

JULIANE AHNER

Investor-Staat-
Schiedsverfahren
nach Europäischem
Unionsrecht

Jus Internationale et Europaeum

103

Mohr Siebeck

Jus Internationale et Europaeum

herausgegeben von
Thilo Marauhn und Christian Walter

103



Juliane Ahner

Investor-Staat-Schiedsverfahren nach Europäischem Unionsrecht

Zulässigkeit und Ausgestaltung
in Investitionsabkommen der Europäischen Union

Mohr Siebeck

Juliane Ahner, geboren 1984; Studium der Rechtswissenschaften an der Bucerius Law School, Hamburg, und der Osgoode Hall Law School, Toronto, mit dem Schwerpunkt Europäisches und Internationales Recht; Wissenschaftliche Mitarbeiterin in einer Wirtschaftskanzlei; Referendariat am Kammergericht Berlin und in Sarajewo; 2014 Promotion.

e-ISBN PDF 978-3-16-153734-9

ISBN 978-3-16-153727-1

ISSN 1861-1893 (Jus Internationale et Europaeum)

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

© 2015 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

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 Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Meinen Eltern und meinen Geschwistern

Vorwort

„[...] access to investor-State arbitration is one of the hallmarks effective investor-State cooperation and investment protection depends on.“¹

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommertrimester 2014 an der Bucerius Law School – Hochschule für Rechtswissenschaft – in Hamburg als Dissertation angenommen. Die mündliche Prüfung fand am 8. Oktober 2014 statt.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Jörn Axel Kämmerer, für die Betreuung der Promotion und viele hilfreiche Anregungen. Herrn Professor Dr. Jasper Finke, LL.M., danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Der Fazit-Stiftung danke ich für ihren großzügigen Druckkostenzuschuss, ohne den diese Veröffentlichung nicht möglich gewesen wäre.

Besonders bedanken möchte ich mich bei Herrn Dr. Simon Burger für seine Unterstützung und Diskussionsbereitschaft beim Verfassen der Dissertation, bei Herrn Dr. Jan Asmus Bischoff für seine kritischen Anregungen und bei Herrn Frederik Wetzel für die Durchsicht des Manuskripts.

Mein größter Dank gilt meiner Familie und meinen Freunden für ihre uneingeschränkte Motivation und Unterstützung. Sie haben die Anfertigung dieses Buches überhaupt erst ermöglicht. Danke.

Berlin, im Februar 2015

Juliane Ahner

¹ *Schill* in: Kessedjian, 2011, S. 129, 134.

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Abkürzungsverzeichnis Zeitschriften	XXII
Einleitung.....	1
Teil 1: Die Hintergründe der europäischen Auslandsinvestitionspolitik.....	18
Kapitel 1: Der Inhalt des internationalen Investitionsrechts.....	18
Kapitel 2: Entwicklung einer Unionskompetenz für Auslandsinvestitionen	64
Teil 2: Kompetenz der Union für ein Investitionsabkommen mit Investor-Staat-Schiedsverfahren und Bindung der Union	89
Kapitel 1: Kompetenz für den Abschluss eines Investitionsabkommens mit Investor-Staat-Schiedsverfahren sowie dessen Ausgestaltung.....	90
Kapitel 2: Bindung der Union und der Mitgliedstaaten an ein gemischtes Investitionsabkommen mit Investor-Staat- Schiedsverfahren.....	191
Teil 3: Vereinbarkeit des Investor-Staat-Schiedsverfahrens mit der Autonomie der Unionsrechtsordnung	204
Teil 4: Ausgestaltung eines Investor-Staat-Schiedsverfahrens der Union....	240
Teil 5: Haftung von Union und Mitgliedstaaten in Investor-Staat- Schiedsverfahren.....	275
Kapitel 1: Völkerrechtliche Haftung von Union und Mitgliedstaaten bei Verstößen gegen Pflichten eines gemischten Investitionsabkommens.....	275
Kapitel 2: Unionsinterne Haftung von Union und Mitgliedstaaten bei Verstößen gegen Pflichten eines gemischten Investitionsabkommens.....	312
Teil 6: Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse der Arbeit.....	349

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
Abkürzungsverzeichnis Zeitschriften	XXII

Einleitung.....	1
A. Problemaufriss	1
I. Die Motivation für eine Auslandsinvestitionskompetenz.....	1
II. Die derzeitige Regelung des Investitionsschutzes	2
III. Die Bedeutung des Investor-Staat-Schiedsverfahrens	3
IV. Mögliche Schiedsklagen gegen die Union	4
V. Rechtliche Fragestellungen.....	5
B. Stand der Rechtssetzung	6
C. Gegenstand und Gang der Bearbeitung	8
I. Die Kommissionsvorschläge für das Investor-Staat- Schiedsverfahren in einer europäischen Auslandsinvestitionspolitik.....	10
1. Die zukünftigen Investitionsabkommen der Union	10
2. Das Investor-Staat-Schiedsverfahren in den Unionsabkommen	11
a) Verfahrenseigenschaften	11
b) Völkerrechtliche Haftung.....	13
c) Unionsinterne Haftung	13
aa) Haftungsverteilung im Innenverhältnis.....	14
bb) Auftreten als Schiedsbeklagter und Zusammenarbeit zwischen Union und Mitgliedstaat	14
cc) Rückgriffsmechanismen	15
II. Gang der Bearbeitung	16

Kapitel 1: Die Hintergründe der europäischen Auslandsinvestitionspolitik	18
§ 1. Der Inhalt des internationalen Investitionsrechts	18
A. Interessenlagen in Auslandsinvestitionssachverhalten	18
B. Regelungsinstrumente für Auslandsinvestitionssachverhalte	20
I. Materiellrechtliche Regelungsinstrumente	20
1. Völkergewohnheitsrecht	20
2. Völkervertragsrecht	22
a) Investitionsschutzabkommen	22
b) Liberalisierungsinstrumente	25
c) Menschenrechtsabkommen	27
3. Soft Law	28
4. Investitionsverträge und Investitionsgesetze	29
II. Investitionsversicherungen	29
III. Verfahrensrechtliche Gewährleistung: Streitbeilegung in Investitionssachverhalten	30
1. Arten von Streitbeilegungsverfahren im internationalen Investitionsrecht	30
a) Nationale Gerichte	31
b) Diplomatischer Schutz	32
c) Zwischenstaatliche Streitbeilegung	33
d) Investor-Staat-Schiedsverfahren	34
aa) Bedeutung und Entwicklung der Investor-Staat- Schiedsverfahren	35
bb) Arten von Investor-Staat-Schiedsverfahren	36
cc) Schwächen des Investor-Staat-Schiedsverfahrens	40
2. Im Vergleich: Streitbeilegungsverfahren im Welthandelsrecht und in den Freihandelsabkommen der Union	44
a) Streitbeilegung gemäß dem Dispute Settlement Understanding	45
b) Streitbeilegung in Freihandelsabkommen der Union	46
3. Zwischenergebnis	48
C. Der Investitionsbegriff	49
I. Die OECD Benchmark Definition und das Balance of Payments Manual des Internationalen Währungsfonds	50
II. Investitionsversicherungen	53
III. Liberalisierungsinstrumente	55
IV. Investitionsgesetze	57
V. Bi- und multilaterale Investitionsschutzabkommen	57

VI. Art. 25 ICSID-Konvention und seine Auslegung durch die Schiedsgerichte	59
VII. Zwischenergebnis	62
D. Zwischenergebnis	63
§ 2. <i>Entwicklung einer Unionskompetenz für Auslandsinvestitionen</i>	64
A. Die Entwicklung der gemeinsamen Handelspolitik.....	65
B. Die Entwicklung einer Kompetenz für Auslandsinvestitionen	70
I. Das Handeln der Kommission vor 1980	70
II. Der Vertrag von Maastricht	72
III. Die Teilnahme der Europäischen Gemeinschaften an der Uruguay-Handelsrunde und das Gutachten 1/94	73
IV. Der dritte revidierte Beschluss der OECD über die Inländerbehandlung	75
V. Die OECD-Verhandlungen über ein Multilaterales Investitionsabkommen	76
VI. Die Verhandlungen über Investitionen innerhalb der WTO	77
VII. Die Regierungskonferenz „Dublin II“ und der Vertrag von Amsterdam	77
VIII. Der Vertrag von Nizza.....	78
IX. Der Entwurf des Vertrags über eine Verfassung für Europa	78
X. Der Vertrag von Lissabon.....	82
C. Das außenpolitische Handeln der Gemeinschaft mit investitionsrechtlichen Inhalten vor dem Vertrag von Lissabon.....	83
I. Bilaterales Handeln mit investitionsrechtlichen Inhalten	83
1. Bilaterale Abkommen	83
2. Die Minimum Platform on Investment (MPoI)	85
II. Multilaterales Handeln mit investitionsrechtlichen Inhalten.....	87
D. Ergebnis: Der Wunsch nach einer EU-Kompetenz für Auslandsinvestitionen	88

Kapitel 2: Kompetenz der Union für ein Investitionsabkommen mit Investor-Staat- Schiedsverfahren und Bindung der Union

89

§ 1. <i>Kompetenz für den Abschluss eines Investitionsabkommens mit Investor-Staat-Schiedsverfahren sowie dessen Ausgestaltung</i>	90
A. Parteifähigkeit der Union in internationalen Streitbeilegungsverfahren.....	91

B. Umfang der Kompetenz zur Vereinbarung eines Investitionsabkommens mit Investor-Staat-Schiedsverfahren	92
I. Der mögliche Umfang zukünftiger europäischer Investitionsabkommen	93
1. Investitionsarten	93
2. Regelungsbereich.....	94
II. Ausdrückliche Außenkompetenzen.....	94
1. Die ausschließliche Außenkompetenz für die gemeinsame Handelspolitik	95
a) Die erfassten Auslandsinvestitionen.....	96
aa) Ausländische Direktinvestitionen	96
(1) Ausländisch	96
(2) Direktinvestitionen	97
(a) Wortlaut	98
(b) Systematische Auslegung.....	99
(c) Historische Auslegung	105
(d) Teleologische Auslegung	109
(e) Zwischenergebnis.....	109
(3) Keine Beschränkung auf den Produktionssektor ..	112
(4) Zwischenergebnis	113
bb) Handel mit Waren und Dienstleistungen	114
cc) Handelsaspekte des geistigen Eigentums	115
dd) Oberbegriff: Handelspolitik.....	116
ee) Zwischenergebnis.....	117
b) Regelungsbereich der erfassten Auslandsinvestitionen.....	118
aa) Verhandlungs- oder materielle Kompetenz.....	118
bb) Keine Beschränkung auf Grundsätze der Handelspolitik.....	120
cc) Regelung von Direktinvestitionen	120
(1) Keine Beschränkung auf Handelsaspekte.....	121
(2) Keine Beschränkung auf Marktzugangs- regelungen	125
(3) Regelung relativer Behandlungsstandards nach Marktzutritt	129
(4) Regelung absoluter Behandlungsstandards nach Marktzutritt	129
(5) Weitere Regelungsbereiche von Investitionsabkommen	134
(6) Zwischenergebnis	136
dd) Regelung von Konzessionen und Rechten des geistigen Eigentums	136
c) Ausübungsbeschränkungen	137

aa) Keine Auswirkung auf die Abgrenzung der Zuständigkeiten zwischen Union und Mitgliedstaaten	137
bb) Harmonisierungsverbot	144
cc) Zwischenergebnis.....	146
d) Ergebnis.....	147
2. Die ausschließliche Außenkompetenz für Assoziierungsabkommen und Nachbarschaftsabkommen	147
3. Die ausschließliche Außenkompetenz für Abkommen im Zusammenhang mit Währungsfragen oder Devisenregelungen	149
4. Die parallele Unionskompetenz für Abkommen zur Entwicklungszusammenarbeit und zur wirtschaftlichen, finanziellen und technischen Zusammenarbeit	150
5. Keine geteilte Außenkompetenz für Maßnahmen zur Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit	151
6. Zwischenergebnis	154
III. Implizite Außenkompetenzen	154
1. Voraussetzungen ausschließlicher impliziter Außenkompetenzen	158
a) Abkommensabschluss ist in einem Gesetzgebungsakt der Union vorgesehen	158
b) Abkommensabschluss ist notwendig, um interne Zuständigkeiten auszuüben.....	160
c) Abkommensabschluss der Mitgliedstaaten könnte gemeinsame Regeln beeinträchtigen oder deren Tragweite verändern	163
d) Ungeschriebene ausschließliche implizite Außenkompetenzen	167
2. Voraussetzungen geteilter impliziter Außenkompetenzen.....	167
a) Abkommensabschluss ist zur Verwirklichung eines der in den Verträgen festgesetzten Ziele erforderlich.....	168
b) Abkommensabschluss ist in einem verbindlichen Rechtsakt der Union vorgesehen.....	172
c) Abkommensabschluss der Mitgliedstaaten könnte gemeinsame Vorschriften beeinträchtigen oder deren Anwendungsbereich ändern	172
d) Ungeschriebene geteilte implizite Außenkompetenzen	172
3. Implizite Außenkompetenzen für ein Investitionsabkommen	173
a) Binnenkompetenzen im Bereich der Niederlassungsfreiheit	174
b) Binnenkompetenzen für die Regelung von Kapitalbewegungen	176

c) Binnenkompetenzen im Bereich der Dienstleistungsfreiheit	178
d) Wettbewerbsrechtliche Binnenkompetenzen	179
e) Binnenkompetenzen für die Einreise und den Aufenthalt von investitionsbezogenem Personal.....	181
f) Binnenkompetenzen für den Verkehr	182
g) Binnenkompetenzen für die Energiepolitik	183
h) Binnenkompetenzen für die Rechtsangleichung im Binnenmarkt	184
i) Ergänzungskompetenz	186
j) Zwischenergebnis	187
IV. Ergebnis	189
C. Möglichkeit zum Erlass von Sekundärrecht zur internen Ausgestaltung von Investor-Staat-Schiedsverfahren	189
 § 2. <i>Bindung der Union und der Mitgliedstaaten an ein gemischtes Investitionsabkommen mit Investor-Staat-Schiedsverfahren</i>	191
A. Unionsrechtliche Bindung an ein gemischtes Investitionsabkommen	191
B. Völkerrechtliche Bindung an ein gemischtes Investitionsabkommen	193
I. Investitionsabkommen mit konkreter Kompetenzerklärung.....	194
II. Investitionsabkommen ohne oder mit allgemeiner Kompetenzerklärung.....	197
C. Zwischenergebnis.....	203
 Kapitel 3: Vereinbarkeit des Investor-Staat-Schiedsverfahrens mit der Autonomie der Unionsrechtsordnung.....	204
A. Das Prinzip der Autonomie der Unionsrechtsordnung als Begründung der ausschließlichen Zuständigkeit des EuGH	206
B. Verbindlichkeit der Entscheidungen	210
C. Verstoß gegen die ausschließliche Zuständigkeit des EuGH aus Art. 344 AEUV	213
I. Streitigkeit über die Auslegung und Anwendung der Verträge.....	214
II. Streitigkeit zwischen Mitgliedstaaten.....	215
D. Beeinträchtigung der Autonomie der Unionsrechtsordnung.....	215
I. Beeinträchtigung der autonomen Auslegung des Unionsrechts durch eine verbindliche Auslegung des Schiedsgerichts	216
1. Schiedsgericht legt reines Abkommensrecht aus.....	216

2. Förmliche Bindung des EuGH, weil Schiedsgericht originäres Unionsrecht auslegt	217
3. Förmliche Bindung des EuGH, weil ein Schiedsgericht materielles Unionsrecht anwendet und das Abkommen den EuGH zur Berücksichtigung dieser Entscheidungen verpflichtet	219
a) Materielle Übereinstimmung von originärem Unions- und Abkommensrecht	221
b) Bindung des EuGH an die Auslegung des Schiedsgerichts	221
4. Faktische Bindung des EuGH	222
5. Möglichkeiten zur Sicherung der autonomen Auslegung des Unionsrechts	225
II. Verfälschung der Zuständigkeiten der Union	225
III. Verfälschung der Zuständigkeiten der Unionsorgane, insbesondere des Gerichtshofs	227
1. Verfälschung der ausschließlichen Zuständigkeit des EuGH zur Kontrolle der Rechtmäßigkeit des Handelns der Unionsorgane	227
a) Verfälschung durch Prüfung des Unionshandelns am Investitionsabkommen	228
aa) Überprüfung von Unionshandeln an originärem Unionsrecht	230
bb) Überprüfung von Unionshandeln an Völkerrecht von grundlegender Bedeutung	231
cc) Überprüfung von Unionshandeln an materiellem Unionsrecht	232
dd) Überprüfung von Unionshandeln an Abkommensrecht, das mit Unionsrecht funktional übereinstimmt	232
b) Verfälschung durch Anordnung von Naturalrestitution durch das Schiedsgericht	233
c) Zwischenergebnis	234
2. Verfälschung des Wesens der Zuständigkeiten des EuGH	234
IV. Zwischenergebnis	236
E. Weitergehende Möglichkeiten, um das Investor-Staat- Schiedsverfahren mit der Autonomie der Unionsrechtsordnung zu vereinbaren	237
F. Ergebnis	239

Kapitel 4: Ausgestaltung eines Investor-Staat-Schiedsverfahrens der Union	240
A. Investor-Staat-Streitbeilegung in den bestehenden Schiedsverfahren.....	240
I. Arten von Investor-Staat-Schiedsverfahren	241
1. Schiedsverfahren gemäß der ICSID-Konvention.....	241
a) Beitritt der Union zur ICSID-Konvention in ihrer derzeitigen Form.....	241
b) Möglichkeit einer Änderung der Beitrittsvoraussetzungen zur ICSID-Konvention.....	243
2. Weitere Schiedsverfahren	245
a) Institutionalisierte Schiedsverfahren	246
b) Nicht-institutionalisierte Schiedsverfahren.....	247
c) Erfordernis eines Beitritts zur New York-Konvention.....	247
3. Zwischenergebnis	250
II. Schwächen der bestehenden Schiedsverfahren	251
1. Zuständigkeit von Investitionsschiedsgerichten	252
a) Gefahr des Forum Shopping.....	253
b) Parallelverfahren mit widersprüchlichen Ergebnissen	254
c) Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs.....	258
d) Verfahrensrechtliche Wirkung von Meistbegünstigungsklauseln	259
e) Zwischenergebnis	260
2. Ausgestaltung des Schiedsverfahrens.....	261
a) Mangelnde Transparenz des Schiedsverfahrens	261
aa) Derzeitige Situation in Schiedsverfahren	261
bb) Lösungsmöglichkeiten.....	263
b) Mangelnde Kohärenz der Rechtsprechung der Schiedsgerichte.....	266
aa) Derzeitige Situation in Schiedsverfahren	266
bb) Lösungsmöglichkeiten.....	267
3. Zwischenergebnis	270
III. Ergebnis	270
B. Errichtung eines neuen Streitbeilegungsverfahrens.....	272
C. Ergebnis	273
 Kapitel 5: Haftung von Union und Mitgliedstaaten in Investor-Staat-Schiedsverfahren	 275
§ 1. Völkerrechtliche Haftung von Union und Mitgliedstaaten bei Verstoßen gegen Pflichten eines gemischten Investitionsabkommens....	275

A. Völkerrechtliche Verantwortlichkeit.....	276
I. Völkerrechtsverletzung	280
II. Zurechnung von Verhalten zu Union und Mitgliedstaaten	283
1. Zurechnung von Verhalten zur Union	283
a) Zurechnung des Verhaltens der Unionsorgane	283
b) Zurechnung des Verhaltens der mitgliedstaatlichen Organe	284
aa) Mitgliedstaatliche Organe als Unionsorgane	285
bb) Akzessorische Haftung der Union für die Mitgliedstaaten	289
cc) Zurechnung über <i>leges speciales</i>	292
dd) Zwischenergebnis.....	293
2. Zurechnung von Verhalten zu den Mitgliedstaaten	294
a) Zurechnung des Verhaltens der mitgliedstaatlichen Organe	294
b) Zurechnung des Verhaltens der Unionsorgane	295
3. Zwischenergebnis	297
III. Rechtsfolge: Umfang der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit von Union und Mitgliedstaaten	297
IV. Zwischenergebnis.....	301
B. Die Bestimmung des Schiedsbeklagten im Investitionsabkommen	302
I. Mögliche Verfahrensparteien im Investor-Staat-Schiedsverfahren	302
II. Evaluation verschiedener Lösungsvorschläge	303
1. Die Union als prinzipielle Schiedsbeklagte	304
2. Der Mitgliedstaat als prinzipieller Schiedsbeklagter	306
3. Union und handelnder Mitgliedstaat als gemeinsame Schiedsbeklagte	307
4. Flexible Lösung	310
III. Ergebnis	311
§ 2. <i>Unionsinterne Haftung von Union und Mitgliedstaaten bei Verstößen gegen Pflichten eines gemischten Investitionsabkommens</i>	312
A. Haftungsverteilung zwischen Union und handelndem Mitgliedstaat..	312
I. Die Kausalität bei unionsrechtlichen Schadensersatzansprüchen...	314
II. Zurechnung der mitgliedstaatlichen Organe als Unionsorgane.....	316
III. Anknüpfung an den letzten schädigenden Akt oder die Erstverursachung	317
IV. Anknüpfung an rechtliche Gestaltungsmacht.....	318
V. Zwischenergebnis	319
B. Unionsinterne Konkretisierung der Verfahrensparteien	321
I. Die unionsinterne Bestimmung der Schiedsbeklagten	321
II. Zusammenarbeit im Schiedsverfahren	323

III. Berechtigung zum Vergleichsabschluss	326
C. Regressanspruch und Durchsetzung.....	326
I. Bestehen eines Regressanspruchs.....	328
1. De lege lata.....	329
a) Schadensersatzanspruch gegen die Union oder die Mitgliedstaaten	329
b) Art. 4 Abs. 3 EUV	332
c) Allgemeine Rechtsgrundsätze	332
d) Zwischenergebnis	333
2. De lege ferenda.....	333
a) Bedürfnis einer Neuregelung.....	334
b) Regelung im Verordnungsvorschlag der Kommission.....	337
II. Durchsetzung des Regressanspruchs	337
1. De lege lata.....	338
a) Union gegen Mitgliedstaat	338
aa) Vertragsverletzungsverfahren	338
(1) Verletzung der Pflicht, das Abkommen einzuhalten	338
(a) Unmittelbare Wirkung der Investitions- abkommen in der Unionsrechtsordnung	338
(b) Umfang der Prüfungskompetenz des EuGH für ein gemischtes Investitionsabkommen	342
(c) Zwischenergebnis.....	343
(2) Verletzung der Pflicht zum Innenausgleich.....	343
bb) Schadensersatzklage.....	345
b) Mitgliedstaat gegen Union	345
aa) Nichtigkeits- oder Untätigkeitsklage	345
bb) Schadensersatzklage.....	346
2. De lege ferenda: Der Verordnungsvorschlag der Kommission.....	346
III. Ergebnis	347

Kapitel 6: Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse der Arbeit

349

A. Zur Einleitung und zum ersten Kapitel über die Hintergründe der europäischen Auslandsinvestitionspolitik.....	349
B. Zum zweiten Kapitel über die Kompetenz der Union für ein Investitionsabkommen mit Investor-Staat-Schiedsverfahren und die Bindung der Union.....	350

C. Zum dritten Kapitel über die Vereinbarkeit des Investor-Staat-Schiedsverfahrens mit der Autonomie der Unionsrechtsordnung.....	352
D. Zum vierten Kapitel über die Ausgestaltung eines Investor-Staat-Schiedsverfahrens der Union.....	352
E. Zum fünften Kapitel über die Haftung von Union und Mitgliedstaaten in Investor-Staat-Schiedsverfahren.....	353
Literaturverzeichnis.....	355
Sachregister.....	379

Abkürzungsverzeichnis Zeitschriften

AI	Arbitration International
AJIL	American Journal of International Law
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
AVR	Archiv des Völkerrechts
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BAnz.	Bundesanzeiger
Bull. EU	Bulletin der Europäischen Union
BYIL	British Yearbook of International Law
CJTL	Columbia Journal of Transnational Law
CMLR	Common Market Law Review
CYELP	Croatian Yearbook of European Law and Policy
CYELS	Cambridge Yearbook of European Legal Studies
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
EFAR	European Foreign Affairs Review
EJIL	European Journal of International Law
ELJ	European Law Journal
ELR	European Law Review
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuLF	The European Legal Forum
EuR-Beiheft	Europarecht-Beiheft
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
EYIEL	European Yearbook of International Economic Law
FLR	Fordham Law Review
GLJ	German Law Journal
GRUR Int	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil
GYIL	German Yearbook of International Law
IBL	International Business Lawyer
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
ICSID Rev-FILJ	ICSID Review: Foreign Investment Law Journal
ILM	International Legal Materials
IOLR	International Organizations Law Review
IPrax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
ITN	Investment Treaty News
JCMS	Journal of Common Market Studies
JIA	Journal of International Arbitration
JIEL	Journal of International Economic Law
Jur.Bl.	Juristische Blätter
JuS	Juristische Schulung

JWI	Journal of World Investment
JWIT	Journal of World Investment and Trade
JWT	Journal of World Trade
JWTL	Journal of World Trade Law
JZ	JuristenZeitung
KSzW	Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht
L&P	The Law and Practice of International Courts and Tribunals
LIEI	Legal Issues of Economic Integration
MJGT	Minnesota Journal of Global Trade
NJIL	Nordic Journal of International Law
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
RdC	Recueil de Cours
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
SchiedsVZ	Zeitschrift für Schiedsverfahren
SZIER	Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht
TDM	Transnational Dispute Management
UNYB	Yearbook of the United Nations
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VJTL	Vanderbilt Journal of Transnational Law
YEL	Yearbook of European Law
YIILP	Yearbook on International Investment Law and Policy
YJIL	Yale Journal of International Law
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZEuS	Zeitschrift für Europarechtliche Studien
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft

Einleitung

A. Problemaufriss

Mit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon¹ im Dezember 2009 hat die Europäische Union in der gemeinsamen Handelspolitik, nun Art. 206 f. des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), eine ausdrückliche Außenkompetenz für „ausländische Direktinvestitionen“ erhalten. Auf der Grundlage dieser Kompetenz soll die Union nach dem Willen der Kommission eigene Investitionsabkommen abschließen, die sukzessive an die Stelle der Investitionsabkommen der Mitgliedstaaten treten und in ihrem sachlichen Umfang sogar über diese hinausgehen sollen. Die Unionsabkommen sollen insbesondere die Möglichkeit von Investor-Staat-Schiedsverfahren vorsehen. Dabei ist unklar, ob ein solches Vorgehen zulässig wäre und welche Grenzen entsprechende Abkommen einzuhalten hätten.

I. Die Motivation für eine Auslandsinvestitionskompetenz

Die Erweiterung der gemeinsamen Handelspolitik um Auslandsinvestitionen ist darauf zurückzuführen, dass diese in den vergangenen Jahrzehnten eine immer größere wirtschaftliche Bedeutung gewonnen haben. Internationale Organisationen wie die Welthandelsorganisation (WTO)² und die Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD)³ haben das Thema Auslandsinvestitionen daher bereits in den 1990er Jahren auf ihre Tagesordnungen gesetzt und den Abschluss multilateraler Investitionsabkommen beraten⁴. 2007 hatten die auf ausländischen Direktinvestitionen basierenden Finanzströme vor Beginn der Finanz- und Wirtschaftskrise weltweit ein bisheriges Höchstvolumen von 1,9 Billionen US Dollar erreicht⁵. Für 2013 erwartet die United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) ein weltweites Volumen von 1,45 Billionen US Dollar, für 2014

¹ Vom 13. Dezember 2007, BGBl. 2008 II, S. 1039 ff., ABl. 2007 C 306, S. 1 ff.; konsolidierte Fassung von EUV und AEUV abgedruckt in ABl. 2010 C 83, S. 1 ff.

² Übereinkommen zur Errichtung der WTO vom 15. April 1994, BGBl. 1994 II, S. 1625 ff., ABl. 1994 L 336, S. 3 ff.

³ Errichtet mit Abkommen vom 14. Dezember 1960, BGBl. 1961 II, S. 1151 ff.

⁴ Siehe unten Kapitel 1: § 1: B.V., VI.

⁵ UNCTAD World Investment Report 2009, United Nations Publication, 2009, S. 3.

und 2015 von 1,6 und 1,8 Billionen US Dollar⁶. Die auf ausländischen Direktinvestitionen basierenden Finanzströme aus der Union in Drittstaaten erreichten 2011 ein Volumen von 370 Milliarden Euro und die auf ausländischen Direktinvestitionen basierenden Finanzströme aus Drittstaaten in die Union 2011 eines von 225 Milliarden Euro⁷. Um in den Verhandlungen für ein multilaterales Abkommen auf WTO-Ebene international geschlossen auftreten und die Marktmacht der Mitgliedstaaten in diesem Bereich bündeln zu können, war es aus Sicht der Union erforderlich⁸, dass sie eine umfassende Kompetenz von den Mitgliedstaaten erhielt. Auch nach dem Scheitern der WTO-Verhandlungen wurde dies gegen oder ohne die Mitwirkungen vieler Mitgliedstaaten weiterverfolgt, bis die Kompetenz mit dem Vertrag von Lissabon in die Gemeinsame Handelspolitik aufgenommen wurde⁹. Die Kommission argumentiert, dass die Union nur dann international wettbewerbsfähig bleiben und ihr Wirtschaftswachstum steigern könne, wenn sie sowohl ausländischen Investoren in der Union als auch Investoren aus der Union im Ausland ein „offenes, sachgerecht und fair geregeltes Unternehmensumfeld für ihre Geschäftstätigkeiten“ garantiere¹⁰.

II. Die derzeitige Regelung des Investitionsschutzes

Bis heute ist das internationale Investitionsrecht¹¹ durch ein Netz bilateraler und multilateraler Investitionsabkommen¹² geprägt, die überwiegend auf zwischenstaatlicher Ebene¹³ bestehen. Ende 2008 existierten weltweit 2.676 bilaterale Investitionsschutzabkommen (Bilateral Investment Treaties,

⁶ UNCTAD World Investment Report 2013, United Nations Publication, 2013, S. xii.

⁷ Eurostat News Release 88/2012, 13. Juni 2012.

⁸ Zu den Gründen hierfür siehe *Brewer/Young*, JWT 29 (1995), Heft 1, S. 33 ff.

⁹ Siehe im Einzelnen unten Kapitel 1: § 2: B.

¹⁰ Mitteilung der Kommission „Auf dem Weg zu einer umfassenden europäischen Auslandsinvestitionspolitik“ vom 7. Juli 2010, KOM (2010) 343 endg., S. 4. Wie bedeutend die Einbeziehung von Auslandsinvestitionen in die gemeinsame Handelspolitik ist, zeigt sich auch daran, dass sich das Bundesverfassungsgericht in seinem Lissabon-Urteil dazu verpflichtet fühlte, zu dem Umfang der Unionskompetenz Stellung zu nehmen, BVerfGE 123, S. 267, 420 ff. (*Lissabon*). Siehe dazu *Herrmann*, EuR-Beiheft 1/2010, S. 193, 204 ff.; *Terhechte* in: *Bungenberg/Herrmann*, 2011, S. 25, 31 ff. Zu den Äußerungen zur gemeinsamen Handelspolitik im Lissabon-Urteil insgesamt *Weiß* in: *Bungenberg/Herrmann*, 2011, S. 35 ff.; allgemein zu dem Urteil *Mestmäcker*, EuR-Beiheft 1/2010, S. 35 ff.

¹¹ Für die Frage, ob es ein einheitliches Investitionsrecht gibt, siehe unten Kapitel 1: § 1: C.

¹² Für die Differenzierung zwischen Investitions- und Investitionsschutzabkommen siehe unten Kapitel 1: § 1: B.I.2.

¹³ An dem Energy Charter Treaty (ECT) vom 17. Dezember 1994 (BGBl. 1997 II, S. 5 ff., ABl. 1994 L 380, S. 24 ff.) und den WTO-Abkommen, die auch investitionsrechtliche Inhalte haben, ist auch die Union als Rechtsnachfolgerin der Gemeinschaft beteiligt.

BITs)¹⁴, dazu kommen multilaterale Abkommen mit investitionsrechtlichen Inhalten¹⁵. Allein die Mitgliedstaaten der EU haben 1.250 bilaterale Investitionsschutzabkommen mit Drittstaaten und weitere etwa 450 bilaterale Investitionsschutzabkommen untereinander¹⁶ abgeschlossen.

III. Die Bedeutung des Investor-Staat-Schiedsverfahrens

Sollte die Union Vertragspartei von Investitionsschutzabkommen werden, stellt sich die Frage, wie diese aussehen können und aussehen sollen. Einer der bedeutendsten Bestandteile derartiger Abkommen ist das Investor-Staat-Schiedsverfahren. Mit ihm können die Investoren Abkommensverletzungen in unabhängigen Schiedsverfahren ohne Unterstützung ihrer Heimatstaaten unmittelbar gegenüber dem jeweiligen Gastgeberstaat geltend machen. Diese Konstellation ist dem Völkerrecht außerhalb regionaler Menschenrechtssysteme wie der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte (EMRK)¹⁷ oder dem Iran-United States Claims Tribunal¹⁸ nicht bekannt und besteht insbesondere nicht im Recht der WTO als zentralem Rechtsgebiet des Wirtschaftsvölkerrechts. Stattdessen ist das Individuum grundsätzlich auf die Gewährung diplomatischen Schutzes durch seinen Heimatstaat angewiesen¹⁹. Trotz früherer Erwartungen in der Literatur, dass die Union sich in ihren Investitionsabkommen auf zwischenstaatliche Streitbeilegungsverfahren beschränken würde²⁰, hat die Kommission erklärt, Investor-Staat-Schiedsverfahren als „zentrales Merkmal“ der mitgliedstaatlichen Abkommen in die Unionsabkommen aufnehmen zu wollen²¹. Der Investor gehe mit seiner Investition eine langfristige Beziehung zum Gastgeberstaat ein und könne sich bei Schwierigkeiten mit der Investition nicht einfach anderen Märkten zuwenden. Ein Verzicht auf das Verfahren würde deshalb Investoren

¹⁴ Siehe UNCTAD IIA Monitor No. 3 (2009), Recent Developments in International Investment Agreements (2008-June 2009), www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20098_en.pdf, S. 2 (zuletzt abgerufen: 3. Dezember 2014).

¹⁵ Die multilateralen Abkommen entsprechen aufgrund ihrer umfangreichen Beteiligung weiteren etwa 2.000 bilateralen Investitionsschutzabkommen, *Wälde*, JWIT 2005, S. 183 ff.

¹⁶ *Griebel*, RIW 2009, S. 469, 470.

¹⁷ Vom 4. November 1950, BGBl. 1952 II, S. 686 ff., 953.

¹⁸ Das Tribunal wurde in Folge der Investitionsstreitigkeiten nach dem Sturz des Schah 1979 errichtet, damit amerikanische und iranische Staatsangehörige jeweils Entschädigungsansprüche gegen den anderen Staat geltend machen können. Es beruht auf einer indirekten Vereinbarung zwischen den USA und dem Iran, der Claims Settlement Declaration of Algiers vom 19. Januar 1981, ILM 20 (1981), S. 230 ff.; siehe dazu *Pinto*, Iran-United States Claims Tribunal, in: MPEPIL, Bd. 6, 2012, S. 345 ff.

¹⁹ Vergleiche *Griebel*, 2008, S. 93.

²⁰ *Karl*, JWIT 5 (2004), S. 413, 438; *Griebel* in: Bungenberg/Griebel/Hindelang, 2010, S. 211, 215 f.

²¹ KOM (2010) 343 endg., S. 11.

abschrecken und einen Gastgeberstaat gegenüber anderen Staaten unattraktiver machen²². Die Literatur begrüßte diese Absicht. Ein Unionsabkommen ohne Investor-Staat-Schiedsverfahren würde irrelevant bleiben, weil Investorenrechte nicht ausreichend wirksam durchgesetzt werden könnten²³. Erst die Individualklage habe dem Investitionsschutzsystem zu seiner Effektivität verholfen und die Basis dafür gelegt, dass Investitionsabkommen Einfluss auf die Investitionsströme zugesprochen wurde²⁴. In Unionsabkommen wären die Schiedsverfahren nicht nur für europäische Investoren in Drittstaaten²⁵, sondern auch für ausländische Investoren in der Union relevant. Denn auch, wenn die ausländischen Investoren sich nach Marktzutritt auf das Unionsrecht berufen können, das ihnen einen hohen Rechtsstandard und eine hohe Rechtssicherheit bietet, so hätten sie über das Schiedsverfahren doch die Möglichkeit, gegen Maßnahmen der Union und der Mitgliedstaaten ein unabhängiges Schiedsgericht anzurufen.

IV. Mögliche Schiedsklagen gegen die Union

Das Investor-Staat-Schiedsverfahren ist besonders für Drittstaatsinvestoren in der Union keineswegs nur eine hypothetische weitere Rechtsschutzmöglichkeit. Immer häufiger sind in der jüngeren Vergangenheit nicht nur Entwicklungs- sondern auch Industrieländer Schiedsbeklagte in Investor-Staat-Schiedsverfahren gewesen²⁶. In mehreren Fällen wurden auch wegen Maßnahmen der Union oder der Mitgliedstaaten bereits Schiedsklagen gegen Mitgliedstaaten erhoben oder dies zumindest erwogen. Beispiele sind die Kürzung der Einspeisevergütung für erneuerbare Energien für Photovoltaik-Anlagen in Spanien²⁷, die Einführung einer Abschöpfungssteuer auf geförderte Solaranlagen in Tschechien²⁸, Plain-Packaging-Vorgaben für Tabakprodukte²⁹, der Schuldenschnitt in Griechenland³⁰, die Maßnahmen gegen die

²² KOM (2010) 343 endg., S. 11.

²³ Vergleiche *Woolcock*, Studie für das EP, 2010, S. 45.

²⁴ *Griebel* in: Bungenberg/Herrmann, 2011, S. 193, 211.

²⁵ Europäische Investoren haben über die BITs ihrer Heimatstaaten Investor-Staat-Schiedsverfahren bislang besonders aktiv genutzt. Von den weltweit 451 bis Ende 2011 bekannt gewordenen Schiedsverfahren wurden 219 von europäischen Investoren initiiert, siehe *Ripinsky/Rosert*, TDM 10 (2013), S. 9 f. unter Verweis auf UNCTAD-Daten.

²⁶ *Sattorova*, LIEI 39 (2012), S. 223, 230, siehe unten Kapitel 1: § 1: B.III.1.d)cc).

²⁷ „Radikale Einspeisekürzungen in Spanien“, Photovoltaik – Solartechnik für Installateure I Planer I Architekten, 16.07.2013, abrufbar unter: www.photovoltaikeu/Radikale-Einspeisekuerzungen-in-Spanien,QUIEPTU0NDI-0MSZNSUQ9MzAwMjE.html (zuletzt abgerufen: 3. Dezember 2014).

²⁸ „Prag stellt Förderung ein“, Erneuerbare Energien – Das Magazin, 22.08.2013, abrufbar unter: www.erneuerbareenergien.de/prag-stellt-foerderung-ein/150/436/72195/ (zuletzt abgerufen: 3. Dezember 2014).

²⁹ Bei „Plain-Packaging“ werden alle Produkte mit der gleichen Verpackung, d. h. ohne jegliche Markenbezeichnung verkauft. In Australien wurde der Tobacco Plain Packaging

Finanzkrise in Zypern³¹ und die (geplanten) Fracking-Verbote in Europa³². Bislang ist dies auf der Grundlage der bilateralen Investitionsschutzabkommen oder des Energy Charter Treaty möglich. In Zukunft könnten die neuen Unionsabkommen eine Grundlage für Schiedsklagen bieten, insbesondere bei Investitionsabkommen mit anderen Industriestaaten wie Kanada oder den USA³³.

V. Rechtliche Fragestellungen

Es ist bereits unklar, ob und inwieweit sich die Union überhaupt einem völkerrechtlichen Abkommen unterwerfen darf, das ein eigenes Streitbeilegungssystem vorsieht. Mit Abschluss des Abkommens wäre die Union völkerrechtlich an die Entscheidungen dieses Gerichts gebunden. Der Europäische Gerichtshof hat sich in seiner Rechtsprechung bereits mehrfach zu der Frage geäußert, ob und unter welchen Umständen die Union einem solchen Abkommen beitreten kann³⁴. Die Union kann zudem nicht alle Schiedsverfahren nutzen, die derzeit von den Mitgliedstaaten verwendet werden, weil nicht alle von ihnen internationalen Organisationen offen stehen. Unklar ist auch,

Act 2011 am 1. Dezember 2011 eingeführt. Philip Morris Asia verklagte Australien daraufhin auf der Grundlage des Hongkong-Australian Investitionsschutzabkommen vor einem Investor-Staat-Schiedsgericht, siehe „Investor-state arbitration – tobacco plain packaging“, www.ag.gov.au/internationalrelations/internationallaw/pages/tobaccoplainpackaging.aspx (zuletzt abgerufen: 3. Dezember 2014). Zwar enthält der aktuelle Richtlinien-Vorschlag KOM (2012) 788 endg. vom 19. Dezember 2012 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Herstellung, die Aufmachung und den Verkauf von Tabakerzeugnissen und verwandten Erzeugnissen selbst keine entsprechende Vorgabe. Er lässt den Mitgliedstaaten aber offen, selbst eine Verpflichtung einzuführen, KOM (2012) 788 endg., S. 7, vergleiche Art. 23 Abs. 2 lit. a.

³⁰ „Germans seek lawsuits over Greek debt swap“, *Financial Times*, 12. März 2012, www.ft.com/cms/s/0/79ed422c-6c67-11e1-bd0c-00144feab49a.html#axzz1owGOYBS3 (zuletzt abgerufen: 3. Dezember 2014).

³¹ „The Cypriot Debt Crisis and Recourse to International Arbitration“, *International Arbitration Law*, 1. Mai 2013, www.internationalarbitrationlaw.com/cypriot-debt-crisis-and-recourse-to-international-arbitration (zuletzt abgerufen: 3. Dezember 2014).

³² „The Right to say no: EU-Canada trade agreement threatens fracking bans, Corporate Europe Observatory, 6. Mai 2013, corporateeurope.org/climate-and-energy/2013/05/right-say-no-eu-canada-trade-agreement-threatens-fracking-bans (zuletzt abgerufen: 3. Dezember 2014).

³³ Vergleiche *Lavranos*, TDM 10 (2013), S. 13. Siehe zu möglichen Abkommenspartnern der Union B.

³⁴ EuGH, Gutachten 1/91, *EWRI*, Slg. 1991, S. I-6079 ff.; EuGH, Gutachten 1/92, *EWRII*, Slg. 1992, S. I-2821 ff.; EuGH, Gutachten 2/94, *EMRK*, Slg. 1996, S. I-1759 ff.; EuGH, Gutachten 1/00, *GELR*, Slg. 2002, S. I-3493 ff.; EuGH, Gutachten 1/09, *Europäisches Patentgericht*, Slg. 2011, S. I-1137 ff.; siehe auch EuGH, Rs. C-459/03, *Kommission v. Irland (Mox Plant)*, Slg. 2006, S. I-4635 ff.