

1 Einleitung

1.1 Problemstellung

Das Investitionsschutzrecht der Europäischen Union (im Folgenden: „EU“) befindet sich im Umbruch. Die Entwicklungen der letzten Jahre und die daraus hervorgehenden EuGH-Entscheidungen zu den zwischen EU-Mitgliedstaaten (im Folgenden: „MS“) geltenden Investitionsschutzabkommen haben zahlreiche Auswirkungen, insbesondere auf die Rechte von Investoren der MS, die innerhalb der EU Investitionen tätigen (im Folgenden: „Intra-EU-Investoren“). Denn bis heute gibt es für Intra-EU-Investoren keinen effektiven, kostengünstigen und für kleine und mittlere Unternehmen (im Folgenden „KMU“) freundlichen Ersatzmechanismus für die infolge der EuGH-Rechtsprechung weggefallene Möglichkeit der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit. Ein solcher müsste einen mit den Intra-EU-Investitionsschutzabkommen vergleichbaren Schutz bieten und Entscheidungen, die verbindlich und vollstreckbar sind, hervorbringen.¹

In der Vergangenheit wurden Auslandsinvestitionen innerhalb der EU primär durch rund 200 bilaterale Investitionsschutzabkommen zwischen den einzelnen MS (im Folgenden: „Intra-EU-BITs“) abgesichert.² Diese Abkommen gewährleisteten Investoren und deren Investitionen die Einhaltung wichtiger rechtsstaatlicher Mindeststandards. Dazu gehören zum Beispiel der Schutz vor entschädigungslosen Enteignungen und Maßnahmen gleicher Wirkung sowie die Ver-

1 Stöbener de Mora, Investitionsschutz: Vereinbarung der EU-Mitgliedstaaten zur Beendigung der Intra-EU-BITs, EuZW 2019, 140; Lindinger/Lukic, Investitionsschutz kommt innerhalb der EU zu kurz <diepresse.com/6045442/investitionsschutz-kommt-innerhalb-der-eu-zu-kurz> (29.06.2023).

2 Berger, Ein Ende naht – Übereinkommen zur Beendigung bilateraler Investitionsschutzverträge zwischen EU-Mitgliedstaaten, EuZW 2021, 342 (345).

pflichtungen des Gaststaats, ausländische Investoren und ihre Investitionen fair und gerecht zu behandeln, ihnen vollen Schutz und Sicherheit zu gewähren und sie nicht gegenüber Inländern oder Angehörigen dritter Staaten zu diskriminieren.³ Wichtiger Bestandteil der Intra-EU-BITs waren die vielfach kritisierten Investor-Staat-Streitbeilegungs-Klauseln, im Rahmen welcher die Vertragsstaaten den Investoren des jeweils anderen Staats anbieten, Streitigkeiten über die Rechte aus dem Abkommen vor internationalen Schiedsgerichten auszutragen (im Folgenden: „ISDS-Klauseln“).⁴ So sollte gewährleistet werden, dass eine vom Gaststaat unabhängige und unparteiische Instanz über den Streit entscheidet. Das EU-Investitionsschutzrecht änderte sich im Jahr 2018 infolge des sog *Achmea*-Urteils des EuGH allerdings massiv. Der EuGH erklärte in seiner Entscheidung die in Intra-EU-BITs enthaltenen ISDS-Klauseln für mit dem Unionsrecht unvereinbar.⁵ Investitionsschiedsverfahren zwischen einem MS und einem Investor aus einem anderen MS, die auf dieser Grundlage geführt werden (im Folgenden: „Intra-EU-Verfahren“), seien demnach unzulässig. Am 19. Juli 2018 veröffentlichte die Europäische Kommission (im Folgenden: „KOM“) eine Mitteilung über den Schutz der von Intra-EU-Investoren getätigten Investitionen (im Folgenden: „Intra-EU-Investitionen“).⁶ Darin ruft die KOM, als Konsequenz des *Achmea*-Urteils, wiederholt alle MS dazu auf, ihre Intra-EU-BITs aufzukündigen. Die KOM weist darauf hin, dass das Unionsrecht selbst einen effektiven Rechtsschutz für Investitionen im Binnenmarkt biete, und nennt dabei insbesondere die Rechte aus den Grundfreiheiten, den Verträgen, der Grundrechtecharta, der Grundprinzipien der Unionsrechtsordnung sowie der weitreichenden sektorenspezifischen Regelungen innerhalb der EU.

³ Krajewski, Wirtschaftsvölkerrecht (2021) 174.

⁴ Konrad, Achmea: Auswirkungen auf den Investitionsschutz in Europa, ecolex 2019, 227.

⁵ Miller, Autonomie des Unionsrechts versus Schiedsgerichtsbarkeit, EuZW 2018, 357.

⁶ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat: Schutz EU-interner Investitionen, KOM (2018) 547 endg; Anmerkung: Siehe Unterkapitel 3.4.1.4.

In weiterer Folge unterzeichneten 23 MS am 5. Mai 2020 als Reaktion auf das *Achmea*-Urteil und auf Verlangen der KOM ein Abkommen zur Beendigung ihrer innereuropäischen bilateralen Investitionsschutzabkommen (im Folgenden: „Beendigungsabkommen“).⁷ Österreich, Schweden und Finnland unterzeichneten das Abkommen nicht – Irland hat keine Investitionsschutzabkommen abgeschlossen.⁸ Darüber hinaus wurden die in den Intra-EU-BITs enthaltenen sog. „Sunset-Klauseln“ durch die MS beendet. Dabei handelt es sich um Vertragsbestimmungen, die die Weitergeltung von Abkommen nach erfolgtem Rücktritt einer Vertragspartei für einen bestimmten Zeitraum, im konkreten Fall meist zehn bis zwanzig Jahre, festlegen (im Folgenden: „Nachwirkungsklauseln“).⁹

Im Dezember 2021 wurde unter anderem gegen Österreich ein bis heute laufendes Vertragsverletzungsverfahren wegen der nicht rechtzeitigen Beendigung seiner Intra-EU-BITs eingeleitet.¹⁰ Mittlerweile bestätigte der EuGH mit den Entscheidungen *Komstroy*, *PL Holdings* und *European Food SA ua* seine Rechtsprechung aus dem *Achmea*-Urteil und weitete sie sogar noch aus.¹¹

Währenddessen mehren sich die Bedenken hinsichtlich bestehender Rechtsschutzlücken für Intra-EU-Investoren. Diesen verbleibe nämlich infolge der Rechtsprechung des EuGH künftig im Wesentlichen nur noch die Möglichkeit, ihre Rechte vor nationalen Gerichten geltend zu machen. Der nationale Rechtsschutz sei allerdings nicht

⁷ Übereinkommen zur Beendigung bilateraler Investitionsschutzverträge zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, ABI 2020 L 169/1.

⁸ *Der Standard*, Ende der Schiedsgerichte in der EU: Österreich legt sich quer und springt für Banken in die Bresche <derstandard.at/story/2000117352291/ende-der-schiedsgerichte-in-der-eu-oesterreich-legt-sich-quer> (29.06.2023).

⁹ *Boras/Edtmayer*, Investitionsschiedsverfahren, in Nueber (Hrsg), Handbuch Schiedsgerichtsbarkeit und ADR (2020) Rz 1 (92); *Bungenberg*, Investitionschutz: Das Ende der Intra-EU-BIT-Ära, EuZW 2020, 445.

¹⁰ *Europäische Kommission*, Vertragsverletzungsverfahren im Dezember: wichtigste Beschlüsse <ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de_inf_21_6201> (29.06.2023); *European Commission*, Infringement decisions <ec.europa.eu/atk/applyng-eu-law/infringements-proceedings/infringement_decision_s/screen/home> (10.07.2023); Anmerkung: Nummer der Vertragsverletzung: „INFR(2021)2241“.

¹¹ *Konrad*, Ad-hoc-Schiedsvereinbarungen und Intra-EU-Investitionsschutz, ecolex 2022, 293.

in allen MS der EU gleich effektiv, viele Richter nicht ausreichend im Unionsrecht ausgebildet, Gerichte teilweise nicht hinreichend unabhängig oder gar korrupt.¹² Trotzdem bleibt die KOM bei ihrer Ansicht, Intra-EU-Investoren seien durch das Unionsrecht ausreichend geschützt und ein diesbezügliches legislatives Tätigwerden deshalb nicht gerechtfertigt.¹³ Die EU verfolgt damit eine Vorgehensweise mit möglicherweise weitreichenden negativen Folgen für das Investitionsklima und somit für die Zukunft des Binnenmarkts.¹⁴

1.2 Aufbau und Aufgabenstellung

Das vorliegende Werk ist in sieben Teile gegliedert. Der erste Teil umfasst eine Einleitung. Zuerst wird im Rahmen eines Problem-aufrisses die in der EU aktuell bestehende Investitionsrechtsschutz-problematik, die sich als Folge der jüngsten EuGH-Rechtsprechung zu Intra-EU-Investitionsschutzabkommen ergibt, skizziert. In weiterer Folge werden der Aufbau des Werks und die Aufgabenstellung sowie die Zielsetzung samt der zu beantwortenden Forschungsfragen dargelegt.

Danach werden in einem zweiten Teil zunächst die Rechtsgrundlagen des internationalen Investitionsschutzrechts und an geeigneter Stelle die wesentlichsten damit im Zusammenhang stehenden Begriffe und historischen Ereignisse erläutert. Die Erklärung der zentralen investitionsschutzrechtlichen Begriffe und Grundsätze in der ersten Hälfte dieses Werks ist notwendige Voraussetzung dafür, dass der Leser die in der zweiten Hälfte gemachten Ausführungen, insbesondere die Besprechung und Analyse der Entscheidungen des EuGH, versteht. Die Vorgehensweise, zuerst auf das internationale Investiti-

¹² *Stöbener de Mora*, Ideen für einen Mechanismus zum Schutz von Investitionen im Binnenmarkt nach dem Ende der Intra-EU-BITs, EuZW 2019, 217; Anmerkung: Siehe Unterkapitel 4.5.4.

¹³ European Commission, Action 15: Investment protection and facilitation <[finance.ec.europa.eu/capital-markets-union-and-financial-markets/capital-markets-union/capital-markets-union-2020-action-plan/action-15-investment-protection-and-facilitation_en#relatedlinks](http://ec.europa.eu/capital-markets-union-and-financial-markets/capital-markets-union/capital-markets-union-2020-action-plan/action-15-investment-protection-and-facilitation_en#relatedlinks)> (29.06.2023).

¹⁴ *Ebert/Weyland*, Weitere Rechtsschutzdefizite in der EU? RIW 2022, 20 (25).

onsschutzrecht im Allgemeinen und erst im darauffolgenden dritten Teil dieses Werks auf die Besonderheiten des Investitionsschutzrechts der EU einzugehen, wurde aus Verständlichkeitsgründen bewusst gewählt. Das innerhalb der EU geltende Investitionsschutzrecht kann nämlich nicht als eine vom internationalen Investitionsschutzrecht losgelöste Rechtsmaterie betrachtet werden. Vielmehr haben sich weltweit geltende, materielle Behandlungsstandards zum Schutz von Investoren und Begriffsdefinitionen im internationalen Investitionschutzrecht herausgebildet, die somit auch wesentliche Bestandteile des EU-Investitionsschutzrechts sind. Darunter fallen beispielsweise die Standards der gerechten und billigen Behandlung und der Transferfreiheit oder die Definition von Investor, Investition und Enteignung. Darüber hinaus führten unterschiedliche historische Ereignisse zu globalen Entwicklungen, die auch von wesentlichem Einfluss auf die Herausbildung des Investitionsschutzrechts der EU in seiner heutigen Form waren und es teilweise weiterhin sind. Darunter fällt beispielsweise der Abschluss bedeutender völkerrechtlicher Abkommen wie des Übereinkommens zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Staaten und Angehörigen anderer Staaten von 1965 oder des Energiecharta-Vertrags.

Im dritten Teil werden, aufbauend auf die im zweiten Teil gemachten Ausführungen, die Besonderheiten des EU-Investitionsschutzrechts dargestellt. Hier wird zunächst auf die Rolle, welche die EU als eigenständiger Akteur im internationalen Investitionsschutzrecht spielt, eingegangen. Es folgt eine weitgehend chronologische Darstellung der wesentlichsten Ereignisse, die zum Bestreben der EU, den unionsrechtlichen Investitionsschutz zu reformieren, geführt haben. In diesem Zusammenhang sind insbesondere die Verhandlungen zu den Freihandelsabkommen CETA und TTIP, die damit verbundene öffentliche Kritik an der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit, speziell der ISDS-Klauseln, und deren Folgen zu beschreiben.

Anschließend folgt eine wiederum primär nach chronologischen Gesichtspunkten geordnete Erläuterung der wichtigsten Geschehnisse im Zusammenhang mit der Entstehung und der Beendigung der Intra-EU-BITs. Auch diese Informationen sind notwendig, um die später dargestellten EuGH-Entscheidungen samt der damit verbundenen Kritik und insbesondere die unterschiedlichen Auswirkungen

nachvollziehen zu können. In diesem Zusammenhang ist unter anderem das Beendigungsabkommen von zentraler Bedeutung. Das Abkommen ist deshalb hinsichtlich seiner rechtlichen Einordnung, seines Inhalts und hier insbesondere bezüglich seiner Auswirkungen auf bereits abgeschlossene, anhängige und neu eingeleitete Schiedsverfahren zu untersuchen. Abschließend werden Investitionsschutzmaßnahmen der KOM und die wichtigsten unionsrechtlichen Investitionsschutzbereiche erläutert.

Der vierte Teil widmet sich der aktuellen Rechtsprechung des EuGH zu Intra-EU- Investitionsschutzabkommen samt der damit einhergehenden Auswirkungen. Das *Achmea*-Urteil stellt die für das vorliegende Werk bedeutendste Entscheidung dar und wird deshalb im Vergleich zu den drei übrigen zu behandelnden Entscheidungen auch am ausführlichsten erläutert. Aufgrund seiner herausragenden Bedeutung werden auch nur beim *Achmea*-Urteil eine Beschreibung der Auswirkungen und eine Analyse der Entscheidung unter einer eigenen Unterüberschrift vorgenommen.

Anschließend werden die Entscheidungen *Komstroy, PL Holdings* und *European Food SA ua* dargestellt und in weiterer Folge die Auswirkungen der dadurch bestätigten und erweiterten EuGH-Rechtsprechung zu Intra-EU-Investitionsschutzabkommen untersucht. Vornehmlich sollen hier unter anderem die Folgen für den Rechtsschutz von Intra-EU-Investoren, besonders im Vergleich zu Investoren, die einem Drittstaat angehören und in der EU Investitionen tätigen (im Folgenden: Extra-EU- Investoren), dargelegt werden.

In weiterer Folge werden die Reformbestrebungen der EU und die bisherigen damit verbundenen Maßnahmen mit der EuGH-Rechtsprechung in Kontext gesetzt. Anschließend folgt eine kurze Übersicht der bedeutendsten Vorschläge für einen alternativen Streitbeilegungsmechanismus.

Der vierte Teil endet mit der Darlegung eines alternativen Ansatzes zur Lösung der sich infolge der *Achmea*-Rechtsprechung ergebenden Investitionsschutzproblematik. Dabei handelt es sich um einen Vorschlag, wie ein künftiger, alternativer Streitbeilegungsmechanismus aussehen könnte. Insgesamt soll an dieser Stelle, besonders im Lichte

der im vorliegenden Werk beschriebenen Entwicklungen, die Notwendigkeit eines solchen Ersatzmechanismus hervorgehoben werden.

In einem fünften Teil werden hochaktuelle, mit der in diesem Werk behandelten Thematik in Zusammenhang stehende, Entwicklungen erläutert. Unter anderem wird hier auf den zwischen der EU und anderen Staaten bestehenden Wettstreit um Investoren oder auch den gegenwärtig zu beobachtenden Massenaustritt aus dem Energiecharta-Vertrag eingegangen.

Im sechsten Teil werden die Hintergründe für den reihenweisen Austritt aus dem Energiecharta-Vertrag beleuchtet. Hierfür werden zunächst die zentralen Klimaverpflichtungen der EU vorgestellt und anschließend unter Zuhilfenahme eindrucksvoller Investitionschiedsverfahren das zwischen dem Energiecharta-Vertrag und dem Klimaschutz bestehende Spannungsverhältnis aufgezeigt. Danach wird die (geplante) Modernisierung des Energiecharta-Vertrags beschrieben und seine (potenziell) klimaschützende Bedeutung diskutiert.

Abschließend folgen im siebten Teil Conclusio und Ausblick. Hier soll das im Rahmen dieses Werks Erörterte samt der gewonnenen Erkenntnisse übersichtlich zusammengefasst und die eingangs angeführten Forschungsfragen beantwortet werden. Hiervon ausgenommen sind die Fragen zum Beendigungsabkommen. Wegen des Umfangs und der Komplexität der einschlägigen Regelungen wird ausnahmsweise auf das Unterkapitel mit den entsprechenden Ausführungen verwiesen.

Zusätzlich wird ein Ausblick über die zu erwartenden weiteren Entwicklungen hinsichtlich des Investitionsschutzrechts der EU gegeben.

1.3 Zielsetzung und Forschungsfragen

Vorrangiges Ziel dieses Werks ist es, den Status quo des EU-Investitionsschutzrechts im Lichte der aktuellen EuGH-Rechtsprechung zu Intra-EU-Investitionsschutzabkommen darzustellen. Zu diesem Zweck werden die EuGH-Entscheidungen *Achmea*, *Komstroy*, *PL Holdings* und *European Food SA ua* inhaltlich abgebildet und anschließend de-

ren Auswirkungen auf den unionsrechtlichen Schutz von Investitionen analysiert. Dabei wird insbesondere der Frage nachgegangen, ob und inwiefern sich für Intra-EU-Investoren infolge dieser Entscheidungen Rechtsschutzdefizite ergeben.

Mit diesem Werk soll darüber hinaus eine übersichtliche Darstellung der bedeutsamsten Entwicklungen im Investitionsschutzrecht der EU seit den Verhandlungen über die Freihandelsabkommen TTIP und CETA gegeben werden. In diesem Zusammenhang wird der Frage nachgegangen, welche Ereignisse den Investitionsschutz-Reformbestrebungen der EU zugrunde liegen, welche konkreten Reformmaßnahmen von der EU bisher gesetzt wurden und woran sich diese orientieren.

Der Abschluss des Beendigungsabkommens ist eines der folgenschwersten und somit wichtigsten Ereignisse in der Geschichte des EU-Investitionsschutzrechts. Deshalb soll das vorliegende Werk den Fragen nachgehen, wie dieses Abkommen inhaltlich ausgestaltet ist, wie es rechtlich zu beurteilen ist und wie es sich auf abgeschlossene, anhängige und neu eingeleitete Schiedsverfahren auswirkt.

Das Werk versucht darüber hinaus einen Beitrag zur Lösung der sich gegenwärtig ergebenden Investitionsschutzrechtsproblematik in der EU zu leisten. Zu diesem Zweck schließt es mit einer Diskussion hinsichtlich der Notwendigkeit der Einführung eines Ersatzmechanismus zum Schutz von Investitionen im Binnenmarkt nach der Beendigung der Intra-EU-BITs, der möglichen Ausgestaltung eines solchen Mechanismus und einem Ausblick bezüglich der zu erwartenden künftigen Entwicklungen ab.

Konkret ergeben sich demnach folgende zu beantwortende Forschungsfragen:

Wie stellt sich der Status quo des Investitionsschutzrechts der EU im Lichte der aktuellen EuGH-Rechtsprechung zu Intra-EU-Investitionsschutzabkommen dar?

Welche wesentlichen Ereignisse führten zum Bestreben der EU, den unionsrechtlichen Investitionsschutz zu reformieren? Welche konkreten Schritte hat die EU bisher unternommen, um einen Ersatzmechanismus für das alte Investor-Staat- Streitbeilegungssystem zu

schaffen? Woran orientieren sich die bisherigen Reformbestrebungen der EU?

Wie ist das Beendigungsabkommen konkret ausgestaltet? Wie ist dieses Abkommen rechtlich einzuordnen? Welche Auswirkungen hat das Beendigungsabkommen auf bereits abgeschlossene, anhängige und neu eingeleitete Schiedsverfahren?

Welche Auswirkungen haben die EuGH-Entscheidungen *Achmea*, *Komstroy*, *PL Holdings* und *European Food SA ua* auf den Rechtsschutz von Intra-EU-Investoren? Genießen Intra- EU-Investoren gegenüber Extra-EU-Investoren einen schwächeren Rechtsschutz?

Besteht die Notwendigkeit der Etablierung eines Ersatzmechanismus zum Schutz von Investitionen im Binnenmarkt nach der Beendigung der Intra-EU-BITs? Wie könnte ein solcher Ersatzmechanismus aussehen?

