

Andrej Lang

Der Europäische
Gerichtshof und die
Investor-Staat-Streitbeilegung
in TTIP und CETA:
Zwischen Konfrontation,
Konstitutionalisierung
und Zurückhaltung

Heft 138

Oktober 2015

**Der Europäische Gerichtshof
und die Investor-Staat-Streitbeilegung
in TTIP und CETA: Zwischen Konfrontation,
Konstitutionalisierung und Zurückhaltung**

Von

Andrej Lang

Institut für Wirtschaftsrecht
Forschungsstelle für Transnationales Wirtschaftsrecht
Juristische und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät
der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg

Andrej Lang ist wissenschaftlicher Mitarbeiter und Habilitand am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht und Internationales Wirtschaftsrecht an der Juristischen und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg und International Expert des Israel Democracy Institute im Rahmen des Forschungsprojekts „Proportionality in Public Policy“.

Christian Tietje/Gerhard Kraft (Hrsg), Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 138

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet unter <http://www.dnb.ddb.de> abrufbar.

ISSN 1612-1368 (print)

ISSN 1868-1778 (elektr.)

ISBN 978-3-86829-790-4 (print)

ISBN 978-3-86829-791-1 (elektr.)

Schutzgebühr Euro 5

Die Hefte der Schriftenreihe „Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht“ finden sich zum Download auf der Website des Instituts bzw der Forschungsstelle für Transnationales Wirtschaftsrecht unter den Adressen:

<http://institut.wirtschaftsrecht.uni-halle.de/de/node/23>

<http://telc.jura.uni-halle.de/de/node/23>

Institut für Wirtschaftsrecht
Forschungsstelle für Transnationales Wirtschaftsrecht
Juristische und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät
Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg
Universitätsplatz 5
D-06099 Halle (Saale)
Tel.: 0345-55-23149 / -55-23180
Fax: 0345-55-27201
E-Mail: ecohal@jura.uni-halle.de

INHALTSVERZEICHNIS

A. Einleitung	5
B. Die Rechtsprechung des EuGH zur Einbindung der EU in völkerrechtliche Streitbeilegungsmechanismen und das ISDS	8
I. Die Auslegungshoheit des EuGH für die Wahrung des Unionsrechts gem. Art 19 Abs 1 EUV	9
II. Die Zuständigkeitsverteilung zwischen der EU und den Mitgliedstaaten und die Exklusivität der unionsrechtlichen Streitbeilegungsmechanismen gem. Art 344 AEUV	12
III. Die Rolle nationaler Gerichte im Vorabentscheidungsverfahren nach Art 267 AEUV	15
IV. Zwischenfazit.....	16
C. Welchen Ansatz soll der EuGH im Umgang mit ISDS wählen?	16
I. Konfrontation.....	17
II. Konstitutionalisierung	20
III. Zurückhaltung.....	22
D. Fazit	23
Schrifttum	25

A. Einleitung*

Das geplante Transatlantische Freihandelsabkommen zwischen der EU und den USA (Transatlantic Trade and Investment Partnership – TTIP) bewegt die Bürger in Europa. Während bislang in Europa Freihandelsverträge weitgehend unbemerkt von der öffentlichen Wahrnehmung ausgehandelt wurden, steht TTIP im Zentrum der politischen Debatte einer europäischen Öffentlichkeit. Besonders das Investor-State-Dispute-Settlement (ISDS) ist dabei in den Blickpunkt gerückt. Die Investor-Staat-Streitbeilegung soll nach dem politischen Willen unter den Regierenden nicht nur Bestandteil von TTIP werden,¹ sondern sie wurde bereits für weitere sog tiefgehende und umfassende Freihandelsabkommen (Deep and Comprehensive Free Trade Agreement – DCFTA) vereinbart, nämlich in den Freihandelsabkommen der EU mit Kanada (CETA) und mit Singapur (EUSFTA).²

Die Vorzüge und Nachteile dieses völkerrechtlichen Streitbeilegungsmechanismus, der ausländischen Investoren ein Klagerecht gegen den Gaststaat wegen der Verletzung bestimmter Schutzstandards vor einem internationalen Schiedsgericht aufgrund eines völkerrechtlichen Vertrages zwischen dem Gaststaat und dem Heimatstaat einräumt, werden grundlegend debattiert. Befürworter sehen in Investor-Staat-Streitbeilegungsverfahren einen rechtsstaatlich gebotenen Mindestschutz zugunsten diskriminierungsgefährdeter ausländischer Investoren, der erst durch das ISDS wirksam gesichert wird. Denn anstatt vom Ermessen des Staats bei der Gewährung diplomatischen Schutzes oder der Beilegung politisierter zwischenstaatlicher Streitigkeiten abhängig zu sein, steht Investoren im Fall der Verletzung ihrer Rechte der Rechtsweg in einem rechtsförmigen Verfahren vor unabhängigen und überparteilichen Schiedsgerichten offen. Dagegen stellt ISDS aus Sicht der Kritiker eine nicht zu rechtfertigende Umgehung des nationalen Gerichtssystems und Schaffung einer Paralleljustiz für ausländische Investoren dar, die zumindest zwischen Rechtsstaaten keinen Platz hat. Gemeinwohlorientierte Regelungen, etwa in den Bereichen des Umwelt-, Gesundheits- und Verbraucherschutzes, werden durch Schiedsrichter auf ihre Vereinbar-

* Dieser Aufsatz wird noch im Tagungsband „Freihandel versus Demokratie“ des Juwiss-Blogs veröffentlicht.

¹ Nach den vom Rat festgelegten Leitlinien für die Verhandlungen über die TTIP zwischen der EU und den USA soll die Kommission ausdrücklich Verhandlungen über ISDS in der TTIP führen. Siehe *Rat der EU*, Leitlinien für die Verhandlungen über die transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft zwischen der Europäischen Union und den Vereinigten Staaten von Amerika, Dok. 11103/13 DCL. 1 v 9, Oktober 2014, 8; siehe auch Joint Letter to EU Trade Commissioner Cecilia Malmström on Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) v 21. Oktober 2014, in dem 14 EU-Mitgliedstaaten diese Vorgabe gegenüber designierte EU-Kommissarin für Handel Malmström bekräftigt haben, erhältlich im Internet: <gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/367160/bis-14-1173-letter-to-commissioner-designate-for-trade-ttip-mandate.pdf> (besucht am 16. September 2015).

² Im EU-Singapur-Abkommen ist der Investitionsschutz in Kap 9 geregelt, siehe Text des gesamten Abkommens, erhältlich im Internet: <trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=961> (besucht am 16. September 2015), im CETA-Abkommen in Kap 10, erhältlich im Internet: <trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf> (besucht am 16. September 2015).

keit mit generalklauselartigen Schutzbestimmungen geprüft, die hauptberuflich oft als Rechtsanwälte im internationalen Investitionsschutzrecht tätig und daher zugunsten von Investorenbelangen voreingenommen sind.

Während in der Zivilgesellschaft der Aufnahme von ISDS-Bestimmungen in das Freihandelsabkommen TTIP mit großer Skepsis begegnet wird,³ überbieten sich die politischen Institutionen, von Regierungen der EU-Mitgliedstaaten⁴ über die Europäische Kommission⁵ bis hin zum Europäischen Parlament⁶, gegenseitig mit weitreichenden Vorschlägen zur Reform des ISDS. Der Europäische Gerichtshof steht in diesem Prozess bislang an der Seitenlinie. Das kann sich bald ändern.⁷ Jedenfalls sollte bei der Einbeziehung und Ausgestaltung der Investor-Staat-Streitbeilegung im TTIP-, im CETA- und im EU-Singapur-Abkommen die Rechnung nicht ohne den Gerichtshof gemacht werden.⁸ Unter dem Topos der Autonomie hat der EuGH der Einbindung der EU in völkervertragliche Streitbeilegungsmechanismen enge Grenzen gesetzt. Deshalb hängt es auch vom EuGH ab, welches Modell die Europäische Union zum

³ Bei einer Online-Konsultation der Europäischen Kommission zur Investor-Staat-Streitbeilegung im Rahmen des TTIP-Abkommens wurden fast 150.000 Stellungnahmen eingereicht, von denen sich eine große Mehrheit ablehnend äußerte. Siehe *Europäische Kommission*, SWD (2015) 3 endg v 13. Januar 2015.

⁴ Im Zusammenhang mit dem CETA haben sich regierende Sozialdemokraten in mehreren EU-Mitgliedstaaten in dem sog Madrid-Papier vom Februar 2015 unter dem Titel „Verbesserungen an CETA und darüber hinaus – Meilensteine für modernen Investitionsschutz setzen“ für die Einsetzung eines internationalen „Handels- und Investitionsgerichtes“ als Alternative zu ISDS ausgesprochen. Erhältlich im Internet: <spd.de/linkableblob/127484/data/20150223_ceta_isds_papier_madrid.pdf> (besucht am 16. September 2015). Im Konzept des Bundeswirtschaftsministeriums zum Investorenschutz vom Mai 2015 wird ua vorgeschlagen, ein „Überprüfungsorgan“ zu errichten und die „bisher üblichen Investor-Staat-Schiedsgerichte durch ein für das jeweilige Abkommen zuständiges bilaterales Gericht (zB US-EU Permanent Investment Tribunal) zu ersetzen“. Vgl. hierzu *Krajewski*, Modell-Investitionsschutzvertrag mit Investor-Staat-Schiedsverfahren für Industriestaaten unter Berücksichtigung der USA, 2015, 1 f.

⁵ Die Kommission hat in einem Diskussionspapier vom Mai 2015 die Notwendigkeit einer grundlegenden Reform des traditionellen ISDS-Systems hervorgehoben und die Einrichtung eines permanenten bilateralen Berufungsmechanismus angeregt. *Europäische Kommission*, Concept Paper „Investment in TTIP and beyond – the path for reform“ v 6. Mai 2015.

⁶ Das Europäische Parlament hat in einer Entschließung vom 8. Juli 2015 zwar die TTIP-Verhandlungen mit den USA unterstützt, fordert aber „das ISDS-Verfahren durch ein neues Verfahren für die Beilegung von Streitigkeiten zwischen Investoren und Staaten zu ersetzen“, das „der demokratischen Kontrolle unterliegt“, von „unabhängigen Berufsrichtern“ verhandelt wird und eine „Berufungsinstanz“ vorsieht. *Europäisches Parlament*, Nr S 2. d) xv) der Entschließung vom 8. Juli 2015 mit den Empfehlungen des Europäischen Parlaments an die Kommission zu den Verhandlungen über die Transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft (TTIP), P8_TA-PROV(2015)0252.

⁷ Nach dem derzeitigen Stand wird der EuGH voraussichtlich über das Gutachtenverfahren nach Art 218 Abs 11 AEUV mit dem EU-Singapur-Abkommen befasst, auch wenn noch kein formaler Gutachtenantrag gestellt wurde (Stand 1. August 2015). Im Oktober 2014 hat die damalige Barroso-Kommission beschlossen, ein Gutachten beim EuGH einzuholen. *Europäische Kommission*, Pressemitteilung v 30. Oktober 2014, IP/14/1235. Diesen Beschluss hat die Juncker-Kommission im März 2015 bestätigt. *Europäische Kommission*, Pressemitteilung v 4. März 2015, erhältlich im Internet: <trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1269> (besucht am 16. September 2015). Der Antrag zielt nur auf die Klärung der Frage ab, ob das Abkommen als ausschließliches oder als gemischtes Abkommen abzuschließen ist.

⁸ Spezifisch zur Vereinbarkeit des ISDS in diesen Abkommen mit dem Unionsrecht: *Hindelang*, AVR 53 (2015), 68 ff.; *Schill*, JWIT 16 (2015), 379 ff.; *Ohler*, JZ 2015, 337 (344 ff.).

internationalen Investitionsschutz entwickeln, wie sie ihre – im Lissabon-Vertrag durch die Ergänzung des Art 207 Abs 1 AEUV hinzugewonnene – Kompetenz zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge auf dem Gebiet der Direktinvestitionen ausüben und vor allem welchen Platz die Investor-Staat-Streitbeilegung darin haben kann.⁹

Dass der EuGH in der Lage ist, die Verwirklichung bedeutsamer politischer Projekte im Bereich der EU-Außenpolitik in Zweifel zu ziehen, hat das Gutachten 2/13 zum Beitritt der EU zur EMRK verdeutlicht. Darin hat der EuGH den vorgelegten Entwurf der Übereinkunft über den Beitritt der Europäischen Union zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Übereinkunftsentwurf – „ÜE“) als unvereinbar mit dem Unionsrecht bewertet, sowie strenge rechtliche und institutionelle Vorgaben für den geplanten EMRK-Beitritt aufgestellt.¹⁰ Obwohl die Außenpolitik traditionell als exklusive Domäne der Gubernative galt, in der sich die Judikative in richterliche Zurückhaltung übte, nimmt der Gerichtshof eine zentrale Stellung in der EU-Außenpolitik ein.¹¹ Ob bzw unter welchen Bedingungen die Europäische Union eines ihrer wichtigsten politischen Projekte, die TTIP-, CETA- und EUSFTA-Abkommen, verwirklichen können wird, hängt damit auch vom Gerichtshof ab.

Vor diesem Hintergrund will dieser Beitrag die Rolle und die Legitimität des EuGH im Umgang mit ISDS im Rahmen der richterlichen Kontrolle der TTIP-, CETA- und EUSFTA-Abkommen reflektieren. In einem ersten Schritt sollen dafür die vom EuGH entwickelten Leitlinien für die Einbindung der EU in völkerrechtliche Streitbeilegungsmechanismen nachvollzogen werden. Dabei wird auf Grundlage der konsolidierten Fassung des CETA-Entwurfs¹² erörtert, welche Konsequenzen die bisherige EuGH-Rechtsprechung für das ISDS-Kapitel des CETA hat (B.).

Anschließend wird in einem zweiten Schritt der Frage nachgegangen, welchen Ansatz der EuGH bei einer Prüfung des ISDS in diesen DCFTAs wählen *sollte* (C.). Hinter dieser Frage verbergen sich notwendig grundlegendere Gesichtspunkte zur Rolle des EuGH in der europäischen Außenpolitik. Zentrale Fragen sind, auf welche Weise der EuGH als supranationales Verfassungsgericht auf die Ausgestaltung der internationalen Investitionsschiedsgerichtsbarkeit einwirken sollte und wo die Mög-

⁹ Allgemein zur Frage der Vereinbarkeit des ISDS mit dem Unionsrecht: *Hindelang*, in: Bungenberg/Herrmann (Hrsg), *Common Commercial Policy after Lisbon*, 187 ff.; *ders.*, in: Bungenberg/Herrmann (Hrsg), *Die Gemeinsame Handelspolitik der Europäischen Union nach Lissabon*, 157 ff.; *Schill*, in: Bungenberg/Reinisch/Tietje (Hrsg), *EU and Investment Agreements - Open Questions and Remaining Challenges*, 37 ff.; *Herrmann*, *JWIT* 15 (2014), 570 ff.

¹⁰ *EuGH*, Gutachten 2/13, *EMRK-Beitritt*, Slg. 2014 I-0000. Zur Frage, wie der geplante EMRK-Beitritt der EU nach dem Gutachten 2/13 noch verwirklicht werden kann: *Krenn*, *GLJ* 16 (2015), 147.

¹¹ Grundlegend zur Rolle des EuGH in der europäischen Außenpolitik: *Cremona/Thies* (Hrsg), *The European Court of Justice and External Relations Law*; *Kottmann*, *Introvertierte Rechtsgemeinschaft*.

¹² Dafür spricht, dass die Europäische Kommission CETA als Modellvertrag für den internationalen Investitionsschutz betrachtet. Es wird ihr daher einerseits schwerfallen, sich in den TTIP-Verhandlungen von dem in CETA entwickelten Regelungsrahmen zu distanzieren. Andererseits weisen die ISDS-Kapitel im EU-Singapur-Abkommen und in CETA inhaltlich deutliche Parallelen auf.

lichkeiten und Grenzen der Kontrolle internationaler Investitionsschutztribunale durch den EuGH liegen.

B. Die Rechtsprechung des EuGH zur Einbindung der EU in völkerrechtliche Streitbeilegungsmechanismen und das ISDS

Die Rechtsprechung des EuGH im Bereich der europäischen Außenpolitik ist durch eine Ambivalenz zwischen internationaler Einbindung und Schutz der eigenen Verfassungsordnung gekennzeichnet.¹³ Diese Ambivalenz zeigt sich auch in der Rechtsprechung des EuGH zur Einbindung der EU in völkervertragliche Streitbeilegungsmechanismen, die der Gerichtshof insbesondere in den Gutachten 1/91,¹⁴ 1/92,¹⁵ 1/00,¹⁶ 1/09¹⁷ und jüngst 2/13¹⁸, sowie im *Mox Plant*-Urteil¹⁹ entwickelt hat. Die dort entworfenen Leitlinien lassen sich so skizzieren: Einerseits trägt der EuGH dem in Art 3 Abs 5 EUV niedergelegten Ziel der Union Rechnung, einen Beitrag zur Einhaltung und Weiterentwicklung des Völkerrechts zu leisten, wozu auch die Unterwerfung unter einen internationalen Streitbeilegungsmechanismus zählt. Andererseits bewahrt er gem. Art 19 Abs 1 EUV die Autonomie der Unionsrechtsordnung und schützt dabei auch das unionsinterne institutionelle Gleichgewicht vor Verschiebungen durch die europäische Außenpolitik.²⁰

Dementsprechend hat der EuGH seit dem *EWR I*-Gutachten von 1991 anerkannt, dass die EU befugt ist, sich den Entscheidungen eines durch internationale Abkommen „geschaffenen oder bestimmten Gerichts zu unterwerfen, was die Auslegung und Anwendung ihrer Bestimmungen angeht“.²¹ Allerdings dürfen dadurch das Wesen der Zuständigkeiten des EuGH und die „Autonomie der Unionsrechtsordnung“ nicht beeinträchtigt werden.²² Hinter dem Topos der Autonomie des Unionsrechts steht das Anliegen, die verfassungsrechtlichen Strukturmerkmale sowie das interne institutionelle Gleichgewicht der EU zu wahren und Verschiebungen durch die Einbindung der EU in Formen institutionalisierter internationaler Kooperation zu verhindern. Eine unzulässige Überschreitung dieser Autonomie-

¹³ Vgl. *EuGH*, verb Rs C-402/05 P, C-415/05 P, *Kadi*, Slg. 2008, I-6351, wonach einerseits „die Befugnisse der Gemeinschaft unter Beachtung des Völkerrechts auszuüben sind“ (Rn 291), andererseits „die Verpflichtungen aufgrund einer internationalen Übereinkunft nicht die Verfassungsgrundsätze des EG-Vertrag beeinträchtigen können“ (Rn 285).

¹⁴ *EuGH*, Gutachten 1/91, *EWR I*, Slg. 1991, I-6084.

¹⁵ *EuGH*, Gutachten 1/92, *EWR II*, Slg. 1992, I-2821.

¹⁶ *EuGH*, Gutachten 1/00, *Europäischer Luftverkehrsraum*, Slg. 2002, I-3493.

¹⁷ *EuGH*, Gutachten 1/09, *Patentgericht*, Slg. 2011, I-1137.

¹⁸ *EuGH*, Gutachten 2/13, *EMRK-Beitritt*.

¹⁹ *EuGH*, Rs. C-459/03, *Mox Plant*, Slg. 2006, I-4635.

²⁰ *Cremona/Thies*, in: dies. (Hrsg.), *The European Court of Justice and External Relations Law*, 1 (3).

²¹ *EuGH*, Gutachten 1/91, *EWR I*, Rn 40; *EuGH*, Gutachten 1/09, *Patentgericht*, Rn 74. Dies hat der Gerichtshof im Gutachten 2/13 bekräftigt: Danach ist es nicht grundsätzlich unvereinbar mit dem Unionsrecht, „dass eine internationale Übereinkunft, die die Schaffung eines mit der Auslegung ihrer Bestimmungen betrauten Gerichts vorsieht, dessen Entscheidungen für die Organe, einschließlich des Gerichtshofs, bindend sind“. *EuGH*, Gutachten 2/13, *EMRK-Beitritt*, Rn 182.

²² *EuGH*, Gutachten 2/13, *EMRK-Beitritt*, Rn 183.

grenzen sieht der EuGH insbesondere in drei Konstellationen für gegeben an, die auch für die Investor-Staat-Streitbeilegung relevant sind: wenn ein internationales Gericht verbindlich das Unionsrecht auslegen dürfte (I.), wenn es über die Kompetenzverteilung zwischen der EU und den Mitgliedstaaten entscheiden dürfte (II.) und wenn die Zuständigkeiten mitgliedstaatlicher Gerichte im Vorabentscheidungsverfahren unterlaufen würde (III.).

I. Die Auslegungshoheit des EuGH für die Wahrung des Unionsrechts gem. Art 19 Abs 1 EUV

Aus der Zuständigkeit des EuGH für die Wahrung des Unionsrechts gem. Art 19 Abs 1 EUV folgt für völkerrechtliche Streitbeilegungsmechanismen einerseits, dass aus unionsrechtlicher Sicht keine Bedenken dagegen bestehen, ein internationales Gericht oder Streitschlichtungsgremium mit der verbindlichen Interpretation eines internationalen Abkommens zu betrauen.²³ Andererseits würde es jedoch gegen Art 19 Abs 1 EUV verstoßen, wenn eine solche Institution dazu befugt wäre, das Unionsrecht verbindlich auszulegen.²⁴ Denn dies würde die zur Sicherung der einheitlichen Auslegung und Anwendung des Unionsrechts gewährleistete Auslegungshoheit des EuGH beeinträchtigen.

Zweifelhaft ist die Einordnung von Fallkonstellationen, die zwischen diesen beiden Polen liegen. Das sind Fälle, in denen die Interpretation eines völkerrechtlichen Vertrages durch ein Streitschlichtungsgremium „Auswirkungen“ auf die Auslegung und Anwendung des Unionsrechts hat – ohne eine rechtliche Bindungswirkung zu entfalten.²⁵ Eine solche faktische Wirkmacht oder faktischer *spillover*-Effekt²⁶ besteht in zwei Konstellationen:

In der ersten Konstellation kann es insbesondere im Bereich des europäischen Beihilferechts zu Normkonflikten zwischen einem internationalen Investitionsabkommen und dem Unionsrecht kommen, durch die die einheitliche Anwendung des Unionsrechts gefährdet wird. Das lässt sich am Beispiel der *Micula*-Konstellation veranschaulichen, in der ein Schiedsspruch einen EU-Mitgliedstaat effektiv zur Verletzung des Unionsrechts verpflichtete.²⁷ Aus Sicht des Unionsrechts hat das

²³ *Ibid.*, Rn 185.

²⁴ *Ibid.*, Rn 184; *EuGH*, Gutachten 1/09, *Patentgericht*, Rn 78.

²⁵ *EuGH*, Gutachten 2/13, *EMRK-Beitritt*, Rn 183.

²⁶ *Hindelang*, in: Bungenberg/Herrmann (Hrsg.), *Die Gemeinsame Handelspolitik der Europäischen Union nach Lissabon*, 2011, 157 (170).

²⁷ *Micula ua vs Romania*, ICSID Case No. ARB/05/20, Award vom 11. Dezember 2013. Siehe dazu *Tietje/Wackernagel*, *JWIT* 16 (2015), 205 ff. In dem Fall hatte Rumänien den Klägern des Schiedsstreits, ua den Brüdern Micula, noch vor dem EU-Beitritt als Anreiz für Investitionen Subventionen versprochen, die es im Zuge des EU-Beitritts wegen Unvereinbarkeit mit dem europäischen Beihilfenrecht wieder zurücknahm. Dagegen erhoben diese auf der Grundlage eines BITs zwischen Rumänien und Schweden, einem sog Intra-EU-BIT, Klage vor einem ICSID-Schiedsgericht auf Schadensersatz. Dieser gab das Schiedsgericht statt. Die Kommission vertrat hingegen die Auffassung, dass eine Schadensersatzzahlung durch Rumänien an die Micula-Brüder als unzulässige Beihilfe iSv Art 107 AEUV unionsrechtswidrig wäre, weil diese dadurch so gestellt würden, als hätten sie die unionsrechtswidrige Beihilfe erhalten. Europäische Kommission, C(2014) 6848 final v 1. Oktober 2014, Rn 27 ff.

primärrechtliche Beihilfeverbot Vorrang vor den völkerrechtlichen Verpflichtungen aus dem Investitionsabkommen. Ein EU-Mitgliedstaat aber könnte aus Sorge davor, ausländische Investoren durch die Nichterfüllung einer schiedsgerichtlich angeordneten Entschädigungspflicht zu vergraulen, einen Verstoß gegen das unionsrechtliche Beihilferecht billigend in Kauf nehmen.²⁸ Dies würde die einheitliche Anwendung des Unionsrechts beeinträchtigen und den Wettbewerb im europäischen Binnenmarkt verfälschen. Wegen der Gefahr von „multiple claims for damages by other foreign investors, enforceable by individuals virtually worldwide“ erblickt *Hindelang* in dieser Konstellation einen erheblichen Anpassungsdruck für die Auslegung des Unionsrechts durch den EuGH.²⁹

Es erscheint jedoch zweifelhaft, ob die Möglichkeit eines Normkonflikts zwischen dem Unionsrecht und dem CETA-Abkommen eine Verletzung der durch Art 19 Abs 1 EUV garantierten Auslegungshoheit des EuGH begründet. Zwar besteht bei Abschluss eines völkerrechtlichen Vertrags, also auch im Fall des CETA, durch die EU und/oder durch die EU-Mitgliedstaaten – zumindest konzeptionell – stets die Möglichkeit eines Normkonflikts zwischen dem Unionsrecht und dem Völkerrecht. Dies gilt insbesondere dann, wenn der völkerrechtliche Vertrag – in teilweise schwer vorherzusehender Weise – durch Rechtsprechungsorgane fortentwickelt wird. In dieser Möglichkeit liegt aber kein hinreichender Grund gegen den Abschluss völkerrechtlicher Verträge. Denn wenn jede Möglichkeit eines Normkonflikts die EU am Abschluss eines völkerrechtlichen Vertrags hindern würde, der einen eigenen Streitbeilegungsmechanismus vorsieht, dann wäre die Einbindung der EU in völkerrechtliche Streitbeilegungsmechanismen ausgeschlossen. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist eine solche Einbindung aber prinzipiell zulässig.

In der zweiten Konstellation kann eine Beeinträchtigung der Auslegungshoheit des EuGH insbesondere daraus resultieren, dass das Unionsrecht und ein völkerrechtlicher Vertrag eine Vielzahl materiell identischer Bestimmungen vorsehen. Vor dem Hintergrund der Vielzahl gleichlautender Bestimmungen im EWR-Vertragsentwurf und im Gemeinschaftsrecht erachtete der EuGH im *EWR I*-Gutachten den ursprünglichen Entwurf zum EWR-Vertrag für gemeinschaftswidrig, weil die Auslegung der dem EWR-Abkommen „entsprechenden Bestimmungen der Rechtsordnung der Gemeinschaft“ durch den EWR-Gerichtshof „Artikel 164 EWG-Vertrag (heute Art 19 Abs 1 S 2 EUV) und allgemeiner die Grundlagen der Gemeinschaft selbst beeinträchtigt“.³⁰ Die Bedenken des EuGH gegen den EWR-Vertragsentwurf lagen darin, dass inhaltlich weitgehend parallele Normbestände für das europäische Gemeinschaftsrecht durch den EuGH und für den EWR-Vertrag durch den geplanten EWR- und später eingerichteten EFTA-Gerichtshof ausgelegt werden sollten – ohne dass für die Zukunft eine Bindung des letzteren an die Rechtsprechung des ersteren bestehen sollte.³¹

²⁸ Tatsächlich hat sich diese Gefahr im *Micula*-Verfahren realisiert: Rumänien hat bereits Schadensersatzzahlungen an die Micula-Brüder geleistet. Vgl. *Europäische Kommission*, Pressemitteilung v 30. März 2015, IP/15/4725.

²⁹ *Hindelang*, AVR 53 (2015), 68 (80).

³⁰ *EuGH*, Gutachten 1/91, *EWR I*, Rn 45 f.

³¹ Zwar wurde der EFTA-Gerichtshof nach Art 6 des EWR-Vertragsentwurf dazu verpflichtet, die Bestimmungen des Abkommens im Lichte der Rechtsprechung des EuGH auszulegen. Allerdings beschränkte sich diese Bindung auf vor Unterzeichnung des Abkommens ergangene

Mangels einer solchen Bindung an die EuGH-Rechtsprechung bestand die Befürchtung vor erheblichen Inkonsistenzen in der Interpretation gleichlautender Normen durch den EuGH und den EWR-Gerichtshof. Die Situation wurde dadurch verschärft, dass nach der völkerrechtsfreundlichen Rechtsprechung des EuGH die von der Union geschlossen völkerrechtlichen Verträge – in der Auslegung des durch den Vertrag eingesetzten Spruchkörpers – einen „integrierenden Bestandteil“ der Unionsrechtsordnung bilden³² und die Unionsorgane, einschließlich des EuGH, binden.³³ Für den EuGH hätte daraus eine unmögliche Situation resultiert: Einerseits durfte er das „originäre“ Gemeinschaftsrecht autonom auslegen, andererseits sollte er an die Interpretation einer inhaltsgleichen Bestimmung im EWR-Vertrag gebunden sein. Faktisch hätte ein erheblicher Druck auf dem EuGH gelastet, die Rechtsprechung des EWR-Gerichtshofs auch für Interpretation des „originären“ Unionsrechts zu beachten.³⁴ Dadurch hätte der EWR-Gerichtshof potentiell zu einer ergänzenden richterlichen Autorität zu Fragen des Gemeinschaftsrechts aufsteigen können.

Auch Investor-Staat-Schiedsribunale legen im Rahmen ihrer Prüfung der Vereinbarkeit einer staatlichen Maßnahme mit einem internationalen Investitionsabkommen regelmäßig unionsrechtliche Bestimmungen aus, beispielsweise als Tatsache oder als Bestandteil des Rechts des Gaststaats.³⁵ Im CETA-Entwurf wird nach Art X.14 iVm EU Annex I und II CETA für bestimmte Ausnahmeregelungen von investitionsschutzrechtlichen Prinzipien (ua Marktzugang, Inländerbehandlung Meistbegünstigung) sogar explizit auf unionsrechtliche Sekundärrechtsakte verwiesen. Bei der Frage, ob die Voraussetzungen für einen Ausnahmetatbestand von den staatlichen Verpflichtungen gegenüber ausländischen Investoren vorliegen, muss dementsprechend ein Schiedsgericht im Rahmen seiner Auslegung des CETA-Vertrages ggf unionsrechtliche Bestimmungen auslegen. Zwar ist eine solche schiedsgerichtliche Auslegung für die Unionsgerichte nicht bindend. Sie kann aber *spill-over*-Effekte für den EuGH entfalten, insoweit dieser einen Gleichklang zwischen seiner und der schiedsgerichtlichen Auslegung herstellen möchte, um Inkonsistenzen in der Rechtsprechung zu verhindern und möglichen Schadensersatzklagen ausländischer Investoren vorzubeugen.³⁶

Entscheidungen des EuGH und nicht auf nach diesem Zeitpunkt erlassene Entscheidungen. *Ibid.*, Rn 44.

³² *EuGH*, Rs. C-181/73, *Haegeman*, Slg. 1974, 449, Rn 5.

³³ *EuGH*, Gutachten 1/91, *EWR I*, Rn 39.

³⁴ Ähnlich *Hindelang*, in: Bungenberg/Herrmann (Hrsg), Die Gemeinsame Handelspolitik der Europäischen Union nach Lissabon, 2011, 157 (170).

³⁵ Siehe exemplarisch die Feststellung des Schiedsgerichts in *Eureka B.V. vs The Slovak Republic*, UNCITRAL Case No. 2008-13, Award on Jurisdiction vom 26. Oktober 2010, Rn 282: „Courts and arbitration tribunals throughout the EU interpret and apply EU law daily.“

³⁶ In der Literatur wird zur Klärung unionsrechtlicher Fragen in schiedsgerichtlichen Verfahren teilweise die Einrichtung eines Vorabentscheidungsmechanismus gefordert. Siehe insbesondere von *Papp*, CMLR 50 (2013), 1039 (1065 ff.). Würde der EuGH über das Vorabentscheidungsverfahren am Schiedsverfahren beteiligt, wäre die Überparteilichkeit des Schiedsverfahrens nicht mehr gewährleistet. So auch *Herrmann*, JWIT 15 (2014), 570 (580); *Hindelang*, in: Bungenberg/Herrmann (Hrsg), Die Gemeinsame Handelspolitik der Europäischen Union nach Lissabon, 2011, 157 (183). Aus Gründen der Reziprozität wäre es jedenfalls geboten, gleichermaßen nationale Gerichte der anderen Vertragspartei, im TTIP-Abkommen also die USA, einzubinden. Jedoch ist die Bereitschaft der USA fraglich, deren Rechtstradition ua auf der Prämisse beruht, dass Gerichte nur zur Entscheidung von echten „cases and controversies“

Auf das im CETA-Abkommen geplante ISDS-Verfahren angewendet, führt auch diese Konstellation nicht notwendig zu einer Verletzung der durch Art 19 Abs 1 EUV garantierten ausschließlichen Zuständigkeit des Gerichtshofs für die Wahrung des Unionsrechts. Denn die Auswirkungen des ursprünglichen EWR-Vertragsentwurfs auf die Auslegungshoheit des EuGH reichen deutlich über möglichen Auswirkungen durch CETA hinaus. Erstens schließt CETA die unmittelbare Anwendbarkeit seiner Bestimmungen in den Rechtsordnungen der Vertragsparteien ausdrücklich aus.³⁷ Wie im Fall des WTO-Rechts, ist der EuGH folglich weder an die Bestimmungen des CETA noch an die Rechtsprechung der durch CETA eingesetzten Schiedsgerichte gebunden. Im Unterschied zum EWR-Vertragsentwurf werden dadurch die möglichen Auswirkungen des CETA auf die Auslegung des Unionsrechts durch den EuGH entscheidend reduziert. Zweitens stellt sich zwischen dem Unionsrecht und den Investitionsschutzregelungen des CETA das Problem inhaltlich weitgehend paralleler Normen nicht annähernd in gleicher Weise. Denn Anwendungsbereich, Gegenstand und Zweck der materiell-rechtlichen Regelungen dieser beiden Normbestände unterscheiden sich erheblich voneinander, während der EWR-Vertrag hingegen einen „wesentlichen Teil“ der gemeinschaftsrechtlichen Wirtschafts- und Handelsregeln übernahm.³⁸ Drittens erscheint die Gefahr faktischer *spill-over*-Effekte auch wegen des fragmentarischen Charakters der *ad-hoc*-Schiedsgerichtsbarkeit gering. Im Unterschied zum EFTA-Gerichtshof und zum EGMR ist das Modell einer *ad hoc*-Schiedsgerichtsbarkeit schon deshalb nicht dazu geeignet, eine Konkurrenzsituation zum EuGH entstehen zu lassen, weil sich die Autorität eines ständigen supranationalen Gerichtshofs, der seine Rechtsprechung über Jahrzehnte entwickelt, deutlich von der Autorität eines ausschließlich für eine bestimmte Streitigkeit eingesetzten Schiedstribunals abhebt.

II. Die Zuständigkeitsverteilung zwischen der EU und den Mitgliedstaaten und die Exklusivität der unionsrechtlichen Streitbeilegungsmechanismen gem. Art 344 AEUV

Der EuGH betont, dass internationale Streitbeilegungsorgane in keinem Fall über die unionsinterne Kompetenzverteilung zwischen der EU und den Mitgliedstaaten entscheiden dürfen. Fragen der Zuständigkeitsverteilung treten in gemischten Abkommen auf, die in die Kompetenz der Union und der Mitgliedstaaten fallen.³⁹ CETA wird voraussichtlich als gemischte Abkommen geschlossen.⁴⁰ Um zu gewähr-

zuständig sind, ein aus der europäischen Rechtstradition stammendes Gerichtsverfahren wie das Vorabentscheidungsverfahren zu übernehmen, das gerade nicht als kontradiktorisches Verfahren, sondern als objektives Zwischenverfahren ausgestaltet ist.

³⁷ Siehe Kap. 33, Art 14.16 CETA. Auch das EU-Singapur-Abkommen schließt die unmittelbare Anwendbarkeit seiner Bestimmungen gem. Art 17.15 EUSFTA aus.

³⁸ *EuGH*, Gutachten 1/91, *EWR I*, Rn 41.

³⁹ *Hindelang*, in: Bungenberg/Herrmann (Hrsg), *Die Gemeinsame Handelspolitik der Europäischen Union nach Lissabon*, 2011, 157 (172).

⁴⁰ Im Hinblick auf das EU-Singapur-Abkommen wird der EuGH voraussichtlich darüber entscheiden, ob dieses ein gemischtes Abkommen darstellt. Vgl. oben unter Fn 7. Für eine Einordnung als gemischtes Abkommen: *Mayer*, *Stellt das geplante Freihandelsabkommen der EU*

leisten, dass über Fragen der Zuständigkeitsverteilung im Zusammenhang mit gemischten Abkommen nur der Gerichtshof selbst als Hüter der Unionsrechtsordnung entscheidet, besteht dieser auf die strikte Einhaltung der Exklusivität unionsrechtlicher Streitbeilegungsmechanismen gem. Art 344 AEUV. In der Rechtsprechung des EuGH besteht folglich ein enger Zusammenhang zwischen Fragen der Zuständigkeitsverteilung zwischen der EU und den Mitgliedstaaten und der ausschließlichen Zuständigkeitsklausel des Art 344 AEUV.

Art 344 AEUV untersagt den EU-Mitgliedstaaten, Streitigkeiten über Fragen des Unionsrechts in Streitbeilegungsmechanismen außerhalb der Verträge zu behandeln. Nach Auffassung des EuGH folgt daraus „die ausschließliche Zuständigkeit des Gerichtshofes für die Beilegung von Streitigkeiten zwischen den Mitgliedstaaten über die Auslegung und Anwendung des Gemeinschaftsrechts“.⁴¹ Folgerichtig verwarf der EuGH im *Mox Plant*-Fall die Möglichkeit, dass ein externes Streitbeilegungsorgan über Streitigkeiten zwischen zwei Mitgliedstaaten entscheidet, die teilweise in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fallen – und zwar selbst dann, wenn die Streitigkeit auch in den Anwendungsbereich eines völkerrechtlichen Vertrages fällt und das Streitbeilegungsorgan zur Auslegung dieses Verfahrens eingerichtet worden ist.⁴² Diesen Ausschließlichkeitsanspruch angesichts alternativer Streitbeilegungsforen hat der EuGH im Gutachten 2/13 zum EMRK-Beitritt der EU bekräftigt. Darin sah er einen Verstoß gegen Art 344 AEUV für gegeben an, weil der geplante Beitrittsvertrag die nach Art 33 EMRK potenzielle Zuständigkeit des EGMR für „Streitigkeiten zwischen den Mitgliedstaaten oder zwischen ihnen und der Union, bei denen das Unionsrecht in Rede steht“,⁴³ nicht ausdrücklich ausschloss.⁴⁴

Allerdings lassen die Begründungen im *Mox Plant*-Fall und im *Gutachten 2/13* zur Verletzung des Art 344 AEUV nicht auf die Unionsrechtswidrigkeit des Investor-Staat-Streitbeilegungsverfahrens schließen.⁴⁵ Denn in diesen Entscheidungen ging es ausschließlich um Streitigkeiten zwischen zwei EU-Mitgliedstaaten oder zwischen einem Mitgliedstaat und der Union. Dagegen sind die Streitparteien im ISDS-Verfahren ein privater Investor und ein Staat.⁴⁶ Gegen die Anwendbarkeit des Art 344 AEUV auf ISDS-Verfahren im Rahmen des CETA spricht insbesondere, dass CETA nicht zwischen zwei EU-Mitgliedstaaten, sondern mit einem Drittstaat vereinbart wurde. Schon aus Gründen der völkerrechtlichen Reziprozität wäre es

mit Kanada (Comprehensive Economic and Trade Agreement, CETA) ein gemischtes Abkommen dar?, 2015, 27; *Streinz*, EYIEL 6 (2015), 271 (272).

⁴¹ *EuGH*, Rs. C-459/03, *Mox Plant*, Slg. 2006, I-4635, Rn 132.

⁴² *Ibid.*, Rn 182.

⁴³ *EuGH*, Gutachten 2/13, *EMRK-Beitritt*, Rn 205.

⁴⁴ *Ibid.*, Rn 201 ff.

⁴⁵ Zu den Konsequenzen des Gutachtens 2/13 für den internationalen Investitionsschutz im Einzelnen: Siehe *Schill*, JWIT 16 (2015), 379 ff.

⁴⁶ Ob Art 344 AEUV auf solche Streitigkeiten anwendbar ist, hat der EuGH (noch) nicht entschieden. Im Gutachten 1/09 hat der EuGH nur entschieden, dass Art 344 AEUV jedenfalls auf „Streitigkeiten zwischen Einzelnen im Zusammenhang mit Patenten“ keine Anwendung findet. *EuGH*, Gutachten 1/09, *Patentgericht*, Rn 63. In der Literatur wird die Frage unterschiedlich beurteilt. Dafür: *Burgstaller*, LIEI 39 (2012), 207 (217); *Eilmansberger*, CMLR 46 (2009), 383 (404). Dagegen: *Hindelang*, LIEI 39 (2012), 179 (199, Fn. 82).

bedenklich, wenn Streitigkeiten zwischen der Union und einem ausländischen Investor über ein Abkommen, das zwischen der Union und einem Drittstaat abgeschlossen wurde, ausschließlich nach den unionsrechtlich vorgesehenen Streitbeilegungsmechanismen entschieden werden dürften.

Schwieriger zu beurteilen sind die rechtlichen Konsequenzen des Gutachten 2/13 für das ISDS im Hinblick auf den nach Art 3 Abs 3 ÜE vorgesehenen Mitbeschwerdegegnermechanismus. Danach sollte ua auf Antrag eines EU-Mitgliedstaats die EU als Mitbeschwerdegegner vor dem EGMR in Fällen einbezogen werden können, in denen die Vereinbarkeit einer unionsrechtlichen Bestimmung mit der EMRK in Frage stand. Nach Art 3 Abs 5 ÜE sollte der EGMR dazu berechtigt sein, zur Frage der Einbeziehung der EU als Mitbeschwerdegegner im Rahmen der Zulässigkeit eine Plausibilitätskontrolle vorzunehmen. Nach Auffassung des EuGH liegt darin eine Prüfung der Kompetenzverteilung zwischen EU und Mitgliedstaaten und damit eine Verletzung der Autonomie des Unionsrechts.⁴⁷ Denn der EGMR sollte – zumindest indirekt im Rahmen der Zulässigkeit – darüber entscheiden, ob nur ein EU-Mitgliedstaat oder auch die EU für eine Verletzung der EMRK verantwortlich ist. Damit wären Probleme des institutionellen Gleichgewichts der Union betroffen, für die ausschließlich der EuGH zuständig ist.⁴⁸

In Hinsicht auf die Investor-Staat-Streitbeilegung können vergleichbare Probleme im Zusammenhang mit der Bestimmung des richtigen Schiedsbeklagten entstehen.⁴⁹ Wenn CETA als gemischtes Abkommen geschlossen wird, können gemischte Verantwortlichkeiten zwischen der EU und den Mitgliedstaaten entstehen, etwa bei der Durchführung von Unionsrecht durch einen Mitgliedstaat.⁵⁰ Es ist denkbar, dass der EuGH, wie im Fall der Plausibilitätskontrolle des EGMR im Rahmen des Mitbeschwerdemechanismus, in der Entscheidung eines Schiedsgerichts über den richtigen Schiedsbeklagten eine indirekte Entscheidung über die Zuständigkeitsverteilung zwischen der EU und den Mitgliedstaaten erblicken würde. Eine Entscheidung, für die nach der Rechtsprechung des EuGH ausschließlich er selbst zuständig ist. Zwar hat die EU im Hinblick auf diese Problematik die Verordnung Nr. 912/2014 verabschiedet, die die Rahmenbedingungen für die finanzielle Verantwortung bei Investor-Staat-Streitigkeiten regeln soll, bei denen die EU Vertragspartei ist.⁵¹ Allerdings kann eine solche unionsinterne Verordnung weder dritte Staaten noch ein Schiedsgericht binden.⁵² Vor dem Hintergrund des Gutachtens 2/13 erscheint es daher zur Gewährleistung der Unionsrechtmäßigkeit von ISDS-Verfahren geboten, in TTIP, CETA und EUSFTA ausdrücklich die Zuständigkeit von Schiedsgerichten insoweit zu beschränken.⁵³ Das CETA-Abkommen hat dieses Problem jedoch im Blick: Art X.20 CETA sieht ein spezielles Verfahren für die Bestimmung des Schiedsbeklagten bei Streitigkeiten mit der EU oder ihren Mitgliedstaaten vor, dass eine Entscheidung des

⁴⁷ *EuGH*, Gutachten 2/13, *EMRK-Beitritt*, Rn 196 ff.

⁴⁸ Siehe *Halberstam*, GLJ 16 (2015), 105 (117).

⁴⁹ *Ohler*, JZ 2015, 337 (338 f.).

⁵⁰ *Ibid.*, 338.

⁵¹ Verordnung (EU) Nr. 912/2014, ABl. EU Nr. L 257/121 vom 28. August 2014.

⁵² *Ohler*, JZ 2015, 337 (339).

⁵³ *Baetens/Kreijen/Varga*, Vand. J. Transnat'l L. 47 (2014), 1203 (1221).

Schiedsgerichts zu dieser Frage weitgehend ausschließt⁵⁴ – und sich damit deutlich von der gem. Art 3 Abs 5 ÜE vorgesehenen Plausibilitätskontrolle durch den EGMR unterscheidet.

III. Die Rolle nationaler Gerichte im Vorabentscheidungsverfahren nach Art 267 AEUV

Schließlich betont der EuGH im Zusammenhang mit völkerrechtlichen Streitbeilegungsmechanismen die herausragende Bedeutung des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art 267 AEUV und die unverzichtbare Rolle nationaler Gerichte in diesem Verfahren. Im Gutachten 1/09 befand der Gerichtshof die geplante Einrichtung eines völkerrechtlichen Patentgerichts für unionsrechtswidrig.⁵⁵ Die Schaffung eines Patentgerichtssystems sollte der einheitlichen Anwendung und Durchsetzung von europäischen Patenten dienen. Zu diesem Zweck sollte dem Patentgericht – unter Ausschluss nationaler Gerichte – die ausschließliche gerichtliche Zuständigkeit für Klagen Einzelner übertragen werden. Das Patentgericht war berechtigt, dem EuGH Fragen betreffend die Gültigkeit unionsrechtlicher Bestimmungen vorzulegen.

Der EuGH sah darin, dass das Patentgericht „an die Stelle der nationalen Gerichte tritt“ und „diesen daher die Möglichkeit nimmt, dem Gerichtshof Ersuchen um Vorabentscheidung [...] vorzulegen“,⁵⁶ eine Verfälschung der im unionalen Vorabentscheidungsverfahren festgelegten Zuständigkeiten.⁵⁷ Die „direkte und enge Zusammenarbeit zwischen dem Gerichtshof und den nationalen Gerichten“ im Rahmen des Art 267 AEUV charakterisierte der Gerichtshof als „für die Wahrung der Natur des Unionsrechts wesentlich“.⁵⁸

Die Rechtsprechung des EuGH zur unverzichtbaren Rolle nationaler Gerichte im Vorabentscheidungsverfahren im Gutachten 1/09 könnte dem ISDS-Verfahren im CETA insofern entgegenstehen, als durch dieses die Befassung nationaler Gerichte mit – und damit die Möglichkeit einer Vorlage an den EuGH betreffend – Streitigkeiten über Schadenersatzforderungen ausländischer Investoren ausgeschlossen werden kann.⁵⁹ Bei extensiver Auslegung könnte man in der Unterstreichung der Rolle nationaler Gerichte im Vorabentscheidungsverfahren im Gutachten 1/09 allgemein die Errichtung einer „*local remedies rule*“ für internationale Streitbeilegungsmechanismen erblicken,⁶⁰ die einem Ausschluss nationaler Gerichte entgegenstünde.

⁵⁴ Nach Art X.20 CETA übermittelt der Investor der EU einen Antrag auf Bestimmung des Schiedsbeklagten (Abs 1), woraufhin nach eigener Feststellung die EU den Investor darüber runterrichtet, wer in dem Schiedsverfahren der Schiedsbeklagte sein wird (Abs 3). Soweit die EU den Investor über die unionsinterne Feststellung innerhalb von 50 Tagen unterrichtet (Abs 4), ist das Schiedsgericht an die Feststellung gebunden (Abs 7).

⁵⁵ *EuGH*, Gutachten 1/09, *Patentgericht*, Rn 89.

⁵⁶ *Ibid.*, Rn 79.

⁵⁷ *Ibid.*, Rn 89.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ Zu den Konsequenzen des Gutachtens 1/09 für das ISDS: *Lavranos*, in: Bungenberg/Herrmann (Hrsg), *Common Commercial Policy after Lisbon*, 199 ff.

⁶⁰ *Hindelang*, in: Bungenberg/Herrmann (Hrsg), *Die Gemeinsame Handelspolitik der Europäischen Union nach Lissabon*, 157 (182); *ders.*, AVR 53 (2015), 68 (86).

Allerdings ist im Zusammenhang mit dem CETA-Abkommen zu bedenken, dass dieses gem. Kap. 33, Art 14.16 CETA die unmittelbare Anwendbarkeit seiner Bestimmungen in den Rechtsordnungen der Vertragsparteien ausdrücklich ausschließt.⁶¹ Der Ausschluss nationaler Gerichte beruht folglich nicht auf dem ISDS-Verfahren, sondern auf dem Ausschluss der unmittelbaren Anwendbarkeit.⁶² Nach der Rechtsprechung des EuGH steht es den Vertragsparteien eines völkerrechtlichen Vertrags, einschließlich der Unionsorgane, aber frei zu vereinbaren, „welche Wirkungen die Bestimmungen des Abkommens in der internen Rechtsordnung der Vertragsparteien haben sollen“.⁶³ Mit anderen Worten begründet der vertragliche Ausschluss der unmittelbaren Anwendbarkeit keinen Verstoß gegen das Unionsrecht.

IV. Zwischenfazit

Die betont autonomiebewahrende Rechtsprechung des EuGH zum Verhältnis zwischen dem Unionsrecht und völkerrechtlichen Streitbeilegungsmechanismen, insbesondere die jüngsten Gutachten 1/09 und 2/13, räumt der Autonomie des Unionsrechts einen hohen Stellenwert ein und vernachlässigt dabei die Vorteile der Einbindung der EU in solche Streitbeilegungsmechanismen.⁶⁴ Zwar berühren die Investor-Staat-Streitbeilegungsmechanismen im CETA-Abkommen sensible Bereiche der Autonomie der Unionsrechtsordnung, etwa in Form der Auslegung unionsrechtlicher Bestimmungen und der Bestimmung des Schiedsbeklagten. Allerdings gehen diese Beeinträchtigungen nicht so weit wie in den Konstellationen, die den Gutachten 1/91, 1/09 und 2/13 zugrunde lagen. Deshalb folgt aus dieser Rechtsprechung des EuGH weder zwingend noch folgerichtig die Unionsrechtswidrigkeit des ISDS im CETA-Abkommen.

C. Welchen Ansatz soll der EuGH im Umgang mit ISDS wählen?

Unter Berücksichtigung der bisherigen Rechtsprechung des EuGH zur Einbindung der EU in völkerrechtliche Streitbeilegungsmechanismen sollen im Folgenden drei konkurrierende Modelle unterschieden und diskutiert werden, die sich an den Konfliktlinien in der Debatte über die Vorzüge und Nachteile der Investor-Staat-Streitbeilegung⁶⁵ orientieren und Handlungsoptionen für den Umgang des EuGH mit dem ISDS darstellen. Zunächst könnte der EuGH ein Konfrontationsmodell wählen und es unter Berufung auf die Autonomie des Unionsrechts und auf seine unionale

⁶⁰ Allgemein zur Frage der Vereinbarkeit des ISDS mit dem Unionsrecht: *Hindelang*, in: Bungenberg/Herrmann (Hrsg), *Common Commercial Policy after Lisbon*, 187 ff.; *ders.*, in: Bungenberg/Herrmann (Hrsg), *Die Gemeinsame Handelspolitik der Europäischen Union nach Lissabon*, 157 ff.

⁶¹ Vgl oben unter II.2.

⁶² *Quick*, *J. of World Trade* 49 (2015), 199 (205 f.).

⁶³ *EuGH*, Rs. C-104/81, *Kupferberg*, Slg. 1982, 3641, Rn 17.

⁶⁴ Vgl. *de Witte*, in: Cremona/Thies (Hrsg), *The European Court of Justice and External Relations Law*, 33 (46).

⁶⁵ Siehe dazu oben unter I.

Auslegungshoheit ablehnen, dass Fragen des Investitionsschutzes in TTIP, CETA und im EU-Singapur-Abkommen durch internationale Schiedsgerichte entschieden werden (I.). Das zweite Modell besteht darin, die Konstitutionalisierung des internationalen Investitionsschutzes durch ein abgestuftes Kontrollmodell à la *Solange I*⁶⁶ und *Bosphorus*⁶⁷ voranzutreiben, indem Anreize für die Berücksichtigung allgemeiner öffentlich-rechtlicher Grundsätze geschaffen werden (II.). Zuletzt könnte sich der EuGH in richterlicher Zurückhaltung üben und die ISDS-Bestimmungen in den von den politischen Institutionen ausgehandelten und beschlossenen Handelsabkommen absegnen (III.).

I. Konfrontation

Vor dem Hintergrund der Möglichkeit einer Beeinträchtigung der Autonomie des Unionsrechts durch die Investor-Staat-Streitbeilegung könnte der EuGH die ISDS-Bestimmungen in TTIP, CETA oder EUSFTA als unvereinbar mit dem europäischen Primärrecht erachten. Hinter diesem Konfrontations-Modell steht folgende Erwägung: Unter Berücksichtigung der wachsenden Kritik an der Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit, die vom Vorwurf des Sonderrechts für private Investoren, bis hin zur übermäßigen Beschneidung der Regulierungsprärogative der Gaststaaten reicht,⁶⁸ könnte es der EuGH ablehnen, Auswirkungen auf die Autonomie des Unionsrechts und seine unionale Interpretationshoheit zugunsten eines „inherently dubious“⁶⁹ ISDS-Regimes hinzunehmen. Ein ablehnendes Gutachten des EuGH hätte fraglos eine erhebliche Signalwirkung für die Debatte über Vorzüge und Nachteile der Investor-Staat-Streitbeilegung. Aus Sicht der Kritiker des ISDS ließe sich darin ein Zeichen zur Zurückdrängung eines legitimationstheoretisch nicht zu rechtfertigenden Schutzregimes zugunsten ausländischer Investoren erblicken,⁷⁰ dessen „fundamentalen Probleme“ auch durch die von der EU im Zusammenhang mit TTIP und CETA verfolgten Reformen „nicht beseitigt“ werden.⁷¹ Die Blaupause für ein solches Konfrontationsmodell lässt sich im Gutachten 2/13 des EuGH zum EMRK-Beitritt der EU erblicken, in dem der Gerichtshof den Beitrittsvertrag als unvereinbar mit dem Unionsrecht bewertete und die Realisierung eines EMRK-Beitritts durch strenge rechtliche Vorgaben in Zweifel stellte.⁷²

Zu bedenken ist allerdings, dass die bisherige Rechtsprechung des EuGH von Erwägungen getragen wird, die sich von den Argumenten der Kritik an ISDS-Verfahren unterscheiden. Für den EuGH stünden nicht die gegen das internationale Investitionsschutzregime vorgetragenen demokratischen und rechtsstaatlichen Bedenken,

⁶⁶ BVerfGE 37, 271 (278) – *Solange I* (1974).

⁶⁷ EuGMR, *Bosphorus gegen Irland* vom 30. Juni 2005, Nr. 45036/98, Judgment (Grand Chamber), Reports 2005-VI, 107.

⁶⁸ Zur Kritik oben unter I.

⁶⁹ *Kumm*, ESIL Reflections 4 (2015), erhältlich im Internet <esil-sedi.eu/node/944> (besucht am 16. September 2015).

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ *Krajewski*, EuZW 2015, 105 (105).

⁷² *EuGH*, Gutachten 2/13, *EMRK-Beitritt*.

sondern der Schutz der Autonomie des Unionsrechts und seiner ausschließlichen Zuständigkeit zur Wahrung des Unionsrechts im Vordergrund. Auf dieser Grundlage erscheint es jedoch nicht angemessen, ISDS-Verfahren für unvereinbar mit dem Unionsrecht zu betrachten.

Denn im Kern geht es bei der EuGH-Rechtsprechung zur Einbindung der EU in völkerrechtliche Streitbeilegungsmechanismen darum, dass kein internationales Gericht verbindlich oder quasi-verbindlich das Unionsrecht auslegen, über die Kompetenzverteilung zwischen der EU und den Mitgliedstaaten entscheiden oder die enge Verbindung zwischen dem EuGH und den mitgliedstaatlichen Gerichten im Rahmen des Vorlageverfahrens durchtrennen darf.⁷³ Diese Grenzen sind zum Schutz der einheitlichen Auslegung und Anwendung des Unionsrechts sowie des internen institutionellen Gleichgewichts der Union nachvollziehbar. Die Existenz einer externen gerichtlichen Autorität mit der Befugnis zur Auslegung des Unionsrechts könnte zu dessen Fragmentierung beitragen. Zudem könnte es die unionsinterne Balance der Kompetenzverteilung gefährden, wenn ein externes, den Belangen der Union nicht verpflichtetes Gericht mitbestimmend entscheiden könnte – und sei es auch nur in Randbereichen.

Die hinter diesen Grenzen liegenden Belange waren in den Konstellationen, die den Gutachten 1/91, 1/09 und 2/13 zugrunde lagen, eindeutig berührt. Die Gründung des EFTA-Gerichtshofs und des Europäischen Patentgerichts sowie der Beitritt der EU zur EMRK sind rechtlich hochkomplexe Projekte der Integration verschiedener supranationaler Rechtsordnungen. Insbesondere im Fall des Gutachtens 2/13 ist – bei aller berechtigter Kritik⁷⁴ an dem auf Autonomiewahrung statt auf Menschenrechtssymbolik setzenden Gutachten – zu berücksichtigen, dass der EMRK-Beitritt diffizile Fragen der Koordination des Verhältnisses zweier supranationaler Verfassungsgerichte aufwirft.⁷⁵

Diese Kernbelange würden jedoch durch Investor-Staat-Streitbeilegungsmechanismen in TTIP, CETA oder im EU-Singapur-Abkommen nicht berührt. Eine vergleichbare Beeinträchtigung der Autonomie des Unionsrechts droht nicht. Die Gefahr faktischer *spill-over*-Effekte erscheint gering.⁷⁶ Art X.20 CETA begegnet den Bedenken hinsichtlich der Entscheidung über die unionale Zuständigkeitsverteilung bei der Bestimmung des Schiedsbeklagten.⁷⁷ Die Rolle nationaler Gerichte wird in erster Linie durch den Ausschluss der unmittelbaren Wirkung und nicht durch das ISDS beschränkt.⁷⁸

Vor diesem Hintergrund wäre es unangemessen, den Topos der Autonomie des Unionsrechts deutlich über diese Kernaspekte hinaus heranzuziehen. *Bruno de Witte* fragt zurecht kritisch: “[H]ow much room is there then for the participation by the

⁷³ Siehe dazu im Einzelnen oben unter II.

⁷⁴ Siehe für Nachweise *Halberstam*, GLJ 16 (2015), 105 (105, Fn. 3).

⁷⁵ *Ibid.*, 145, zufolge ist der Beitrittsvertrag ein völkerrechtlicher Vertrag „like no other“, der die „very core of the Union’s legality and legitimacy“ betrifft und dazu führt, dass „the Union will become both normatively and institutionally fused with the Convention“.

⁷⁶ Oben unter II. 1. Mit dieser Einschätzung auch *Herrmann*, JWIT 15 (2014), 570 (582).

⁷⁷ Oben unter II. 2.

⁷⁸ Oben unter II. 3.

EU in international dispute mechanisms set up by treaties concluded by the EU or to which the EU wishes to accede?“⁷⁹ Aus der spezifischen institutionellen Perspektive des EuGH ist es zwar legitim, das unionale institutionelle Gleichgewicht vor Verfälschungen durch die europäische Außenpolitik zu bewahren. Dieses Anliegen sollte aber nicht so weit gehen, die politisch gewollte Anerkennung eines völkerrechtlichen Streitbeilegungsmechanismus zu vereiteln. Befände der EuGH die ISDS-Bestimmungen in diesen DCFTAs dennoch für unvereinbar mit dem Grundsatz der Autonomie des Unionsrechts, würde er die Einbindung der EU in völkerrechtliche Mechanismen der Streitbeilegung grundsätzlich in Frage stellen.

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass die ökonomischen und politischen Kosten für die Union insbesondere im Fall der Vereitelung des TTIP-Abkommens mit den USA durch den EuGH deutlich höher wären als im Fall der Vereitelung des EMRK-Beitritts. Letzterer ist zwar von großer symbolischer Bedeutung, die Auswirkungen auf den Grundrechtsschutz in der EU wären aber überschaubar. Der EuGH wacht auch ohne einen EMRK-Beitritt über die Unionsgrundrechte. Auch ohne Beitritt haben die Konventionsrechte und die Rechtsprechung des EGMR in der EU gem. Art 52 Abs 3 GrCH eine wichtige Rolle. Auf der anderen Seite wird dem TTIP-Abkommen im globalen Wettkampf der Wirtschaftsräume von Seiten der Regierungen in den USA und in Europa eine große strategische Bedeutung beigemessen. Eine dahinter stehende Erwägung dürfte sein, dass die weltweit pro Jahr geführte Anzahl von Schiedsverfahren angesichts der Höhe der globalen Direktinvestitionen vernachlässigbar erscheint.⁸⁰ Anders ausgedrückt: Wenn die Investitionsbereitschaft von Investoren durch das ISDS gesteigert wird, dann ist für die Vertragsparteien eines BITs die Aussicht darauf verkraftbar, sporadisch vor einem Schiedsgericht verklagt zu werden.

Die Autorität und der institutionelle Erfolg eines Verfassungsgerichts hängen aber auch davon ab, dass es die richtigen strategischen Entscheidungen trifft und sich nicht in Machtkonflikten mit der Gubernative aufreibt.⁸¹ Auch aus diesem Grund erscheint es nach der massiven Kritik am Gutachten 2/13 ratsam, wegen ISDS keinen tiefgreifenden Konflikt mit den europäischen Staats- und Regierungschefs und der Kommission zu riskieren.⁸² Zwar müsste die Realisierung der TTIP ohne Investor-Staat-Streitbeilegung nicht notwendig scheitern. Für den Gerichtshof eines Wirtschaftsintegrationsverbandes wie der EU wäre es aber problematisch, der Einrichtung des weltweit verbreitetsten Modells des Investitionsschutz im Weg zu stehen,

⁷⁹ *de Witte*, in: Cremona/Thies (Hrsg), *The European Court of Justice and External Relations Law*, 33 (45).

⁸⁰ Vgl. *UNCTAD*, *World Investment Report 2015*, 112, wonach im Jahr 2014 42 öffentlich bekannte ISDS-Verfahren eröffnet wurden (S 112) und die Gesamtsumme der weltweiten ausländischen Direktinvestitionen im Jahr 2014 in Höhe von 1.23 Billionen US-Dollar (S ix), im Vergleich zur Anzahl der Verfahren gering erscheint.

⁸¹ Dazu näher *Lang*, in: Elser ua (Hrsg), *Das letzte Wort - Rechtsetzung und Rechtskontrolle in der Demokratie*, 15 (23).

⁸² Nach der Einschätzung von *Halberstam*, GLJ 16 (2015), 105 (108), bereut der EuGH die Verlegenheit, in die er die Union durch sein Gutachten 2/13 gebrachte hat.

zumal dies wegen des Grundsatzes Reziprozität wahrscheinlich Auswirkungen auf die Verfügbarkeit der ISDS für europäische Unternehmen im Ausland hätte.⁸³

II. Konstitutionalisierung

Nach dem Konstitutionalisierungs-Modell würde der EuGH durch Rechtsprechungstechniken, wie beispielsweise dem Solange-Grundsatz,⁸⁴ auf eine nach allgemeinen öffentlich-rechtlichen Grundsätzen ausgerichtete Reform des internationalen Investitionsschutzregimes hinwirken. Im Unterschied zum Konfrontations-Modell würde er den ISDS-Mechanismus in den TTIP-, CETA- und EU-Singapur-Abkommen nicht grundsätzlich in Frage stellen. Der rechtliche Anknüpfungspunkt für das Konstitutionalisierungs-Modell besteht darin, dass der EuGH im Gutachtenverfahren befugt ist, die Vereinbarkeit des Abkommens am Maßstab des gesamten Primärrechts zu messen, weil der Rang des Abkommens in der Unionsrechtsordnung nach Art 216 Abs 2 AEUV unter dem des Primärrechts liegt. Der EuGH müsste sich also nicht auf den Prüfungsmaßstab der Autonomie des Unionsrechts oder Art 344 AEUV beschränken, sondern könnte das Abkommen auch an der Grundrechte-Charta oder an den inhaltlichen Vorgaben aus Art 21 Abs 1 EUV messen, zu denen die Rechtsstaatlichkeit zählt. Für eine Konstitutionalisierung des internationalen Investitionsschutzes spricht sich *Schill* aus, der anregt, „verfassungsrechtliches Denken in die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit hineinzutragen und darauf hinzuwirken, dass ihre Rechtsprechung stärker auf die Verfassungswerte Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und Menschenrechte“ ausgerichtet wird.⁸⁵

Die Idee hinter dem Solange-Grundsatzes liegt darin, dass das Gericht eines Rechtsregimes die Entscheidung des Gerichts eines anderen Rechtsregimes nur umsetzt, solange die verfassungsrechtlichen Grundsätze dieses anderen Rechtsregimes denen des eigenen Rechtsregimes im Wesentlichen gleich zu achten sind.⁸⁶ Dadurch schafft der Solange-Mechanismus Anreize für das Gericht des anderen Rechtsregimes, die eingeforderten Verfassungsprinzipien zu berücksichtigen, um der Sanktion einer Nichtumsetzung bzw einer umfassenden Kontrolle der eigenen Gerichtsentscheidung zu entgehen. Es ist anerkannt, dass im internationalen Investitionsschutzregime im Hinblick auf konstitutionalistische Belange ein erheblicher Reformbedarf besteht.⁸⁷ Vor diesem Hintergrund könnte der EuGH die Akzeptanz von Schiedssprüchen davon abhängig machen, dass die schiedsgerichtlichen Verfahren in Fragen der

⁸³ Vgl. *Schill*, EuZW 2015, 105 (105), demzufolge es „nur möglich sein (wird), im Verhältnis zu China oder Indien auf Individualrechtsschutz vor Schiedsgerichten zu bestehen, wenn die EU und die USA derartige Mechanismen gegenseitig akzeptieren“.

⁸⁴ Vgl. hierzu *von Bogdandy ua*, CMLR 49 (2012), 489 ff.

⁸⁵ *Schill*, VerfBlog, 2014/5/14, erhältlich im Internet: <verfassungsblog.de/internationaler-investitionsschutz-und-verfassungsrecht/verfassungsblog> (besucht am 16. September 2015).

⁸⁶ Vgl. BVerfGE 37, 271 (278) – *Solange I* (1974).

⁸⁷ Nach dem World Investment Report von 2015 ist „a shared view [...] emerging on the need for reform of the IIA regime“, weshalb “[t]he question is not about whether to reform or not, but about the what, how and extent of such reform“, UNCTAD, World Investment Report 2015, 120.

Richterbesetzung, der Verfahrenstransparenz und der hinreichenden Berücksichtigung öffentlicher Belange des Gaststaates bestimmten Legitimationsstandards genügen.⁸⁸

Die Vorzüge dieses Ansatzes liegen darin, dass bestimmte Vorteile des Investitionsschutzes, wie die Bekräftigung einer internationalen *rule of law* und der Schutz ausländischer Unternehmen vor willkürlichen Diskriminierungen, gewährleistet bleiben, gleichzeitig aber auf die stärkere Berücksichtigung allgemeiner Grundsätze des öffentlichen Rechts hingewirkt wird. Für eine aktive Rolle des EuGH spräche auch, dass die im CETA vorgenommenen Reformen zwar ein Schritt in die richtige Richtung sind, aber noch nicht weit genug gehen. Zwar wird beispielsweise der generalklauselartige Begriff der fairen und gerechten Behandlung durch die Einfügung von sechs abschließenden Eingriffskategorien in Art X.9 Abs 2 lit a) bis f) CETA präzisiert, allerdings werden durch die Möglichkeit der Berücksichtigung der „legitimate expectation“ des Investors gem. Art X.9 Abs 4 CETA wieder für weite schiedsgerichtliche Wertungsspielräume geöffnet. Zwar soll nach Art X.42 Abs 1 lit. c) CETA das Komitee für Dienstleistungen und Investitionen über die Einrichtung eines Berufungsmechanismus beraten, eingerichtet wird eine Berufungsinstanz durch das CETA aber nicht. Vor diesem Hintergrund könnte der EuGH entsprechend dem Solange-Grundsatz die Akzeptanz von Schiedssprüchen von einer restriktiven Auslegung des Begriffs der „legitimate expectation“ im Rahmen der fairen und gerechten Behandlung abhängig machen. In Anknüpfung an Forderungen aus dem politischen Prozess könnte sich der EuGH, soweit er die Gelegenheit dazu erhält, für die Einrichtung eines internationalen Handels- und Investitionsgerichts aussprechen.⁸⁹ Die Einrichtung eines ständigen Berufungsgerichts würde im Vergleich mit dem gegenwärtigen *ad-hoc*-Schiedsgerichtssystem zur Kohärenz und zur Vorhersehbarkeit der Rechtsprechung zum internationalen Investitionsschutz beitragen und wäre auch aus Gründen des effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes erstrebenswert.

Der Konstitutionalisierungs-Ansatz hat gewisse Vorzüge und er sollte nicht ohne weiteres verworfen werden. Er begegnet allerdings folgenden Einwänden: Auf der einen Seite liegt in der Existenz eines überparteilichen Entscheidungsforums zur Lösung von Konflikten zwischen dem Gaststaat und einem ausländischen Investor gerade der Witz der internationalen Investitionsschiedsgerichtsbarkeit. Dieser droht verloren zu gehen, wenn sich die Gerichte des Gaststaats vorbehalten, schiedsgerichtliche Entscheidungen bei mangelnder Berücksichtigung bestimmter verfassungsrechtlicher Prinzipien ihrer Rechtsordnung nicht zu akzeptieren. Darüber hinaus stößt die Konstitutionalisierung des internationalen Investitionsschutzes auf der Grundlage des gegenwärtigen ISDS-Systems – also ohne ein ständiges Berufungsgericht – an seine legitimatorischen Grenzen, soweit darin *ad-hoc*-Schiedsgerichte, besetzt mit drei Schiedsrichtern, von denen zwei jeweils durch die Parteien bestimmt werden, über öffentliche Belange entscheiden.

⁸⁸ Vgl. *EuGH*, Rs. C-126/97, *Eco Swiss*, Slg. 1999, I-3079, Rn 41, mit der Forderung, dass Verletzungen des Unionsrechts bei der gerichtlichen Überprüfung der Aufhebbarkeit eines Schiedsspruchs durch ein mitgliedstaatliches Gericht unter dem Gesichtspunkt der „öffentlichen Ordnung“ berücksichtigt werden. Daraus folgt, dass schwere Verstöße gegen das Unionsrecht zur Aufhebung des Schiedsspruchs führen können.

⁸⁹ Siehe zu der Forderung oben unter I.

Auf der anderen Seite ist im Zusammenhang mit der Debatte um die Einrichtung eines internationalen Handels- und Investitionsschutzgerichtshofs zu berücksichtigen, dass Erfahrungen mit Judizialisierungsprozessen in anderen Bereichen zeigen, dass die Gründung eines ständigen internationalen Gerichts samt privater Klagerechte, sowie die Einspeisung konstitutionalistischer Gesichtspunkte in die richterliche Entscheidungspraxis, tendenziell zur Ausweitung der Macht des richterlichen Entscheiders führen.⁹⁰ Vielleicht liegt aber die Legitimationsproblematik der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit gerade darin, dass sie sich immer weniger auf das berechtigte Anliegen beschränkt, einen Mindestschutz für schutzbedürftige ausländische Investoren vor willkürlichen Enteignungen zu gewähren, sondern auf prekärer Legitimationsgrundlage verstärkt eine *Governance*-Funktion übernimmt.⁹¹ Dieses Problem würde durch Konstitutionalisierungsprozesse und durch die Einrichtung eines internationalen Handels- und Investitionsgerichts aber eher verstärkt als verringert. Mit anderen Worten: Die Lösung der Legitimationsproblematik im internationalen Investitionsschutz könnte eher in einer Zurückstufung der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit als in ihrer Ausweitung liegen.

III. Zurückhaltung

Der EuGH könnte schließlich auch einem Zurückhaltungs-Modell folgen und die Einrichtung von ISDS-Verfahren in TTIP, CETA und EUSFTA aus unionsrechtlicher Sicht akzeptieren. Dafür spricht einerseits, dass trotz der Existenz des Gutachtenverfahrens gem. Art 218 Abs 11 AEUV die gerichtliche Kontrolle bereits ausgehandelter völkerrechtlicher Verträge problematisch bleibt, weil sich der nach zähen Verhandlungsrunden geschlossene zwischenstaatliche Kompromiss regelmäßig nicht mehr ohne politische Verwerfungen wieder aufschnüren lässt.⁹² Dies gilt in besonderem Maße für ein politisches und ökonomisches Projekt mit geopolitischer Dimension wie dem geplanten TTIP-Abkommen. Andererseits stellt sich die Frage, inwieweit ein Gericht wie der EuGH ein geeignetes Forum sein kann, um einen Wandel in einem hochspezialisierten internationalen Rechtsregime wie dem internationalen Investitionsschutz herbeizuführen.⁹³ Erstens lässt sich den Legitimationsdefiziten des internationalen Investitionsschutzregimes effektiver durch eine breite öffentliche Debatte unter Einbindung der Parlamente und der Zivilgesellschaft, wie im Fall der TTIP, als durch ein Gericht begegnen. Zweitens hat der politische Prozess – trotz der genannten Schwächen⁹⁴ – im CETA-Abkommen bedeutsame Verbesse-

⁹⁰ Vgl. *Stone Sweet*, *Governing with Judges*, 3.

⁹¹ Siehe *Kingsbury/Schill*, in: van den Berg (Hrsg.), *50 Years of the New York Convention*, 5 ff.

⁹² Siehe oben unter III. 1.

⁹³ Durch das *Kadi*-Urteil wirkte der EuGH erfolgreich auf bestimmte Reformen im UN-Sanktionsregime hin. Vgl. *Kanetake*, *IOLR* 9 (2012), 267 ff. Allerdings handelte es sich in *Kadi* um eine klassische Grundrechtskonstellation, in der Individuen durch einschneidende staatliche Maßnahmen massiv in ihren Grundrechten verletzt wurden. In solchen Konstellationen steht die Fähigkeit gerichtlicher Foren zur Herbeiführung gesellschaftlichen Wandels nicht infrage.

⁹⁴ Siehe oben unter III. 2.

zung im internationalen Investitionsschutz erreicht.⁹⁵ Drittens erscheint es angesichts der öffentlichen Debatte möglich, dass der politische Prozess bei der Reform des internationalen Investitionsschutzes nicht auf dem Reformstand des CETA-Abkommens verharret, sondern durch im Zusammenhang mit der TTIP diskutierte Einrichtung einer Berufungsinstanz und neuer Auswahlmodi für Schiedsrichter noch über den erreichten Standard hinausgehen könnte. Es erscheint zweifelhaft, ob solche weitreichenden Reformschritte in einem gerichtlichen Forum zu erreichen wären.

Außerdem ist zu bedenken, dass eine ablehnende Entscheidung des EuGH nichts am fortwährenden Bestand von gegenwärtig über 1,400 durch die EU-Mitgliedstaaten abgeschlossenen und weltweit insgesamt 3,276 internationalen Investitionsschutzabkommen ändern würde,⁹⁶ die in der Regel weit hinter dem Standard von CETA zurückbleiben.⁹⁷ Es wäre folglich naiv anzunehmen, dass durch eine Ablehnung der TTIP-, CETA- und EUSFTA-Abkommen die Probleme des internationalen Investitionsschutzes gelöst werden könnten. Tatsächlich scheint das Gegenteil der Fall zu sein: Die Verhandlungen über TTIP bieten eine außerordentliche Chance zur Reform des internationalen Investitionsschutzregimes. Die Europäische Union strebt mit CETA und TTIP ua die Entwicklung eines Modells für einen modernen Investitionsschutz an, der öffentliche Belange stärker berücksichtigt. Dieses Modell könnte eine Ausstrahlungswirkung weit über Europa, die USA und Kanada hinaus entfalten, damit neue Standards auch für andere Teile der Welt setzen und sich als ein Motor für notwendige Reformen im internationalen Investitionsschutz erweisen. Vor diesem Hintergrund erscheint es für den EuGH angemessen, den politischen Prozess gewähren zu lassen und sich in Zurückhaltung zu üben.

D. Fazit

Die Rolle des EuGH in der europäischen Außenpolitik liegt darin, den *sui generis*-Charakter und die institutionelle Balance der Unionsrechtsordnung vor Verschiebungen durch den Abschluss völkerrechtlicher Verträge zu bewahren. Dabei sollte er jedoch die politisch gewollte Einbindung der EU in völkerrechtliche Streitbeilegungsmechanismen ermöglichen.

Zwischen den Belangen der völkerrechtlichen Einbindung und der Autonomieerhaltung hat die Rechtsprechung des EuGH in den Gutachten 1/91, 1/09 und vor allem 2/13 das Pendel deutlich zugunsten des letzteren Belangs ausschlagen lassen. In diesen Gutachten hatte dieser protektive Ansatz deshalb eine gewisse Berechtigung, weil es jeweils um die hochkomplexe Integration der Union in Regelungszusammen-

⁹⁵ Dabei handelt es sich ua um eine größere Bedeutung öffentlicher Belange bei der Definition des Begriffs der indirekten Enteignung in Annex zu Art X.11 Abs 2 CETA, richtungsweisende Bestimmungen zur Verfahrenstransparenz gem. Art X.33 CETA, die Möglichkeit einer bindenden Auslegung des Abkommens durch die Vertragsparteien nach Art X.27 CETA zur Kontrolle der Schiedsgerichte sowie eine Schiedsrichterliste samt Einführung eines verbindlichen Verhaltenskodexes gem. Art X.25 Abs 4, X.42 Abs 2 CETA.

⁹⁶ *UNCTAD*, World Investment Report 2015, 106.

⁹⁷ Alleine neun EU-Mitgliedstaaten haben jeweils mit den USA deutlich weniger fortschrittliche BITs abgeschlossen, die im Fall eines Scheiterns von TTIP weiter gelten würden. *Quick*, J. of World Trade 49 (2015), 199 (203).

hänge ging, durch die die Interpretationshoheit des EuGH, seine ausschließliche Zuständigkeit zur Entscheidung über Fragen der unionsinternen Zuständigkeitsverteilung sowie die Rolle nationaler Gerichte im Vorabentscheidungsverfahren signifikant beeinträchtigt worden wären. Im Zusammenhang mit dem ISDS in TTIP, CETA und im EU-Singapur-Abkommen sind diese Autonomiebelange jedoch nicht in vergleichbarer Weise berührt, so dass unter dem Aspekt der Autonomiewahrung kein ausreichender Grund für ein gerichtliches Einschreiten besteht.

Ein Konfrontations-Modell ist auch abzulehnen, soweit der EuGH damit die Kritik am internationalen Investitionsschutzregime aufgreifen und die Vereinbarkeit des ISDS mit dem Unionsrecht aufgrund legitimatorischer Defizite verneinen würde. Die Frage, ob die EU als Wirtschaftsintegrationsverband aus geopolitischen Erwägungen Investitionsschutzvereinbarungen treffen möchte, ist im Grundsatz eine durch die Politik zu entscheidende Frage. Auch das Projekt der Reform des internationalen Investitionsschutzes ist primär Aufgabe des politischen Prozesses. Ein Gericht kann hier im Sinne einer Konstitutionalisierung bestenfalls punktuelle Grenzen setzen, die aber die unbeabsichtigte Folge einer Ausweitung anstatt einer Zurückdrängung der Investor-Staat-Streitbeilegung haben könnte. Vor dem Hintergrund der intensiven politischen Reformdebatte über das ISDS, wäre der EuGH gut beraten, sich bei der Kontrolle der Investor-Staat-Streitbeilegung in den TTIP-, CETA- und EU-Singapur-Abkommen in richterlicher Zurückhaltung zu üben.

SCHRIFTTUM

- Baetens, Freya/Kreijen, Gerard/Varga, Andrea*, Determining International Responsibility under the New Extra-EU Investment Agreements, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 47 (2014), 1203-1260.
- Bogdandy, Armin v. ua*, Reverse Solange – Protecting the Essence of Fundamental Rights against EU Member States, *Common Market Law Review* 49 (2012), 489-520.
- Burgstaller, Markus*, Investor-State Arbitration in EU International Investment Agreements with Third States, *Legal Issues of Economic Integration* 39 (2012), 207-222.
- Cremona, Marise/Thies, Anne*, Introduction, in: dies. (Hrsg), *The European Court of Justice and External Relations Law*, 2014, 1-11.
- Eilmansberger, Thomas*, Bilateral Investment Treaties and the EU Law, *Common Market Law Review* 46 (2009), 383-429.
- Halberstam, Daniel*, “It’s the Autonomy, Stupid!” A Modest Defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR, and the Way Forward, *German Law Journal* 16 (2015), 105-146.
- Herrmann, Christoph*, The Role of the Court of Justice of the European Union in the Emerging EU Investment Policy, *Journal of World Investment & Trade* 15 (2014), 570-584.
- Hindelang, Steffen*, Repellent Forces: The CJEU and Investor-State Dispute Settlement, *Archiv des Völkerrechts* 53 (2015), 68-89.
- The Autonomy of the European Legal Order – EU Constitutional Limits to Investor-State Arbitration on the Basis of Future EU Investment-related Agreements, in *Bungenberg, Marc/Herrmann, Christoph* (Hrsg), *Common Commercial Policy after Lisbon*, 2013, 187-198.
 - Circumventing Primacy of EU Law and the CJEU’s Judicial Monopoly by Resorting to Dispute Resolution Mechanisms Provided for in Inter-se Treaties?, *Legal Issues of Economic Integration* 39 (2012), 179-206.
 - Der primärrechtliche Rahmen einer EU-Investitionsschutzpolitik: Zulässigkeit und Grenzen von Investor-Staat-Schiedsverfahren aufgrund künftiger EU-Abkommen, in *Bungenberg, Marc/Herrmann, Christoph* (Hrsg), *Die Gemeinsame Handelspolitik der Europäischen Union nach Lissabon*, 2011, 157-184.
- Kanetake, Machiko*, The Interfaces between the National and International Rule of Law, *International Organizations Law Review* 9 (2012), 267-338.
- Kingsbury, Benedict/Schill, Stephan*, Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality, and the Emerging Global Administrative Law, in: *van den Berg, Albert* (Hrsg), *50 Years of the New York Convention*, 2010, 5-68.
- Kottmann, Matthias*, *Introvertierte Rechtsgemeinschaft*, 2014.
- Krajewski, Markus*, Investor-Staats-Schiedsgerichtsbarkeit im TTIP, *EuZW* 2015, 105.
- Krenn, Christoph*, Autonomy and Effectiveness as Common Concerns: A Path to ECHR Accession After Opinion 2/13, *German Law Journal* 16 (2015), 147-167.

- Kumm*, Mattias, An Empire of Capital? Transatlantic Investment Protection as the Institutionalization of Unjustified Privilege, *ESIL Reflections* 4 (2015), erhältlich im Internet: <esil-sedi.eu/node/944> (besucht am 16. September 2015).
- Lang*, Andrej, Wider die Metapher vom letzten Wort: Verfassungsgerichte als Wegweiser, in: D. Elser ua (Hrsg), *Das letzte Wort - Rechtsetzung und Rechtskontrolle in der Demokratie*, 2014, 15-37.
- Lavrinos*, Nikolaos, Designing an International Investor-to-State Arbitration System After Opinion 1/09, in: Bungenberg, Marc/Herrmann, Christoph (Hrsg), *Common Commercial Policy after Lisbon*, 2013, 199-219.'
- Mayer*, Franz, Stellt das geplante Freihandelsabkommen der EU mit Kanada (Comprehensive Economic and Trade Agreement, CETA) ein gemischtes Abkommen dar?, *Rechtsgutachten für das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie*, 2015.
- Ohler*, Christoph, Die Vereinbarkeit von Investor-Staat-Schiedsverfahren mit deutschem und europäischem Verfassungsrecht, *JZ* 2015, 337-346.
- Papp*, Konstanze v., Clash of „Autonomous Legal Orders“: Can EU Member State Courts Bridge the Jurisdictional Divide between Investment Tribunals and the ECJ? A Plea for Direct Referral from Investment Tribunals to the ECJ, *Common Market Law Review* 50 (2013), 1039-1082.
- Quick*, Reinhard, Why TTIP Should Have an Investment Chapter Including ISDS, *Journal of World Trade* 49 (2015), 199-210.
- Schill*, Stephan, Opinion 2/13 – The End for Dispute Settlement in EU Trade and Investment Agreements?, *Journal of World Investment & Trade* 16 (2015), 379-388.
- Investor-Staats-Schiedsgerichtsbarkeit im TTIP, *EuZW* 2015, 105.
 - Internationaler Investitionsschutz und Verfassungsrecht, *VerfBlog*, 2014/5/14, erhältlich im Internet: <verfassungsblog.de/internationaler-investitionsschutz-und-verfassungsrecht/verfassungsblog> (besucht am 16. September 2015).
 - Luxembourg Limits: Conditions for Investor-State Dispute Settlement under Future EU Investment Agreements, in Bungenberg, Marc/Reinisch, August/Tietje, Christian (Hrsg), *EU and Investment Agreements - Open Questions and Remaining Challenges*, 2013, 37-54.
- Stone Sweet*, Alec, *Governing with Judges*, 2000.
- Streinz*, Rudolf, Disputes on TTIP: Does the Agreement Need the Consent of the German Parliament?, *European Yearbook of International Economic Law* 6 (2015), 271 (272).
- Tietje*, Christian/*Wackernagel*, Clemens, Enforcement of Intra-EU ICSID Awards: Multilevel Governance, Investment Tribunals and the Lost Opportunity of the Micula Arbitration, *Journal of World Investment & Trade* 16 (2015), 205 ff.
- de Witte*, Bruno, A Selfish Court? The Court of Justice and the Design of International Dispute Settlement Beyond the European Union, in: Cremona, Marise/Thies, Anne (Hrsg), *The European Court of Justice and External Relations Law*, 33-46.

Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht

(bis Heft 13 erschienen unter dem Titel: Arbeitspapiere aus dem
Institut für Wirtschaftsrecht – ISSN 1619-5388)

ISSN 1612-1368 (print)

ISSN 1868-1778 (elektr.)

Bislang erschienene Hefte

- Heft 100 Ernst-Joachim Mestmäcker, Die Wirtschaftsverfassung der EU im globalen Systemwettbewerb, März 2011, ISBN 978-3-86829-346-3
- Heft 101 Daniel Scharf, Das Komitologieverfahren nach dem Vertrag von Lissabon – Neuerungen und Auswirkungen auf die Gemeinsame Handelspolitik, Dezember 2010, ISBN 978-3-86829-308-1
- Heft 102 Matthias Böttcher, „Clearstream“ – Die Fortschreibung der Essential Facilities-Doktrin im Europäischen Wettbewerbsrecht, Januar 2011, ISBN 978-3-86829-318-0
- Heft 103 Dana Ruddigkeit, Die kartellrechtliche Beurteilung der Kopplungsgeschäfte von *eBay* und *PayPal*, Januar 2011, ISBN 978-3-86829-316-6
- Heft 104 Christian Tietje, Bilaterale Investitionsschutzverträge zwischen EU-Mitgliedstaaten (Intra-EU-BITs) als Herausforderung im Mehrebenen-system des Rechts, Januar 2011, ISBN 978-3-86829-320-3
- Heft 105 Jürgen Bering/Tillmann Rudolf Braun/Ralph Alexander Lorz/Stephan W. Schill/Christian J. Tams/Christian Tietje, General Public International Law and International Investment Law – A Research Sketch on Selected Issues –, März 2011, ISBN 978-3-86829-324-1
- Heft 106 Christoph Benedict/Patrick Fiedler/Richard Happ/Stephan Hobe/Robert Hunter/Lutz Kniprath/Ulrich Klemm/Sabine Konrad/Patricia Nacimiento/Hartmut Paulsen/Markus Perkams/Marie Louise Seelig/Anke Sessler, The Determination of the Nationality of Investors under Investment Protection Treaties, März 2011, ISBN 978-3-86829-341-8
- Heft 107 Christian Tietje, Global Information Law – Some Systemic Thoughts, April 2011, ISBN 978-3-86829-354-8
- Heft 108 Claudia Koch, Incentives to Innovate in the Conflicting Area between EU Competition Law and Intellectual Property Protection – Investigation on the Microsoft Case, April 2011, ISBN 978-3-86829-356-2
- Heft 109 Christian Tietje, Architektur der Weltfinanzordnung, Mai 2011, ISBN 978-3-86829-358-6
- Heft 110 Kai Hennig, Der Schutz geistiger Eigentumsrechte durch internationales Investitionsschutzrecht, Mai 2011, ISBN 978-3-86829-362-3
- Heft 111 Dana Ruddigkeit, Das Financial Stability Board in der internationalen Finanzarchitektur, Juni 2011, ISBN 978-3-86829-369-2

- Heft 112 Beatriz Huarte Melgar/Karsten Nowrot/Wang Yuan, The 2011 Update of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises: Balanced Outcome or an Opportunity Missed?, Juni 2011, ISBN 978-3-86829-380-7
- Heft 113 Matthias Müller, Die Besteuerung von Stiftungen im nationalen und grenzüberschreitenden Sachverhalt, Juli 2011, ISBN 978-3-86829-385-2
- Heft 114 Martina Franke, WTO, China – Raw Materials: Ein Beitrag zu fairem Rohstoffhandel?, November 2011, ISBN 978-3-86829-419-4
- Heft 115 Tilman Michael Dralle, Der Fair and Equitable Treatment-Standard im Investitionsschutzrecht am Beispiel des Schiedsspruchs *Glamis Gold v. United States*, Dezember 2011, ISBN 978-3-86829-433-0
- Heft 116 Steffen Herz, Emissionshandel im Luftverkehr: Zwischen EuGH-Entscheidung und völkerrechtlichen Gegenmaßnahmen?, Januar 2012, ISBN 978-3-86829-447-7
- Heft 117 Maria Joswig, Die Geschichte der Kapitalverkehrskontrollen im IWF-Übereinkommen, Februar 2012, ISBN 978-3-86829-451-4
- Heft 118 Christian Pitschas/Hannes Schloemann, WTO Compatibility of the EU Seal Regime: Why Public Morality is Enough (but May not Be Necessary) – The WTO Dispute Settlement Case “European Communities – Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products”, Mai 2012, ISBN 978-3-86829-484-2
- Heft 119 Karl M. Meessen, Auf der Suche nach einem der Wirtschaft gemäßen Wirtschaftsrecht, Mai 2012, ISBN 978-3-86829-488-0
- Heft 120 Christian Tietje, Individualrechte im Menschenrechts- und Investitionsschutzbereich – Kohärenz von Staaten- und Unternehmensverantwortung?, Juni 2012, ISBN 978-3-86829-495-8
- Heft 121 Susen Bielech, Problemschwerpunkte des Internationalen Insolvenzrechts unter besonderer Berücksichtigung der Durchsetzung eines transnationalen Eigentumsvorbehalts in der Insolvenz des Käufers, Juli 2012, ISBN 978-3-86829-500-9
- Heft 122 Karsten Nowrot, Ein notwendiger „Blick über den Tellerrand“: Zur Ausstrahlungswirkung der Menschenrechte im internationalen Investitionsrecht, August 2012, ISBN 978-3-86829-520-7
- Heft 123 Henrike Landgraf, Das neue Komitologieverfahren der EU: Auswirkungen im EU-Antidumpingrecht, September 2012, ISBN 978-3-86829-518-4
- Heft 124 Constantin Fabricius, Der Technische Regulierungsstandard für Finanzdienstleistungen – Eine kritische Würdigung unter besonderer Berücksichtigung des Art. 290 AEUV, Februar 2013, ISBN 978-3-86829-576-4
- Heft 125 Johannes Rehahn, Regulierung von „Schattenbanken“: Notwendigkeit und Inhalt, April 2013, ISBN 978-3-86829-587-0
- Heft 126 Yuan Wang, Introduction and Comparison of Chinese Arbitration Institutions, Mai 2013, ISBN 978-3-86829-589-4

- Heft 127 Eva Seydewitz, Die Betriebsaufspaltung im nationalen und internationalen Kontext – kritische Würdigung und Gestaltungsüberlegungen, August 2013, ISBN 978-3-86829-616-7
- Heft 128 Karsten Nowrot, Bilaterale Rohstoffpartnerschaften: Betrachtungen zu einem neuen Steuerungsinstrument aus der Perspektive des Europa- und Völkerrechts, September 2013, ISBN 978-3-86829-626-6
- Heft 129 Christian Tietje, Jürgen Bering, Tobias Zuber, Völker- und europarechtliche Zulässigkeit extraterritorialer Anknüpfung einer Finanztransaktionssteuer, März 2014, ISBN 978-3-86829-671-6
- Heft 130 Stephan Madaus, Help for Europe's Zombie Banks? – Open Questions Regarding the Designated Use of the European Bank Resolution Regime, Juli 2014, ISBN 978-3-86829-700-3
- Heft 131 Frank Zeugner, Das WTO Trade Facilitation-Übereinkommen vom 7. Dezember 2013: Hintergrund, Analyse und Einordnung in den Gesamtkontext der Trade Facilitation im internationalen Wirtschaftsrecht, Oktober 2014, ISBN 978-3-86829-735-5
- Heft 132 Joachim Renzikowski, Strafvorschriften gegen Menschenhandel und Zwangsprostitution de lege lata und de lege ferenda, November 2014, ISBN 978-3-86829-739-3
- Heft 133 Konrad Richter, Die Novellierung des InvStG unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses zum Außensteuergesetz, März 2015, ISBN 978-3-86829-744-7
- Heft 134 Simon René Barth, Regulierung des Derivatehandels nach MiFID II und MiFIR, April 2015, ISBN 978-3-86829-752-2
- Heft 135 Johannes Ungerer, Das europäische IPR auf dem Weg zum Einheitsrecht Ausgewählte Fragen und Probleme, Mai 2015, ISBN 978-3-86829-754-6
- Heft 136 Lina Lorenzoni Escobar, Sustainable Development and International Investment: A legal analysis of the EU's policy from FTAs to CETA, Juni 2015, ISBN 978-3-86829-762-1
- Heft 137 Jona-Marie Winkler, Denial of Justice im internationalen Investitionsschutzrecht: Grundlagen und aktuelle Entwicklungen, September 2015, ISBN 978-3-86829-778-2
- Heft 138 Andrej Lang, Der Europäische Gerichtshof und die Investor-Staat-Streitbeilegung in TTIP und CETA: Zwischen Konfrontation, Konstitutionalisierung und Zurückhaltung, Oktober 2015, ISBN 978-3-86829-790-4

Die Hefte 1 bis 99 erhalten Sie als kostenlosen Download unter:

<http://telc.jura.uni-halle.de/de/forschungen-und-publikationen/beitr%C3%A4ge-transnationalen-wirtschaftsrecht>