



Walter Hallstein-Institut
für Europäisches Verfassungsrecht

Humboldt-Universität zu Berlin

WHI - Paper 01/11

**Der primärrechtliche Rahmen einer EU Investitionsschutzpolitik:
Zulässigkeit und Grenzen von Investor-Staat-Schiedsverfahren
aufgrund künftiger EU Abkommen[†]**

*Steffen Hindelang**

[†] Dieser Beitrag beruht teilweise auf dem durch den Autor im Rahmen der Tagung des Arbeitskreises Europäische Integration e.V. („AEI“) „Die gemeinsame Handelspolitik der Europäischen Union ‚nach Lissabon‘“ am 26. September 2010 in Berlin gehaltenen Vortrag als auch auf der anlässlich des 6. Jahrestreffens des „Gesprächskreis Investitionsrecht und -schiedsgerichtsbarkeit“ am 18. November 2010 in Frankfurt am Main vorgestellten Präsentation. Der Beitrag wurde zum 31.12.2010 abgeschlossen und erscheint im Tagungsband „Die Gemeinsame Handelspolitik der Europäischen Union ‚nach Lissabon‘“, hrsg. von Marc Bungenberg und Christoph Herrmann, Schriftenreihe des AEI, Nomos, Baden-Baden 2011; Zitiervorschlag für das WHI-Paper: Hindelang, Der primärrechtliche Rahmen einer EU Investitionsschutzpolitik: Zulässigkeit und Grenzen von Investor-Staat-Schiedsverfahren aufgrund künftiger EU Abkommen, WHI-Paper 01/11, abrufbar unter <http://www.whi-berlin.de/documents/whi-paper0111.pdf>.

Für wertvolle Anmerkungen zu früheren Fassungen des Textes sei Frau Dr. iur. Maria Decheva, LL.M., Frau Ref. iur. Katharina Berner, Herrn Ref. iur. Christian Djefal, Frau stud. iur. Kristin Bettge und Herrn stud. iur. Sebastian Leuschner, B. A. herzlich gedankt.

* Dr. iur., LL.M., Wissenschaftlicher Assistent an der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht (Prof. Dr. jur. Dr. h.c. Ingolf Pernice) sowie Mitarbeiter am Walter Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht. Der Autor kann unter st.hi@gmx.de kontaktiert werden.

Übersicht

A. EINLEITUNG	2
B. DIE EU KOMPETENZ ZUR REGELUNG MATERIELLER SCHUTZSTANDARDS FÜR AUSLÄNDISCHE INVESTITIONEN IN KÜNFTIGEN EU IIAS	4
I. DIE EU KOMPETENZ ZUR REGELUNG AUSLÄNDISCHER DIREKTINVESTITIONEN IM RAHMEN DER GEMEINSAMEN HANDELSPOLITIK – ART. 207 ABS. 2 UND 3 AEUV	4
1. <i>Der Begriff der Direktinvestition im AEUV</i>	4
2. <i>Umfang der Kompetenz</i>	6
II. IMPLIZITE AUßENKOMPETENZEN ZUR REGELUNG VON PORTFOLIOINVESTITIONEN	7
C. DIE REGELUNG DER STREITBEILEGUNG IM RAHMEN VON EU ABKOMMEN	9
I. VÖLKERRECHTLICHE FÄHIGKEIT UND VERFASSUNGSRECHTLICHE KOMPETENZ DER EUROPÄISCHEN UNION, PARTEI IN INTERNATIONALEN STREITBEILEGUNGSVERFAHREN ZU SEIN	9
II. BINDUNG DER EU AN ABKOMMEN UND AN DIE ENTSCHEIDUNG EINES AUFGRUND EINES SOLCHEN ABKOMMENS EINGERICHTETEN GERICHTS AUS VÖLKER- UND EUROPARECHTLICHER PERSPEKTIVE	10
III. DIE VEREINBARKEIT VON ABKOMMEN UND ENTSCHEIDUNG EINES AUFGRUND EINES SOLCHEN ABKOMMENS EINGERICHTETEN GERICHTS MIT DEM PRIMÄRRECHT	12
1. <i>Die Wahrung der Autonomie der Unionsrechtsordnung bei der Auslegung von Unionsrechtsvorschriften</i>	14
2. <i>Drittstaatsabkommen, die durch die Unterwerfung unter ein Abkommensgericht die Zuständigkeiten der Union und ihrer Organe verfälschen können</i>	16
IV. INVESTOR-STAAAT-SCHIEDSVERFAHREN UND DIE AUTONOMIE DER UNIONSRECHTSORDNUNG	17
1. <i>Gegenwärtiges Modell des Investor-Staat-Schiedsverfahrens</i>	18
2. <i>Beeinträchtigung der autonomen Auslegung des Unionsrechts?</i>	18
a. <i>Materielle Übereinstimmung von originärem Unions- und Abkommensrecht?</i>	19
b. <i>Harmonierungsziel?</i>	20
c. <i>Ausdehnung der EuGH-Rechtsprechung zum Verbot der Beeinträchtigung der autonomen Auslegung des Unionsrechts?</i>	21
3. <i>Beeinträchtigung der Zuständigkeiten der Union und ihrer Organe?</i>	23
D. SCHLUSSBEMERKUNG	26

A. Einleitung

Ein Jahr nach Inkrafttreten des Lissabon-Vertrages kann man nunmehr auf europäischer Ebene deutliche Bestrebungen seitens der Organe erkennen, eine kohärente Europäische Investitionspolitik zu formulieren. Die vom Europäischen Parlament in Auftrag gegebene Studie „*The EU Approach to International Investment Policy after the Lisbon Treaty*“ („**EP-Studie**“)¹ stellt einen ersten ernstzunehmenden, zukunftsweisenden Versuch dar, *policy space* und *options* für eine Gemeinsame Europäische Investitionspolitik greifbar zu machen. Nicht gering zu schätzen ist ihr Beitrag, eine gelegentlich emotionalisierte Diskussion² zu versachlichen und zu strukturieren.

Auch die Europäische Kommission mit Ihrer Mitteilung „*Towards a Comprehensive European International Investment Policy*“³ sowie der Rat mit seinen „*Conclusions on a Comprehensive European International Investment Policy*“⁴ leisten einen ersten, wenn auch kursorischen Beitrag zur beginnenden Diskussion über die Visionen, Ziele, Strategien, Akteure und Mittel einer künftigen Gemeinsamen Europäischen Investitionspolitik.

Allen Papieren ist gemein, dass sie das Investor-Staat-Schiedsverfahren als einen wichtigen Bestandteil einer zukünftigen Gemeinsamen Investitionspolitik begreifen. Die EP-Studie hält hierzu fest: „*The absence of investor-state dispute settlement in an EU approach would imply much less effective enforcement than available under member state BITs and seems certain to make any such EU agreement more or less irrelevant*“.⁵ Die Mitteilung der Kommission führt aus: „*Investor-state [dispute settlement] is such an established feature of investment agreements that its absence would in fact discourage investors and make a host economy less attractive than others. For these reasons, future EU agreements including investment protection should include investor-state dispute settlement.*“⁶ Auch der Rat betont

¹ Woolcock, *The EU approach to international investment policy after the Lisbon Treaty*, Europäisches Parlament (Hrsg.), abrufbar unter: <http://www.europarl.europa.eu/activities/committees/studies/download.do?language=en&file=33275>; zuletzt besucht: 06.01.2011.

² Vgl. Seattle to Brussels Network, *Reclaiming Public Interest in Europe's International Investment Policy – EU Investment Agreements in the Lisbon Treaty Era: A reader*, Amsterdam, July 2010, abrufbar: http://www.s2bnetwork.org/fileadmin/dateien/downloads/eu_investment_reader.pdf, zuletzt besucht: 05.01.2011.

³ Europäische Kommission, Mitteilung, *Towards a comprehensive European international investment policy*, COM(2010)343 final, 07.07.2010. Zur Kommissionsmitteilung und zum Richtlinienentwurf siehe Griebel, in diesem Band, S. ####, sowie: Tietje, *EU-Investitionsschutz und –förderung zwischen Übergangsregelungen und umfassender Auslandsinvestitionspolitik*, EuZW 2010, S. 647 ff.

⁴ Rat, *Conclusions on a comprehensive European international investment policy*, 3041. Foreign Affairs Council Meeting, 25.10.2010.

⁵ Woolcock, *op. cit.* Fn. 1, S. 34.

⁶ Europäische Kommission, *op. cit.* Fn. 3, S. 10.

in seinen Schlussfolgerungen *“the need for an effective investor-to-state dispute settlement mechanism in the EU investment agreements”*.⁷

Streichen alle drei Organe die Notwendigkeit der Aufnahme von effektiven Investor-Staat-Schiedsklauseln in künftige EU Abkommen deutlich heraus (und benennen auch Defizite des gegenwärtigen Systems⁸), so bleiben sie bei der Frage der völker- und EU-primärrechtlichen Grundlagen und Grenzen einer künftigen Gemeinsamen Europäischen Investitionspolitik⁹, die mittels schiedsgerichtlicher Streitbeilegungsmittel effektiert werden soll, doch äußerst zurückhaltend.

Keine Bedenken bestehen hierbei hinsichtlich der *völkerrechtlichen Fähigkeit* der EU zur Unterwerfung unter einen Streitbeilegungsmechanismus im Rahmen eines Abkommens. Die *Kompetenz* der EU zur Unterwerfung unter einen solchen Mechanismus wird durch den Gerichtshof der Europäischen Union („**EuGH**“) als eine Art Annex zur Vertragsschlusskompetenz verstanden (hierzu C. I.). Die EU kann sich mithin insofern einem Streitbeilegungsmechanismus unterwerfen, als sie Vertragsschlusskompetenzen zur Regelung von materiellen Schutzstandards für ausländische Investitionen besitzt (hierzu B.). Die für materielle Schutzstandards zentrale Kompetenznorm ist hierbei der Art. 207 Abs. 2 und 3 AEUV (hierzu B. I.). Zudem sind implizite Kompetenzen (hierzu B. II.) zur Begründung einer umfassenden Befugnis zum Abschluss europäischer Investitionsschutzabkommen („**EU IIAs**“) heranzuziehen.

Begrenzt wird der mögliche Umfang der Unterwerfung der EU unter einen Streitbeilegungsmechanismus mittels Abkommen durch das Primärrecht. Hierbei spielt das vom EuGH entwickelte Konzept der Autonomie der Unionsrechtsordnung, das eine durchaus ausgeprägte Skepsis gegenüber internationalen Gerichten und Schiedsgerichten widerspiegelt, eine zentrale Rolle (hierzu C. III.). Je nach Verständnis und erwarteter weiterer Entwicklung dieses Konzepts werden der EU Grenzen für die Unterwerfung unter ein Investor-Staat-Schiedsverfahren im Rahmen eines künftigen EU IIAs gesetzt, die geeignet sein könnten, das

⁷ Rat, *op. cit.* Fn. 4, Schlussfolgerung Nr. 18.

⁸ Etwa fehlende Transparenz oder die Gefahr widerstreitender Entscheidungen verschiedener Schiedsgerichte zu ein und demselben Sachverhalt. Vgl. Woolcock, *op. cit.* Fn. 1, S. 35 ff.

⁹ Die Rahmenbedingungen bzw. Voraussetzungen für die Wahrnehmung der im Zusammenhang mit ausländischen Investitionen stehenden Kompetenzen der Union werden nicht unwesentlich durch die Kapitalverkehrsfreiheit gesetzt. Die auch Direktinvestitionen erfassende Freiheit untersagt in Art. 63 Abs. 1 AEUV neben innergemeinschaftlichen auch „*alle Beschränkungen des Kapitalverkehrs ... zwischen den Mitgliedstaaten und dritten Ländern*“. Das Verständnis des Inhalts und der Reichweite dieses Verbots im Drittstaatenverhältnis bestimmt über den Grad der bereits erfolgten einseitigen Öffnung des Binnenmarktes gegenüber Drittstaateninvestitionen. Hierzu eingehend: Hindelang, *The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment*, 2009; sowie Hindelang/Maydell, *Die Gemeinsame Europäische Investitionspolitik – Alter Wein in neuen Schläuchen? Basis und Entwicklungslinien der Unionskompetenz zur Regelung ausländischer Investitionen*“, in: Bungenberg/Griebel/Hindelang (Hrsg.), *Internationaler Investitionsschutz und Europarecht*, S. 11 ff., S. 12.

heute in mitgliedstaatlichen bilateralen Investitionsschutzabkommen („BITS“) gebräuchliche Muster der Streitbeilegung in zu Frage stellen (hierzu C. IV.).

B. Die EU Kompetenz zur Regelung materieller Schutzstandards für ausländische Investitionen in künftigen EU IIAs

I. Die EU Kompetenz zur Regelung ausländischer Direktinvestitionen im Rahmen der Gemeinsamen Handelspolitik – Art. 207 Abs. 2 und 3 AEUV

Durch das Inkrafttreten des Lissabon-Vertrages erfährt die Europäische Union eine signifikante Weitung ihrer Zuständigkeit im Bereich der Gemeinsamen Handelspolitik („GHP“). Sie umfasst nunmehr u. a. auch eine Kompetenz zum Erlass autonomer Maßnahmen sowie zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge auf dem Gebiet der *Direktinvestitionen*.¹⁰ Sowohl die Außen- als auch die autonome Kompetenz sind nach Art. 3 Abs. 1 lit. e) AEUV als ausschließliche Kompetenzen ausgestaltet.¹¹

Bisher wurde die betreffende Sachmaterie durch die Mitgliedstaaten u. a. durch den Abschluss von BITS geregelt, die in ihrem Kernbereich neben *Portfolioinvestitionen* regelmäßig auch *Direktinvestitionen* erfassen. Darüber hinaus gibt es mitgliedstaatliche Gesetze – beispielsweise das deutsche Außenwirtschaftsgesetz („AWG“)¹² – die hauptsächlich den Marktzugang drittstaatlicher Direktinvestitionen regeln.

1. Der Begriff der Direktinvestition im AEUV

Eine Schlüsselstellung hinsichtlich des Verständnisses der Reichweite der o. g. „neuen“¹³ Kompetenz der Union nimmt der Begriff der Direktinvestition ein. Wenn der

¹⁰ Hierbei wird durch Art. 205 AEUV bestimmt, dass „[d]as Handeln der Union auf internationaler Ebene ... von den Grundsätzen bestimmt, von den Zielen geleitet und an den allgemeinen Bestimmungen ausgerichtet, die in Titel V Kapitel 1 des Vertrags über die Europäische Union niedergelegt sind.“ Näher hierzu Vedder, in diesem Band, #####.

¹¹ Siehe bspw. Tietje, Die Außenwirtschaftsverfassung der EU nach dem Vertrag von Lissabon, in: Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 83, Januar 2009, S. 14, jedoch mit anders lautenden Schlussfolgerungen bezüglich der Behandlungsstandards von bereits zugelassenen Direktinvestitionen und Enteignungsfragen.

¹² Vgl. etwa § 7 Abs. 2 Nr. 5 und 6 AWG i. V. mit §§ 52, 53 Außenwirtschaftsverordnung („AWV“). Zweifel an der Europarechtskonformität vorgenannter Regelungen bestehen einmal unter kompetenziellen Gesichtspunkten als auch mit Blick auf die Vorschriften der Kapitalverkehrsfreiheit.

¹³ Zur Frage, ob eine solche Kompetenz nicht schon vor dem Inkrafttreten des Lissabon-Vertrages bestand: Maydell, The European Community's Minimum Platform on Investment or the Trojan Horse of Investment

Begriff der Direktinvestition im *Primärrecht* auch nicht beschrieben ist, so wird er doch – neben den Art. 206 und Art. 207 AEUV – auch an anderen Stellen des Vertrages verwendet, namentlich im Kapitel zur Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 64 Abs. 1 und 2 AEUV). Durch Rückgriff auf die hierzu bereits ergangene Rechtsprechung¹⁴ gewinnt der europarechtliche Begriff der Direktinvestitionen an Kontur.¹⁵ Will man den Inhalt des Begriffs schlagwortartig formulieren, so geht es bei Direktinvestitionen primär um die Möglichkeit der Teilnahme an Verwaltung und Kontrolle wirtschaftlicher Unternehmungen, d. h. darum, dass der Investor mittels seiner Investition in die Lage versetzt wird, unternehmerische Zwecke zu verfolgen, was wiederum rein objektiv zu bewerten ist.¹⁶ Ein wichtiger Test ist hierbei, ob gewichtige unternehmerische Entscheidungen nicht ohne die Zustimmung des Investors gefällt werden können.¹⁷ Nicht nur dann, wenn ein Investor unternehmerische Entscheidungen in der Art eines Einzelunternehmers völlig frei treffen kann, ist die für die Feststellung einer Direktinvestition notwendige Verwaltungs- und Kontrollmöglichkeit seitens des Investors anzunehmen, sondern auch Minderheitsbeteiligungen verbunden mit entsprechenden

Competence, in: Reinisch und Knahr, *International Investment Law in Context*, 2008, S. 73 ff.; *idem*, *The European Community's Competence to Conclude International Agreements on Investment – Revealing the Inconvenient Truth*, Dissertation, Wien 2008, unveröffentlicht; Klamert und Maydell, *Lost in Exclusivity: Implied Non-exclusive External Competences in Community Law*, 13 *EFA Rev.* 2008, S. 493 ff.; *idem*, *Rechtsfragen der impliziten Außenkompetenz der EG illustriert am Beispiel der Dienstleistungsrichtlinie und der Minimum Platform on Investment*, *EuR* 2008, S. 590 ff.

¹⁴ Der EuGH konnte für die autonome Entwicklung des Begriffs als Auslegungshilfe auf die EG-Kapitalverkehrsrichtlinie aus dem Jahre 1988 zurückgreifen. Richtlinie („**RL**“) 88/361/EWG zur Durchführung von Artikel 67 des Vertrages, *ABl. L* 178 vom 08.07.1988, S. 5 ff. Jener Richtlinie kommt selbst nach der umfassenden primärrechtlichen Neuregelung des Kapitalverkehrs im Zuge des Maastricht-Vertrages immer noch Bedeutung als Auslegungshilfe zu. Der Gerichtshof hat, um den Anwendungsbereich des Begriffs „Kapitalverkehr“ näher zu definieren, regelmäßig die der Richtlinie beigefügte Nomenklatur als Hilfsmittel herangezogen. Siehe EuGH, *Verb. Rs. C-163/94, C-165/94 und C-250/94* (Strafverfahren gegen Lucas Emilio Sanz de Lera, u. a.), *Slg.* 2006, I-4821, Rn. 34; EuGH, *C-222/97* (Trummer und Mayer), *Slg.* 1999, I-1661, Rn. 21; kritisch Schlussanträge GA Colomer zu EuGH, *Rs. C-463/00 und C-98/01* (Kommission/Spanien und Kommission/Vereinigtes Königreich), *Slg.* 2003, I-4581, Rn. 36.

Die RL definiert Direktinvestitionen wie folgt: *„Investitionen jeder Art durch natürliche Personen, Handels-, Industrie- oder Finanzunternehmen zur Schaffung oder Aufrechterhaltung dauerhafter und direkter Beziehungen zwischen denjenigen, die die Mittel bereitstellen, und den Unternehmern oder Unternehmen, für die die Mittel zum Zwecke einer wirtschaftlichen Tätigkeit bestimmt sind.“* [Annex I, Begriffsbestimmungen zu RL 88/361/EWG zur Durchführung von Artikel 67 des Vertrages, *ABl. L* 178 vom 08.07.1988, S. 5 ff.]; Zur plastischen Erläuterung des Begriffs nennt die Richtlinie beispielhaft: *„1. Gründung und Erweiterung von Zweigniederlassungen oder neuen Unternehmen, die ausschließlich dem Geldgeber gehören, und vollständige Übernahme bestehender Unternehmen, 2. Beteiligung an neuen oder bereits bestehenden Unternehmen zur Schaffung oder Aufrechterhaltung dauerhafter Wirtschaftsbeziehungen, 3. Langfristige Darlehen zur Schaffung oder Aufrechterhaltung dauerhafter Wirtschaftsbeziehungen, 4. Reinvestitionen von Erträgen zur Aufrechterhaltung dauerhafter Wirtschaftsbeziehungen.“*

¹⁵ Hindelang/Maydell, *op. cit.* Fn. 9, S. 71.

¹⁶ Stellvertretend für viele Lübke, *Der Erwerb von Gesellschaftsanteilen zwischen Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit*, 2006, S. 103 f. m. w. N.; siehe jedoch z. B. Rübel, *Grundlagen der Monetären Außenwirtschaft*, 2002, S. 9.

¹⁷ Cf. Ohler, *Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit*, Kommentar zu den Artikeln 56 bis 60 EGV, der Geldwäscherichtlinie und Überweisungsrichtlinie, 2002, Art. 56 EGV, Rn. 121.

Vetorechten,¹⁸ Managementverträgen oder ähnlichen Konstrukten können hierfür genügen. Ebenso dauerhafte finanzielle Engagements etwa in Form von langfristigen Darlehensverträgen werden vom Begriff der Direktinvestition mit umfasst.¹⁹

Auch wenn von der Kompetenznorm des Art. 207 Abs. 2 und 3 AEUV²⁰ sog. *Portfolioinvestitionen*, also solche Investitionen, die den Inhaber gerade *nicht* in die Lage versetzen, unternehmerische Zwecke zu verfolgen²¹, *nicht* mit umfasst sind, so kann für den Moment nichtsdestotrotz festgehalten werden, dass der Begriff der Direktinvestition ein sehr weiter ist und damit bereits ein Großteil der von BITs gewöhnlich geschützten Investitionen durch die Kompetenznorm abgedeckt sind.

2. Umfang der Kompetenz

Für gewöhnlich enthalten mitgliedstaatliche BITs zweierlei: zum einen werden materielle Schutzstandards – etwa Diskriminierungsverbote, das Gebot der gerechten und billigen Behandlung oder Enteignungsbedingungen – festgeschrieben, zum anderen enthalten BITs regelmäßig Streitschlichtungsmechanismen zwischen den Vertragsstaaten sowie zwischen Vertragsstaat und Investor. Marktzugangsrechte werden, im Gegensatz beispielsweise zu amerikanischen Verträgen, in der Regel nicht eingeräumt.

Vergleicht man nun die von mitgliedstaatlichen BITs geregelten Sachmaterien mit dem Wortlaut des Art. 207 AEUV, so sind letzterem keinerlei Begrenzungen oder Ausnahmereiche, die den Mitgliedstaaten irgendwelche Sachmaterien exklusiv vorbehalten würden, zu entnehmen. Unabhängig von der Begründung – teleologisch²² und/oder systematisch²³ – kann man daher argumentieren, dass der Union die *umfassende* Regelung des materiellen Schutzstandards ausländischer, sprich drittstaatlicher²⁴ Direktinvestitionen übertragen worden ist. Auch – oder gerade – Fragen des Marktzugangs – hier erhofft man sich

¹⁸ Lübke, *op. cit.* Fn. 16, S. 212 ff.

¹⁹ Siehe oben Fn. 14.

²⁰ Dies schließt freilich nicht aus, dass nicht aus anderen Vorschriften oder Grundsätzen des Unionsrechts heraus eine Kompetenz der Union zum Abschluss von völkerrechtlichen Verträgen auf dem Gebiet von Portfolioinvestitionen folgt. Hierzu unten unter B. II.

²¹ Zu den Portfolioinvestitionen zählen etwa Anlagen in Wertpapieren wie Aktien, festverzinsliche Wertpapiere sowie Investmentzertifikate.

²² Bungenberg, Die Kompetenzverteilung zwischen EU und Mitgliedstaaten „nach Lissabon“, in: Bungenberg/Griebel/Hindelang (Hrsg.), Internationaler Investitionsschutz und Europarecht, S. 81 ff., S. 88 ff.

²³ Reinisch, The Devision of Powers between the EU and its Member States „after Lisbon“, in: Bungenberg/Griebel/Hindelang (Hrsg.), Internationaler Investitionsschutz und Europarecht, S. 99 ff., S. 100 ff.

²⁴ Art. 207 AEUV findet nur auf die Beziehungen zu Nicht-EU Staaten Anwendung, so dass die Verhältnisse unter den Mitgliedstaaten von der Vorschrift unberührt bleiben. Somit steht auch die Frage der Abgrenzung innerunionaler und drittstaatlicher Sachverhalte im Raum.

den größten Mehrwert zukünftig EU-geführter Verhandlungen mit Drittstaaten – sind von der ausschließlichen²⁵ Kompetenz umfasst.²⁶

Auch von Art. 345 AEUV geht kein Verbot dahingehend aus, dass die Union keine völkerrechtlichen Verträge bezüglich Direktinvestitionen mit Enteignungsbestimmungen abschließen könne. Nach restriktivem Verständnis des EuGH²⁷ ist der Union lediglich die kompetenzrechtliche Möglichkeit genommen, Verstaatlichungen und/oder Privatisierungen im Unionsrecht anzuordnen, nicht aber unionsrechtliche Bestimmungen zu erlassen oder völkervertragsrechtlich zu vereinbaren, die prozedurale Mindeststandards für Verstaatlichungen in Form von Enteignungen vorsehen.²⁸

II. Implizite Außenkompetenzen zur Regelung von Portfolioinvestitionen

Für den Bereich der Portfolioinvestitionen – ein wichtiger Bestandteil der in mitgliedstaatlichen BITs geschützter Investitionen – kann die auch unter dem Lissabon-Vertrag nicht „ausgestorbene“ Kompetenzkategorie der *implizit* konkurrierenden Außenkompetenzen fruchtbar gemacht werden. Die vorgeschlagene Vorgehensweise beruht auf der Auffassung, dass in Art. 3 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 216 Abs. 1 AEUV lediglich die *AETR*-Rechtsprechung²⁹ zu den *ausschließlichen* Außenkompetenzen *abschließend* kodifiziert wurde. Was die im Lugano-Gutachten³⁰ explizit anerkannte Kategorie der *implizit konkurrierenden* Außenkompetenzen anbelangt, so stellt die Vertragsschluss-Generalklausel

²⁵ Im Bereich des Verkehrs besteht nur eine geteilte Kompetenz, vgl. Art. 207 Abs. 5 AEUV.

²⁶ Zu beachten ist Art. 207 Abs. 6, 2. HS AEUV. Insbesondere darf die „*Ausübung der durch diesen Artikel übertragenen Zuständigkeiten im Bereich der gemeinsamen Handelspolitik ... nicht zu einer Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten, soweit eine solche Harmonisierung in den Verträgen ausgeschlossen wird*“, führen. Ein solcher Ausschluss erfolgt in den Art. 149, S. 2, 153 Abs. 2 lit. a, 165 Abs. 4, 167 Abs. 5 und Art. 168 Abs. 5 AEUV in den Bereichen Beschäftigung, Soziales, Bildung, Kultur und Gesundheit. Allerdings dürfte aus diesem Ausschluss der Harmonisierung für die Regelung allgemeiner Behandlungsstandards in BITs keine Begrenzung der EU Kompetenz folgen. Auch für Regelungsbereiche eines typischen Investitionsschutzvertrages, wie etwa die Einreise und der Aufenthalt von investitionsbezogenem Schlüsselpersonal (vgl. hierfür Art. 77 Abs. 2 lit. a, 79 Abs. 2 lit. a, 153 AEUV i.V.m. Art. 216 AEUV), und sog. „*performance requirements*“ (vgl. in Bezug auf Währung und Devisen: Art. 219 AEUV (für Mitgliedstaaten in der Eurozone); handelsbezogen: Art. 207 AEUV; wettbewerbsbezogen: Art. 207 AEUV und Art. 101, 102, 106 AEUV i.V.m. Art. 216 AEUV) lassen sich Kompetenzen der Union finden.

²⁷ EuGH, C-491/01 (The Queen/ Secretary of State for Health, ex parte British American Tobacco (Investments) Ltd. und Imperial Tobacco Ltd.), Slg. 2002, I-11453, 11597, Rn. 47. Der EuGH hat bspw. nationale Kontrollvorbehalte über den Erwerb von Anteilen an besonders wichtigen Industrien nicht als durch ex-Art. 345 AEUV gerechtfertigt angesehen: EuGH, C-282/04 u.a. (Golden Shares), Slg. 2006, I-9141 = EuZW 2006, S. 722 ff. m. Anmerkung Pießkella; hiezu auch Hindelang, *op. cit.* Fn. 9, S. 248 ff.

²⁸ Maßnahmen der EU wären hierbei ebenso auf Art. 207 AEUV, im innerunionalen Kontext wohl auch auf Art. 352, 114 und 115 AEUV zu stützen.

²⁹ Vgl. EuGH, Rs. 22/70 (AETR), Slg. 1971, 263; zusammenfassend dargestellt in: EuGH, Gutachten 1/03 (Re Lugano Übereinkommen), Slg. 2006, I-1145.

³⁰ EuGH, Gutachten 1/03 (Lugano Übereinkommen), Slg. 2006, I-1145.

des Art. 216 Abs. 1 AEUV *keine abschließende* Kodifikation der konkurrierenden Außenkompetenzen dar.³¹

Geht man mithin von der Existenz einer solchen Kompetenzkategorie aus, stellt sich die Frage, wann eine solche implizit konkurrierende Außenkompetenz gegeben ist. Nach dem Lugano-Gutachten³² des EuGH verfügt die Union über eine implizit konkurrierende Kompetenz, wenn mit völkerrechtlichem Vertragsschluss die Wahrnehmung einer internen Kompetenz *erleichtert* wird. Aber welche Politiken würden erleichtert, wenn die Union statt der Mitgliedstaaten BITs über die Behandlung von Investitionen abschließen könnte?

Hierfür muss man sich zunächst vergegenwärtigen, dass BITs und der AEUV regelmäßig ähnliche Behandlungsstandards für Portfolioinvestitionen formulieren. So sind etwa Diskriminierungsverbote oder der Gedanke des Vertrauensschutzes sowohl in BITs als auch im AEUV enthalten.

Ein Konflikt zwischen unionsrechtlichen Bestimmungen und Behandlungsstandards in mitgliedstaatlichen BITs ist hierbei nicht auszuschließen.³³ So kann der Vertrauensschutz im Europarecht und im BIT-Kontext unterschiedlich weit verstanden werden und das Europarecht ein bestimmtes Verhalten gebieten – etwa die Rücknahme einer Beihilfe – und der BIT ein bestimmtes Verhalten verlangen – das Behaltendürfen der Beihilfe aus Vertrauensschutzgründen. In solchen Fällen müsste der jeweilige Mitgliedstaat im Falle einer Drittstaateninvestition entweder das Unionsrecht unangewendet lassen *oder* mit finanziellen Sanktionen durch ein Schiedsgericht rechnen. Beides ist der Effektivität unionsrechtlicher Kompetenzausübung im Innenverhältnis, also beispielsweise der einheitlichen Anwendung von unionsrechtlichem Beihilfenrecht abträglich. Die Ausübung dieser Unionskompetenzen im Innenverhältnis ist daher dann erleichtert, wenn völkerrechtliche Verträge von der Union bezüglich solcher Regelungsinhalte geschlossen werden können.³⁴

³¹ Eingehender hierzu: Hindelang/Maydell, *op. cit.* Fn. 9, S. 49 ff.

³² EuGH, Gutachten 1/03 (Lugano Übereinkommen), Slg. 2006, I-1145.

³³ Hierzu näher Hindelang, Member State BITs – There's Still (Some) Life in the Old Dog Yet - Incompatibility of Existing Member State BITs with EU Law and Possible Remedies, in: Karl P. Sauvant (Hrsg.), *Yearbook on International Investment Law & Policy 2010-2011*, im Erscheinen; siehe auch Burgstaller, *European Law and Investment Treaties*, 26 JIA 2009, S. 181 ff., Eilmansberger, *Bilateral Investment Treaties and EU Law*, 46 C.M.L. Rev. 2009, S. 383 ff.

³⁴ Die vom EuGH entwickelte implizit konkurrierende Kompetenz weichen in zweierlei Hinsicht von der Bestimmung des Art. 216 Abs. 1 AEUV ab: „Vertragsziele“ vs. „interne Kompetenz“ und „notwendig“ vs. „erleichtert“. Art. 216 Abs. 1 AEUV verlangt somit u. a. für eine Kompetenz der EU, dass ein Übereinkommen rechtlich wie faktisch *erforderlich* zur Verwirklichung eines in den Verträgen festgelegten Zieles ist. Eingehend: Hindelang/Maydell, *op. cit.* Fn. 9, S. 69 ff.

C. Die Regelung der Streitbeilegung im Rahmen von EU Abkommen

Teilt man vorstehende Betrachtungen hinsichtlich einer Unionskompetenz zum Abschluss von Investitionsschutzabkommen, so wird es der EU möglich sein, ähnlich umfassende materielle Schutzstandards in europäischen Investitionsschutzverträgen zu verhandeln wie sie gegenwärtig in mitgliedstaatlichen BITs gebräuchlich sind. Was jedoch die Frage der Gewährleistung der Schutzstandards durch die Vereinbarung eines internationalen Streitbeilegungsmechanismus anbelangt, so kommt der Union zwar völkerrechtlich die Fähigkeit und unionsrechtlich die Kompetenz zu (unten C. I.), sich der bindenden (unten C. II.) Entscheidung eines Abkommensgerichts zu unterwerfen. Jedoch stellt, wie bereits eingangs zu dieser Abhandlung ausgeführt, das Primärrecht in der Form des richterrechtlichen Konzepts der Autonomie der Unionsrechtsordnung hierfür nicht zu unterschätzende Anforderungen (hierzu IV. 2.). Jene Anforderungen könnten durch den EuGH angesichts der spezifischen Natur von gegenwärtig in mitgliedstaatlichen Investitionsschutzverträgen üblichen Investor-Staat-Schiedsverfahren (hierzu IV. 1.) gar noch verschärft werden. Die Möglichkeiten zur Vermeidung eines Konflikts mit dem Konzept der Autonomie der Unionsrechtsordnung und gleichzeitiger Beibehaltung gegenwärtig üblicher prozessualer Schutzstandards sind beschränkt.

I. Völkerrechtliche Fähigkeit und verfassungsrechtliche Kompetenz der Europäischen Union, Partei in internationalen Streitbeilegungsverfahren zu sein

Auch ohne ausdrückliche Regelung in den europäischen Verträgen ergibt sich aus der Völkerrechtsfähigkeit der Union (vgl. Art. 47 EUV) – insbesondere aus der Fähigkeit der Union zum Abschluss internationaler Abkommen (vgl. Art. 216 AEUV) – deren (internationale) *Fähigkeit Partei in internationalen Streitbeilegungsverfahren* zu sein. Die Union muss bei Auseinandersetzungen über Rechte und Pflichten aus einem Abkommen die rechtliche Möglichkeit besitzen, zweckentsprechende Verfahrensschritte zur Streitbeilegung zu ergreifen. Hierbei hat sie nach allgemeinem Völkerrecht grundsätzlich „*free choice of means*“.³⁵

Der EuGH teilt in seiner Rechtsprechung eine solche Sichtweise und verknüpft dabei die Frage der völkerrechtlichen Prozessfähigkeit der EU sogleich mit der nach der

³⁵ Tomuschat, in: von der Groeben/Schwarze, EUV/EGV, 6. A. (2004), Art. 281 EGV, Rn. 18

unionsrechtlichen Kompetenz, indem er ausführt, dass „[d]ie Zuständigkeit der [Union] im Bereich der internationalen Beziehungen und ihre Fähigkeit zum Abschluss internationaler Abkommen ... notwendig die Fähigkeit [umfasst], sich den Entscheidungen eines durch solche Abkommen geschaffenen oder bestimmten Gerichts zu unterwerfen, was die Auslegung und Anwendung ihrer Bestimmungen angeht.“³⁶ Die Möglichkeit der völkervertraglichen Etablierung eines Streitbeilegungsmechanismus wird hierbei als eine Art Annex an die Vertragsschlusskompetenz der Union gebunden und gleichzeitig durch diese in sachlicher Hinsicht beschränkt.

II. Bindung der EU an Abkommen und an die Entscheidung eines aufgrund eines solchen Abkommens eingerichteten Gerichts aus völker- und europarechtlicher Perspektive

Die *völkerrechtliche* Bindungswirkung eines durch die EU abgeschlossenen Abkommens ergibt sich auch für die Union aus der allgemeinen Regel „*pacta sunt servanda*“. Soweit in einem völkerrechtlichen Abkommen vereinbart, besitzen auch Entscheidungen eines auf der Grundlage eines solchen eingerichteten Gerichts oder Schiedsgerichts (auch „**Abkommensgericht**“) hinsichtlich der Auslegung des Abkommens *aus völkerrechtlicher Sicht* für die Union grundsätzlich eine umfassende rechtliche Verbindlichkeit, was auch der EuGH anerkennt.³⁷

Aus der *europäisch-verfassungsrechtlichen Perspektive* „bestätigt“ Art. 216 Abs. 2 AEUV den völkerrechtlichen „*pacta sunt servanda*“-Grundsatz hinsichtlich der Bindung der Union gegenüber Dritten.³⁸ Die dort erwähnte Bindung der Organe der Union stellt insofern eine Selbstverständlichkeit dar, als die Union als juristische Person nicht anders als durch ihre Organe handelt.³⁹ Die *Geltung*⁴⁰ innerhalb der Unionsrechtsordnung tritt grundsätzlich mit

³⁶ EuGH, Gutachten 1/91 (EWR I), Slg. 1991, I-6079, Rn. 40. Diese Situation ist zwingend von jener zu unterscheiden, in der die Mitgliedstaaten Streitigkeiten untereinander einem aufgrund eines gemischten Abkommens gebildeten Schiedsgericht (unzulässigerweise) vorlegen. Hierzu: EuGH, Rs. C-459/03 (Mox Plant), Slg. 2006, I-4635, Rn. 121 ff.

³⁷ EuGH, Gutachten 1/91 (EWR I), Slg. 1991, I-6079, Rn. 39. Bei Hindernissen in der Durchführung darf sich ein Völkerrechtssubjekt grds. nicht auf seine Verfassungsordnung – hier der EUV und der AEUV – berufen.

³⁸ Gleichzeitig dehnt er unionsrechtlich die Bindung auf die Mitgliedstaaten aus.

³⁹ Tomuschat, in: von der Groeben/Schwarze, EUV/EGV, 6. A. (2004), Art. 300 EGV, Rn. 65.

⁴⁰ Hiervon zu unterscheiden ist zunächst die *unmittelbare Wirkung* von Abkommen und aufgrund von Abkommen ergangener Sekundärakte innerhalb der Union. Nur dann, wenn ein Abkommen oder ein Sekundärrechtsakt unmittelbare Wirkung entfaltet, kann er als Maßstab für die Wirksamkeit von ihm nachgeordnetem Unionsrecht und nationalem Recht herangezogen werden. Ein Bereich in dem grundsätzlich

dem völkerrechtlichem Inkrafttreten eines Abkommens ein. Ab diesem Augenblick formen die im Abkommen enthaltenen Normen – insofern verlieren sie ihren völkerrechtlichen Charakter nicht⁴¹ – einen Teil des in der Union geltenden positiven Rechts⁴², über dessen Auslegung und Gültigkeit der EuGH u. a. nach den Art. 258, 263 und 267 Abs. 1 lit. b. AEUV⁴³ zu entscheiden hat.⁴⁴ Was völkerrechtliche Sekundärrechtsakte in Form von Akten eines durch ein Abkommen geschaffenen, zur verbindlichen Streitbeilegung bestellten Organs anbelangen, so können jene grundsätzlich auch innerunionale Geltung entfalten mit der Konsequenz, dass sie ebenso einen Teil der Unionsrechtsordnung bilden.⁴⁵ Dem Gedanken

weder Abkommen noch Sekundärakte unmittelbare Wirkung innerhalb der Unionsrechtsordnung entfalten, ist jener des WTO-Rechts. Vgl. hinsichtlich des Abkommens: EuGH, Rs. C-149/96 (Portugal/Rat), Slg. 1999, I-8395, Rn. 42, 43 ff.; Vgl. auch EuGH, verb. Rs. 21-24/74 (International Fruit Company), Slg. 1972, 1219; Rs. C-180/93 (Deutschland/Rat), Slg. 1994, I-4973. Für die fehlende Bindungswirkung wurde das der WTO nach Ansicht des EuGH zugrundeliegende Prinzip der Verhandlung und fehlende Gegenseitigkeit hinsichtlich der unmittelbaren Wirkung bei anderen WTO-Mitgliedern angeführt. Vgl. hinsichtlich der DSB Reports: EuGH, Rs. C-377/02 (van Parys), Slg. 2005, I-1465. Begründet wurde eine Ablehnung der Bindungswirkung letztlich mit der fehlenden unmittelbaren Bindung der WTO-rechtlichen Vorschriften. Hingewiesen wurde auch auf den hohen Stellenwert der Verhandlung im Rahmen der Streitbeilegung sowie auf die fehlende Gegenseitigkeit der Bindungswirkung auch bei anderen WTO-Vertragsparteien. Vgl. auch EuGH, Rs. C-351/04 (IKEA), Slg. 2007, I-7723, Rn. 29 ff.; EuGH, verb. Rs. C-120 u. 121/06 P, Slg. 2008, I-6513, Rn. 117 ff.; Vgl. auch Bronckers, 44 CMLR 2007, S 601 ff.

Schließlich ist von der Geltung und unmittelbaren Wirkung die *unmittelbare Anwendbarkeit* zu unterscheiden. Letztere betrifft die Frage, ob sich der Einzelne auf eine bestimmte Norm eines Abkommens berufen kann. Siehe für diese Differenzierung in der Rechtsprechung des EuGH: EuGH, Rs. C-377/98 (Niederlande gegen Parlament und Rat), Slg. 2001, I-7079, Rn. 54., verschwimmend: EuGH, Rs. C-308/06 (Intertanko), Slg. 2008, I-4057. Siehe auch Lenaerts/Corthaut, *Of Birds and Hedges: The Role of Primacy in Invoking Norms of EU Law*, 31 ELR 2006, S. 287 ff., S. 299; Mendez, *The Enforcement of EU Agreements: Bolstering the Effectiveness of Treaty Law?*, 47 CMLR 2010, S. 1719 ff., S. 1747 ff.

⁴¹ Tomuschat, in: von der Groeben/Schwarze, EUV/EGV, 6. A. (2004), Art. 300 EGV, Rn. 67. Dieser völkerrechtliche Charakter spiegelt sich auch in den vom EuGH angewandten Auslegungsregeln wider. Selbst wörtliche Übereinstimmungen von Bestimmungen eines von der EU abgeschlossenen Abkommens mit unionsrechtlichen Bestimmungen bedeuten nicht, dass beide notwendigerweise gleich auszulegen sind, da die Zeile, die mit dem Abkommen einerseits und den europäischen Verträgen andererseits verfolgt werden, unterschiedliche sein können. Vgl. EuGH, Gutachten 1/91, Slg. 1991, I-6079, Rn. 14-19; Tomuschat, in: von der Groeben/Schwarze, EUV/EGV, 6. A. (2004), Art. 300 EGV, Rn. 67 m. w. N.

⁴² EuGH, Rs. 181/73 (Haegemann), Slg. 1974, 449, Rn. 5.

⁴³ Nach Art. 218 Abs. 11 AEUV kann im Gutachtenverfahren in einer Art „präventiven Normenkontrolle“ die Vereinbarkeit eines Abkommens mit dem Unionsrecht erörtert werden.

⁴⁴ Abkommen stellen Handlungen der Organe der Union dar (vgl. Art. 218 AEUV).

⁴⁵ Vgl. EuGH, Gutachten 1/91 (EWR I), Slg. 1991, I-6079, Rn. 39, der hier jedoch nicht zwischen völkerrechtlicher Bindung, innerunionaler Geltung und unmittelbarer Wirkung deutlich trennt bzw. die zwei erstgenannten „voraussetzt“: „*Sieht aber ein internationales Abkommen ein eigenes Gerichtssystem mit einem Gerichtshof vor, der für die Regelung von Streitigkeiten zwischen den Vertragsparteien dieses Abkommens und damit für die Auslegung seiner Bestimmungen zuständig ist, so sind die Entscheidungen dieses Gerichtshofes für die Organe der Gemeinschaft, einschließlich des Gerichtshofes, verbindlich. Diese Entscheidungen sind auch dann verbindlich, wenn der Gerichtshof im Wege der Vorabentscheidung oder im Rahmen einer Klage über die Auslegung des internationalen Abkommens als Bestandteil der Rechtsordnung der Gemeinschaft zu entscheiden hat.*“; Siehe für die Frage der innerunionalen Geltung von Sekundärakten auch Tomuschat, in: von der Groeben/Schwarze, EUV/EGV, 6. A. (2004), Art. 281 EGV, Rn. 50 ff., der allerdings ebenso nicht zwischen Geltung und unmittelbarer Wirkung trennt.

des umfassenden Rechtsschutzes innerhalb der Union folgend sind jene grundsätzlich auch von der Rechtsprechungszuständigkeit des EuGH mit umfasst.⁴⁶

III. Die Vereinbarkeit von Abkommen und Entscheidung eines aufgrund eines solchen Abkommens eingerichteten Gerichts mit dem Primärrecht

Freilich können Abkommen überhaupt erst dann Geltung innerhalb der Unionsrechtsordnung entfalten, wenn sie mit dem Primärrecht im Einklang stehen. Dies folgt aus dem einem Abkommen zugewiesenen Rang in der Unionsrechtsordnung unterhalb des Primärrechts (arg. Art. 218 Abs. 11 AEUV).⁴⁷ Nichts anderes gilt für Entscheidungen eines aufgrund eines EU Abkommens eingerichteten Gerichts. Auch jene müssen sich am Primärrecht messen lassen.⁴⁸

In das Zentrum der Erörterung der primärrechtlichen Zulässigkeit der Unterwerfung der Union unter einen völkerrechtlichen Streitbeilegungsmechanismus stellt der EuGH hierbei das Konzept der *Autonomie der Unionsrechtsordnung*.⁴⁹

⁴⁶ Vgl. allgemein hinsichtlich Sekundärrechtsakten, welche von einem aufgrund eines Abkommens errichteten Organ erlassen wurden: EuGH, Rs C-192/89 (Sevince), Slg. 1990, I-3461, Rn. 10 f.; EuGH, Rs C-188/91 (Deutsche Shell), Slg. 1993, I-363, Rn. 17 f.; Siehe hinsichtlich streitbeilegender Akte eines Organs eines Abkommens: Brandtner, The 'Drama' of the EEA Comments on Opinions 1/91 and 1/92, 3 EJIL 1992, S. 300 ff., S. 309 (Fn. 55).

⁴⁷ Tomuschat, in: von der Groeben/Schwarze, EUV/EGV, 6. A. (2004), Art. 300 EGV, Rn. 83 m.w.N.; Umstritten ist, ob ein Abkommen oberhalb [*Ibid.*] oder auf gleicher Stufe [Lorenzmeier, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUV/EGV, Art. 300 EGV (Stand Okt. 2009), Rn. 103] wie das europäische Sekundärrecht steht.

⁴⁸ Vgl. EuGH, Rs. C-402/05 P u. 415/05 P (Kadi), Slg. 2008, I-6351, 5. Leitsatz: „...*Die Verpflichtungen aufgrund einer internationalen Übereinkunft können insoweit nicht die Verfassungsgrundsätze des EG-Vertrags beeinträchtigen, zu denen auch der Grundsatz zählt, dass alle Handlungen der Gemeinschaft die Grundrechte achten müssen, da die Achtung dieser Rechte eine Voraussetzung für ihre Rechtmäßigkeit ist, die der Gerichtshof im Rahmen des umfassenden Systems von Rechtsbehelfen, das dieser Vertrag schafft, überprüfen muss. ... Die Gemeinschaftsgerichte müssen daher im Einklang mit den Befugnissen, die ihnen aufgrund des EG-Vertrags zustehen, eine grundsätzlich umfassende Kontrolle der Rechtmäßigkeit sämtlicher Handlungen der Gemeinschaft anhand der Grundrechte gewährleisten, und zwar auch in Bezug auf diejenigen Handlungen der Gemeinschaft, die wie die betreffende Verordnung der Umsetzung von Resolutionen des Sicherheitsrats nach Kapitel VII der UN-Charta dienen sollen.*“ Einschränkend sei jedoch angemerkt, dass es im vorgenannten Fall nicht um die Überprüfung einer gerichtlichen, sondern einer „verwaltungsrechtlichen“ Maßnahme ging, gegen die auf völkerrechtlicher Ebene kein Rechtsschutz möglich war. Vgl. hierzu auch Krieger, Die Haltung europäischer Gerichte zu Sicherheitsfragen – Kontrolldichte und richterliche Zurückhaltung in Entscheidungen von EGMR und EuGH, in: Krieger, Berliner Online-Beiträge zum Völker- und Verfassungsrecht Nr. 1/2009, abrufbar auf http://www.jura.fu-berlin.de/einrichtungen/we3/professoren/ls_krieger/berliner_online_beitraege/Nr1-09_Krieger/Krieger_europ_ische_Gerichte.pdf, zuletzt besucht: 25.11.2010; Nettesheim, U.N. Sanctions Against Individuals – A Challenge to the Architecture of European Union Governance, 44 CML Rev. 2007, S. 567 ff.

⁴⁹ EuGH, Gutachten 1/91 (EWR I), Slg. 1991, I-6079, Rn. 35; EuGH, Gutachten 1/00 (GELR), Slg. 2002, I-3493, Rn. 11 f.; EuGH, Rs. C-459/03 (Mox Plant), Slg. 2006, I-4635, Rn. 123; Siehe zur Herleitung der ausschließlichen Zuständigkeit des EuGH außerhalb von Art. 344 AEUV: Lock, Das Verhältnis zwischen dem EuGH und internationalen Gerichten, 2010, S. 159 ff.

Das Konzept der Autonomie der Unionsrechtsordnung diene dem EuGH zunächst zur Beschreibung des Verhältnisses des Unionsrechts zum mitgliedstaatlichen Recht als zwei voneinander verschiedene Rechtsordnungen. Die Unionsrechtsordnung wird hierbei durch den EuGH als *eigene* Rechtsordnung beschrieben, zu Gunsten derer die Mitgliedstaaten durch völkerrechtlichen Vertrag in gewissem Umfange ihre Souveränitätsrechte eingeschränkt und auf die Organe der EU übertragen haben. Rechtssubjekte in dieser Ordnung sind nicht nur die Mitgliedstaaten selbst, sondern jeder Einzelne.⁵⁰ Dieses Bild des Unionsrechts als „autonome Rechtsquelle“ diene dem EuGH schon frühzeitig als zentrales Argument für die zwei wesentlichen Strukturmerkmale des Unionsrechts: die unmittelbare Wirkung und den Grundsatz vom Vorrang des Unionsrechts.⁵¹ Mit der Zeit wandelte sich das Konzept jedoch zu einem umfassenderen Instrument der Selbstbehauptung der Union gegenüber den Mitgliedstaaten. Die Union sollte als „*ein von den Mitgliedstaaten wesensverschiedenes Gemeinwesen mit einer eigenen, auch politisch verstandenen Identität*“⁵² begriffen werden. Aber nicht nur im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten und deren Recht, sondern auch im Verhältnis zur Internationalen Gemeinschaft und zum Völkerrecht sollte das Konzept an Bedeutung gewinnen, indem es zur Begrenzung völkerrechtlicher Einflüsse auf die Unionsrechtsordnung Anwendung fand.⁵³

Die Wahrung dieser autonomen Rechtsordnung erfolgt nach Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EUV durch den EuGH.⁵⁴ Die Autonomie der Rechtsordnung ist aufs engste mit der obligatorischen, bindenden und abschließenden Rechtsprechung des Gerichtshofs zum Unionsrecht verbunden.⁵⁵ Jene Rechtsprechungstätigkeit sichert inhaltlich die Eigenarten der Unionsrechtsordnung. Was dies mit Blick auf die Frage nach der Zulässigkeit der Unterwerfung der EU unter einen völkerrechtlichen Streitbeilegungsmechanismus bedeutet, hat der EuGH in verschiedenen Gutachten anhand zweier hier relevanter Fallgruppen näher konkretisiert.

⁵⁰ EuGH, Rs. 26/62 (Van Gend en Loos), Slg. 1963, 3; EuGH, Rs. 106/77, Slg. 1978, 629.

⁵¹ EuGH, Rs. 6/64 (Costa/ENEL), Slg. 1964, 1253; Siehe auch von Danwitz, *Verwaltungsrechtliches System und europäische Integration*, 1996, S. 101.

⁵² von Danwitz, *Verwaltungsrechtliches System und europäische Integration*, 1996, S. 101.

⁵³ EuGH, Gutachten 1/91 (EWR I), Slg. 1991, I-6079, Rn. 30 ff.

⁵⁴ Dem EuGH kommt *keine* Allzuständigkeit zu. Die Zuständigkeiten des EuGH sind abschließend durch die im AEUV beschriebenen Verfahrensarten beschrieben. Soweit solche jedoch normiert sind, so sind sie exklusiv. Auch wenn keine Allzuständigkeit gegeben ist, sind die einzelnen Verfahren in ihrer Gesamtheit doch so umfänglich, dass sie jedenfalls eine breite Rechtsprechungskompetenz verleihen.

⁵⁵ Vgl. auch Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 1 EGV, Rn. 35.

1. Die Wahrung der Autonomie der Unionsrechtsordnung bei der Auslegung von Unionsrechtsvorschriften

Die erste Fallgruppe, in der eine Unvereinbarkeit mit dem Konzept der Autonomie der Unionsrechtsordnung festgestellt wurde, umfasst Situationen, in denen der Union im Falle eines Rechtsstreites mit einem Vertragsstaat eine bestimmte Auslegung von Unionsrechtsvorschriften durch ein Abkommensgericht verbindlich vorgegeben wird.⁵⁶ Damit ist – wie oben bereits angesprochen⁵⁷ – nicht gemeint, dass ein Abkommensgericht nicht das Abkommen selbst soll verbindlich auslegen dürfen. Vielmehr ist damit jener Fall angesprochen, in dem Entscheidungen des Abkommensgerichts „*spill over effects*“ aufweisen und sich somit auf die Auslegung anderer, originärer Unionsrechtsnormen auswirken.

Die bisher vom EuGH diesbezüglich untersuchten Abkommen – EWR I⁵⁸, EWR II⁵⁹ und GELR⁶⁰ – wiesen hierbei zwei Charakteristika auf. Zum einen waren jene Abkommen durch den Zweck gekennzeichnet, teilweise den *acquis communautaire* auf Nicht-EU Staaten auszudehnen.⁶¹ Dies sollte rechtstechnisch durch die Aufnahme von Bestimmungen in Abkommen geschehen, die *materiell* solche des Unionsrechts waren.⁶² Mit Inkrafttreten solcher Abkommen wären Bestimmungen in das Unionsrecht eingefügt worden, die „neben“ eine Gruppe von gleichlautenden⁶³ bzw. materiell gleichen⁶⁴ originären Unionsrechtsnormen getreten wären.⁶⁵

Zum anderen enthielten die vorgenannten Abkommen eine Verpflichtung auf das Ziel einer *möglichst einheitlichen Auslegung des geltenden Rechts* im gesamten durch den Vertrag bestimmten geographischen Raum. Das EWR I Abkommen unterschied sich jedoch von den EWR II und GELR Abkommen darin, dass erstgenanntes eine Möglichkeit einer gewissen Bindung der Union bzw. des EuGH an die Auslegung des Abkommensgerichts über die Auslegung des eigentlichen Abkommens hinaus eröffnete.⁶⁶

⁵⁶ EuGH, Gutachten 1/00 (GELR), Slg. 2002, I-3493, Rn. 11.

⁵⁷ Siehe oben C. II.

⁵⁸ Entwurf eines Abkommens über die Schaffung eines Europäischen Wirtschaftsraums I („EWR I“), vgl. EuGH, Gutachten 1/91 (EWR I), Slg. 1991, I-6079.

⁵⁹ Entwurf eines Abkommens über die Schaffung eines Europäischen Wirtschaftsraums II („EWR II“), vgl. EuGH, Gutachten 1/92 (EWR II), Slg. 1992, I-2821.

⁶⁰ Entwurf eines Abkommens über die Schaffung eines gemeinsamen europäischen Luftverkehrsraums („GELR“), vgl. EuGH, Gutachten 1/00 (GELR), Slg. 2002, I-3493.

⁶¹ EuGH, Gutachten 1/00 (GELR), Slg. 2002, I-3493, Rn. 3.

⁶² *Idem*, Rn. 11.

⁶³ EuGH, Gutachten 1/91 (EWR I), Slg. 1991, I-6079, Rn. 42.

⁶⁴ EuGH, Gutachten 1/00 (GELR), Slg. 2002, I-3493, Rn. 11.

⁶⁵ *Idem*, Rn. 10.

⁶⁶ EuGH, Gutachten 1/91 (EWR I), Slg. 1991, I-6079, Rn. 41-46.

Das Abkommensgericht hätte einerseits die Möglichkeit gehabt, eine Auslegung der Vorschriften des Abkommens vorzunehmen, die von der Auslegung der (inhaltsgleichen) Vorschrift im Unionsrecht abweicht. Es war nicht strikt an die Rechtsprechung des EuGH hinsichtlich der inhaltsgleichen originären Unionsrechtsvorschriften gebunden, sondern ihm war nur eine Pflicht auferlegt, den Grundsätzen der Rechtsprechung des EuGH gebührend Rechnung zu tragen.

Andererseits hätte das Abkommen vom EuGH bei der Auslegung des „originären“ Unionsrecht verlangt, die Entscheidungen des Abkommensgerichts zu beachten, um dem Ziel der homogenen Auslegung und Anwendung des Rechts im gesamten geographischen Geltungsbereich des Abkommens zu genügen. Mithin hätte die Möglichkeit bestanden, dass die Auslegung der Vorschriften des Unionsrechts durch die vom Abkommensgericht vorgegebene Auslegung der (inhaltsgleichen) Vorschriften des Abkommens beeinflusst worden wäre.⁶⁷

Eine solche Beeinflussung ist nach Ansicht des EuGH jedoch sowohl mit Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EUV – also dem Rechtsprechungsmonopol des EuGH hinsichtlich der Auslegung des Unionsrechts – *als auch* mit den „Grundlagen der Union“ unvereinbar.⁶⁸ Die letztere Bemerkung des EuGH verdeutlicht dabei, dass sich das Konzept der Autonomie der Unionsrechtsordnung gerade *nicht* im Rechtsprechungsmonopol des EuGH zur Auslegung des gesamten Unionsrechts erschöpft.⁶⁹ Die hier nicht näher bezeichneten „Grundlagen der Union“ gestalten das Konzept „zukunfts offen“.

⁶⁷ Art. 104 des EWR I Abkommens enthielt eine Vorschrift nach der der Gerichtshof, der EWR-Gerichtshof, das Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften, das EWR-Gericht erster Instanz und die Gerichte der EFTA-Staaten bei der Anwendung oder der Auslegung der Bestimmungen des EWR I Abkommens beziehungsweise der Vorschriften der Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften in ihrer geänderten oder ergänzten Fassung oder der in Anwendung dieser Verträge erlassenen Handlungen den sich aus den Entscheidungen der jeweils anderen Gerichte ergebenden Grundsätzen gebührend Rechnung zu tragen haben, um eine möglichst einheitliche Anwendung des Abkommens sicherzustellen.

⁶⁸ EuGH, Gutachten 1/91 (EWR I), Slg. 1991, I-6079, Rn. 41-46. Will man eine solche Situation vermeiden und gleichzeitig nicht das Ziel der einheitlichen Harmonisierung des Rechts im geographischen Anwendungsbereich eines Abkommens aufgeben, so ist einerseits eine gewisse Bindung an die Rechtsprechung des EuGH zu schaffen und andererseits ist jede Verpflichtung zu vermeiden, die den EuGH bei der Auslegung von „originärem“ Unionsrecht an die Beachtung der Entscheidungen von Abkommensgerichten zu inhaltsgleichen Vorschriften in Abkommen bindet. Im EWR II wie GELR Abkommen ist man diesen Anforderungen dadurch gerecht geworden, dass die hiernach eingerichteten Streitbeilegungsorgane der Union keine Auslegung der Bestimmungen des Übereinkommens verbindlich vorgeben können, die der Rechtsprechung des Gerichtshofs zuwiderläuft. Vgl. EuGH, Gutachten 1/92 (EWR II), Slg. 1992, I-2821, Rn. 23 f.; EuGH, Gutachten 1/00 (GELR), Slg. 2002, I-3493, Rn. 39.

⁶⁹ Wohl dem Konzept ein engeres Verständnis gebend: Müller, Die Errichtung des Europäischen Patentgerichts – Herausforderung für die Autonomie des EU-Rechtssystems?, EuZW 2010, S. 851 ff.

2. Drittstaatsabkommen, die durch die Unterwerfung unter ein Abkommensgericht die Zuständigkeiten der Union und ihrer Organe verfälschen können

Die zweite hier relevante Fallgruppe, in der laut EuGH ein Verstoß gegen die Autonomie der Unionsrechtsordnung auftreten kann, betrifft Abkommen, die aufgrund einer zu umfassenden Unterwerfung unter ein Abkommensgericht die *Zuständigkeiten der Union und ihrer Organe verfälschen*.⁷⁰

Mit den *Zuständigkeiten der Union* ist die Abgrenzung der Kompetenzen zwischen Union und den Mitgliedstaaten angesprochen. Unzulässig ist in diesem Zusammenhang, ein Abkommensgericht mit einer Entscheidung über die in den Europäischen Verträgen festgeschriebene Kompetenzverteilung zwischen den Mitgliedstaaten und der Union zu betrauen. Einen solchen Fall würde der EuGH etwa dann erblicken, wenn das aufgrund eines gemischten Abkommens⁷¹ eingerichtete Gericht zur Bestimmung der richtigen Vertrags- und Streitpartei entsprechend der sich aus dem Abkommen ergebenden Rechte- und Pflichtenrollen für Union und Mitgliedstaaten die *EU-interne* Kompetenzaufteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten auslegen muss.⁷² Der EuGH würde darin einen Eingriff in die Freiheit der Union erblicken, die interne Durchführung eines gemischten Abkommens nach ihrer verfassungsrechtlichen Kompetenzordnung selbständig zu organisieren.⁷³

Ob Fragen der Kompetenzverteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten nach dieser Rechtsprechung grundsätzlich Dritten entzogen sind,⁷⁴ lässt sich noch nicht abschließend klären. Die vom EuGH angestellten Betrachtungen zeigen aber noch einmal deutlich⁷⁵, dass

⁷⁰ EuGH, Gutachten 1/91 (EWR I), Slg. 1991, I-6079, Rn. 61-65; EuGH, Gutachten 1/00 (GELR), Slg. 2002, I-3493, Rn. 12, 14 ff.

⁷¹ Gemischte Abkommen mit einem eigenen Streitbeilegungsmechanismus werfen bei Inanspruchnahme desselben immer auch die Frage auf, ob die Mitgliedstaaten bei Streitigkeiten untereinander oder zwischen ihnen und der Union von dem im AEUV vorgesehenen Modus unzulässig abgewichen sind, vgl. Art. 344 AEUV. Vgl. EuGH, Gutachten 1/00 (GELR), Slg. 2002, I-3493, Rn. 17; EuGH, Rs. C-459/03 (Mox Plant), Slg. 2006, I-4635; Siehe ausführlich Lavranos, EuR 2007, S 440 ff.

⁷² Vgl. auch EuGH, Rs. 1/78, Slg. 1978, 2151, Rn. 35: „*Es genügt, den anderen Vertragsparteien gegenüber festzustellen, dass in der Materie die Zuständigkeiten innerhalb der [Union] verteilt sind, wobei die genaue Beschaffenheit dieser Verteilung eine interne Frage ist, in die sich die dritten Länder nicht einzumischen haben.*“ [Hervorhebung hinzugefügt.]; EuGH, Gutachten 1/91 (EWR I), Slg. 1991, I-6079, Rn. 31-36; EuGH, Rs. C-459/03 (Mox Plant), Slg. 2006, I-4635 Rn. 135: „*Gegebenenfalls ist es Sache des Gerichtshofes, diejenigen Elemente der Streitigkeit zu bezeichnen, die sich auf Bestimmungen des betreffenden internationalen Abkommens beziehen, die nicht unter seine Zuständigkeit fallen.*“ [Hervorhebung hinzugefügt.]

⁷³ Diese „Organisationsautonomie“ ist wiederum aufs engste mit dem Rechtsprechungsmonopol des EuGH verbunden, denn es ist jener, der im Falle eines Streites über die Kompetenzverteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten abschließend zu entscheiden hat. Vgl. EuGH, Gutachten 1/91 (EWR I), Slg. 1991, I-6079, Rn. 31-36.

⁷⁴ Siehe oben Fn. 72. Womöglich in diese Richtung gehend: EuGH, Gutachten 1/00 (GELR), Slg. 2002, I-3493, Rn. 16.

⁷⁵ Vgl. oben C. III. 1.

sich das Konzept der Wahrung der Autonomie der Unionsrechtsordnung nicht in der Wahrung des Rechtsprechungsmonopols des EuGH erschöpft,⁷⁶ sondern auf deutlich breiteren Fundamenten ruht.

Was die *Verfälschung der Zuständigkeiten der Organe* anbelangt, so steht bei der Frage nach der Zulässigkeit der Einrichtung eines Gerichts auf der Grundlage eines Drittstaatsabkommens klar die Rechtsprechungszuständigkeit des EuGH im Mittelpunkt der Betrachtung.⁷⁷ Ein diese Zuständigkeiten respektierendes Abkommen darf das dem Gerichtshof zuerkannte und in den Art. 263 und 267 AEUV widergespiegelte Monopol für die Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Handlungen der Unionsorgane,⁷⁸ unabhängig davon, ob diese aufgrund des Vertrages oder aufgrund eines internationalen Rechtsaktes tätig werden⁷⁹, nicht in Frage stellen. Ebenso ist durch ein Abkommen das „Wesen“ der Zuständigkeiten eines EU Organs zu achten. Will man den EuGH in einen völkerrechtlichen Streitbeilegungsmechanismus einbinden, so dürfen im Rahmen eines Abkommens dem EuGH zwar „neue“ Zuständigkeiten für die Auslegung von Bestimmungen eines Abkommens *zum Zwecke der Anwendung in Drittstaaten*⁸⁰ – etwa in Form einer dem Vorabentscheidungsverfahren nachgebildeten Vorlage – zugewiesen werden. Jedoch muss den Entscheidungen (im Sinne der Rechtssicherheit) ein verbindlicher Charakter zukommen.⁸¹

IV. Investor-Staat-Schiedsverfahren und die Autonomie der Unionsrechtsordnung

Nimmt man das gegenwärtig gebräuchliche System der verbindlichen Streitbeilegung in mitgliedstaatlichen BITs in den Blick, so stellt sich ob der vom EuGH gezogenen Grenzen

⁷⁶ Vgl. Müller, *op cit.* Fn. 69.

⁷⁷ Vgl. z. B. hinsichtlich der Zuständigkeiten der Kommission andeutungsweise EuGH, Gutachten 1/92 (EWR II), Slg. 1992, I-2821, Rn. 38 ff. sowie EuGH, Gutachten 1/00 (GELR), Slg. 2002, I-3493, Rn. 22.

⁷⁸ Das Monopol des EuGH zur verbindlichen *Auslegung* des gesamten Unionsrechts wurde bereits oben unter C. III. 1. angesprochen.

⁷⁹ EuGH, Gutachten 1/00 (GELR), Slg. 2002, I-3493, Rn. 24.

⁸⁰ Hiervon ist die Frage zu trennen, ob ein Abkommen eine Ermächtigung enthalten darf, aufgrund derer ein durch ein Abkommen zwischen der Union und einem Drittstaat eingerichtetes Schiedsgericht dem EuGH Fragen der Anwendung des EU-Rechts *im Bereich der EU* vorlegen darf. Siehe hierzu unten C. IV. 3.

⁸¹ EuGH, Gutachten 1/91 (EWR I), Slg. 1991, I-6079, Rn. 54 ff.; Ebenso könnte zu diesem Wesen die „*völlige innere Unabhängigkeit*“ der Richter im Entscheidungsprozess gehören, welche bei einer personellen Übereinstimmung von Richtern des EuGH und Richtern des durch das Abkommen geschaffenen Streitbeilegungsgremiums in Frage gestellt sein könnte, sofern beide Spruchkörper aufgrund anderer Grundsätze und Auslegungsregeln entscheiden. Offen gelassen: EuGH, Gutachten 1/91 (EWR I), Slg. 1991, I-6079, Rn. 47 ff.

der Unterwerfung der Union unter internationale Streitbeilegungsmechanismen die Frage, ob jenes System ohne weiteres auch in zukünftige EU IIAs übernommen werden kann.⁸²

1. Gegenwärtiges Modell des Investor-Staat-Schiedsverfahrens

Die in einem mitgliedstaatlichen BIT enthaltene Schiedsklausel eröffnet ausländischen Investoren die Möglichkeit der selbständigen Einleitung eines internationalen Schiedsverfahrens gegen den Gaststaat. Schiedsgerichte werden für den Einzelfall errichtet und verhandeln in aller Regel auf der Grundlage der Schiedsregeln einer Schiedsinstitution.⁸³ Sie entscheiden meist nicht öffentlich darüber, ob die im BIT enthaltenen materiellen Standards für die Behandlung ausländischer Investitionen durch den Gaststaat verletzt worden sind. Zusätzlich zum BIT sind regelmäßig noch die allgemeinen Regeln des Völkerrechts, gelegentlich auch Vorschriften des nationalen Rechts zur Anwendung berufen. Im Falle des Unterliegens des Gaststaates ordnet ein Schiedsgericht Wiedergutmachung,⁸⁴ üblicherweise in der Form von Schadenersatz bzw. Entschädigung, an.

Es fragt sich nun, ob ein EU IIA, der eine Schiedsklausel enthält, die zur Errichtung eines wie vorgenannt beschaffenen Investor-Staat-Schiedsgerichts führen kann, den Anforderungen an die Wahrung der Autonomie des Unionsrechts genügen kann.

2. Beeinträchtigung der autonomen Auslegung des Unionsrechts?

Hinsichtlich der durch den EuGH entwickelte Fallgruppe der Beeinträchtigung der autonomen Auslegung des Unionsrecht scheint es bei einer *förmlichen* Betrachtung der Rechtsprechung gleich in mehrfacher Hinsicht fraglich, ob eine entsprechende Schiedsklausel in einem EU IIA die Autonomie der Unionsrechtsordnung verletzen würde.

⁸² Hierbei sollen die nachstehenden Ausführungen auf das im Gegensatz zum Staat-Staat-Schiedsverfahren in der Praxis wesentlich relevantere Investor-Staat-Schiedsverfahren beschränkt bleiben.

⁸³ Etwa die (internationalen Organisationen nicht offen stehende) ICSID-Konvention, die Schiedsregeln der Kommission der Vereinten Nationen zum Internationalen Handelsrecht (UNCITRAL), der Stockholm Chamber of Commerce (SCC), der Internationalen Handelskammer (ICC) oder dem London Court of International Arbitration (LCIA). Das Problem des Beitritts der EU zur *ICSID - Convention* soll bei den anzustellenden Betrachtungen außen vor bleiben.

⁸⁴ Zur Frage der Anwendbarkeit allgemeiner Regeln der Staatenverantwortung im internationalen Investitionsschutzrecht vgl. u. a. Hindelang, Restitution and Compensation – Reconstructing the Relationship in International Investment Law, in: Hofmann/Tams (Hrsg.), *International Investment Law and General International Law: From Clinical Isolation towards Systemic Integration?* (Arbeitstitel), Nomos, erscheint 2011.

a. Materielle Übereinstimmung von originärem Unions- und Abkommensrecht?

Vorraussetzung für die Annahme einer solchen Verletzung wäre zunächst, dass die Vorschriften des EU IIAs und die des Unionsrechts in größeren Teilen *materiell* identisch sind.⁸⁵ Bereits hieran kann man zweifeln, denn die in mitgliedstaatlichen BITs enthaltenen Gewährleistungen und jene des Unionsrechts sind allenfalls *funktional* deckungsgleich: Es geht – holzschnittartig gesprochen – um den Schutz vor Diskriminierungen und anderen unverhältnismäßigen Eingriffen in eine Investition. Auf europäischer Ebene wird der Schutz – freilich verbunden mit dem Liberalisierungsgedanken – vor allem durch die Grundfreiheiten⁸⁶ und das allgemeine Diskriminierungsverbot aus Art. 18 AEUV gewährleistet. Innerhalb eines BITs geschieht die Gewährleistung des Schutzes der ausländischen Investition durch sog. Meistbegünstigungs- und Inländergleichbehandlungsklauseln, sowie durch *fair and equitable treatment* und *full protection and security* Klauseln als auch durch Enteignungsbestimmungen.⁸⁷

Bei der Anwendung der vorgenannten Klauseln durch Schiedsgerichte werden im Rahmen der Auslegung von Diskriminierungsverboten Fragen der Vergleichbarkeit bestimmter Lebenssachverhalte oder solche der Rechtfertigung eines Eingriffs in eine Garantie durch Gemeinwohlinteressen aufgeworfen und entschieden. Vertrauensgesichtspunkte spielen eine wichtige Rolle im Rahmen des *fair and equitable treatment* Standards.⁸⁸ Funktional gleiche Mechanismen kommen auch auf europäischer Ebene im Rahmen der Entscheidungen des EuGH über die Auslegung der Grundfreiheiten sowie der Überprüfung von Rechtsetzung und Vollzug im Bereich der europäischen Politiken zu tragen.⁸⁹

Werden nun obengenannte investitionsrechtliche Schutzstandards gemeinsam mit einer Investor-Staat-Schiedsklausel in ein künftiges europäisches IIA aufgenommen, so sind deutliche Wort- oder Inhaltsüberschneidungen mit Vorschriften des originären Unionsrechts nur in kleinerem Umfang zu erwarten. An einer Vergleichbarkeit mit den in den EWR I, II und GELR-Abkommen zugrundeliegenden Sachverhalten könnte es daher mangeln. Dies

⁸⁵ Vgl. oben C. III. 1.

⁸⁶ Zum einen gewährt die Kapitalverkehrsfreiheit nach Art. 63 Abs. 1 AEUV auch Kapital aus Drittstaaten Schutz. Zum anderen können auch Drittstaatsangehörige sich indirekt auf die Niederlassungsfreiheit berufen, wenn sie etwa mittels einer in der EU angesiedelten Tochtergesellschaft operieren.

⁸⁷ Für eine nähere Darstellung des Inhalts genannter Klauseln siehe McLachlan/Shore/Weiniger, *International Investment Arbitration – Substantive Principles*, 2007; Reinisch, *Standards of Investment Protection*, 2008; Griebel, *Internationales Investitionsrecht*, 2008.

⁸⁸ Näher Schill, *Fair and Equitable Treatment, The Rule of Law, and Comparative Public Law*, in: Schill (Hrsg.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, OUP, 2010, S. 151 ff..

⁸⁹ Hierzu näher Hindelang, *op. cit.* Fn. 33.

würde zumindest soweit gelten, als sog. *stand-alone* EU IIAs, also solche Abkommen, die in ihrem Regelungsbereich auf Auslandsinvestitionen beschränkt bleiben, betroffen sind. Werden jedoch Investitionsschutzkapitel zukünftig in europäische Partnerschafts- und Kooperationsabkommen oder Assoziationsabkommen integriert werden, kann es aufgrund des Zieles, Teile des *acquis communautaire* zu exportieren und mithin eine gewisse Vereinheitlichung des Rechts im gesamten geographischen Anwendungsbereich des Abkommens herzustellen, auch zu einer materiellen Überschneidung von Abkommens- und originären Unionsvorschriften kommen.

b. Harmonierungsziel?

Nimmt man das zweite Charakteristikum der vom EuGH hinsichtlich der Gefahr der Beeinträchtigung der autonomen Auslegung des Unionsrechts kritisierten Abkommen und legt es schablonenhaft über künftige EU Abkommen im Bereich des Investitionsschutzes, so muss man feststellen, dass zumindest zukünftige *stand-alone* EU IIAs nicht in einem Maße das Ziel einer homogenen Auslegung und Anwendung des Rechts im gesamten geographischen Geltungsbereich des Abkommens, wie dies etwa das EWR-Abkommen bezweckt, verfolgen. Allenfalls vielleicht einer etwaigen Marktzugangsregel und eines absoluten Minimumbehandlungsstandards einer Investition kann das Ziel der Harmonisierung der Auslegung von auf ausländische Investitionen anwendbarer Rechtsnormen zwischen den beiden Vertragsparteien des Abkommens unterstellt werden. Auch enthalten heutige BITs typischerweise keine ausdrückliche Bindungs- oder Beachtungspflicht hinsichtlich der Schiedssprüche des Abkommensgerichts durch innerstaatliche Gerichte der Abkommensstaaten. Für europäische IIAs wären diese wohl auch nicht zu erwarten. Assoziierungsabkommen oder Partnerschafts- und Kooperationsabkommen mit Investitionsschutzkapitel könnte jedoch das Ziel einer einheitlichen Auslegung des Rechts im gesamten geographischen Anwendungsbereich der Abkommen zu Eigen sein. Durch eine sorgfältige Beschränkung des Schiedsmechanismus auf das Investitionskapitel könnte die von solchen Abkommenstypen ausgehende Gefahr für die Autonomie der Unionsrechtsordnung jedoch beherrschbar werden.

c. Ausdehnung der EuGH-Rechtsprechung zum Verbot der Beeinträchtigung der autonomen Auslegung des Unionsrechts?

Wenn auch eine *förmliche* Betrachtung der bisher ergangenen Rechtsprechung des EuGH einen zum Ergebnis kommen lassen kann, dass der Union durch künftige Schiedssprüche auf der Grundlage eines EU IIAs *keine* verbindliche Auslegung ihres originären Rechts vorgegeben werden wird, so dürfen die Augen jedoch nicht davor verschlossen werden, dass die Union durch Zulassung von Investor-Staat-Schiedsverfahren im Rahmen von EU IIAs grundlegend von ihrem bisher in EU Abkommen implementierten Streitbeilegungsmodell abweicht. Mit Ausnahme des *Energy Charter Treaty* („ECT“)⁹⁰ kennt die Unionsrechtsordnung bislang nur völkerrechtliche Streitbeilegungsverfahren „unter Gleichen“ – also zwischen den Abkommensparteien – oder gegebenenfalls irgendwie geartete gerichtliche Vorlageverfahren.⁹¹ Die Anzahl der potentiellen Kläger ist überschaubar und parallel zu den entsprechenden Streitbeilegungsmechanismen steht grundsätzlich eine große Bandbreite diplomatischer Mittel zur Verfügung.

Das Investor-Staat-Schiedsverfahren würde es dagegen einer unbekanntenen Anzahl von Investoren erlauben, gegen in Investitionen eingreifende Maßnahmen innerhalb der EU vorzugehen. Klassische diplomatische Lösungswege oder gar institutionelle Verhandlungsfora, die etwa im WTO-Kontext zur Verfügung stehen, sind im Rahmen eines Investor-Staat-Schiedsverfahrens heutiger Prägung kaum vorgesehen.⁹²

Wenn auch wohl streng gesehen keine Beeinträchtigung der Autonomie der Unionsrechtsordnung aufgrund rechtlich-verbindlicher Auslegungs- und Beachtungsregeln in künftigen EU IIAs droht, so scheint die Gefahr einer *faktischen* Beeinträchtigung der Autonomie der Unionsrechtsordnung durch die Zulassung des Instruments des Investor-Staat-Schiedsverfahrens nur schwer von der Hand zu weisen. Die Intensität der Beeinträchtigung kann die im Rahmen des EWR I Abkommens denkbare wohl deutlich übersteigen. Man stelle sich nur vor, eine Handlung (eines Mitgliedstaates)⁹³, die der Umsetzung zwingenden

⁹⁰ Vgl. u.a. hierzu Tietje, *The Applicability of the Energy Charter Treaty in ICSID Arbitration of EU Nationals vs. EU Member States*, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, 2008.

⁹¹ Vgl. Ramirez Robles, *Political & Quasi-Adjudicative Dispute Settlement Models in European Union Free Trade Agreements – Is the quasi-adjudicative model a trend or is it just another model?*, World Trade Organisation (Hrsg.), Staff Working Paper, ERSD-2006-09.

⁹² Die gelegentlich in mitgliedstaatlichen BITs enthaltene „Wartefrist“, während derer der Versuch einer gütlichen Einigung zu unternehmen ist, bevor Schiedsklage erhoben wird, ist damit kaum vergleichbar, da nicht institutionalisiert.

⁹³ Für die Frage der Zurechnung siehe u. a. Hoffmeister, *Litigating against the European Union and Its Member States – Who Responds under the ILC’s Draft Articles on International Responsibility of International Organisations?*, 21 EJIL 2010, S. 723 ff.; Paasivirta/Kuijper, *Does one Size fit all?: The European Community and the Responsibility of International Organisations*, XXXVI NYIL 2005, S. 169 ff.

europäischen Rechts gilt – etwa die Rückforderung von europarechtswidrigen Beihilfen, bei der regelmäßig das schutzwürdige Vertrauen des Empfängers auf Null reduziert ist⁹⁴ – wird aufgrund von europarechtlichen Maßstäben abweichenden Vertrauensschutzerwägungen durch das Schiedsgericht für unvereinbar mit dem EU IIA erklärt und Wiedergutmachung, i. d. R. in Form von Geldersatz, wird angeordnet. Wird dieser Schiedsspruch durch die Union in Erfüllung ihrer völkerrechtlichen Pflichten umgesetzt, so wird der drittstaatliche Investor so gestellt, als hätte er die Beihilfe erhalten. Damit weicht zunächst die Situation des drittstaatlichen schiedsgerichtlich erfolgreichen Investors von jener der mit ihm im Wettbewerb stehenden anderen Investoren aufgrund unterschiedlicher Wirkung bzw. teilweiser faktischer Suspendierung des Unionsrechts im Binnenmarkt ab. Eine „WTO-Lösung“, in der zwar nach außen der völkerrechtlichen Pflicht durch die Akzeptanz von Strafzöllen „genüge getan“ wird⁹⁵, jedoch innereuropäisch ein WTO-widriger aber einheitlicher Rechtszustand durch Verweigerung der unmittelbaren Wirkung des WTO-Rechts einschließlich der entsprechenden *Dispute Settlement Body* („DSB“)-Reports aufrechterhalten wird, ist in diesem Fall nicht möglich.⁹⁶

Passt die Union nicht sogleich die Auslegung des Grundsatzes des Vertrauensschutzes im (autonomen) Unionsrecht an die des Schiedsgerichtsspruches europaweit an, so riskiert sie zweierlei: sowohl weitere Schiedsklagen mit potentiell enorm hohen Schadenersatzverpflichtungen als auch den Zerfall der einheitlichen Wirkung des Unionsrechts im Binnenmarkt aufgrund weiterer durch Schiedsgerichte angeordneter „faktischer Ausnahmen“ vom Unionsrecht.

⁹⁴ Vgl. insofern EuGH, Rs. C-24/95 (Alcan), Slg. 1997, I-1591, insbes. Leitsatz 2: „*Insofern widerspricht es zwar nicht der Rechtsordnung der Gemeinschaft, wenn das nationale Recht im Rahmen der Rückforderung das berechnete Vertrauen und die Rechtssicherheit schützt; da die Überwachung der staatlichen Beihilfen durch die Kommission in Artikel 93 des Vertrages zwingend vorgeschrieben ist, darf ein beihilfebegünstigtes Unternehmen auf die Ordnungsmäßigkeit der Beihilfe jedoch grundsätzlich nur dann vertrauen, wenn diese unter Einhaltung des darin vorgesehenen Verfahrens gewährt wurde. Einem sorgfältigen Gewerbetreibenden ist es nämlich regelmäßig möglich, sich zu vergewissern, dass dieses Verfahren eingehalten wurde, selbst wenn der betreffende Staat für die Rechtswidrigkeit des Beihilfebewilligungsbescheids in einem solchen Maße verantwortlich ist, dass seine Rücknahme als Verstoß gegen Treu und Glauben erscheint.*“

⁹⁵ In dem Beschluss des DSB wird der unterlegenen Streitpartei eine Frist zur Vornahme bestimmter Maßnahmen gesetzt. Kommt jene diesen Pflichten nicht innerhalb der Frist nach, kann der Beschluss des DSB nach Art. 21 und 22 DSU durchgesetzt werden. Hiernach ist zunächst möglich, eine Verhandlungslösung über eine Entschädigung zu erzielen, vgl. Art. 22 Abs. 2 DSR. Kommt es zu keiner Einigung, kann die obsiegende Streitpartei die Aussetzung ihrer Vertragsverpflichtungen gegenüber der unterlegenen Partei beantragen. Hierbei können Verpflichtungen ausgesetzt werden, die in einem anderen Wirtschaftsbereich oder gar in einem anderen Vertrag des WTO-Systems als die Verletzung begründet sind.

⁹⁶ Eine „WTO-Lösung“ wäre am ehesten dort denkbar, wo mit einer Schadenersatzzahlung die Tätigkeit im Binnenmarkt beendet werden würde. Vorstellbar wäre das etwa im Fall einer aufgrund der RL 2009/73/EG über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/55/EG vorgenommenen Entflechtung von Gasherstellern und Transportdienstleistern aus einem Nicht-EU Staat, die gegen einen (zukünftigen) EU IIA verstieße, der keine unmittelbare Wirkung entfaltet.

Durch die dargestellten möglichen „*spill-over-effects*“ der Schiedsurteile auf die Auslegung des (autonomen) Unionsrechts könnte der EuGH geneigt sein, nicht all zu hohe Ansprüche bei der Anwendung seiner im EWR I Urteil formulierten Kriterien zu stellen: Hinsichtlich der Übereinstimmung von Abkommens- und originären Unionsrechtsvorschriften könnte eine funktionale anstatt materielle Gleichheit genügen. Was die innerunionale Qualität des Anspruchs der schiedsgerichtlichen Urteile anbelangt, durch den EuGH bei seiner Rechtsprechungstätigkeit beachtet zu werden, so ist durchaus vorstellbar, dass letzterer eine faktische Wirkmacht der Schiedssprüche bei der Auslegung des Unionsrechts als ausreichend betrachtet, um einen Eingriff in die Autonomie des Unionsrechts zu konstatieren.

Freilich würde eine solche Ausdehnung des Konzepts bedeuten, die Möglichkeit der Integration des heute gebräuchlichen Modells von Investor-Staat-Schiedsverfahren in EU Abkommen in Frage zu stellen. Die teilweise bereits in anderen EU Abkommen praktizierte Aufnahme einer Schutzklausel auch in einem zukünftigen europäischen IIA derart, dass aufgrund eines Abkommens eingerichtete Streitbeilegungsorgane keine der Rechtsprechung des EuGH widersprechende Entscheidung treffen dürfen, erscheint hierbei keine wirklich gangbare Lösung für das Problem zu sein. Will man einen europäischen IIA für europäische Investoren nicht von vornherein unattraktiv machen, dann sollte dem Vertragsstaat kein Vorwand geliefert werden, den gleichen Vorbehalt für seinen Verfassungs- bzw. Obersten Gerichtshof fordern zu können.

3. Beeinträchtigung der Zuständigkeiten der Union und ihrer Organe?

Wie bereits oben dargestellt hat der Gerichtshof Abkommen ebenso als unvereinbar mit der Autonomie der Unionsrechtsordnung charakterisiert, die die Zuständigkeiten der Union und ihrer Organe verfälschen. Bei zukünftigen EU IIAs steht vor allen Dingen die Zuständigkeit des EuGH, insbesondere sein Monopol für die Kontrolle der Rechtmäßigkeit⁹⁷ der Handlungen der Unionsorgane im Fokus.

Eine nicht zulässige Rechtmäßigkeitskontrolle durch ein Schiedsgericht könnte man in den folgenden zwei Konstellationen erblicken: Indem das Schiedsgericht die Handlungen der Organe der EU – etwa wettbewerbs- und kartellrechtliche Maßnahmen gegenüber einem

⁹⁷ Die Funktion der Rechtmäßigkeitskontrolle ist nicht nur bei der Nichtigkeitsklage, sondern auch – neben anderen Funktionen – beim Vorabentscheidungsverfahren in Form einer Inzidentkontrolle gegeben. Zu den Funktionen der Nichtigkeitsklage und des Vorabentscheidungsverfahrens siehe: Frenz, Handbuch Europarecht, Bd. 5, 2010, Rn. 2725 f., 3223 ff., insb. 3228.

Investor – anhand der im EU IIA enthaltenen Behandlungsstandards misst, erfolgt aus Sicht des Unionsrechts eine Überprüfung einer EU-Maßnahme anhand EU-Rechts, denn das EU IIA (als Prüfungsmaßstab des Schiedsgerichts) stellt als EU Abkommen einen integralen Bestandteil der Unionsrechtsordnung⁹⁸ dar. Eine derartige Betrachtungsweise könnte der EuGH seinem GELR-Gutachten zugrunde gelegt haben, wenn er feststellte, dass ihm durch die Artikel 263 und 267 AEUV das „*Monopol für die Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Handlungen der Gemeinschaftsorgane, unabhängig davon, ob diese aufgrund des Vertrages oder aufgrund eines anderen internationalen Rechtsakts tätig werden*“⁹⁹ zuerkannt wurde. Nähme man den EuGH diesbezüglich beim Wort, würde in letzter Konsequenz die grundsätzlich durch den EuGH anerkannte Jurisdiktion eines Schiedsgerichts auf bloße Auslegungsfragen beschränkt werden.¹⁰⁰ Jegliche retrospektive Bewertung einer Handlung eines Unionsorgans wäre der Spruchfähigkeit aber entzogen.

Selbst dann, wenn man mit Stimmen in der Literatur EU Abkommen als nicht vom Rechtsprechungsmonopol des EuGH mit umfasst ansehen möchte¹⁰¹, könnten bestimmte Feststellungen des Schiedsgerichts aus Sicht des EuGH als „Rechtmäßigkeitskontrolle“ von Handlungen der EU-Organe (miss-)verstanden werden. Schiedsgerichte könnten versucht sein, die Frage der Vereinbarkeit europäischer Maßnahmen mit höherrangigem Unionsrecht als ein mögliches Argument im Rahmen der Beurteilung der Einhaltung von BIT-Behandlungsstandards heranzuziehen¹⁰²; so etwa bei europäischen wettbewerbs- oder kartellrechtlichen Vollzugsmaßnahmen oder selbst bei legislativen Akten der Union. Ein solches Vorgehen erscheint vor dem Hintergrund bisheriger schiedsgerichtlicher Praxis nicht außerhalb des Denkbaren. Etwa bei der Frage der Verletzung des *fair and equitable treatment* Standards wurden Feststellungen getroffen, die einer „Rechtmäßigkeitskontrolle“ staatlichen Handelns anhand nationalrechtlicher Maßstäbe nahe kamen.¹⁰³ Ob der EuGH sein

⁹⁸ Vgl. EuGH, Gutachten 1/91 (EWR I), Slg. 1991, I-6079, Rn. 37 f.

⁹⁹ EuGH, Gutachten 1/00 (GELR), Slg. 2002, I-3493, Rn. 24.

¹⁰⁰ Eine noch weitere Beschränkung der Jurisdiktion droht, wenn der EuGH sein Konzept wie oben dargestellt (vgl. C. IV. 2. c.) weiterentwickeln sollte.

¹⁰¹ Müller, *op cit.* Fn. 69., S. 854.

¹⁰² Freilich – formal betrachtet – prüft das Schiedsgericht die Maßnahme der Union am Maßstab des EU-BITs und nicht eine Maßnahme der Union am Maßstab des Unionsrechts.

¹⁰³ Vgl. ICSID (AF), *Metalclad Corporation v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1 (NAFTA), Award of 30.8.2000, Rn. 86; Nach der Darstellung verschiedener möglicher Betrachtungsweisen der Frage der Notwendigkeit der Erteilung einer bestimmten Lizenz nach mexikanischem Recht (*Idem*, Rn. 79 ff.) stellte das Schiedsgericht fest: *“Even if Mexico is correct that a municipal construction permit was required, the evidence also shows that, as to hazardous waste evaluations and assessments, the federal authority’s jurisdiction was controlling and the authority of the municipality only extended to appropriate construction considerations. Consequently, the denial of the permit by the Municipality by reference to environmental impact considerations in the case of what was basically a hazardous waste disposal landfill, was improper, as was the municipality’s denial of the permit for any reason other than those related to the physical construction or defects in the site.”*

Rechtsprechungsmonopol derart weit auslegen und auch solche Feststellungen eines Schiedsgerichts als Bedrohung für die Autonomie der Unionsrechtsordnung werten wird, bleibt abzuwarten, da zumindest die Bedrohung für die Einheitlichkeit der Unionsordnung relativ gering ist.¹⁰⁴ Womöglich wäre aber eine Reduzierung des Konzepts der Autonomie der Unionsrechtsordnung auf Fragen der Einheitlichkeit zu kurz gegriffen. Eine Betrachtung der Rechtsprechung des Gerichtshofs lässt durchaus eine in der Literatur getroffene Schlussfolgerung zu, dass der EuGH sich als „*the only ultimate authoritative court that has the competence to interpret and apply [Union] law and if necessary declare it invalid*“¹⁰⁵ versteht.

Nicht nur bei der Frage der Zuständigkeiten der Organe, sondern auch bei den Zuständigkeiten der Union könnten künftige EU IIAs in Konflikt mit dem Konzept der Autonomie der Unionsrechtsordnung geraten. Sollte es dazu kommen, dass zukünftig europäische IIAs als gemischte Abkommen abgeschlossen werden, so könnte sich ein auf Grundlage eines EU IIAs angerufenen Schiedsgericht bemüht sehen, zur Frage der Kompetenzabgrenzung zwischen Union und Mitgliedstaaten Stellung zu nehmen, was bisher vom EuGH als kritisch beurteilt wurde.¹⁰⁶ Ob ihm insoweit eine Kompetenzerklärung – wie sie etwa in Bezug auf den ECT abgegeben wurde – genügen wird, ist ungeklärt.

Sollte der EuGH sein Monopol für die Kontrolle der Rechtmäßigkeit¹⁰⁷ der Handlungen der Unionsorgane im Rahmen des Konzepts der Autonomie der Unrechtsordnung in der oben gedanklich umrissenen Weite verstehen, müsste die Jurisdiktion eines Schiedsgerichts insofern deutlich beschränkt werden.

Ob Abhilfe dadurch geschaffen werden kann, dass das aufgrund eines Abkommens zwischen der Union und einem Drittstaat gebildete Schiedsgericht dem EuGH Auslegungs- und Gültigkeitsfragen zur verbindlichen Entscheidung vorlegen muss, erscheint sowohl aus praktischen wie auch aus europäisch-verfassungsrechtlichen Erwägungen fragwürdig. Zum einen würde durch ein solches „Vorlageverfahren“ die Überparteilichkeit des

[Hervorhebungen hinzugefügt]. Vgl. auch Schill, in: Schill (Hrsg.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, 2010, S. 151 ff., S. 162 f. m. w. N.

¹⁰⁴ Freilich sind Konstellationen denkbar – etwa wenn es um das Behaltendürfen von Geldleistungen geht – in denen die einheitliche Rechtsanwendung des Unionsrechts beeinträchtigt wird. Vgl. oben C. IV. 2. c.

¹⁰⁵ Lavranos, *The ECJ's relationship with other international courts and tribunals*, abrufbar auf SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1672727>, zuletzt besucht. 30.12.2010.

¹⁰⁶ Vgl. oben C. III. 2.

¹⁰⁷ Die Funktion der Rechtmäßigkeitskontrolle ist nicht nur bei der Nichtigkeitsklage, sondern auch – neben anderen Funktionen – beim Vorabentscheidungsverfahren in Form einer Inzidentkontrolle gegeben. Zu den Funktionen der Nichtigkeitsklage und des Vorabentscheidungsverfahrens siehe: Frenz, *Handbuch Europarecht*, Bd. 5, 2010, Rn. 2725 f., 3223 ff., insb. 3228.

Schiedsverfahrens deutlich relativiert, da schließlich ein Gericht einer Streitpartei abschließend und verbindlich über bestimmte Rechtsfragen entscheidet.

Aus verfassungsrechtlicher Perspektive ist es zwar zulässig, im Rahmen eines Abkommens dem EuGH Zuständigkeiten für die Auslegung von Bestimmungen von Abkommen *zum Zwecke der Anwendung in Drittstaaten*¹⁰⁸ – etwa in Form eines Vorabentscheidungsverfahrens – zuzuweisen. Die Ermächtigung eines Schiedsgerichts zur Vorlage an den EuGH – Art. 267 AEUV sieht dies nur für mitgliedstaatliche Gerichte vor – kommt allerdings einer Vertragsänderung gleich, die nur mittels der dafür vorgesehenen Verfahren, nicht aber per Abkommen zulässig ist.

Um mithin den sich aus einer strikten Lesart der Rechtsprechung des Gerichtshofs ergebenden Anforderungen an ein EU Abkommen zu genügen, müsste erwogen werden, sämtliche europarechtliche Fragestellungen der Entscheidung des Schiedsgerichts zu entziehen oder gar – um Jurisdiktionskonflikte von vornherein zu vermeiden – das Schiedsgericht nur für Fragen der Verletzung des EU IIAs durch den Drittstaat zu bestellen. Letzteres würde – die Anerkennung unmittelbarer Wirkung und Anwendbarkeit des EU IIAs vorausgesetzt – den EuGH zum „obersten Investitionsgericht“ in der EU machen. Soweit mitgliedstaatliche Maßnahmen betroffen sind, zeigt die bisherige Rechtsprechung auch den Willen des EuGH, jene am Maßstab eines EU Abkommens zu messen. Lediglich bei EU-Maßnahmen war er bisher zögerlich.¹⁰⁹ Es darf allerdings bezweifelt werden, dass eine derartig einseitige Lösung der Bindung der EU an Schiedsgerichte für Drittstaaten akzeptabel sein wird. Vielmehr werden auch sie fordern, ihr höchstes Gericht letztverbindlich über die Auslegung des IIAs in ihrem Territorium entscheiden zu lassen. Für Investoren wird der Wert solcher EU IIAs freilich beschränkt sein.

D. Schlussbemerkung

Europäisches Parlament, Rat und Kommission bekannten sich in ihren ersten offiziellen Stellungnahmen zur Gemeinsamen Europäischen Investitionspolitik unisono zum Investor-Staat-Schiedsverfahren. Doch werden künftige europäische IIAs die heute in mitgliedstaatlichen BITs üblichen Schiedsklauseln schlicht übernehmen können? Diese Frage mit einem deutlichen Ja zu beantworten, fällt angesichts der vorstehend getroffenen Aussagen

¹⁰⁸ Vgl. oben Fn. 81.

¹⁰⁹ Diesen Befund liefernd: Mendez, *The Enforcement of EU Agreements: Bolstering the Effectiveness of Treaty Law?*, 47 CMLR 2010, S. 1719 ff.

schwer. Das Konzept der Autonomie der Unionsrechtsordnung hält Hürden bereit, die das gegenwärtig in mitgliedstaatlichen BITs gebräuchliche Modell der Streitschlichtung vielleicht nicht wird „überspringen“ können.

Aber womöglich liegt gerade in der europarechtlichen Herausforderung des gegenwärtigen Modells das berühmte politische „*window of opportunity*“, an anderer Stelle notwendige grundlegende Reformen im Rahmen der internationalen Investitionsschiedsgerichtsbarkeit anzugehen. Die wirtschaftspolitisch zweifelsohne sinnvollen Streitbeilegungsmechanismen könnten kohärenter, transparenter und gerichtsähnlicher ausgestaltet werden, um der öffentlich-rechtlichen Natur von Investitionsstreitigkeiten stärker Rechnung zu tragen als dies gegenwärtig im Kontext handelsschiedsgerichtlicher Mechanismen möglich erscheint.

Will sich die EU nicht gänzlich von einem Modell der Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit abwenden, ist freilich auch notwendig, dass der EuGH das Konzept der Autonomie der Unionsrechtsordnung in Zukunft nicht derart weit fassen wird, dass international wettbewerbsfähige Streitbeilegungsmechanismen in EU Abkommen unmöglich gemacht werden. Die nächste Gelegenheit zur weiteren Konkretisierung des Konzepts hat der Gerichtshof mit dem Antrag des Rates zur Erstellung des Gutachten 1/09 zum Übereinkommen zur Schaffung eines vereinheitlichten Systems für die Regelung von Patentstreitigkeiten¹¹⁰ erhalten.

¹¹⁰ ABl. C 220 vom 12.9.2009, S. 15.