eine Reihe von Schiedsverfahren über Konzessionsverträge, dazu gleich im Text, Einleitung C. I. 2.

⁴⁴ Und falls ja, wie diese Entschädigung ausgestaltet ist, wobei die kapitalexportierenden Staaten *prompt, adequate and effective compensation* forderten (sog. *Hull Rule*), *Guzman*, 38 Va. J. Int'l L. 1998, 639, 644 ff.; *von Bernstorff/Dann* in: dieselben (Hrsg.), *The Battle for International Law: South-North Perspectives on the Decolonization Era*, S. 20 ff.

⁴⁵ Ein Beispiel dafür ist die „Neue Internationale Wirtschaftsordnung“ in Form der Charta der wirtschaftlichen Rechte und Pflichten der Staaten, UNGA-Res. 3281 v. 12.12.1974, zu finden in: Vereinte Nationen 1975, 117 ff.; siehe *Reinisch* in: Tietje (Hrsg.), *Internationales Wirtschaftsrecht*, § 8 Rn. 1 ff.; *Dolzer/Schreuer*, *Principles of International Investment Law*, S. 4 ff.; *von Bernstorff/Dann* in: dieselben (Hrsg.), *The Battle for International Law: South-North Perspectives on the Decolonization Era*, S. 1 ff.

⁴⁶ *Jacob*, *Bilateral Investment Treaties*, in: Wolfrum (Hrsg.), *MPEPIL* 06/2014, Rn. 10; skeptisch wegen älterer Freundschafts-, Handels- und Schiffahrtsverträge *Yackee*, 33 Brook. J. Int'l L. 2008, 405, 436 ff.; umfassend *Vandeveld*, *Bilateral Investment Treaties*, S. 54 ff.

⁴⁷ Gesetz zu dem Vertrag vom 25. November 1959 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und Pakistan zur Förderung und zum Schutz von Kapitalanlagen v. 29.06.1961, BGBl. II S. 793.

⁴⁸ Die heute am häufigsten eingewandte Garantie ist das *Fair and Equitable Treatment* („FET“), welche der deutsche Muster-BIT aus dem Jahr 2008 enthält, aber im deutsch-pakistanischen BIT von 1959 noch nicht ausdrücklich enthalten ist. Teilweise wird er mit *Full Protection and Security* synonym verwendet, da beide auf den internationalen Minimumstandard zurückgehen, vgl. *Dickerson*, *Minimum Standards*, in: Wolfrum (Hrsg.), *MPEPIL* 10/2010, Rn. 1 ff., 17 f; *Dolzer/Schreuer*, *Principles of International Investment Law*, S. 161.

dergleichbehandlung (*National Treatment*), Meistbegünstigungsgrundsatz (*Most Favoured Nation Treatment*); Schutz und Sicherheit (*Full Protection and Security*), Enteignungen dürfen nur dem öffentlichen Wohl dienen und müssen sofort und nach Marktwert entschädigt werden (*Compensation in Case of Expropriation*), Freier Kapitaltransfer (*Free Transfer*) und Einhaltung sämtlicher anderer Verpflichtungen bezüglich der Investition (*Umbrella Clause*). Im Einklang mit dem klassischen Völkerrecht sah dessen Streitbeilegungsmechanismus allerdings nur ein zwischenstaatliches Verfahren vor einem Schiedsgericht oder dem Internationalen Gerichtshof vor.⁴⁹

Für den einzelnen Investor ist die zwischenstaatliche Streitbeilegung wenig attraktiv. Erstens setzt die Ausübung des diplomatischen Schutzrechts grundsätzlich voraus, dass der Investor den innerstaatlichen Rechtsweg im Gaststaat erschöpfend beschritten hat.⁵⁰ Zweitens muss der Staat überhaupt Zugang zu einem bindenden Streitbeilegungsmechanismus, wie einem Schiedsverfahren oder dem Internationalen Gerichtshof, haben. Das ist im Völkerrecht außerhalb von BIT selten der Fall.⁵¹ Die größte Unwägbarkeit für den Investor besteht aber darin, dass die Ausübung des Schutzrechts im politischen Ermessen seines Heimatstaats steht. Der Staat und nicht der Investor muss den Prozess führen und mag andere Interessen verfolgen, die gegen eine Ausübung des Schutzrechts sprechen.⁵² Zwischenstaatliche Urteile oder Schiedssprüche können nicht vollstreckt werden. Sie werden ledig-

⁴⁹ Artikel 11 Abs. 2: „If no such solution is forthcoming, the dispute shall be submitted (a) to the International Court of Justice if both Parties so agree or (b) if they do not so agree to an arbitration tribunal upon the request of either Party“.

⁵⁰ Douglas, 74 BYIL 2003, 151, 178 f.; Crawford/Gant, Exhaustion of Local Remedies, in: Wolfrum (Hrsg.), MPEPIL 01/2007, Rn. 1 ff.; Schröder in: Graf Vitzthum/Proelß (Hrsg.), Völkerrecht, § 7 Rn. 33; vgl. IGH, Urteil ELSI (USA/Italien) v. 20.07.1989, ICJ Reports 1989, S. 15 Rn. 50, 59.

⁵¹ Vgl. Reinisch in: Tietje (Hrsg.), Internationales Wirtschaftsrecht, § 8 Rn. 12. Hintergrund ist die die konsensuale Natur der zwischenstaatlichen Streitbeilegung ohne zwingende Zuständigkeit eines Gerichts, grundlegend StIGH, Urteil Lotus (Frankreich/Türkei) v. 07.09.1927, A/10, S. 18; siehe auch Brunée, Consent, in: Wolfrum (Hrsg.), MPEPIL 10/2010, Rn. 10; Pellet, Judicial Settlement of International Disputes, in: Wolfrum (Hrsg.), MPEPIL 07/2013, Rn. 5 ff. Zur Staatenimmunität gleich im Text, Einleitung C. III. 1.

⁵² Vgl. IGH, Urteil Barcelona Traction (Belgien/Spanien) v. 05.02.1970, ICJ Reports 1970, S. 3 Rn. 79: „The State must be viewed as the sole judge to decide whether its protection will be granted, to what extent it is granted, and when it will cease. It retains in this respect a discretionary power the exercise of which may be determined by considerations of a political or other nature, unrelated to the particular case. Since the claim of the State is not identical with that of the individual or corporate person whose cause is espoused, the State enjoys complete freedom of action“. Zum Interessenpluralismus innerhalb des Staates Goldsmith/Posner, The Limits of International Law, S. 104 ff. weshalb Staaten keine vollkommene Rechtsverfolgungsbereitschaft gegenüber dem Völkerrecht internalisieren.