



DISSERTATION / DOCTORAL THESIS

Titel der Dissertation / Title of the Doctoral Thesis

„Die neue Unionskompetenz für ausländische
Direktinvestitionen – Zur Frage der Zulässigkeit von
Regelungen zum Enteignungsschutz“

verfasst von / submitted by

Mag. Johannes Samaan

angestrebter akademischer Grad / in partial fulfilment of the requirements for the degree of
Doktor der Rechtswissenschaften (Dr.iur.)

Wien, 2017 / Vienna 2017

Studienkennzahl lt. Studienblatt /
degree programme code as it appears on the student
record sheet:

A 783 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt /
field of study as it appears on the student record sheet:

Rechtswissenschaften

Betreut von / Supervisor:

Univ.-Prof. MMag. Dr. August Reinisch, LL.M.

1. Kapitel I: Ausländische Direktinvestitionen und das Internationale Investitionsrecht 15

Vorwort zu Kapitel I	15
1.1 Ausländische Direktinvestitionen: Konkretisierung und wirtschaftliche Relevanz.....	16
1.1.1 Die terminologische Eingrenzung Ausländischer Direktinvestitionen.....	16
1.1.2 Die wirtschaftliche Relevanz Ausländischer Direktinvestitionen	17
1.2 Das Internationale Investitionsrecht: Ein umfassendes Rechtsgebiet.....	19
1.2.1 Die Parteien des Internationalen Investitionsrechts.....	19
1.2.2 Die Geschichte des modernen Investitionsschutzes	20
1.3 Rechtsquellen des Internationalen Investitionsrechts.....	25
1.3.1 Bi- und multilaterale Investitionsschutzabkommen	25
1.3.2 Völkergewohnheitsrecht und Allgemeine Rechtsgrundsätze	27
1.3.3 Investitionsschutzrechtliche Judikatur.....	28
1.3.4 Soft Law	29
1.3.5 Supplementäre Rechtsquellen des Internationalen Investitionsschutzes	29
1.4 Die Bestandteile bi- und multilateraler Investitionsschutzverträge.....	30
1.4.1 Präambel und Definitionen (<i>purpose of the treaty and definitions</i>).....	31
1.4.2 Die Schutzstandards der Inländergleichbehandlung (<i>national treatment</i>) und Meistbegünstigung (<i>most-favoured-nation-clause</i>)	32
1.4.3 Der Schutzstandard der gerechten und billigen Behandlung (<i>fair and equitable treatment</i>)	33
1.4.4 Der Schutzstandard des vollen Schutzes und Sicherheit (<i>full protection and security</i>)	34
1.4.5 Der Schutz vor Enteignungen (<i>expropriation and compensation</i>)	34
(a) Der Schutz des Eigentums im Menschenrechtsbereich und im Internationalen Investitionsrecht	36
(b) Der Enteignungsschutz im Internationalen Investitionsrecht	38
(i) Das Tatbestandsmerkmal Enteignung.....	39
(A) Die direkte Enteignung	39
(B) Die indirekte Enteignung	40
(ii) Die regulative Enteignung.....	41
(c) Die Voraussetzungen einer rechtmäßigen Enteignung.....	42
(d) Die Zahlungspflicht bei Enteignungen.....	43
1.4.6 Entschädigung für Schäden oder Verluste (<i>compensation for damages and losses</i>).....	47
1.4.7 Transferklausel (<i>repatriation of investments and returns</i>)	48
1.4.8 Subrogation und Schirmklausel (<i>subrogation and umbrella clauses</i>).....	49
1.4.9 Regelungen zur Streitbeilegung (<i>settlement of disputes</i>).....	50
1.4.10 In-Kraft-Treten und Dauer (<i>entry into force and duration</i>).....	51
Ergebnisse des Kapitels I	52
<u>2. Kapitel II: Die Europarechtliche Methodenlehre</u>	54
Vorwort zu Kapitel II.....	54
2.1 Die Auslegung supranationalen Unionsrechts.....	55
2.1.1 Die Wortinterpretation (grammatikalische Auslegungsmethode)	56
2.1.2 Die systematische Interpretation (systemkonforme Auslegungsmethode).....	57
2.1.3 Die teleologische Interpretation (zweckorientierte Auslegung)	58

2.1.4 Die historische Interpretation	59
2.1.5 Die Rechtsvergleichung in der Anwendungspraxis des EuGH	60
2.1.6 Die Rolle des EuGH bei der Auslegung supranationalen Primärrechts.....	61
2.2 Die Rechtsfortbildungsfunktion des EuGH.....	61
2.3Exkurs: Unterschiede in der Auslegung supranationalen und intergouvernementalen Unionsrecht	63
Ergebnisse des Kapitels II	64
<u>3. Kapitel III:Der Vertrag von Lissabon und die ausdrückliche Unionskompetenz für ADI</u>	66
Vorwort zu Kapitel III.....	66
3.1 Die Europäische Investitionspolitik "vor Lissabon.....	68
3.1.1 Die Kompetenz der Europäischen Gemeinschaft zum Abschluss von Investitionsschutzabkommen.....	68
(a) Der freie Kapitalverkehr und die Niederlassungsfreiheit als mögliche Kompetenzgrundlagen für ausländische Direktinvestitionen.....	69
(b) Die externe Vertragsschlusskompetenz für ausländische Direktinvestitionen.....	72
3.1.2 Investitionspolitische Maßnahmen der Europäischen Gemeinschaft	73
(a) Die Minimum Platform on Investment („MPol“).....	73
(b) Die Europäische Energiecharta.....	74
(c) Die Partnerschafts- und Kooperationsabkommen der Europäischen Gemeinschaft.....	75
3.1.3 Anmerkungen zur Investitionskompetenz der Europäischen Gemeinschaft	75
3.1.4 Die Entwicklung einer ausdrücklichen Unionskompetenz für ausländische Direktinvestitionen	76
3.2 Der Vertrag von Lissabon und die Zulässigkeit des Enteignungsschutzes.....	77
3.2.1 Die Unionskompetenz für ausländische Direktinvestitionen: Eine erste Annäherung	81
(a) Das Internationale Investitionsrecht und "Ausländische Direktinvestitionen".....	84
(b) Das Unionsrecht und "Ausländische Direktinvestitionen"	84
(c) Portfolioinvestitionen: Teil der mitgliedstaatlichen Kompetenz?.....	88
(i) Die impliziten Kompetenzen nach dem Vertrag von Lissabon.....	88
(ii) Die implizite Kompetenz für Portfolioinvestitionen.....	89
(d) Die explizite Unionskompetenz für Direktinvestitionen.....	92
3.2.2 Die Struktur der Gemeinsamen Handelspolitik nach dem Vertrag von Lissabon	93
3.2.3 Die Unionskompetenz für ADI: Investitionsschutz oder bloße Investitionsliberalisierung?.....	97
(a) Die Rechtsnatur des Artikels 206 AEUV.....	98
(b) Die Unionskompetenz im Lichte der Praktikabilität.....	101
(c) Die Unionskompetenz umfasst Themen des Investitionsschutzes.....	103
3.2.4 Die Unionskompetenz für ADI: Bloß für handelsbezogene Aspekte ADI?	104
(a) Der Handelscharakter der Gemeinsamen Handelspolitik.....	104
(b) Die Verhandlungshistorie der Investitionskompetenz.....	106
(c) Keine Limitierung der Investitionskompetenz auf handelsbezogene Aspekte.....	109
3.2.5 Handelspolitische Instrumente mit Schwerpunkt Investitionsschutz	109
(a) Die autonome, unionsinterne Handelspolitik.....	110
(b) Exkurs: Von der Europäischen Union abgeschlossene Abkommen.....	111
(c) Die vertragliche, unionsexterne Handelspolitik.....	113

(i) Die Verhandlungsphase eines Abkommens.....	114
(ii) Die Abschlussphase eines Abkommens.....	115
(d) Die Investitionskompetenz der Union: Eine bloße Verhandlungskompetenz?.....	117
(i) Das GATT 1947 und die Gründung der WTO.....	118
(ii) Die Rolle der Europäischen Union im globalen Handelssystem.....	120
(iii) Das GATS und die damalige Kompetenzstruktur der GHP.....	122
(iv) Keine Beschränkung der Investitionskompetenz auf die Verhandlungsführung.....	124
3.2.6 Das Konformitätsgebot und der Enteignungsschutz.....	124
(a) Das Konformitätsgebot des Artikels 207 Absatz 3 AEUV.....	126
(b) Das Konformitätsgebot und die Unionskompetenz für ADI.....	128
(i) Das Konformitätsgebot und Artikel 17 EU-GRC.....	129
(ii) Das Konformitätsgebot und Artikel 1 des 1.ZP zur EMRK.....	130
(c) Das Konformitätsgebot als Ausformulierung des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung.....	131
3.2.7.....Die Kompetenzschränken des Artikels 207 AEUV und die Zulässigkeit des Enteignungsschutzes	131
(a) Die Kompetenzschränke des Artikels 207 Absatz 6 AEUV.....	132
(i) Der Parallelismusgrundsatz.....	133
(ii) Die Systematik des AEUV und die Kompetenzschränke.....	135
(iii) Die Vorgängerbestimmung der Kompetenzschränke.....	137
(b) Das Harmonisierungsverbot des Artikels 207 Absatz 6 AEUV.....	139
(c) Artikel 207 Absatz 6 AEUV und die europäische Investitionskompetenz.....	140
3.2.8 Die (umfassende) Unionszuständigkeit der Union für den Enteignungsschutz.....	141
(a) Aktuelle Entwicklungen der Gemeinsamen Handelspolitik.....	142
(i) Die Rechtssache <i>Daiichi Sankyo Co. Ltd.</i>	142
(ii) Die Rechtssache <i>Conditional Access Convention</i>	143
(iii) Die Bedeutung der Judikate für die Unionskompetenz für ADI.....	144
(b) Die Anwendung der Schwerpunkttheorie im Rahmen der Vertragsschlusskompetenzen.....	145
(c) Das EuGH-Gutachten 2/15 und dessen Relevanz für die Investitionskompetenz.....	147
(i) Schlussanträge der Generalanwältin.....	149
(ii) Ausführungen des EuGH.....	152
(d) Die europäische Investitionskompetenz und nationale Maßnahmen.....	155
(i) Die externe Haftung der Europäischen Union.....	155
(ii) Die interne Haftung der Europäischen Union.....	156
(e) Spezialfragen der Unionszuständigkeit.....	157
(i) Der mitgliedstaatliche Gestaltungsspielraum bei alleiniger Unionszuständigkeit.....	158
(ii) Die vorläufige Anwendbarkeit von Abkommen.....	158
3.3 Die Europäische Investitionspolitik nach dem Vertrag von Lissabon.....	161
3.3.1 Das rechtliche Schicksal bestehender mitgliedstaatlicher BITs.....	162
(a) Die Verordnung Nr. 1219 ("Grandfathering-Verordnung").....	163
(i) Das Weitergeltungsregime der „Grandfathering-Verordnung“.....	164
(ii) Die Möglichkeit zum Abschluss neuer Investitionsabkommen nach der „Grandfathering-Verordnung“.....	165

(b) Der ursprüngliche Entwurf der "Grandfathering-Verordnung"	167
3.3.2 Eine neue, paneuropäische Investitionspolitik	169
(a) Die Grundpfeiler der künftigen paneuropäischen Investitionspolitik	169
(b) Der Abschluss umfassender Handels- und Investitionsschutzabkommen	173
(i) Das europäisch-kanadische Freihandelsabkommen (CETA)	173
(ii) Das transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaftsabkommen (TTIP)	179
3.3.3 Die wichtigsten Erkenntnisse zur neuen europäischen Investitionsschutzpolitik	186
Ergebnisse des Kapitels III	188
<u>4. Kapitel IV: Artikel 345 AEUV und die Unionskompetenz für ADI</u>	190
<u>Vorwort zu Kapitel IV</u>	190
4.1 Die Problematik des Artikels 345 AEUV	192
4.2 Die historische Auslegung des Artikels 345 AEUV	193
4.2.1 Die Entstehungsgeschichte des Artikels 345 AEUV	194
(a) Ex-Artikel 222 EWGV und die Vorgängerbestimmung des EGKSV	195
(b) Ex-Artikel 222 EWGV und der EURATOM-Vertrag	195
(c) Die Konstanz des Artikels zur Eigentumsneutralität	196
4.2.2 Das subjektiv-historische Argument des Artikels 345 AEUV	197
4.2.3 Das objektiv-historische Argument des Artikels 345 AEUV	199
(a) Das objektiv-historische Argument und die Rechtssache Costa/E.N.E.L	200
(b) Das objektiv-historische Argument und die französische Verstaatlichungswelle	202
4.2.4 Die Ergebnisse der historischen Auslegung des Artikels 345 AEUV	203
4.3 Die grammatische Auslegung (Wortinterpretation) des Artikels 345 AEUV	204
4.3.1 Die Wortinterpretation der Tatbestandsseite ("Eigentumsordnung")	205
(a) "Eigentumsordnung" in den Sprachversionen des AEUV	206
(i) Die Auslegung des deutschen AEUV-Wortlauts	207
(ii) Die Auslegung des französischen und italienischen AEUV-Wortlauts	209
(iii) Die Auslegung des niederländischen AEUV-Wortlauts	210
(iv) Die Auslegung des englischen AEUV-Wortlauts	210
(v) "Eigentumsordnung" in den unterschiedlichen Sprachausgaben des AEUV	211
(b) "Eigentumsordnung" in den Sprachversionen des EGKSV und EURATOM-Vertrags	211
(i) "Eigentumsordnung" im Kontext des EGKSV	212
(ii) "Eigentumsordnung" im Kontext des EURATOM-Vertrags	213
(c) Zusammenfassung der Wortinterpretation der Tatbestandsseite ("Eigentumsordnung")	215
4.3.2 Die Wortinterpretation der Rechtsfolgenreihe ("unberührt")	216
(a) Die Rechtsfolge in den Sprachversionen des AEUV	217
(i) Die Schrankenfunktion des Artikels 345 AEUV	218
(ii) Die Rechtsfolge des Artikels 345 AEUV : Bloß deklaratorisch oder konstitutiv?	219
(b) Die Rechtsfolge in den Sprachversionen des EAGV und EGKSV	221
(c) Zusammenfassung der Wortinterpretation der Rechtsfolgenreihe ("unberührt lassen")	223
4.3.3 Die Ergebnisse der grammatischen Auslegung des Artikels 345 AEUV	223

4.4 Die systematische Auslegung (systematische Interpretation) des Artikels 345 AEUV	224
4.4.1 Artikel 345 AEUV und seine Stellung im Vertragskorpus.....	225
4.4.2 Die Kompetenzschränken des AEUV.....	227
(a) Die Rechtsnatur des Artikels 345 AEUV.....	227
(i) Der Vorbehalt des Artikels 346 AEUV.....	228
(ii) Die Vorbehalte europäischer Grundfreiheiten.....	230
(b) Das Gebot der restriktiven Auslegung bei Vorbehaltsbestimmungen.....	231
4.4.3 Der Begriff der Wirtschaftsverfassung.....	232
(a) Die Bedeutung der formellen Wirtschaftsverfassung für gegenständliche Untersuchung.....	232
(b) Die Elemente der formellen Wirtschaftsverfassung	233
4.4.4 Artikel 345 AEUV und die europäischen Grundfreiheiten.....	234
(a) Der freie Warenverkehr.....	235
(i) Das gewerbliche und kommerzielle Eigentum des Artikels 36 AEUV.....	235
(ii) Die staatlichen Handelsmonopole des Artikels 37 AEUV.....	238
(iii) Der freie Warenverkehr und Artikel 345 AEUV.....	240
(b) Der freie Personenverkehr.....	240
(i) Die Eigentumszuordnungskompetenz des Artikels 50 Absatz 2 AEUV.....	241
(A) Artikel 50 Absatz 2 littera e AEUV und die Rechtssache Fearon.....	242
(B) Artikel 50 Absatz 2 littera e AEUV und die Rechtssache Konle	243
(ii) Die gesellschaftsrechtliche Harmonisierungskompetenz des Artikels 50 Absatz 2 AEUV.....	245
(iii) Die Niederlassungsfreiheit und Artikel 345 AEUV.....	247
(c) Der freie Kapital- und Zahlungsverkehr.....	247
(i) Die Thematik der "golden-shares-Fälle".....	248
(ii) Ergänzende Judikate zum freien Kapitalverkehr.....	250
(iii) Der freie Kapitalverkehr und Artikel 345 AEUV.....	251
(d) Das allgemeine Diskriminierungsverbot des Artikels 18 AEUV.....	251
(e) Artikel 345 AEUV und das europäische Wettbewerbsrecht.....	252
(i) Artikel 345 AEUV und das europäische Kartellrecht.....	254
(ii) Artikel 345 AEUV und das System der Beihilfenkontrolle.....	255
(iii) Das europäische Wettbewerbsrecht und Artikel 345 AEUV.....	256
(f) Die Wirtschaftsgrundrechte der EU-Grundrechte-Charta.....	256
(i) Das Eigentumsgrundrecht des Artikels 17 EU-GRC.....	258
(ii) Die Grundrechtsqualität des Artikels 345 AEUV.....	260
4.4.5 Die Ergebnisse der systematischen Auslegung des Artikels 345 AEUV.....	261
4.5 Die teleologische Auslegung (zweckorientierte Interpretation) des Artikels 345 AEUV.....	262
4.5.1 Die wirtschaftspolitische Ausrichtung der Europäischen Union.....	263
(a) Die ökonomische Ausrichtung des EGV.....	263
(b) Die ökonomische Ausrichtung des AEUV.....	264
(c) Das Wirtschaftsmodell der Europäischen Union und die Unionskompetenz für ADI.....	266

4.5.2 Die Neutralität der europäischen Rechtsordnung gegenüber der mitgliedstaatlichen Eigentumsordnung.....	267
(a) Die Akzeptanz der bestehenden mitgliedstaatlichen Eigentumsordnung.....	267
(b) Die Enteignungs- und Privatisierungskompetenz der Mitgliedstaaten	269
(c) Exkurs: Das realpolitische Verhältnis der mitgliedstaatlichen Eigentumsordnung zum Unionsrecht.....	272
4.5.3 Die Kompetenz der Europäischen Union für Fragen des Enteignungsschutzes	276
(a) Artikel 345 AEUV und die Kompetenzfrage.....	277
(b) Die Kompetenz der Europäischen Union zur Regelung von Entschädigungsleistungen.....	277
(c) Die Europäische Union und der Internationale Enteignungsschutz.....	280
4.5.4 Die Ergebnisse der teleologischen Auslegung	280
4.6 Artikel 345 AEUV und die Unionszuständigkeit für den Enteignungsschutz.....	281
4.6.1 Der Anwendungsbereich des Artikels 345 AEUV	282
4.6.2 Der Enteignungsschutz als Teil der Investitionskompetenz der Union	282
Ergebnisse des Kapitels IV.....	286
5. Kapitel V: Zusammenfassung der Forschungsergebnisse in Thesen.....	292
<u>Literaturverzeichnis.....</u>	<u>296</u>
<u>Anhang</u>	<u>313</u>
Abstract Deutsch	313
Abstract Englisch	314

Problemstellung

Aufgrund der zunehmenden wirtschaftlichen Verflechtung nationaler Märkte und der Omnipräsenz transnationaler Unternehmen im internationalen Wirtschaftssystem, sind grenzüberschreitende Investitionsströme längst Realität der heutigen Weltwirtschaft. Investitionen im Ausland stellen für Unternehmer oft eine doppelte Gewinnsituation dar. So führen ausländische Direktinvestitionen (*ADI*) nicht nur zur Erschließung neuer Märkte, sondern erlauben (westlichen) Investoren in der Regel auch, die Produktion in das billigere Ausland zu verlagern. Es liegt allerdings auf der Hand, dass das Wirtschaften in einer fremden Kultur- und Rechtsordnung für viele Investoren ein schwieriges und unsicheres Unterfangen darstellt, da ausländische Investoren beim Eintritt in eine fremde Volkswirtschaft oft mit mannigfaltigen rechtlichen Problemstellungen konfrontiert sind.

Das internationale Investitionsrecht (*IIR*), als wesentlicher Bestandteil des Wirtschaftsvölkerrechts, greift hier regelmäßig regulierend ein und forciert die Förderung und den Schutz internationaler Investitionen. Zum Ausdruck kommt diese Zielsetzung vor allem in den zahlreichen, zwischen den Staaten abgeschlossenen bilateralen Investitionsschutzverträgen (*BITs*); der bedeutendsten Rechtsquelle des IIR. Diese Übereinkommen sollen sicherstellen, dass Investoren im Ausland sachgemäß behandelt werden. Sie werden von Staaten abgeschlossen und erlauben dem ausländischen Investor, im Fall eines Verstoßes, ein direktes Vorgehen gegen den Gaststaat. Ein Kernstück dieser BITs sind die stets enthaltenen Regelungen zum Schutz ausländischer Investitionen vor unrechtmäßigen Enteignungen. Durch die Bestimmungen zum Enteignungsschutz sollen ungerechtfertigte Eingriffe durch den Gaststaat hintan gehalten und dem ausländischen Unternehmer ein problemloses Wirtschaften ermöglicht werden.

Bislang waren die Mitgliedstaaten der Europäischen Union zum Abschluss dieser BITs allein zuständig. Bis zum Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon (*AEUV*) im Dezember 2009¹, zeichneten sich die Mitgliedstaaten selbst durch den Abschluss internationaler Investitionsschutzabkommen (*ISA*) aus. Die EU-Mitgliedstaaten schlossen insgesamt über 1200 BITs ab, wobei die Bundesrepublik Deutschland mit aktuell 139 abgeschlossenen bilateralen Investitionsschutzabkommen weltweit herausragt.² Der AEUV führte

¹ Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 13.12.2007 ABI C 2007/306.

² Deutsches Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Übersicht über die bilateralen Investitionsförderungs- und -schutzverträge (IFV) der Bundesrepublik Deutschland, online abrufbar unter: <<http://www.bmwi.de/Navigation/DE/Service/Investitionsschutzvertraege/investitionsschutzvertraege.html>> (17.06.2017).

ausländische Direktinvestitionen ausdrücklich in den Kompetenzkatalog der Gemeinsamen Handelspolitik (*GHP*) der Union über. Aufgrund der – in der GHP normierten Vertragsschlusskompetenz – ist es der Europäischen Union nun erstmals möglich, eigene Investitionsschutzabkommen abzuschließen. In Anbetracht der Tatsache, dass die GHP – ergo auch ADI – eine ausschließliche Unionskompetenz darstellt, hat die EU als supranationaler Akteur im Bereich der Investitionspolitik die Handlungsbefugnisse der nationalen Mitgliedstaaten erworben. Diese Kompetenzverschiebung zu Gunsten der Union stellt die bislang am IIR beteiligten Akteure vor neue Herausforderungen.

Im Hinblick auf die neue Investitionskompetenz der Union ist strittig, ob die EU auch über die Kompetenz zur Regelung von Enteignungsschutzbestimmungen in Investitionsschutzabkommen verfügt. Die Frage nach der Zulässigkeit von Enteignungsschutzbestimmungen ist nicht von bloß wissenschaftlichem Interesse, sondern maßgeblich für das Investitionsklima innerhalb der Europäischen Union. Sollten Bestimmungen zum Schutz ausländischer Investitionen vor ungerechtfertigten Enteignungen nicht von der neuen Unionskompetenz erfasst sein, wären europäische BITs – unter Beteiligung der Mitgliedstaaten – als sogenannte *gemischte Abkommen* abzuschließen. Da in diesem Fall die Zustimmung jedes Mitgliedstaates zum Abkommensabschluss erforderlich wäre, würde sich die neue Unionskompetenz für ADI als höchst ineffektiv erweisen. Die EU wäre im Zuge der Vertragsverhandlungen geradezu ihrer eigenen Zugkraft beraubt. Im Umkehrschluss, hätte eine alleinige Vertragsschlusskompetenz der Union das Ende der Ära mitgliedstaatlicher BITs zur Folge. In diesem Fall läge es künftig an der Europäischen Union eine umfassende europäische Investitionspolitik auszudefinieren.

Gegenständliche Dissertation geht vor diesem Hintergrund der Frage ob der Zulässigkeit von Bestimmungen zum Enteignungsschutz in europäischen ISA nach. Um diese Forschungsfrage abschließend beurteilen zu können, werden neben den Kompetenzbestimmungen der GHP auch andere relevante Primärrechtsnormen näher analysiert und ausgewertet. Mögliche Verhinderungsgründe für eine den Enteignungsschutz mit umfassende Unionskompetenz könnte das Primärrecht selbst enthalten. So wird von einigen Lehrenden etwa Artikel 345 AEUV, wonach die Verträge der Union die Eigentumsordnung der Mitgliedstaaten unberührt lassen, einer umfassenden Unionszuständigkeit entgegengehalten.³

³ Siehe etwa BMeiA-Völkerrechtsbüro, Freihandelsabkommen EU-Kanada (CETA); Gutachten zu unionsrechtlichen Grundlagen für Unterzeichnung und Abschluss; zur Kompetenzabgrenzung EU-MS und

Die gegenständliche Arbeit beschäftigt sich in einem ersten Schritt mit dem Rechtsgebiet des Internationalen Investitionsrechts. Im Zuge dessen, werden sowohl die Systematik des Enteignungsschutzes als auch seine Stellung innerhalb des IIR behandelt. Kenntnisse hierzu sind für die später erfolgende Forschung zur Zulässigkeit des Enteignungsschutzes in europäischen ISA unerlässlich (*Kapitel I*).

Da die Arbeit der Frage nachgeht, ob die neue Unionszuständigkeit für ADI den Enteignungsschutz mit umfasst, gilt es vorab die wichtigsten Besonderheiten europäischer Auslegungspraxis darzulegen. Es ist auf diese Weise beabsichtigt, das methodische Rüstzeug für die darauffolgende Interpretation der Gemeinsamen Handelspolitik und anderer hier interessierender Primärrechtsnormen zu erarbeiten. Da auch nach dem Vertrag von Lissabon supranationales und intergouvernementales Europarecht nebeneinander existieren, ist dieser Parallelbestand unterschiedlicher Rechtsschichten methodisch zu würdigen. Die Ausführungen zur europäischen Methodenlehre werden sich aber sinngemäß auf die Auslegung supranationalen Primärrechts beschränken. Neben der Erarbeitung der Auslegungsmethoden gilt es hierbei auch die hervorstechende Rolle des EuGH bei der Rechtsaus- und -fortbildung herauszuheben. Es ist beabsichtigt, mit Hilfe dieses Textabschnittes einen Leitfaden – quasi eine "Richtschnur" – zur Auslegung supranationaler Primärrechtsnormen herauszuarbeiten (*Kapitel II*).

Auf der Basis dieser Grundkenntnisse, wird in weiterer Folge das IIR in Relation zum Europarecht gestellt. Ziel ist es, die Korrelation der beiden Rechtsmaterien aufzuzeigen und die so gewonnenen Ergebnisse für die gegenständliche Forschungsfrage zu verwerten. Ein einleitendes Kapitel geht hierbei der Frage nach, ob nicht bereits nach dem Recht der Europäischen Gemeinschaft (*EG*) – also "*vor Lissabon*" – eine gemeinschaftsrechtliche

zur vorläufigen Anwendung (2016), 12f, online abrufbar unter: <<http://www.bmwfw.gv.at/Aussenwirtschaft/handelspolitik/CETA/Documents/Gutachten%20CETA%20BM%20EIA.pdf>> (17.06.2016); BVerfG, Urteil vom 13.10.2016, 2 BvR 1368/16, 2 BvR 1444/16, 2 BvR 1482/16, 2 BvR 1823/16, 2 BvE 3/16, NJW 2016, Rz. 54; *Braun*, Für einen komplementären, europäischen Investitionsschutz, in *Bungenberg/Griebel/Hindelang* (Hrsg.), Internationaler Investitionsschutz und Europarecht (2010), 191, (195); *Johannsen*, Die Kompetenz der Europäischen Union für ausländische Direktinvestitionen nach dem Vertrag von Lissabon, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht Heft 90 (2009), 1, (16); *Mayer*, 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 (2014), 1, (15), online abrufbar unter: <<https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/C-D/ceta-gutachten-einstufung-als-gemischtes-abkommen.html>> (17.06.2016); *Tietje*, Die Außenwirtschaftsverfassung der EU nach dem Vertrag von Lissabon, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht Heft 83 (2009), 1, (14f).

Kompetenz zum Abschluss von ISA bestand; angeknüpft wird hierbei an den freien Kapitalverkehr.

Kapitel III behandelt anschließend die Unionskompetenz für ADI als eine der wichtigsten handelspolitischen Änderungen des Vertrags von Lissabon. Wie bereits angemerkt, steht der EU nur dann das Recht zu umfassende ISA auszuhandeln und abzuschließen, wenn den Mitgliedstaaten keine eigenen Kompetenzmaterien auf diesem Gebiet mehr verbleiben. Die Union wäre andernfalls gehalten die Abkommen, gemeinsam mit den einzelnen Mitgliedstaaten, in Form sogenannter *gemischter Abkommen* abzuschließen. Die gegenständliche Dissertation möchte die neue Zuständigkeit für ADI nicht in ihrer Gesamtheit, sondern hinsichtlich der Zulässigkeit des Enteignungsschutzes untersuchen. Nichtsdestotrotz, beschränkt sich die Untersuchung nicht auf materiell-rechtliche Fragen. Verfahrenserfordernisse und strukturelle Besonderheiten werden im Rahmen dieses Abschnitts gleichermaßen behandelt.

Im Anschluss an diese dogmatischen Ausführungen, folgt ein praxisnaher Abriss über bedeutende Resultate paneuropäischer Investitionspolitik seit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon. Erklärungen europäischer Institutionen werden hierbei genauso analysiert, wie aktuelle Verhandlungen zu Investitionsschutzabkommen, wobei diese insbesondere im Hinblick auf die Ausgestaltung des Enteignungsschutzes interessieren. Ziel dieses Kapitels ist es, auf diese Weise den Anwendungsbereich der neuen Unionskompetenz für ADI hinsichtlich des Enteignungsschutzes einzugrenzen (*Kapitel III*).

Im Anschluss an die Untersuchung der Gemeinsamen Handelspolitik und der Kompetenz der Union für Fragen des Enteignungsschutzes, analysiert die Arbeit Artikel 345 AEUV näher. Da insbesondere Artikel 345 AEUV immer wieder einer Unionskompetenz für den Enteignungsschutz entgegeng gehalten wird, gibt ein einführender Textpassus die Forschungsproblematik, sowie hierzu bestehende, wichtige Lehrmeinungen konzise wieder. Im Anschluss hieran, erfolgt die intensive Analyse des Artikels 345 AEUV, wobei die Untersuchung den in Kapitel II abstrahierten Ergebnissen zur europäischen Methodenlehre folgt. Es ist beabsichtigt Artikel 345 AEUV in all seinen Facetten zu ergründen, um anschließend das Verhältnis der Norm zur neuen Unionszuständigkeit für ADI akkurat beurteilen zu können. Dieser Teil der Arbeit soll die Norm – unter ergänzender Anknüpfung an höchstgerichtliche Judikate – umfassend auslegen. Den Beginn macht dabei das historische Auslegungsargument, da Kenntnisse zur Entstehungsgeschichte der Norm bei einer ersten Eruierung behilflich sind.

Weiterverfahren wird dann mit der Interpretation des Wortlauts; der grammatischen Auslegung. Die bis dahin abstrahierten Thesen, werden in einem abschließenden Schritt auf ihre Vereinbarkeit hin mit systematisch-teleologischen Überlegungen überprüft und um weitere rechtliche Finessen ergänzt.

Nachdem der Anwendungsbereich des Artikels 345 AEUV genau eingegrenzt werden konnte, werden die wichtigsten Ergebnisse zur Auslegung des Artikels 345 AEUV wiedergegeben und in Verhältnis zur neuen Unionskompetenz für ADI gestellt. Auf diese Weise soll gezeigt werden, ob und inwiefern Artikel 345 AEUV tatsächlich die Europäische Union beim Abschluss von – Enteignungsschutzbestimmungen mit enthaltenden – ISA bindet (*Kapitel IV*).

Nachdem die Forschungsfrage abgearbeitet und beantwortet werden konnte, gibt ein abschließendes Kapitel die wichtigsten Forschungsergebnisse in Thesenform wieder. Es soll dem Leser auf diese Weise ein konzises Fazit ermöglicht werden (*Kapitel V*).

1. **Kapitel I: Ausländische Direktinvestitionen und das Internationale Investitionsrecht**

Vorwort zu Kapitel I

Das Internationale Investitionsrecht ist eine immer wichtiger werdende Spezialmaterie des Wirtschaftsvölkerrechts. Gegenständliche Dissertation zielt nicht darauf ab dieses Rechtsgebiet in seiner Gesamtheit abzubilden. Die Forschungsfrage lautet vielmehr, ob Enteignungsschutzbestimmungen von der neuen Unionskompetenz für ADI umfasst sind, oder ob diese (weiterhin) eine mitgliedstaatliche Zuständigkeitsmaterie darstellen. Um dies vollumfänglich beurteilen zu können, ist eine einführende Beschäftigung mit den Strukturen des IIR unumgänglich. Die Arbeit wird sich dabei im Wesentlichen auf all jene Thematiken beschränken, die für die nachfolgende Analyse essentiell sind. Kapitel I widmet sich deswegen primär dem Enteignungsschutz und seiner Bedeutung im Internationalen Investitionsschutzrecht.

Da sich die Arbeit mit ausländischen Direktinvestitionen und ihren rechtlichen Grundlagen beschäftigt, definiert ein erster Textpassus nicht nur den Begriff der ADI, sondern zeigt auch die wirtschaftspolitische Bedeutung transnationaler Investitionsströme auf. Es soll dabei die ökonomische Relevanz ADI und ihr Einfluss auf das internationale Wirtschaftsgeschehen hervorgehoben werden (*Abschnitt 1*).

Im Anschluss hieran interessiert das IIR. Um dieses weitreichende Rechtsgebiet möglichst übersichtlich wiederzugeben, werden die am Investitionsschutz beteiligten Parteien, historische Zusammenhänge, sowie die wichtigsten Rechtsquellen näher erläutert. Dem Enteignungsschutz kommt dabei, als essentiellstem Teil der gegenständlichen Arbeit, besondere Aufmerksamkeit zu (*Abschnitt 2*).

Da bi- und multilaterale Investitionsschutzabkommen heute nicht nur die wichtigste Rechtsquelle des IIR sind, sondern auch für die neue Unionskompetenz über ADI eine Rolle spielen, geht ein separater Textabschnitt auf bi- und multilaterale ISA, sowie die in ihnen regelmäßig enthaltenen Klauseln ein (*Abschnitt 3*).

Eine abschließende Zusammenfassung hält die wichtigsten Resultate des *Kapitels I* noch einmal konzise fest und erleichtert so die nachfolgende Beschäftigung mit der neuen Unionskompetenz (*Abschnitt 4*).

1.1 Ausländische Direktinvestitionen: Konkretisierung und wirtschaftliche Relevanz

Die Arbeit bediente sich bereits mehrfach des Begriffs der ausländischen Direktinvestitionen, ohne diesen allerdings näher zu konkretisieren. Da es sich hierbei um eine für die Arbeit relevante Begrifflichkeit handelt, gilt es diese zu determinieren. Im Anschluss hieran, werden wirtschaftliche Kennzahlen die ökonomische Tragweite und wirtschaftspolitische Relevanz ADI belegen.

1.1.1 Die terminologische Eingrenzung Ausländischer Direktinvestitionen

Die Bestimmung und Auslegung des Begriffs der „ausländischen Direktinvestitionen“ ist unumgänglich. Da sich die Arbeit in der Folge mit der neuen, durch den Vertrag von Lissabon eingeführten Unionszuständigkeit für ADI beschäftigt, ist in einem ersten Schritt an europäisches Primärrecht anzuknüpfen. Es zeigt sich hierbei allerdings, dass der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union eine Definition ADI vermissen lässt. Aufschlussreicher ist dahingegen die Rechtsprechung des EuGH. Die höchstgerichtliche Judikatur versteht unter Direktinvestitionen dauerhafte Beteiligungen an Unternehmen, etwa in Form von Aktienbesitz. Das essentielle Merkmal liegt hierbei in der Möglichkeit, sich an der Verwaltung oder Kontrolle der Gesellschaft beteiligen zu können. "Direktinvestitionen" sind damit terminologisch "Portfolioinvestitionen" entgegenzuhalten. Der EuGH begreift unter Portfolioinvestitionen den Erwerb von Wertpapieren auf dem Kapitalmarkt, wobei diesem Erwerb die Absicht einer Geldanlage zu Grunde liegt, ohne dabei auf Kontrolle oder Verwaltung des Unternehmens Einfluss nehmen zu wollen.⁴

Eine Gesamtschau zeigt, dass sich die EuGH-Judikatur zum Begriff ausländischer Direktinvestitionen im Wesentlichen mit den Definitionen anderer, bedeutender Internationaler Organisationen deckt. Die OECD verlangt für die Klassifizierung einer Investition als ADI, dass sich ein Investor nachhaltig an einem im Ausland gelegenen Unternehmen beteiligt. Die Nachhaltigkeit und die hiermit einhergehende erforderliche Unternehmenskontrolle werden von der OECD bei einer Beteiligung in der Höhe von

⁴ Siehe für die Begrifflichkeiten EuGH 28.09.2006, verbundene Rechtssachen C-282/04 und 283/04, *Kommission/Niederlande*, Slg. 2006, I-9141, Rz. 19.

mindestens 10 Prozent angenommen.⁵ Für den Internationalen Währungsfonds sind ADI grenzüberschreitende Investitionen, bei denen der Unternehmer Kontrolle oder maßgeblichen Einfluss über das Management des im Ausland befindlichen Unternehmens ausübt.⁶

Die Definitionen von EuGH, IWF und OECD zeigen, dass hinsichtlich ADI im Wesentlichen eine gemeinsame Vorstellung vorliegt. ADI sind durch Managementfunktionen des Investors und die intensive wirtschaftliche Verflechtung von Investor und Zielunternehmen gekennzeichnet. Ausländische Direktinvestitionen werden deshalb, korrekterweise, Portfolioinvestitionen, als zweiter – auf die bloße Kapitalbeteiligung abzielende – Grundform entgegengehalten.⁷

1.1.2 Die wirtschaftliche Relevanz Ausländischer Direktinvestitionen

Internationale Kapitalströme sind seit Jahrzehnten im kontinuierlichen Wachstum begriffen. So betrug die Summe globaler Auslandsdirektinvestitionen im Jahr 2015 insgesamt ca. 1, 8 Trillionen US-Dollar. Die Vereinigten Staaten von Amerika stellten hierbei die führende Volkswirtschaft für ADI Zu- als auch Abflüsse dar. Aktuelle Daten zeigen, dass aber auch immer öfters Entwicklungsländer am globalen Wirtschaftswachstum partizipieren. So finden sich unter den zehn Staaten mit den höchsten ADI-Zuflüssen gleich fünf in der Entwicklung befindliche Staaten.⁸

Die Interferenz von ADI und globalem Wirtschaftswachstum ist auch für die wirtschaftliche Entwicklung Österreichs von nicht zu unterschätzender Relevanz. Die Republik Österreich konnte sich in den vergangenen Jahrzehnten als attraktiver Investitionsstandort etablieren. Es verwundert daher auch nicht, dass der Stand ausländischer Direktinvestitionen im Jahr 2016 in Österreich ca. 148 Milliarden Euro betrug.⁹ Es sind damit in Österreich insgesamt knapp 250.000 Arbeitnehmer bei

⁵ OECD, OECD Benchmark Definition of Foreign Direct Investment⁴ (2008), 48f.

⁶ IWF, IMF Publishes First Worldwide Survey of Foreign Direct Investment Positions: Press Release No. 10/510 (2010), online abrufbar unter: <<https://www.imf.org/external/np/sec/pr/2010/pr10510.htm>> (17.06.2017).

⁷ UNCTAD, Comprehensive Study of the Interrelationship between Foreign Direct Investment and Foreign Portfolio Investment (1999), 4; *Von Arnould*, Völkerrecht (2012), Rz. 959.

⁸ UNCTAD, World Investment Report 2016: Global Value Chains: Investment and Trade for Development (2016), 10ff.

⁹ Österreichische Nationalbank, Bestände Passiver Direktinvestitionen nach Regionen, online abrufbar unter: <<https://www.oenb.at/isaweb/report.do?lang=DE&report=9.3.31>> (17.06.2017).

ausländischen Direktinvestitionsunternehmen beschäftigt.¹⁰ Ein ähnliches Bild zeigt auch die Erhebung von Daten für die Bundesrepublik Deutschland. Mit einem ADI-Bestand in der Höhe von circa 700 Milliarden Euro, sichern ausländische Direktinvestitionsunternehmen gegenwärtig 2,6 Millionen deutsche Arbeitsplätze.¹¹

ADI schaffen jedoch nicht nur Arbeitsplätze, sondern sorgen auch für den grenzüberschreitenden Transfer von Wissen und Innovation, wovon regelmäßig auch Entwicklungs- und Schwellenländer profitieren. Es überrascht daher nicht, dass die Internationale Konferenz der Vereinten Nationen über die Finanzierung der Entwicklungszusammenarbeit, die Bedeutung ADI für den wirtschaftlichen Aufschwung der Schwellen- und Entwicklungsländer hervorhob. Die Vereinten Nationen hielten in ihrem Abschlussbericht die mögliche Rolle ADI als Mittel zur Armutsbekämpfung fest.¹² Auch die Institutionen der Europäischen Union betonten zuletzt vermehrt die wirtschaftlichen Implikationen von Direktinvestitionsflüssen. Demnach führe die Öffnung Europas für ADI zu Produktivitätsgewinnen, einer erhöhten Wettbewerbsfähigkeit des europäischen Binnenmarkts sowie zur Schaffung neuer Arbeitsplätze.¹³ In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass es aufgrund der fortschreitenden ökonomischen Verflechtung immer öfters zur verstärkten Korrelation von Handel- und Investitionsströmen kommt. Man nimmt an, dass es bei investitionspolitischen Maßnahmen in der Regel zu Synergieeffekten auf dem Gebiet des Handels - und *vice versa* - kommt.¹⁴

In einer Gesamtbetrachtung zeigt sich, dass der Bereich der ADI durch die fortschreitende Globalisierung und die steigende wirtschaftliche Signifikanz immer öfters an politischer Aufmerksamkeit gewinnt. Beschäftigten sich Internationale Organisationen früher primär mit der Forcierung des Handels, gehen handelspolitische Maßnahmen nunmehr Hand in Hand mit Regelungen zum Investitionsschutz einher.

¹⁰ Österreichische Nationalbank, Beschäftigte bei passiven Direktinvestitionsunternehmen nach Regionen, online abrufbar unter: <<https://www.oenb.at/isaweb/report.do?lang=DE&report=9.3.35>> (17.06.2017).

¹¹ BDI – Bundesverband der Deutschen Industrie e.V., Ausländische Direktinvestitionen in Deutschland: Investitionsfreiheit fördern und öffentliche Akzeptanz schaffen (2013), 6.

¹² United Nations, Report of the International Conference on Financing for Development – Monterrey, Mexiko, 18-22 March 2002 (2002), 5.

¹³ KOM (2010) 343 endg., 3; KOM (2010) 612 endg., 2.

¹⁴ Communication from the European Community and its Member States, WT/WGTI/W/89, 2, online abrufbar unter: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2005/april/tradoc_122170.pdf> (17.06.2017).

1.2 Das Internationale Investitionsrecht: Ein umfassendes Rechtsgebiet

Investitionen sind bei Kapitaleinsatz in einer fremden Kultur- und Rechtsordnung regelmäßig mit politischen und wirtschaftlichen Risiken verbunden. Investoren müssen bei ADI in Kauf nehmen, nicht die gewünschte Rendite zu lukrieren. Neben wirtschaftlichen Problemstellungen, können sich Investoren allerdings auch mit weitreichenden Problemen politischen Naturell konfrontiert sehen. So haben gesellschaftspolitisch motivierte Enteignungen oder veränderte Auflagen zur Genehmigungsbewilligung die Wertlosigkeit getätigter Auslandsinvestition zur Folge. Das IIR will derartige politische Risiken abfedern und aktiv zum reibungslosen transnationalen Wirtschaften beitragen.

Das Internationale Investitionsrecht ist zweifelsohne ein bedeutender Bestandteil des Internationalen Wirtschaftsrechts, weshalb die – für die gegenständliche Arbeit relevantesten Aspekte – an dieser Stelle wiedergegeben werden. Nachdem die am Internationalen Investitionsgeschehen beteiligten Parteien dargelegt wurden, ermöglicht ein historischer Abriss das Verständnis der wichtigsten geschichtlichen Zusammenhänge. Ergänzt wird die Darstellung des IIR am Ende um die Auflistung der wichtigsten Rechtsquellen.

1.2.1 Die Parteien des Internationalen Investitionsrechts

Bevor näher auf das IIR und seine rechtlichen Charakteristika eingegangen wird, gilt es die an internationalen Investitionen Beteiligten näher zu beleuchten. Da das Wirtschaftsvölkerrecht – folglich auch das Internationale Investitionsrecht – ein Teilgebiet des allgemeinen Völkerrechts ist, liegt es nahe an die allgemeinen Völkerrechtssubjekte anzuknüpfen. Im Völkerrecht spielen neben den Staaten, als primären Völkerrechtssubjekten, auch Internationale Organisationen als sekundäre bzw. "abgeleitete Völkerrechtssubjekte" eine Rolle. Gliedstaaten, transnationale Unternehmen, "NGOs" (Non-governmental Organisations) und Einzelpersonen sind hingegen bloß partielle Völkerrechtssubjekte.¹⁵

Die Völkerrechtssubjekte sind mit den Akteuren internationaler Wirtschaftsbeziehungen nicht vollkommen ident. Hierunter sind nämlich all jene zu verstehen, deren Wirken sich

¹⁵ *Reinisch* (Hrsg.), Handbuch des Völkerrecht⁵ (2013), 150ff.

auf den internationalen Austausch von Gütern, Kapital und Arbeitskraft auswirkt. Völkerrechtssubjekte und Beteiligte der Weltwirtschaft decken sich nicht vollinhaltlich.¹⁶ Für das Internationale Investitionsrecht sind drei Hauptakteure relevant: (i) der Investor, der entweder eine natürliche oder eine juristische Person sein kann, (ii) der Heimatstaat des Investors, sowie (iii) der Gaststaat der Investition.¹⁷ Das IIR ist das Ergebnis des Zusammenspiels dieser drei Parteien. Neben dem einzelnen Investor, sind damit sein Heimatstaat sowie der Gaststaat der Investition zu berücksichtigen.

1.2.2 Die Geschichte des modernen Investitionsschutzes

Für das Verständnis des Internationalen Investitionsschutzes in seiner heutigen Form sind Kenntnisse der wichtigsten historischen Entwicklungsstränge notwendig. Bevor daher genauer auf das IIR eingegangen wird, versucht nachfolgender Abschnitt präzise die Entwicklung des völkerrechtlichen Schutzes fremder Investitionen zu skizzieren. Aufmerksamkeit kommt dabei vor allem der Entwicklung des Enteignungsschutzes zu.

Das IIR in seiner heutigen Form blickt auf einen jahrhundertelangen Prozess zurück, im Zuge dessen es zu einer Verselbständigung und rechtspolitischen Aufwertung des Rechtsgebiets kam. Als Vorgänger heutiger Investitionsschutzabkommen gelten die, im 18. Jahrhundert allmählich auftretenden "*friendship, commerce and navigation – treaties*" (**FCN - Verträge**). Den ersten FCN-Vertrag schlossen die USA und Frankreich am 6. Februar 1778 ab. Die damaligen FCN-Verträge hatten einen weiten Anwendungsbereich, die vorrangig den Schutz des Fremden thematisierten. Während der Investitionsschutz damals nur eine sekundäre Rolle spielte, akzentuierten die FCN-Verträge die Förderung und den Schutz von Handelsbeziehungen. Nichts desto trotz, hob bereits der erste FCN-Vertrag die Bedeutung des Enteignungsschutzes hervor. Dieses und nachfolgende Abkommen des 19. Jahrhunderts sicherten durch den Verweis auf Schutzmechanismen des nationalen Rechts die Investitionen fremder Staatsangehöriger vor Enteignungen und sonstigen Beeinträchtigungen ab. Ein autonomer, internationaler Standard zum

¹⁶ *Krajweski*, Wirtschaftsvölkerrecht³ (2012), Rz. 41f.

¹⁷ *Perkams*, Internationales Investitionsrecht I: Die materiell-rechtlichen Schutzstandards (2011), 12, online abrufbar unter: <<http://www.iilcc.uni-koeln.de/fileadmin/institute/iilcc/Dokumente/matrechtinvest/II-Mat-recht-Schutz.pdf>> (17.06.2017).

Investitionsschutz von Nicht-Staatsangehörigen vor Enteignungen war damals aber (noch) nicht vorgesehen.¹⁸

Auch Österreich partizipierte graduell an diesen Entwicklungen mit. In Österreich spielten im 19. Jahrhundert sogenannte "Niederlassungsverträge" eine Rolle. Diese erinnerten in ihrer Formulierung stark an die Klauseln der FCN-Verträge und waren diesen funktional auch nachempfunden. Die Niederlassungsverträge der österreichisch-ungarischen Monarchie legten vor allem die nationale Behandlung für Angehörige des Vertragspartners in Bezug auf Handel und Besteuerung fest.¹⁹ Was den Enteignungsschutz anbelangt, so zeigt sich, dass die Niederlassungsverträge aber bereits erste Normierungen kannten, wie nachfolgender Textpassus aus einem solchen Vertrag des Jahres 1876 belegt.

„Unter keinen Umständen, weder in Friedens- noch in Kriegszeiten, darf auf das Eigentum eines Angehörigen des einen der beiden kontrahierenden Teile in dem Gebiete des anderen irgendeine andere oder höhere Taxe, Gebühr, Auflage oder Abgabe gelegt oder gefordert werden, als auf das gleiche Eigentum gelegt oder gefordert würde, wenn es einem Angehörigen des Landes oder einem Bürger oder Untertan der am meisten begünstigten Nation angehören würde.

Ebenso wenig wird einem Angehörigen des einen der beiden vertragenden Teile in dem Gebiete des andern Teils irgendeine andere oder höhere Abgabe auferlegt oder von ihm erhoben, als solche einem Angehörigen des Landes oder einem Bürger oder Untertan der am meisten begünstigten Nation auferlegt oder von demselben erhoben wird. Unter den oberwähnten Abgaben sind die Zölle sowie die Hafen- und Seegebühren nicht inbegriffen. (Hervorhebung durch den Verfasser)“²⁰

¹⁸ Dolzer/Schreuer, Customary international law: the emergence of a minimum standard, in *Gao/Qureshi, International Investment Law* (2011), 3f; *Sornarajah, The International Law on Foreign Investment*³ (2010), 180ff.

¹⁹ *Reinisch in Brown, Commentaries on Selected Model Investment Treaties* (2013), 16.

²⁰ Art. 6 des Staatsvertrags zwischen der österreichisch-ungarischen Monarchie und der Schweiz, wegen Regelung der Niederlassungsverhältnisse, Befreiung vom Militärdienste und den Militärsteuern, gleichmäßiger Besteuerung der beiderseitigen Staatsangehörigen in dem Gebiete des anderen vertragenden Theiles, gegenseitiger unentgeltlicher Verpflegung der mittellosen erkrankten oder verunglückten Staatsangehörigen und gegenseitiger kostenfreien Mittheilung von amtlichen Auszügen aus den Geburts-, Trauungs- und Sterbe-Registern vom 20.05.1876, RGBI 1876/70.

Die damaligen Vorschriften sind keineswegs mit den heute bestehenden, präzise ausformulierten Mechanismen zum Enteignungsschutz vergleichbar. Vielmehr zeigt sich, dass die Niederlassungsverträge keine ausdrücklichen Regelungen zur Enteignung kannten. In den damaligen Bestimmungen – wie etwa der obigen – ist eher die Rechtsgarantie zu sehen, das Eigentum der Staatsangehörigen des Vertragspartners nicht unangemessen hoch zu besteuern, oder durch sonstige Beeinträchtigungen (wie etwa Auflagen) einzuschränken oder finanziell zu belasten. Als Maßstab für die Zulässigkeit von Maßnahmen dienen neben eigenen Staatsbürgern auch Staatsangehörige begünstigter Vertragsparteien.

Die Analyse der Bestimmung zeigt zwar, dass die damaligen Niederlassungsverträge noch keine – den heute bestehenden Vorschriften – vergleichbaren Enteignungsschutzregelungen enthielten. In den damals normierten Verboten der unangemessen hohen Besteuerung, sowie der Beeinträchtigung durch Auflagen oder Abgaben, kann aber wohl – gemessen an heutiger Nomenklatur – das Verbot indirekter Enteignungen gesehen werden.

Mit der Oktoberrevolution 1917, der Machtübernahme durch die Bolschewiki und die damit einhergehende Enteignung von Großgrundbesitzern, begannen die Staaten vermehrt dem Internationalen Investitionsschutz Beachtung zu schenken. So konnte sich in den folgenden Jahrzehnten allmählich ein Bestand völkergewohnheitsrechtlicher Regelungen zum Schutz fremder Staatsangehöriger, der "*international minimum standard*" (*IMS*) bzw. das völkerrechtliche Fremdenrecht entwickeln. Dieser IMS regelt – damals wie heute – nicht nur den Investitionen bzw. dem Eigentum zu gewährenden Schutz, sondern generell das Fremden im Ausland zustehende Schutzniveau. So legt der IMS etwa auch die Rechte Fremder im Strafprozess fest.²¹ Trotz des Aufkeimens völkergewohnheitsrechtlicher Normen blieben aber viele zentrale Fragen des IIR strittig; so wurde etwa lange Zeit über die im Enteignungsfall zu gewährende Entschädigungshöhe diskutiert. Die vom US-amerikanischen Außenminister Cordell Hull entwickelte "*Hull formula*", wonach die Entschädigungszahlung im Enteignungsfall angemessen, effektiv und adäquat zu sein habe, konnte sich lange Zeit nicht flächendeckend durchsetzen. Hinzu kam, dass die bis dahin bestehenden Mindeststandards nach dem 2. Weltkrieg durch neue souveräne Staaten angezweifelt wurden. Die Entwicklungsländer hinterfragten, insbesondere durch Inanspruchnahme der Gremien der Vereinten Nationen, das damals vorherrschende Wirtschaftsverständnis der industrialisierten Staaten. Die Entwicklungsländer

²¹ Dolzer/Schreuer, Principles of International Investment Law² (2012), 1ff.

befürworteten die im Zusammenhang mit ADI auftretenden Enteignungsfragen zu Gunsten der mitgliedstaatlichen Souveränität der Gaststaaten zu regeln. Man sträubte sich aus Sicht der Entwicklungsstaaten ausländischen Investoren zu weitreichenden Schutz zuzugestehen, da man hierin eine Form wirtschaftlicher Kolonialisierung fürchtete.²² Mehrere UN-Resolutionen bezeugen diese, einander damals gegenüberstehenden ideologischen Positionen.²³

Trotz der vorhin umrissenen Differenzen, kam es 1959 zum Abschluss des ersten bilateralen Investitionsschutzvertrags zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der islamischen Republik Pakistan.²⁴ Einen richtigen Aufschwung erlebten die Investitionsschutzverträge aber erst mit dem Zusammenfall der Sowjetunion und der daraus folgenden Bedeutungslosigkeit der Zentralverwaltungswirtschaft. Verstärkend kam hinzu, dass die Schuldenkrisen der Entwicklungsländer in den 1980-er Jahren zu einem intensiven Werben der sich entwickelnden Staaten um ADI führten. Des Weiteren mangelte es an klaren vertraglichen bzw. völkergewohnheitsrechtlichen Regelungen zum Investitionsschutz. All diese Umstände führten im Ergebnis dazu, dass andere Staaten bald dem Beispiel Deutschlands folgten und sich der BIT allmählich zum Standardinstrument der Investitionsförderung und des Investitionsschutzes entwickelte.²⁵

Bereits das erste, zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der islamischen Republik Pakistan abgeschlossene BIT enthält eine Bestimmung zum Enteignungsschutz, die an dieser Stelle abgebildet wird.

„Nationals or companies of either Party shall not be subjected to expropriation of their investments in the territory of the other Party except for public benefit against compensation, which shall represent the equivalent of the investments affected. Such compensation shall be actually realizable and freely transferable in the currency of the other Party without undue delay. Adequate provision shall be made at or prior to the time of expropriation for the determination and the grant of such

²² Salacuse, The Three Laws of International Investment – National, Contractual and International Frameworks for Foreign Capital (2013), 329f.

²³ Resolution der Generalversammlung 1803 (XVII) zur Souveränität der nationalen Naturreichtümer vom 14. Dezember 1962, A/RES/1803 (XVII) sowie Resolution der Generalversammlung 3281 (XXIX) zur Charta über die wirtschaftlichen Rechte und Pflichten der Staaten vom 12. Dezember 1974, A/RES/3281 (XXIX).

²⁴ Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der islamischen Republik Pakistan zur Förderung und zum Schutz von Kapitalanlagen („deutsch-pakistanischer BIT“) vom 25.11.1959, außer Kraft getreten, online abrufbar unter: <http://www.iisd.org/pdf/2006/investment_pakistan_germany.pdf> (17.06.2017).

²⁵ Sornarajah, The International Law on Foreign Investment³, 204ff.

*compensation. The legality of any such expropriation and the amount of compensation shall be subject to review by due process of law.*²⁶

Die Durchsicht der Regelung zeigt, dass bereits das erste BIT überhaupt ein umfassendes Regime zum Schutz fremder Investitionen kannte. Die Enteignung ist demnach bei Vorliegen einer öffentlichen Zielsetzung und Leistung einer Entschädigungszahlung rechtmäßig, wobei diese dem Wert der beeinträchtigten Investition zu entsprechen hat. Darüber hinaus verlangt der deutsch-pakistanische BIT aus 1959, dass die Entschädigungszahlung effektiv verwertbar und in der Währung des enteigneten Investors frei verfügbar ist. Für die Beurteilung der Enteignung und die Berechnung der Entschädigung, knüpft das BIT primär an den Entschädigungszeitpunkt an. Interessant ist auch der letzte Satz der Bestimmung, wonach, sowohl für die Rechtmäßigkeit der Enteignungshandlung als auch die Berechnung der Entschädigungshöhe die Möglichkeit der Revision besteht. Man kann daher sagen, dass bereits das deutsch-pakistanische BIT aus 1959 einen umfassenden Enteignungsschutz kannte.

Parallel zum vermehrten Abschluss bilateraler Investitionsschutzabkommen, bildeten sich auch die Streitbeilegungsmechanismen fort. Durch die Etablierung des zur Weltbankgruppe gehörenden Internationalen Zentrums zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten (*ICSID*) im Jahr 1965 rückten bis dahin gängige Streitbeilegungsfora vermehrt in den Hintergrund. Im Jahr 1968 sah ein BIT erstmals die Möglichkeit der direkten Schiedsklage eines Investors gegen den Gaststaat vor. Das erste tatsächliche Schiedsverfahren eines Investors gegen einen Staat fand im Jahr 1987 statt.²⁷

Der historische Abriss hat gezeigt, dass das IIR in seiner heutigen Form maßgeblich durch zwei Entwicklungen beeinflusst wurde: Einerseits spielten die FCN-Verträge eine erhebliche Rolle bei der Ausgestaltung heutiger BITs, andererseits mündete die Etablierung friedlicher Streitbeilegungsverfahren nicht nur im heutigen Investor-Staat-Mechanismus (*ISDS*), sondern auch in der völkerrechtlichen Aufwertung des Einzelnen und multinationaler Unternehmen.²⁸ Das IIR trug so einerseits zur Einschränkung der

²⁶ Art. 3 Abs. 2 „deutsch-pakistanischer“ BIT.

²⁷ *Singh/Sharma*, Investor State Dispute Settlement Mechanism: The Quest for a Workable Roadmap, *Merkourios* Volume 29 Issue 76 (2013), 88, (90f).

²⁸ *Tietje*, Internationales Investitionsschutzrecht im Spannungsverhältnis von staatlicher Regelungsfreiheit und Schutz wirtschaftlicher Individualinteressen, *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht* Heft 93 (2010), 1, (6).

Souveränität der am Wirtschaftsleben beteiligten Staaten, andererseits zur massiven Aufwertung der Stellung natürlicher und juristischer Personen bei.²⁹

1.3 Rechtsquellen des Internationalen Investitionsrechts

Nachdem die Entwicklungsstränge des IIR abgehandelt wurden, bietet sich nun eine tiefergehende Beschäftigung mit dem heute existierenden Rechtsrahmen an. Das IIR ist eine wirtschaftliche Spezialdisziplin des Völkerrechts, weswegen die Analyse der Rechtsquellen unweigerlich im Einklang mit dem völkerrechtlichen Rechtsquellenkatalog des Artikels 38 IGH-Statut steht.

Vorab ist festzuhalten, dass das IIR ein rechtliches Gemengelage – bestehend aus allgemeinem Völkerrecht, internationalem Wirtschaftsrecht und nationalem Recht – darstellt. Innerhalb dieses, auf transnationale Investitionen Anwendung findenden Regelungsdickichts, kommt es zu gegenseitigen Verschränkungen und Verweisungen.³⁰ Das Internationale Investitionsrecht kann deswegen geradezu als Beispiel modernen transnationalen Rechts angeführt werden.³¹

1.3.1 Bi- und multilaterale Investitionsschutzabkommen

Wie noch zu zeigen sein wird, umfasst die neue Kompetenz der Europäischen Union den Abschluss völkerrechtlicher Abkommen über ADI, weshalb sich insbesondere die Untersuchung völkervertragsrechtlicher Instrumente des IIR anbietet. Die in mannigfaltigen Ausformungen bestehenden Investitionsschutzabkommen stellen mittlerweile die bedeutendste Schutzkonstellation des IIR dar. Sie kennzeichnen sich dadurch, dass sich zwei oder auch mehrere Staaten völkervertraglich auf die Regelung von investitionsschutzrechtlichen Fragen einigen. Die Abkommen werden zwar zwischen

²⁹ *Salacuse*, *The Three Laws of International Investment*, 305; *Tietje*, *Internationales Investitionsschutzrecht im Spannungsverhältnis von staatlicher Regelungsfreiheit und Schutz wirtschaftlicher Individualinteressen*, 1, (20).

³⁰ *Dolzer/Schreuer*, *Principles of International Investment Law*², 12; *Salacuse*, *The Three Laws of International Investment*, 35.

³¹ *Reinisch*, *Internationales Investitionsschutzrecht*, in *Tietje* (Hrsg.), *Internationales Wirtschaftsrecht* (2009), 348.

Staaten, aber zu Gunsten von Investoren geschlossen.³² Es gilt mittlerweile als erwiesen, dass der Abschluss von ISA – auch bei Entwicklungs- und Schwellenländern – zur Zunahme von Investitionsflüssen führt.³³ Den Abkommen kommt damit nicht nur Schutz-, sondern auch Förderungsfunktion zu.

Innerhalb der großen Gruppe der ISA, stellen die bereits mehrfach erwähnten bilateralen Investitionsschutzabkommen die numerisch und realpolitisch relevanteste Gruppe dar. BITs entwickelten sich über die Jahrzehnte hinweg kontinuierlich. Während jene der ersten Generation bloß vor entschädigungslosen Enteignungen schützten und zur Streitbeilegung noch ein Staatenverfahren vorsahen, kannten BITs der zweiten Generation bereits die Möglichkeit der Individualklage für Investoren – wenn auch nur bei Meinungsverschiedenheiten über die Höhe der Entschädigungszahlung. Die neueste Generation von BITs sieht dahingegen die Individualklagemöglichkeit für alle (vermeintlich) verletzten Schutzstandards vor.³⁴

Bilaterale Investitionsabkommen lassen sich in der Regel in drei Abschnitte untergliedern. Der erste Teil enthält die Definitionen, während der zweite Teil die materiellen Schutzstandards behandelt. Im letzten Teil finden sich die, an Bedeutung nicht zu unterschätzenden Streitbeilegungsbestimmungen. Besondere Bedeutung kommt im Zusammenhang mit den BIT-Schutzstandards dem Enteignungsschutz zu. Die Abkommen regeln hierzu nicht nur die Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen einer Enteignung, sondern auch die einer – unter Umständen zu entrichtenden – Entschädigungsleistung. Ergänzt werden bilaterale Investitionsschutzabkommen um die Präambel, welche bei Auslegungsschwierigkeiten von Schiedsgerichten teilweise zur Rate gezogen wird.³⁵ Ein markantes Kernstück der großen Anzahl an BITs ist, dass sie regelmäßig rein investitionsschutzrechtliche Aspekte behandeln.

BITs werden um eine Vielzahl multilateraler Abkommen, wie etwa Freihandelsabkommen (*FHA*) ergänzt. *FHA* sind zwar auch in bilateraler Form möglich, werden aber öfters in

³² *Griebel*, Internationales Investitionsrecht (2008), 38f.

³³ *Neumayer/Spess*, Do bilateral investment treaties increase foreign direct investment to developing countries?, 1, (27f), online abrufbar unter: <[http://eprints.lse.ac.uk/627/1/World_Dev_\(BITs\).pdf](http://eprints.lse.ac.uk/627/1/World_Dev_(BITs).pdf)> (17.06.2017).

³⁴ *Crawford*, International Protection of Foreign Direct Investments: Between Clinical Isolation and Systematic Integration, in *Hofmann/Tams*, International Investment Law and General International Law: From Clinical Isolation to Systemic Integration? (2011), 19; *Tietje*, Internationales Investitionsschutzrecht im Spannungsverhältnis von staatlicher Regelungsfreiheit und Schutz wirtschaftlicher Individualinteressen, 1, (7f).

³⁵ *Reinisch* in *Brown*, Commentaries on Selected Model Investment Treaties, 21.

multilateraler Form abgeschlossen. Sie beinhalten neben Regelungen zum Investitionsschutz, ihrer Titulierung und Zielsetzung entsprechend auch Bestimmungen zum Handel. Als Beispiel für ein Freihandelsabkommen kann das Nordamerikanische Freihandelsabkommen (*NAFTA*) ins Treffen geführt werden, welches eine Freihandelszone zwischen Kanada, Mexiko und den Vereinigten Staaten von Amerika errichtete.³⁶ FHA sind vor allem im Hinblick auf die neue Unionskompetenz zum Abschluss völkerrechtlicher Abkommen über ADI von Interesse. Die EU schloss auf Basis der neuen Unionskompetenz, in Form eines gemischten Abkommens beispielsweise ein umfassendes Handels- und Investitionsschutzabkommen mit der Republik Korea ab.^{37 38} Es ist das erste Abkommen in einer Reihe noch folgender europäischer Handels- und Investitionsabkommen (z.B. CETA und TTIP).³⁹

Neben FHA sind auch die multilateralen sektoralen Verträge, deren wichtigster zweifellos der Vertrag über die Energiecharta (*ECT*) ist anzuführen. Der ECT normiert Handel und Investitionsschutz auf dem Gebiet der Energiepolitik. Mit Artikel 13 enthält er eine, vielen BITs nachempfundene Bestimmung zum Enteignungsschutz.

Im Rahmen der WTO spielen das TRIMs-Abkommen, TRIPS und einige Vorschriften des GATS eine Rolle. TRIMs sieht vor, dass die Verpflichtung der Inländerbehandlung und das Verbot mengenmäßiger Beschränkungen auch auf Investitionsmaßnahmen anwendbar sind. GATS umfasst ADI die sich auf Dienstleistungen beziehen mit ein und TRIPS kann, bis zu einem gewissen Grad, den Schutz ausländischer Investitionen herbeiführen. Ein einzelnes Abkommen, welches investitionsrechtliche Fragen multilateral abschließend regelt, existiert sohin derzeit nicht.⁴⁰ Die einzelnen Schutzstandards der BITs und FHA werden noch an anderer Stelle dieser Arbeit detaillierter zu erörtern sein.⁴¹

1.3.2 Völkergewohnheitsrecht und Allgemeine Rechtsgrundsätze

³⁶ Das North American Free Trade Agreement ist online abrufbar, <<https://www.nafta-sec-alena.org/Default.aspx?tabid=97&language=en-US>> (17.06.2017).

³⁷ Freihandelsabkommen zwischen der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Republik Korea andererseits vom 06.10.2010 („europäisch-koreanisches FHA“), ABI L 2011/127, 6.

³⁸ Für einen detaillierteren Überblick betreffend das europäisch-koreanische FHA siehe etwa *Daiber*, Das Freihandelsabkommen zwischen der EU und Südkorea, EuR Heft 5 (2015), 542.

³⁹ Eine Übersicht in Verhandlung stehender Freihandelsabkommen ist online abrufbar, <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/december/tradoc_118238.pdf> (17.06.2017).

⁴⁰ *Hofmann*, Skript Internationales Wirtschaftsrecht (2012), 6, online abrufbar unter: <http://www.jura.uni-frankfurt.de/43625652/_-5-Internationales-und-nationales-Wirtschaftsrecht_WiSe_2012_13.pdf> (17.06.2017).

⁴¹ Siehe hierzu die Ausführungen auf Seite 28.

Neben den ISA, kommt auch dem internationalen Gewohnheitsrecht eine nicht zu unterschätzende Rolle zu. Die vgr. Normen zum Investitionsschutz basieren auf dem völkerrechtlichen Fremdenrecht, welches Ausländer im Generellen schützt. Es zielt darauf ab, ausländischen natürlichen oder juristischen Personen ein Mindestmaß an Schutz gegenüber dem Gaststaat zuzusichern.

Neben elementaren Rechten, wie bspw. jenem auf Rechtsfähigkeit oder körperliche Unversehrtheit, gehört auch – außer bei Verwirklichung spezieller Voraussetzungen – das Enteignungsverbot dazu. Grundsätzlich steht es einem Staat aufgrund seiner Personal- und Gebietshoheit offen Enteignungen vorzunehmen; ein generelles Enteignungsverbot besteht daher nicht. Das VGR unterwirft dieses Enteignungsrecht aber Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen. So steht eine Enteignung nur dann in Einklang mit VGR, wenn sie im öffentlichen Interesse geschieht, keinen diskriminierenden Charakter aufweist und die Leistung einer Entschädigungszahlung erfolgt.

Trotz der Bedeutung des VGR, vor allem auch bei der Herausbildung moderner ISA, leiden diese Regeln unter zahlreichen Mängeln. So kennt das Fremdenrecht etwa nicht die regelmäßig in ISA enthaltenen Diskriminierungsverbote. Dem Investor steht bei der Verletzung fremdenrechtlicher Tatbestände auch kein internationaler Streitbeilegungsmechanismus zur Verfügung. Er ist in diesem Fall vielmehr auf die Gewährleistung diplomatischen Schutzes durch seinen Heimatstaat angewiesen.⁴²

Neben dem VGR, spielen auch die in Art. 38 Abs. 1 lit. c IGH-Statut normierten allgemeinen Rechtsgrundsätze (**ARG**) eine Rolle. In der Vergangenheit beriefen sich Investitionstribunale immer wieder auf „das Prinzip des guten Glaubens“ oder das "e-stoppele Prinzip".⁴³ Trotz der mittlerweile bestehenden Fülle an Abkommen zum Investitionsschutz, kommt dem VGR und den ARG weiterhin Bedeutung zu. Sie sind insbesondere dort relevant, wo es gesatztes Investitionsrecht nicht vermag Auslegungsdifferenzen aufzulösen.

1.3.3 Investitionsschutzrechtliche Judikatur

⁴² Griebel, Internationales Investitionsrecht, 14ff.

⁴³ Dolzer/Schreuer, Principles of International Investment Law², 18f.

Judikate sind eine subsidiäre Rechtsquelle des Internationalen Rechts. Sie gelangen vor allem "*als Hilfsmittel zur Feststellung der Rechtsnormen*"⁴⁴ zur Anwendung. Nichts desto trotz, darf bei der Beschäftigung mit dem IIR die Bedeutung prägender Judikate und Schiedssprüche nicht unterschätzt werden. Für den Bereich des Enteignungsschutzes können etwa, durch Rückgriff auf ein Substrat relevanter Entscheidungen, inhaltlich wertvolle Informationen abstrahiert werden. Das "Chorzów Urteil"⁴⁵ etwa, stellt bis heute einen fundamentalen Ausgangspunkt für Diskussionen zur Frage der Entschädigungspflicht im Enteignungsfall dar. Der Ständige Internationale Gerichtshof hielt in dieser Rechtssache fest, dass es ein völkerrechtliches Prinzip sei, im Falle einer Normverletzung den ursprünglichen Zustand wiederherzustellen.⁴⁶

1.3.4 Soft Law

Neben den vorhin aufgelisteten Rechtsquellen, existiert eine Vielzahl an – von Internationalen Organisationen verabschiedeten – Verhaltensvorschriften. Diese sind rechtlich unverbindlich und regeln sowohl die Pflichten des Gaststaates als auch jene der Investoren. So schreiben etwa einige dieser Instrumente Investoren das Verbot der politischen Einflussnahme vor.

Zur Veranschaulichung sei etwa auf die *Richtlinien der Weltbank über die Behandlung von ausländischen Direktinvestitionen aus 1992* oder den *UN – Menschenrechtskodex für transnationale Unternehmen* hingewiesen.⁴⁷

1.3.5 Supplementäre Rechtsquellen des Internationalen Investitionsschutzes

Der Vollständigkeit halber sei noch gesagt, dass neben den hier erörterten Quellen des IIR, noch zahlreiche weitere Mechanismen zum Schutz ausländischer Investoren bestehen.

⁴⁴ Art. 38 Abs. 1 lit. d des Statuts des Internationalen Gerichtshofs, BGBl 1956/120.

⁴⁵ StIGH, *Chorzów (Deutschland/Polen)*, Urteil, P.C.I.J. Rep Serie A, No. 17.

⁴⁶ *Sornarajah*, *The International Law on Foreign Investment*³, 95.

⁴⁷ Für weitere Nachweise: *Reinisch*, *Internationales Investitionsschutzrecht*, in *Tietje* (Hrsg.), *Internationales Wirtschaftsrecht* (2009), 351f.

Neben dem, durch Europarecht im engeren Sinn ⁴⁸ und die Europäische Menschenrechtskonvention ⁴⁹ gewährleisteten Schutz, kann dieser auch nach der Rechtsordnung des Gaststaates bestehen. Diese Vorschriften stehen jedoch unter dem Vorbehalt der Änderung durch den politischen Willensbildungsprozess.

Daneben ist noch auf die zahlreich existierenden Versicherungssysteme einzugehen. MIGA, das bekannteste System, gehört zur Weltbankgruppe und versichert Investitionen in Entwicklungsländern gegen nicht-kommerzielle Risiken. Enteignungen sind vom MIGA-Versicherungsangebot miterfasst. ⁵⁰ Neben der MIGA existieren zahlreiche nationale Investitionsversicherungen. Dem einzelnen Investor steht es darüber hinaus durch den Abschluss eines Investitionsvertrags mit dem Gaststaat offen, in Vervollständigung der oft verfügbaren BITs für weitergehenden Schutz Sorge zu tragen. ⁵¹

Insgesamt zeigt sich damit, dass Investoren im Ausland ein umfassendes Instrumentarium an Schutzinstrumenten zur Verfügung steht. Neben den klassischen Rechtsquellen des IIR ist es durch Eigeninitiative möglich die eigene Rechtsposition, wenn auch nur geringfügig, nachzujustieren.

1.4 Die Bestandteile bi- und multilateraler Investitionsschutzverträge

Wie obiges Kapitel zeigte, sind Investitionsschutzabkommen zweifelsohne die wichtigste Rechtsquelle des Internationalen Investitionsrechts. Hinzu kommt, dass diese im Rahmen der neuen Unionskompetenz auch weiterhin relevant bleiben. Investitionsabkommen, bilaterale wie multilaterale, sind immer das Ergebnis vorangegangener Verhandlungen zwischen den Vertragsparteien. Auch wenn die so geschlossenen Abkommen stets einander gegenüberstehende Einzelinteressen widerspiegeln, gleichen sich die meisten Investitionsschutzabkommen in ihrer Gesamtheit doch hinsichtlich des Aufbaus. Die, diesen Abkommen immanenten Schutzstandards, gewähren dem ausländischen Investor

⁴⁸ Art. 17 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 12.12.2007, ABI C 2012/326 391.

⁴⁹ Art. 1 des Ersten Zusatzprotokolls zur Europäischen Menschenrechtskonvention vom 20.03.1952, BGBl 1958/210.

⁵⁰ Art. 11 Abs. a lit. ii des Übereinkommens zur Errichtung der Multilateralen Investitions-Garantie-Agentur vom 11.10.1985, BGBl III 1997/181.

⁵¹ Zu den weitreichenden Investitionsschutzmöglichkeiten: *Kronke/Melis/Schnyder*, Handbuch Internationales Wirtschaftsrecht² (2016), 1045ff; *Von Arnould*, Völkerrecht (2012), Rz. 965.

ausreichend rechtlichen Schutz und binden den Gaststaat der Investition an völkerrechtlich verbindliche Regelungen.

Der folgende Abschnitt beschäftigt sich mit den "Kernbestandteilen" investitionsrechtlicher Praxis, wobei die hier behandelten Bausteine in geradezu allen ISA – quasi schablonenhaft – enthalten sind. Wo der Veranschaulichung vorteilhaft, werden Musterbestimmungen vorangestellt. Die einzelnen Schutzstandards werden nun tiefergehend analysiert, wobei der Schwerpunkt in der Betrachtung des Enteignungsschutzes liegt.

1.4.1 Präambel und Definitionen (*purpose of the treaty and definitions*)

Allen ISA ist gemein, dass den Vertragsbestimmungen eine Präambel vorangestellt ist. Sie gibt die Ziele der vertragsschließenden Parteien wieder und unterstreicht die dem Abkommensabschluss immanenten Absichten. Die Präambel bringt regelmäßig den Wunsch der Vertragsparteien zum Ausdruck, die zwischenstaatliche wirtschaftliche Zusammenarbeit zu lancieren. Neben anderen wirtschaftlichen Absichtserklärungen, wie der Wohlstandssteigerung der beteiligten Volkswirtschaften, drücken einige BITs mittlerweile auch nicht-ökonomische Vorstellungen aus. So finden sich in einigen Abkommen Bekenntnisse zur wirtschaftlichen Entwicklung unter strenger Einhaltung von Konventionen zum Umweltschutz und Arbeitsrecht. Auch eine Verpflichtung zur Achtung der Menschenrechte findet immer öfters in Präambeln Eingang, wie der österreichische Model-BIT zeigt.⁵²

*„The REPUBLIC OF AUSTRIA and, hereinafter referred to as “Contracting Parties“,
(...) REFERRING to the international obligations and commitments concerning respect for human rights.“⁵³*

Im Anschluss an die Präambel folgen regelmäßig Definitionen wichtiger Vertragsbegrifflichkeiten. Neben "Investor" und "Investition" finden sich dabei auch

⁵² Der österreichische Model-BIT ist online abrufbar, <http://media.arbeiterkammer.at/wien/PDF/studien/Studie_Investitionsschutzabkommen_dt.pdf> (17.06.2017).

⁵³ Präambel des österreichischen Model-BIT.

Legaldefinitionen weiterer abkommensrelevanter Termini. So lässt sich in BITs mittlerweile auch oft eine Eingrenzung des Enteignungsbegriffs ausmachen.⁵⁴

1.4.2 Die Schutzstandards der Inländergleichbehandlung (*national treatment*) und Meistbegünstigung (*most-favoured-nation-clause*)

Die Schutzstandards der Inländergleichbehandlung und Meistbegünstigung sind wesentliche Elemente heutiger ISA, wobei es sich bei beiden um relative Investitionsschutzstandards handelt. Ihre Effektivität hängt von den rechtlichen Bedingungen des Gaststaates ab, da der dem Investor zu gewährende Schutz im Verhältnis zu einem Vergleichssubjekt steht.

„Jede Vertragspartei gewährt Investoren der anderen Vertragspartei und deren Investitionen eine nicht weniger günstige Behandlung als ihren eigenen Investoren und deren Investitionen oder Investoren dritter Staaten und deren Investitionen.“⁵⁵

Eine Inländergleichbehandlungsklausel in einem ISA verbietet es dem Gaststaat, rechtliche Differenzen zwischen ausländischen und inländischen Investoren zu machen. Eine positive Diskriminierung, im Sinne einer Besserstellung des ausländischen Investors, ist bei Vorliegen einer solchen Klausel jedoch gestattet. Dass dem ausländischen Investor nach der Inländergleichbehandlungsklausel zu gewährende Schutzniveau hängt damit maßgeblich davon ab, welchen Schutz der Gaststaat seinen eigenen inländischen Unternehmern zugesteht.⁵⁶ Da hier der Schutz von der Rechtsordnung des Gaststaates abhängt und die Inländergleichbehandlungsklausel oft nicht ausreichend Schutz zu gewähren vermag, inkorporieren die meisten Staaten in ihre BITs Meistbegünstigungsklauseln.

⁵⁴ Art. 1 Abs. 4 des Abkommens zwischen der Republik Österreich und der Argentinischen Republik über die Förderung und den Schutz von Investitionen („österreichisch-argentinischer BIT“) vom 07.08.1992, BGBl III 1994/893.

⁵⁵ Art. 3 Abs. 1 des Abkommens zwischen der Regierung der Republik Österreich und der Regierung der Arabischen Republik Ägypten über die Förderung und den Schutz von Investitionen („österreichisch-ägyptischer BIT“) vom 12.04.2000, BGBl III 2002/73.

⁵⁶ *Dolzer/Bloch*, Der rechtliche Schutz ausländischer Investitionen, in *Kronke/Melis/Schnyder* (Hrsg.), Handbuch Internationales Wirtschaftsrecht², 1073.

Klauseln zur Meistbegünstigung flankieren Inländergleichbehandlungsklauseln in der Regel und sorgen so für die massive Anhebung des für ausländische Investoren geltenden Schutzniveaus. Die, ursprünglich aus dem Handelsrecht stammende Meistbegünstigungsklausel, gestattet fremden Investoren die Inanspruchnahme vorteilhafterer Bestimmungen, welche der Gaststaat Dritten vertraglich eingeräumt hat.⁵⁷ Wie weit die Meistbegünstigungsklausel genau reicht, ist Gegenstand lebhafter akademischer Diskussionen. Richtig ist wohl, dass kein neues Rechtsregime inkorporiert werden soll. ICSID-Schiedssprüche zeigen aber, dass Meistbegünstigungsklauseln in der Vergangenheit sowohl zur Anwendung günstigerer Regelungen bei den Schutzstandards, als auch im Rahmen der Streitbeilegung geführt haben.⁵⁸

1.4.3 Der Schutzstandard der gerechten und billigen Behandlung (*fair and equitable treatment*)

*„Jede Vertragspartei fördert nach Möglichkeit in ihrem Hoheitsgebiet Investitionen von Investoren der anderen Vertragspartei, lässt diese Investitionen in Übereinstimmung mit ihren Rechtsvorschriften zu und **behandelt sie in jedem Fall gerecht und billig** (Hervorhebung durch den Verfasser).“⁵⁹*

Das Prinzip der fairen und gerechten Behandlung federt, als allgemein formulierter Schutzstandard eventuell bestehende Schutzdefizite ab und sorgt so für umfassenden Rechtsschutz. Die aktuelle Schiedsgerichtspraxis zeigt, dass die Verletzung dieses Standards von ausländischen Investoren am öftesten geltend gemacht wird. Beschäftigten sich die Schiedsribunale früher vor allem mit Enteignungsfragen, so geht es heute insbesondere um Auslegung und genauen Anwendungsbereich der gerechten und billigen Behandlung.⁶⁰ Der genaue rechtliche Gehalt der Klausel konnte bis heute nicht ausgemacht werden. Strittig ist vor allem, ob es sich hierbei um einen autonomen – über das völkerrechtliche Fremdenrecht hinausgehenden – Schutzstandard handelt.⁶¹ Einige Staaten

⁵⁷ Ebd., 1074.

⁵⁸ ICSID vom 25.01.2000 - ARB/97/7, *Emilio Agustín Maffezini /The Kingdom of Spain*, 16 ICSID Review-Foreign Investment Law Journal (2001), 212.

⁵⁹ Art. 2 Abs. 1 des österreichisch-ägyptischen BIT.

⁶⁰ Dolzer/Schreuer, *Principles of International Investment Law*², 119.

⁶¹ *Dolzer/Bloch in Kronke/Melis/Schnyder*, *Handbuch Internationales Wirtschaftsrecht*², 1070.

entgegen dieser Problematik, indem sie den Standard der gerechten und billigen Behandlung dem völkerrechtlichen Fremdenrecht gleichsetzen.⁶²

Der Versuch, den Standard allgemein-abstrakt zu definieren, stößt unweigerlich auf Grenzen. Auch wenn der genaue Anwendungsbereich des Standards der gerechten und billigen Behandlung noch immer unklar ist, so stellt hierbei doch "der Grundsatz des guten Glaubens" ein essentielles Auslegungselement dar. Für gegenständliche Zwecke reicht es festzuhalten, dass der Standard der gerechten und billigen Behandlung ein Vertrauensschutztatbestand ist. Er ist immer dann verletzt, wenn berechnete Erwartungen des ausländischen Investors durch den Gaststaat verletzt wurden.⁶³

1.4.4 Der Schutzstandard des vollen Schutzes und Sicherheit (*full protection and security*)

Ein weiterer wichtiger Schutzstandard ist jener der Gewährung von vollem Schutz und Sicherheit. Der Standard orientiert sich am völkergewohnheitsrechtlichen Mindeststandard und beinhaltet – unter anderem – die Pflicht der Sicherheitskräfte des Gaststaates die Investition nicht zu beeinträchtigen. Die Exekutive ist darüber hinaus angehalten, Angriffe gegen die ausländische Investition bestmöglich abzuwehren und – soweit vorhersehbar – zu verhindern.⁶⁴ Aus der Klausel folgt die Pflicht des Gaststaates, Eingriffe (Dritter) in die ausländische Investition zu verhindern und abzuwehren. Wieweit diese staatliche Pflicht zur Vornahme der notwendigen und zumutbaren Abwehrmaßnahmen genau reicht, ergibt sich regelmäßig aus dem Einzelfall.⁶⁵

1.4.5 Der Schutz vor Enteignungen (*expropriation and compensation*)

Der Enteignungsschutz nimmt im IIR eine zentrale, geradezu überragende Rolle ein. Die hierzu in BITs und anderen Abkommen enthaltenen Normen stellen den eigentlichen Kern

⁶² Art. 5 US-Modell BIT 2012; Art. 4 französischer Modell-BIT 2006; Art. 1105 NAFTA.

⁶³ *Dolzer/Schreuer*, Principles of International Investment Law², 130ff; *Grierson-Weiler/Laird*, Standards of Treatment, in *Muchlinski/Ortino/Schreuer* (Hrsg.), The Oxford Handbook of International Investment Law (2008), 259ff.

⁶⁴ ICSID vom 08.12.2000 – ARB/98/4, *Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Rep. 89, 111 (2004).

⁶⁵ *Reinisch* in *Tietje*, Internationales Wirtschaftsrecht, 362.

des Investitionsschutzes dar. Erst die Sicherstellung des Schutzes vor Enteignungen erlaubt ausländischen Investoren ein ungestörtes Investieren und Wirtschaften.⁶⁶

Dem Enteignungsschutz kommt in den, die Freiheit des Einzelnen anerkennenden Gesellschaften fundamentale Bedeutung zu. Investoren, die in ihren heimischen Rechtsordnungen umfassenden rechtlichen Schutz des Privateigentums genießen, sind beim Markteintritt in eine fremde Volkswirtschaft der Gefahr ausgesetzt unzureichenden Enteignungsschutz durch die fremde Rechtsordnung vorzufinden.

Die Durchsicht internationaler Statistiken bestätigt diese Befürchtung. So zeigt die Analyse des "International Property Rights Index", dass beim Schutz des Eigentums noch immer massive Unterschiede zwischen Industrie- und Entwicklungs- bzw. Schwellenländern bestehen. Während Österreich mit einem Wert von 7.8 Punkten (von maximal 10 zu erreichenden) international auf dem sehr guten 12. Platz liegt, finden sich indes aufstrebende Volkswirtschaften wie Indien und Russland bloß auf den Plätzen 58 (Wert 5.5) und 102 (Wert 4.5).⁶⁷ Gemäß diesem Index, der neben der Stabilität der rechtlichen und politischen Rahmenbedingungen auch den Grad des Schutzes geistiger Eigentumsrechte in die Bewertung mit einbezieht, ist das Schutzlevel für privates Eigentum in Österreich demnach beinahe doppelt so hoch wie jenes in Russland. Aufgrund dieser, im internationalen Vergleich bestehenden Unterschiede bei der Sicherstellung der Eigentumsrechte und der dazukommenden Ungewissheit vor stetigen Gesetzesänderungen, spielen die völkerrechtlichen ISA (mit ihren Garantien) eine umso wichtigere Rolle im internationalen Wirtschaftsverkehr.⁶⁸

Die gegenständliche Arbeit umreißt nun die bestehenden, völkerrechtlichen Systeme zum Schutz des Eigentums. Der Schutz der Menschenrechtskonventionen wird dabei jenem der Investitionsschutzabkommen gegenübergestellt, um die unterschiedlichen Anknüpfungspunkte herauszuarbeiten (*Unterabschnitt 4.5.1*).

⁶⁶ Für eine detailliertere Darstellung siehe auch *Kriebaum*, Expropriation, in: *Bungenberg* (Hrsg.), *International investment law* (2015), 959ff.

⁶⁷ Property Rights Alliance, *International Property Rights Index 2013 Report 19*, online abrufbar unter: <<http://www.propertyrightsalliance.org/userfiles/2013%20International%20Property%20Rights%20Index-PRA.pdf>> (17.06.2017).

⁶⁸ Ein ähnliches Bild zeigt auch die Messung des Portals *doingbusiness.org*, welches unter anderem den Investitionsschutz bewertet. Es bestehen zwischen den einzelnen Staaten teilweise massive Unterschiede die Industrie- und Entwicklungsstaaten gleichermaßen betreffen, online abrufbar unter: <<http://www.doingbusiness.org/rankings>> (17.06.2017).

Nach diesem einführenden Kapitel, wird sich gegenständliche Dissertation mit den wichtigsten Elementen des investitionsrechtlichen Enteignungsschutzes auseinandersetzen. Nach der Aufklärung wichtiger Fachtermini soll gezeigt werden, welche Rolle und Ausgestaltung dem Enteignungsschutz in ISA zukommt. Der Hauptpassus beleuchtet die möglichen Erscheinungsformen einer Enteignung (*Unterabschnitt 4.5.2*). Den Abschluss dieses Kapitelabschnitts bilden Überlegungen zur Frage der im Enteignungsfall gebotenen Entschädigungshöhe, wobei eine Darlegung der Berechnungskriterien Klarheit bringen soll (*Unterabschnitt 4.5.3*).

- (a) Der Schutz des Eigentums im Menschenrechtsbereich und im Internationalen Investitionsrecht

Aufgrund des Forschungsgegenstandes, ist dem Eigentumsschutz im internationalen Kontext Beachtung zu schenken. Das Völkerrecht kennt derzeit mehrere, parallel nebeneinander existierende Systeme zum Schutz des Eigentums, wobei die Bedeutung des VGR für den Eigentumsschutz fremder Staatsangehöriger vor ungerechtfertigten Eingriffen bereits herausgearbeitet wurde.⁶⁹

Menschenrechtskonventionen stellen ein kompaktes System des Eigentumsschutzes zur Verfügung. Neben Artikel 1 des ersten Zusatzprotokolls zur EMRK, wird der Schutz des Eigentums durch weitere regionale Menschenrechtskonventionen sichergestellt.⁷⁰ Nichtsdestotrotz, unterscheiden sich die beiden Systeme in vielfacher Hinsicht. Während die Eigentumsgarantien der Menschenrechtskonventionen an das „Eigentum“ anknüpfen, schützt das internationale Investitionsrecht dagegen "Investitionen".⁷¹

Es war lange Zeit strittig, ob dem Völkerrecht ein eigener Eigentumsbegriff, unabhängig von jenem nationaler Rechtsordnungen inhärent ist. Richtig ist wohl, dass dem Völkerrecht ein eigener – aus den nationalen Jurisprudenzen rezipierter – Eigentumsbegriff immanent ist. Dies kann aus der Tatsache, dass sich der Großteil der entwickelten Rechtsordnungen hinsichtlich der Eigentumsdefinition deckt abgeleitet werden. Der derart abgeleitete

⁶⁹ Siehe hierzu die Ausführungen auf Seite 25.

⁷⁰ *Kriebaum*, Eigentumsschutz im Völkerrecht: Eine vergleichende Untersuchung zum Internationalen Investitionsrecht sowie zum Menschenrechtsschutz (2008), 33f.

⁷¹ Ebd., 44.

völkerrechtliche Eigentumsbegriff umfasst wohl alle vermögenswerten Rechtspositionen Dritter.⁷²

Es ist nochmals hervorzuheben, dass der Begriff des "Eigentums" vor allem im Zusammenhang mit Menschenrechtskonventionen interessiert. Der Grund, wieso ISA an "Investitionen" und nicht an "Eigentum" anknüpfen liegt darin, dass der den kontinentalen Rechtsordnungen Mitte des 20. Jahrhunderts immanente Eigentumsbegriff weit enger begriffen wurde als der heute vorherrschende.⁷³ Um jedoch trotzdem möglichst umfassenden Schutz gewähren und Beeinträchtigungen der Investition hintanzuhalten zu können, behalf man sich in FCN-Verträgen und ISA durch die Aufnahme des weiter gefassten Terminus der "Investition". Diese historische Gegebenheit hat zur Folge, dass man das Eigentum in heutigen Investitionsschutzverträgen lediglich als Unterkategorie des Investitionsbegriffs vorfindet. Obwohl das Völkerrecht also einen eigenen Eigentumsbegriff kennt, knüpfen die zahlreichen ISA (aus historischen Gründen) an den Investitionsbegriff an, wie nachfolgende österreichische BIT-Bestimmung illustriert:

„Für die Zwecke dieses Abkommens

1. umfasst der Begriff „Investition“ alle Vermögenswerte, und zwar insbesondere aber nicht ausschließlich:

*a) **Eigentum an beweglichen und unbeweglichen Sachen** sowie sonstige dingliche Rechte wie Hypotheken, Zurückbehaltungsrechte, Pfandrechte, Nutzungsrechte und ähnliche Rechte;*

b) Anteilsrechte und andere Arten von Beteiligungen an Unternehmen;

c) Ansprüche auf Geld, das übergeben wurde, um einen wirtschaftlichen Wert zu schaffen, oder Ansprüche auf eine Leistung, die einen wirtschaftlichen Wert hat;

d) geistige und gewerbliche Schutzrechte, wie sie in den im Rahmen der Weltorganisation für Geistiges Eigentum abgeschlossenen multilateralen Abkommen definiert wurden, einschließlich, aber nicht ausschließlich, Urheberrechte, Handelsmarken, Erfinderpatepte, gewerbliche Modelle und technische Verfahren, Know-how, Handelsgeheimnisse, Handelsnamen und Goodwill;

⁷² Dolzer, Eigentum, Enteignung und Entschädigung im geltenden Völkerrecht (1985), 171; Kriebaum, Eigentumsschutz im Völkerrecht, 43.

⁷³ Dolzer, Eigentum, Enteignung und Entschädigung im geltenden Völkerrecht, 156.

e) öffentlich-rechtliche Konzessionen für die Aufsuchung oder Gewinnung von Bodenschätzen; (Hervorhebung durch den Verfasser)⁷⁴

Das Studium obiger Passage zeigt, dass der Terminus „Investition“ – im Sinne einer Generalklausel – grundsätzlich die Gesamtheit aller Vermögenswerte umfasst. Die hier aufgelisteten Unterabsätze a) bis f) stellen eine nachfolgende, demonstrative Aufzählung an Beispielen dar. Das "Eigentum" der Unterziffer a) ist damit lediglich eine mögliche Erscheinungsform einer Investition.

Neben den unterschiedlichen materiellen Anknüpfungsmomenten – Eigentum einerseits, Investition andererseits – ist ein weiterer Unterschied darin zu sehen, dass im Bereich der Menschenrechte oft Privatpersonen betroffen sind, hingegen im Internationalen Investitionsrecht regelmäßig komplexe Unternehmensstrukturen Enteignungen zum Opfer fallen.⁷⁵

An dieser Stelle ist anzumerken, dass Eigentumsschutz durch VGR, Menschenrechtskonventionen und das Internationale Investitionsrecht geschieht. Die Menschenrechtskonventionen und Investitionsschutzabkommen unterscheiden sich dabei hinsichtlich ihrer materiellen Anknüpfungsmomente. Darüber hinaus, ist der Investitionsschutz faktisch vor allem für vielschichtige Unternehmensstrukturen von Bedeutung.

(b) Der Enteignungsschutz im Internationalen Investitionsrecht

ISA schützen Investitionen, dem Enteignungsschutz kommt dabei besondere Bedeutung zu. Um diesen umfassend behandeln zu können, wird erst das Tatbestandsmerkmal "Enteignung" in seiner Variantenvielfalt erläutert. Die immer relevanter werdenden "indirekten Enteignungen" interessieren dabei gleichermaßen wie die nur schwer einzugrenzenden "regulativen Enteignungen" (*Unterabschnitt 4.5.2.1*).

Im Anschluss hieran ist genauer auf die einzelnen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen einer Enteignung einzugehen. Diese stehen weitestgehend in Einklang mit VGR und bedürfen einer umfassenden Analyse (*Unterabschnitt 4.5.2.2*).

⁷⁴ Art. 1 Z. 1 des „österreichisch-ägyptischen BIT“.

⁷⁵ Kriebaum, Eigentumsschutz im Völkerrecht, 175f.

Danach wird der Themenkomplex der Entschädigungsleistung behandelt. Da die Frage der im Enteignungsfall gebotenen Entschädigung lange Zeit die Staatenpraxis entzweite, diese für den enteigneten Investor aber eine nicht zu unterschätzende Rolle spielt, geht dieser abschließende Textpassus der Frage der Entschädigungsleistung nach (*Unterabschnitt 4.5.2.3*).

(i) Das Tatbestandsmerkmal Enteignung

Das Internationale Investitionsrecht kennt lediglich den Tatbestand der Enteignung. Abstufungen, wie jene des EGMR zum ersten Zusatzprotokoll zur EMRK⁷⁶ sind den Investitionsschutzabkommen fremd.⁷⁷

Bevor näher auf die Enteignungsthematik eingegangen wird, ist die Klärung wichtiger Termini unumgänglich. Von einer Nationalisierung spricht man immer dann, wenn ganze Wirtschaftszweige enteignet werden. Enteignet ein Staat entschädigungslos, ist von einer Konfiskation die Rede. Eine Enteignung, diese interessiert im gegenständlichen Zusammenhang, ist dahingegen Eigentumsentzug gegen einhergehende Entschädigungszahlung.⁷⁸ Auch der Enteignungsbegriff selbst ist allerdings kein abschließender, kennt er doch unterschiedlichste Erscheinungsformen.

(A) Die direkte Enteignung

Die direkte Enteignung als "klassischer Enteignungsfall", wie sie etwa im Zuge der russischen Revolution zu Tage trat, stellt heutzutage eine Ausnahmeerscheinung dar. Von einer direkten Enteignung ist immer dann die Rede, wenn einer Person die Verfügungsgewalt über ihr Eigentum durch einen staatlichen Hoheitsakt formal entzogen wird. Eine direkte Enteignung wäre etwa der Entzug der Verfügungsgewalt eines Privateigentümers über ein Grundstück, um hierauf in der Folge eine öffentliche Straße zu errichten.⁷⁹

⁷⁶ Der EGMR kennt neben *Enteignungen* und *Nutzungsregelungen* auch *sonstige Eingriffe*.

⁷⁷ *Kriebaum*, Eigentumsschutz im Völkerrecht, 425.

⁷⁸ *Herdegen*, Internationales Wirtschaftsrecht – Ein Studienbuch¹⁰ (2014), 272.

⁷⁹ *Krajewski*, Wirtschaftsvölkerrecht, Rz. 599.

(B) Die indirekte Enteignung

Eine direkte Enteignung liegt vor, wenn der Rechtstitel des Investors durch den Gaststaat beeinträchtigt wurde. Eine indirekte Enteignung führt im Umkehrschluss zwar nicht zu einer Beeinträchtigung des Rechtstitels, die Verwendungsmöglichkeit der Investition des ausländischen Investors ist allerdings stark eingeschränkt.⁸⁰

Der Komplex der indirekten Enteignungen ist allerdings nicht nur von rechtstheoretischer Bedeutung. Die Analyse der Vertragspraxis zeigt, dass die meisten Staaten indirekte Enteignungen in ihren ISA direkten gleichsetzen, womit auch indirekte Enteignungen eine Entschädigungspflicht auslösen.

„Neither Party may expropriate or nationalize a covered investment either directly or indirectly through measures equivalent to expropriation or nationalization (“expropriation”), except: (...)“⁸¹

Klauseln wie die obige zielen darauf ab, alle sonst nicht erfassten Enteignungsfälle in den Enteignungsschutz des Abkommens mit einzubeziehen. Um die indirekte Enteignung greifbar machen zu können, enthalten Anhänge zu den ISA gelegentlich Beurteilungskriterien ob des Vorliegens einer indirekten Enteignung.⁸²

Die Gruppe der indirekten Enteignungen lässt sich hinsichtlich Zeitfaktor und Eingriffsart systematisieren. Was die Eingriffsart anbelangt, so treten indirekte Enteignungen entweder in Form physischer oder regulativer Eingriffe auf. Während physische Gewalt gegen die Investition ein klassisches Beispiel für ersteres ist, liegt im ungerechtfertigten Entzug einer Lizenz des Investors ein Beispiel für eine regulative Intervention. Bei der Dauer der Beeinträchtigung der Investition sind einmalige Enteignungsakte von länger andauernden, sogenannten "schleichenden Enteignungen" zu unterscheiden.⁸³

Fraglich ist, wann nun im Einzelfall genau eine Investitionsbeeinträchtigung den Tatbestand der indirekten Enteignung erfüllt. Richtigerweise wird man dies davon abhängig machen müssen, ob die Maßnahme des Gaststaates den Nutzen der Investition

⁸⁰ Dolzer/Schreuer, Principles of International Investment Law², 101.

⁸¹ Art. 6 Abs. 1 US-Model BIT, online abrufbar unter: <<http://www.state.gov/documents/organization/117601.pdf>> (17.06.2017).

⁸² Annex B US-Model BIT 2004.

⁸³ Sornarajah, The taking of foreign property, in Gao/Qureshi, International Investment Law, 22ff.

bereits vermindert oder gar vernichtet hat. Ob im Rahmen dieser Beurteilung bloß die Wirkung der Maßnahme heranzuziehen ist ("*sole effects doctrine*") oder auch die Absicht des Gaststaates der Investition eine Rolle spielt wird von Schiedstribunalen unterschiedlich beurteilt. Überwiegend wird aber vertreten, dass es bloß auf die Auswirkungen der staatlichen Maßnahme ankommen soll.⁸⁴

In der Literatur bedient man sich zur Veranschaulichung indirekter Enteignungen oft Fallgruppen. So kann eine indirekte Enteignung etwa vorliegen, wenn der Gaststaat legitime Erwartungen des ausländischen Investors nicht erfüllt hat. Notwendig ist hierbei jedoch, dass die Zusagen – auf welche der Investor vertraut – bereits eine gewisse rechtliche Verbindlichkeit aufweisen. Eine indirekte Enteignung kann außerdem auch beim gezwungenen Verkauf von Eigentum oder Anteilen vorliegen, wenn dem ausländischen Investor nicht genügend Schutz geboten wurde oder administrative Entscheidungen ihn massiv einschränken.⁸⁵

(ii) Die regulative Enteignung

Ein weiterer Problemkreis betrifft die Unterscheidung regulativer Enteignungen, als Sonderform indirekter Enteignungen von regulativen Maßnahmen. Nur Erstere lösen die völkerrechtliche Entschädigungspflicht aus. Hiervon zu unterscheiden sind legitime regulative Maßnahmen. Da Staaten ihre Gesetzgebung realpolitischen Herausforderungen anpassen müssen, können sich insbesondere bei Umweltschutzmaßnahmen Probleme ergeben. Der Veranschaulichung halber ist an folgendes Szenario zu denken: Ein Staat, welcher völkerrechtlich an die Einhaltung eines ISA gebunden ist, könnte durch ein nationales Umweltschutzgesetz, welches auch ausländische Investoren an strengere Auflagen bindet, wegen Vornahme einer indirekten Enteignung schadenersatzpflichtig werden. Viele Staaten sichern sich gegen dieses Dilemma ab, indem sie in ihren ISA festschreiben, dass nichtdiskriminierende hoheitliche Regelungsmaßnahmen, die der Verfolgung legitimer öffentlicher Interessen dienen keine Entschädigungspflicht auslösen. Die jüngere Schiedspraxis teilt die Auffassung der Staaten, dass nicht zu entschädigen ist,

⁸⁴ *Reinisch* in *Tietje*, Internationales Wirtschaftsrecht, 368.

⁸⁵ Für einen umfassenden Überblick: *Reinisch*, Expropriation, in *Muchlinski/Ortino/Schreuer*, The Oxford Handbook of International Investment Law, 420ff; *Sornarajah*, The International Law on Foreign Investment³, 278ff.

wenn gutgläubig regulatorische Maßnahmen zum Schutz des Allgemeinwohls erlassen wurden.⁸⁶

An dieser Stelle ist festzuhalten, dass eine direkte Enteignung bei Beeinträchtigung des Rechtstitels des Investors gegeben ist. Eine indirekte Enteignung liegt dann vor, wenn die Maßnahme des Gaststaates die ausländische Investition substantiell beeinträchtigt, unabhängig davon, ob der Investor in seinem Rechtstitel verletzt wurde oder nicht.⁸⁷

Die Thematik der indirekten Enteignung illustriert auch das zuletzt vermehrt auftretende Bestreben der Staaten, für sich das Recht in Anspruch zu nehmen Regelungen zum Schutz des Gemeinwohls – insbesondere des Umweltschutzes und des Arbeitsrechts – zu erlassen, ohne sich völkerrechtlich verantworten wollen zu müssen. Die genaue Abgrenzung zwischen rechtskonformen regulatorischen Maßnahmen und rechtswidrigen indirekten Enteignungen ist allerdings, wie betont, im Wandel und kann nur schwerlich getroffen werden.

(c) Die Voraussetzungen einer rechtmäßigen Enteignung

Nachdem der Tatbestand der Enteignung aufgeklärt werden konnte, ist nun auf den materiell-rechtlichen Gehalt des Enteignungsschutzes anzuknüpfen. Es gehört zum Wesen des Internationalen Investitionsschutzes die Ausübung des Enteignungsrechts an Voraussetzungen zu binden. Wie gesagt, ist das Recht eines Staates zu enteignen als Ausdruck staatlicher Souveränität rechtlich anerkannt. Hieraus folgt, dass ISA dem Gaststaat einer Investition nicht *per se* das Enteignungsrecht nehmen, sondern die Ausübung dieser Befugnis bloß an gewisse Voraussetzungen knüpft. Die Erfüllung dieser Voraussetzungen ist für die Rechtmäßigkeit einer Enteignung, in Einklang mit VGR, unabdingbar.⁸⁸

Für die Rechtmäßigkeit einer Enteignung ist erforderlich, dass die staatliche Maßnahme (i) einem öffentlichen Zweck dient, (ii) sie nicht willkürlich oder diskriminierend ist, und (iii) in Einklang mit den Regeln des fairen Verfahrens stehen muss. Die vierte Rechtmäßigkeitsvoraussetzung ist die Zahlung einer prompten, adäquaten und effektiven

⁸⁶ *Reinisch* in *Tietje*, Internationales Wirtschaftsrecht, 370.

⁸⁷ ICSID 12.04.2002, ARB/99/6, *Middle East Clement Shipping and Handling Co./Egypt*, Rz. 107.

⁸⁸ *Dolzer/Schreuer*, Principles of International Investment Law², 98.

Entschädigungszahlung, wie nachgestellte BIT-Klausel darlegt. Angemerkt sei noch, dass eine Enteignung nicht zur Bereicherung des enteignenden Staates führen muss.⁸⁹

„Investitionen von Investoren einer Vertragspartei dürfen im Hoheitsgebiet der anderen Vertragspartei nur zu einem Zweck von öffentlichem Interesse, auf Grund eines rechtmäßigen Verfahrens und gegen Entschädigung enteignet werden.“⁹⁰

Klauseln wie diese finden sich *de facto* in allen ISA. Sie zielen darauf ab, ungerechtfertigte Eingriffe des Staates abzuwehren und die Investition des ausländischen Unternehmers zu schützen.

Bei der Beurteilung, ob eine staatliche Maßnahme die Verfolgung eines öffentlichen Ziels intendiert sind die Staaten weitestgehend frei. Schiedsribunale besitzen zwar ein Nachprüfungsrecht, räumen den Staaten aber einen weiten Beurteilungsspielraum ein. Zum Verbot der Willkür und Diskriminierung ist zu sagen, dass eine Enteignung bei rassistischen Motiven jedenfalls diskriminierend ist. Auch politisch motivierte Maßnahmen scheitern wohl am Kriterium des Diskriminierungsverbots. Nuancierter beurteilten Schiedsgerichte all jene Eingriffe in Investitionen, bei denen nur eine geringe Anzahl ausländischer Investoren betroffen war und ein legitimes staatliches Interesse unzweifelhaft vorlag. Die Einhaltung der Regeln des fairen Verfahrens ist im Zusammenhang mit einer Enteignung stets dann gegeben, wenn die Möglichkeit besteht, Enteignung und Berechnung der Entschädigungshöhe von einem unabhängigen Gericht nachprüfen zu lassen. Für die Rechtmäßigkeit einer Enteignung oder enteignungsgleichen Maßnahme ist des Weiteren erforderlich, dass die Entschädigung prompt, adäquat und effektiv ist.⁹¹

Die Kriterien der Ermittlung der Entschädigungshöhe werden im nachfolgenden Textpassus noch genauer erörtert.

(d) Die Zahlungspflicht bei Enteignungen

⁸⁹ Herdegen, Internationales Wirtschaftsrecht – Ein Studienbuch¹⁰, 314; Reinisch in Muchlinski/Ortino/Schreuer, The Oxford Handbook of International Investment Law, 442ff.

⁹⁰ Art. 4 Abs. 1 des österreichisch-ägyptischen BIT.

⁹¹ Reinisch, Standards of Investment Protection (2008), 182ff.

Im Internationalen Investitionsrecht kommen bei Vorliegen einer Enteignungshandlung grundsätzlich zwei Möglichkeiten in Frage. Ist die zu beurteilende Enteignung rechtskonform, erfüllt sie also die vier Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen, so ist der Gaststaat dem ausländischen Investor gegenüber entschädigungspflichtig. Ist die Enteignung jedoch rechtswidrig, erfüllt sie die Voraussetzungen also gerade nicht, wird der Staat schadenersatzpflichtig. Damit ist Schadenersatz nach rechtswidrigen, Entschädigung nach rechtskonformen Enteignungen zu erstatten.⁹²

Wie dargestellt, sehen ISA die Erbringung einer Entschädigungsleistung als Rechtmäßigkeitsvoraussetzung einer Enteignung vor.⁹³ Es ergibt sich damit, dass die Zahlung einer Entschädigung einerseits Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit einer Enteignung, andererseits unmittelbare Folge einer Enteignung ist. Wichtig zu beachten ist, dass ISA eine Enteignungsrechtfertigung – im Sinne einer kompletten Befreiung von der Entschädigungszahlung – nicht kennen.⁹⁴

Aus dem bisher Gesagten ergibt sich, dass der Gaststaat bei Vorliegen einer Enteignung zur Zahlung einer Ersatzleistung angehalten ist. Es stellt sich dabei nur mehr die Frage, ob der Gaststaat eine Entschädigungs- (rechtmäßige Enteignung) oder Schadenersatzzahlung (rechtswidrige Enteignung) zu entrichten hat.

Die Unterscheidung zwischen Schadenersatz und Entschädigung ist von immenser praktischer Bedeutung. Aufgrund der unterschiedlichen Funktion der beiden Konzepte, kommt es bei der Berechnung der konkreten Summe oft zu erheblichen Unterschieden. Bei der Entschädigung gilt es den neutralen Objektwert zu errechnen. Das Ergebnis sollte objektiv nachvollziehbar sein und weder auf den Enteigneten, noch den Enteignenden abstellen. Beim Schadenersatz kommt es dahingegen darauf an den Geschädigten in jene Lage zu versetzen, in der er sich befinden würde, wenn das rechtswidrige Ereignis nicht stattgefunden hätte.⁹⁵

Da die Termini "Entschädigung" und "Schadenersatz" auseinander gehalten werden können, ist nun in einem weiteren Schritt genauer auf die Entschädigungsthematik

⁹² *Marboe*, Die Berechnung von Entschädigung und Schadenersatz in der internationalen Rechtsprechung (2009), 37.

⁹³ Siehe hierzu die Ausführungen auf Seite 39.

⁹⁴ *Kriebaum*, Eigentumsschutz im Völkerrecht, 217.

⁹⁵ *Marboe*, Die Berechnung von Entschädigung und Schadenersatz in der internationalen Rechtsprechung, 63ff.

einzuweisen. Diese stellt, aufgrund der immer umfassender formulierten Enteignungstatbestände in BITs und FHA eine zentrale Herausforderung des IIR dar.

Zur Frage welche Entschädigung im Enteignungsfall geboten ist, gingen die Ansichten der Entwicklungs- und Industriestaaten lange Zeit auseinander. Durch das Verschwinden der Zentralverwaltungswirtschaft und des Bedarfs an ausländischen Direktinvestitionen von Seiten der sich entwickelnden Staaten, näherten sich die gegenüberstehenden Blöcke allmählich einander wieder an. Nichts desto trotz, existiert auch heute kaum verbindliches Völkergewohnheitsrecht zur Entschädigung.⁹⁶

Die Vertragspraxis zeigt, dass die Formulierungen zum Enteignungsschutz in den einzelnen ISA variieren. Viele Investitionsschutzabkommen sehen für den Enteignungsfall gar, in Einklang mit der "Hull-Formel", die Leistung einer vollen Entschädigungszahlung vor. Interessant ist, dass mittlerweile auch zwischen den Staaten Lateinamerikas und anderen Schwellen- und Entwicklungsländern abgeschlossene BITs die Entschädigung in Einklang mit der "Hull-Formel" normieren.⁹⁷ Die Festschreibung einer vollen Entschädigung im Fall einer rechtmäßigen Enteignung ist im Hinblick auf den Investitionsschutz und die Förderung wirtschaftlicher Beziehungen eindeutig zu präferieren. Der gegebenenfalls bestehende völkerrechtliche Anspruch auf volle Entschädigung ist ein wirksames Druckmittel ausländischer Investoren zur Verhinderung von Enteignungen. Zum Maßstab der vollen Entschädigung bestehen in ISA zwar terminologische Differenzen, die "Hull-Formel" konnte sich jedoch größtenteils durchsetzen. Da sich die aktuelle Vertragspraxis an den Formulierungen der "Hull-Formel" orientiert, gilt es deren Grundprinzipien näher zu erläutern.

Die "Hull-Formel" sieht vor, dass *unverzüglich* eine *adäquate* (angemessene) und *effektive* Entschädigungsleistung zu leisten ist. Unter "adäquat" wird eine volle Entschädigungszahlung verstanden. Das Kriterium "unverzüglich" verpflichtet den Gaststaat dazu, die Entschädigungszahlung ohne unnötigen Aufschub zu leisten. Diese hat außerdem in einer konvertierbaren Währung zu erfolgen, um dem Erfordernis der "effektiven Entschädigung" zu genügen.⁹⁸

⁹⁶ Siehe hierzu die Ausführungen auf Seite 18.

⁹⁷ *Marboe*, Die Berechnung von Entschädigung und Schadenersatz in der internationalen Rechtsprechung, 87.

⁹⁸ *Schwartzmann*, Private im Wirtschaftsvölkerrecht (2005), 85f.

Beschäftigt man sich mit der Geschichte der österreichischen Investitionspraxis, so zeigt sich, dass bereits das österreichisch-chinesische BIT aus dem Jahr 1985 die Frage der Entschädigung im Einklang mit der "Hull-Formel" regelt.

„(...) Die Entschädigung muß dem Wert der enteigneten Investition unmittelbar vor dem Zeitpunkt entsprechen, in dem die Enteignung öffentlich bekannt wurde. Die Entschädigung muß ohne ungebührliche Verzögerung geleistet werden, tatsächlich verwertbar und frei transferierbar sein.“⁹⁹

Das österreichisch-chinesische BIT enthält neben Elementen der "Hull-Formel" auch Informationen zum Berechnungszeitpunkt. So ist normiert, dass die Entschädigung dem Wert der Investition unmittelbar vor der öffentlichen Bekanntmachung der Enteignung zu entsprechen hat. Diese Regelung darf nicht weiter verwundern, da ISA neben Bewertungsgrundsätzen, oft auch Anordnungen zum Bewertungszeitpunkt und den Zinszahlungen kennen.¹⁰⁰

Neben dem Entschädigungsstandard – in der heutigen Vertragspraxis (in Einklang mit der "Hull-Formel") meist volle Entschädigung – ist die konkrete Höhe der Entschädigungszahlung zu ermitteln. Anknüpfungspunkt ist auch hier stets das in Frage stehende Abkommen, da hierüber nur der Vertragstext selbst Aufschluss geben kann. Grundsätzlich gibt es mehrere Berechnungsmethoden, wobei zwei hiervon kurz vorgestellt werden sollen.¹⁰¹

Eine Möglichkeit besteht darin, an den Nettobuchwert der Investition (Investitionswert abzüglich Abschreibungen) anzuknüpfen. Der entgangene Gewinn (*lucrum cessans*) wird bei dieser Methode nicht ersetzt.¹⁰² Diese Berechnungsmethode kam bspw. bei den Enteignungen der Ölkonzessionen in den 1970-er Jahren zum Einsatz.¹⁰³

Orientieren sich die Bestimmungen des gegenständlichen ISA jedoch an der "Hull-Formel", ist für die Berechnung primär an den Marktwert (*market value*) anzuknüpfen. Bei

⁹⁹ Art. 4 Abs. 1 des Abkommens zwischen der Republik Österreich und der Volksrepublik China über die Förderung und den gegenseitigen Schutz von Investitionen („österreichisch-chinesischer BIT“) vom 12.09.1985, BGBl III 1986/537.

¹⁰⁰ Dolzer/Bloch in Kronke/Melis/Schnyder, Handbuch Internationales Wirtschaftsrecht², 1080.

¹⁰¹ Ausführlicher zur Thematik: Marboe, Die Berechnung von Entschädigung und Schadenersatz in der internationalen Rechtsprechung (2009).

¹⁰² Herdegen, Internationales Wirtschaftsrecht – Ein Studienbuch¹⁰, 284.

¹⁰³ Sornarajah, The International Law on Foreign Investment³, 487.

der Höhe der Entschädigungszahlung werden neben dem aktuellen Geschäftswert auf dem Markt auch künftige Gewinnchancen berücksichtigt. Ersetzt wird hier neben dem positiven Schaden (*damnum emergens*) auch der entgangene Gewinn (*lucrum cessans*). Für die Eruiierung des angemessenen Marktpreises kommt es darauf an, was ein gut unterrichteter Käufer als Preis zu bieten bereit gewesen wäre. Eine wichtige Rolle bei der Wertermittlung künftiger Gewinnchancen kommt der Methode des abgezinsten Zahlungsstroms (*discounted cash flow – Methode*) zu. Diese zieht Kosten und wirtschaftliche Risiken von künftigen Erträgen ab. Zur Anwendung gelangt sie vor allem bei "going concerns".¹⁰⁴

Zum Abschluss ist zu sagen, dass ISA nicht nur klare Regelungen zur Rechtmäßigkeit von Enteignungen enthalten, sondern auch solche zur im Enteignungsfall zu entrichtenden Entschädigung. Bei der Ermittlung der Entschädigungshöhe ist primär an den im Abkommen normierten Standard anzuknüpfen. Zur Errechnung der Summe stehen grundsätzlich mehrere Berechnungsmethoden bereit, wobei dem Marktwert Priorität zukommt.

1.4.6 Entschädigung für Schäden oder Verluste (*compensation for damages and losses*)

Viele ISA beinhalten eine Klausel, wonach der Gaststaat bei Beeinträchtigungen der Investition durch Krieg, bewaffneten Konflikt, nationalen Notstand, Revolte, zivilen Ungehorsam oder ähnliche Notsituationen verantwortlich wird.

„Investoren einer Vertragspartei, die im Gebiet der anderen Vertragspartei durch Krieg oder sonstige bewaffnete Auseinandersetzungen, Revolution, Aufruhr oder durch Staatsnotstand Verluste an Kapitalanlagen erleiden, werden hinsichtlich der Rückerstattungen, Abfindungen, Entschädigungen oder sonstigen Gegenleistungen in der Bundesrepublik Deutschland nicht weniger günstig behandelt als eigene Investoren; in der Sozialistischen Republik

¹⁰⁴ Herdegen, Internationales Wirtschaftsrecht – Ein Studienbuch¹⁰, 284. Unter einem *going concern* versteht man ein Unternehmen das die Ressourcen besitzt das Geschäft unbegrenzt fortzuführen, online abrufbar unter: <<http://www.investopedia.com/terms/g/goingconcern.asp>> (17.06.2017).

Rumänien werden sie behandelt wie Investoren dritter Staaten, die in dieser Hinsicht die beste Behandlung erfahren. ¹⁰⁵

Die obige Klausel entstammt einem deutschen BIT, weshalb an „Kapitalanlagen“ und nicht „Investitionen“ angeknüpft wird. Die Aufnahme einer Klausel zur Inländergleichbehandlung und/oder Meistbegünstigung hält den Staat in diesem Fall an, den ausländischen Investor hinsichtlich Abfindung, Entschädigung etc. nationalen oder drittstaatsbegünstigten Investoren gleichzustellen. Daneben normieren viele ISA oft auch eine Haftung des Staates für jene Fälle, in denen die Streitkräfte die Investition beschlagnahmen oder zerstören. Ausgeschlossen wird diese Haftung aber für Fälle, in denen die Schäden auf Kampfhandlungen rückzuführen sind oder den Umständen nach erforderlich waren.

Unklar ist das genaue Verhältnis der Entschädigungsklausel für Schäden oder Verluste zur allgemeinen Enteignungsschutzbestimmung. Es ist nämlich möglich, die durch die Entschädigungsklausel gedeckten Fälle auch unter den Tatbestand der direkten und indirekten Enteignung zu subsumieren. Richtigerweise ist wohl davon auszugehen, dass die Entschädigungsklausel für Schäden oder Verluste – nach dem Verständnis einer *lex specialis* – immer dann greift, wenn kein Schutz nach allgemeinen Enteignungsbestimmungen besteht. ¹⁰⁶

1.4.7 Transferklausel (repatriation of investments and returns)

Ausländische Investoren beabsichtigen regelmäßig die Erträge ihrer Investition in ihren Heimatstaat rückzuführen. Die Möglichkeit der Vornahme von Kapitaltransfers ist ein geradezu elementarer Bestandteil des Investitionsprozesses. Um den Investoren hier Sicherheit zu bieten, beinhalten ISA oft weitreichende – gar absolute – Transfergarantien. Neben der Transfermöglichkeit des eigentlichen Investitionskapitals, sind hierbei in der Regel auch der Transfer von Erträgen, die Rückzahlung von Darlehen, Lizenzgebühren,

¹⁰⁵ Art. 3 Abs. 4 des Vertrags zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Sozialistischen Republik Rumänien über die Förderung und den gegenseitigen Schutz von Kapitalanlagen vom 12.10.1979 („deutsch-rumänisches BIT“), deutsches BGBl (1980), Teil II, 1158ff.

¹⁰⁶ *Sornarajah*, *The International Law on Foreign Investment*³, 246.

Entschädigungsleistungen für Enteignungen, Einkommenszahlungen von Arbeitnehmern sowie Erlöse aus der Investitionsverwertung gedeckt.¹⁰⁷

Viele Investitionsschutzverträge enthalten absolut eingeräumte Klauseln zum Kapitaltransfer. Probleme könnten sich dann ergeben, wenn hierunter die Devisenbestände des Gaststaates leiden. Einige ISA des Vereinigten Königreichs enthalten aus diesem Grund etwa die Möglichkeit, das vertraglich eingeräumte Recht auf Zahlungstransfers einzuschränken.¹⁰⁸ Der BIT zwischen dem Vereinigten Königreich und der Republik Argentinien erlaubt den Vertragsparteien etwa, in Ausnahmesituationen, die Beschränkung des Zahlungs- und Kapitaltransfers. Diese Beschränkungsmöglichkeit darf jedoch einen Zeitraum von 18 Monaten nicht übersteigen. Darüber hinaus ist dafür Sorge zu tragen, dass nach einem Jahr mindestens die Hälfte des Transferkapitals genehmigt worden ist.¹⁰⁹

1.4.8 Subrogation und Schirmklausel (*subrogation und umbrella clauses*)

Viele Industriestaaten betreiben nationale Versicherungssysteme, die ihren Investoren Versicherungsschutz für nicht-kommerzielle Risiken in fremden Staaten anbieten.¹¹⁰ In Ergänzung dazu, enthalten viele ISA Subrogationsklauseln (Eintrittsrechte). Ein vertraglich eingeräumtes Eintrittsrecht hat die Abtretung der Rechte des Investors auf seinen Heimatstaat zur Folge, wenn aus dessen Versicherungsschema eine Leistung bezogen wurde. Eine Subrogationsklausel erlaubt es dem Heimatstaat des Investors, falls eine Leistung aufgrund der Investitionsversicherung erfolgte, die Betreuung von ursprünglich dem Investor zustehenden Ansprüchen. Selbst wenn der Staat die Forderung betreibt, ist er angehalten die Forderung so zu verfolgen, wie sie der Investor betrieben hätte. Da die staatliche Verfolgung eines Anspruchs eine schwerwiegende Belastung diplomatischer Beziehungen bedeutet, stellt die Inanspruchnahme des staatlichen Eintrittsrechts eine Ausnahme dar.¹¹¹

Die meisten BITs beinhalten außerdem Mantelverpflichtungen. Die Gaststaaten verpflichten sich dadurch, völkervertragsrechtlich eingegangene Verpflichtungen

¹⁰⁷ Reinisch in Tietje, Internationales Wirtschaftsrecht, 371.

¹⁰⁸ Sornarajah, The International Law on Foreign Investment³, 238.

¹⁰⁹ Art. 6 Abs. 3 des Abkommens zwischen der Regierung des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland und der Regierung der Republik Argentinien zum Schutz und zur Förderung der Investitionen („englisch-argentinischer BIT“) vom 11.12.1990, Volume 1765, UNTS 30682.

¹¹⁰ Nach dem Ausfuhrförderungsgesetz idgF ist in Österreich die Österreichische Kontrollbank zur Abwicklung der Investitionsversicherungen bevollmächtigt.

¹¹¹ Sornarajah, The International Law on Foreign Investment³, 257.

gegenüber Investoren einzuhalten. Die genaue Reichweite der Klausel ist unbestimmt. Nach herrschender Lehre stellt allerdings jede Verletzung eines Investitions-, Konzessions-, oder anderen Vertrags, bei Vorliegen einer Mantelverpflichtung eine BIT-Verletzung dar.¹¹² Eine Mantelverpflichtung oder "umbrella clause" in einem Investitionsschutzabkommen führt dazu, dass eine Vertragsverletzung des Staates gegenüber dem ausländischen Investor gleichzeitig einen Rechtsbruch des Investitionsschutzabkommens darstellt. Der "einfache Vertragsbruch" wird so zur Völkerrechtswidrigkeit angehoben.

1.4.9 Regelungen zur Streitbeilegung (*settlement of disputes*)

ISA enthalten bekanntermaßen Bestimmungen zur Streitbeilegung. Die in BITs normierten Garantien, wie jene zum Enteignungsschutz, entfalten gerade erst durch diese Streitbeilegungsmechanismen ihre Durchsetzbarkeit. ISA stellen regelmäßig zwei Modi zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten bereit.

Zum einen besteht das Staat-Staat-Schiedsverfahren, wobei hierunter ein Schiedsverfahren zwischen Staatenvertretern zur Beilegung von vertragsrechtlichen Auslegungsschwierigkeiten zu verstehen ist. Daneben existiert das praktisch relevantere Investor-Staat-Schiedsverfahren (*ISSV*). Das Rechtsinstitut des *ISSV* erlaubt dem einzelnen ausländischen Investor bei Investitionsstreitigkeiten ein direktes Vorgehen gegen den Gaststaat. Die Investitionsschutzabkommen stellen dem ausländischen Investor dabei zur Streitbeilegung oft mehrere, alternative Schiedsinstitutionen zur Verfügung. Dem in seinen Rechten verletzten Kläger steht es dann regelmäßig frei, sich für eines der vertraglich vereinbarten Fora zu entscheiden.

*„Im Falle der Beantragung eines internationalen Schiedsverfahrens kann die Meinungsverschiedenheit nach Wahl des Investors vor eines der nachstehend genannten Schiedsorgane getragen werden:
— vor das Internationale Zentrum für die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten (ICSID)(...)*

¹¹² Reinisch in Tietje, Internationales Wirtschaftsrecht, 372.

— vor ein Ad-hoc-Schiedsgericht, das nach der UNCITRAL-Schiedsordnung eingerichtet wird.“¹¹³

Gelegentlich sehen Streitbeilegungsbestimmungen eine "cooling-off-period" vor.¹¹⁴ In diesen Fällen muss ein vertraglich festgelegter Zeitraum verstreichen, ehe Klage eingebracht werden kann. Das Abkommen schreibt in der Regel vor, dass die Beteiligten in dieser Periode verpflichtet sind auf eine gütliche Einigung hinzuwirken.

Da die Bestimmungen zur Streitbeilegung verschiedenartig ausgestaltet sein können, ist der Investor bei Verletzung vertraglich eingeräumter Rechte angehalten, die Bestimmungen des gegenständlichen BIT zu berücksichtigen.

1.4.10 In-Kraft-Treten und Dauer (*entry into force and duration*)

Den Abschluss jedes Investitionsschutzabkommens bilden Schlussbestimmungen zur Anwendung, zum In-Kraft-Treten und zur Dauer des Vertrags. Hinsichtlich der Anwendung regeln BITs oft, dass der Investitionsschutz sowohl auf Investitionen vor, als auch nach In-Krafttreten des Abkommens anwendbar ist. Die ISA europäischer Staaten enthalten oft eine ergänzende Regelung, wonach der Abkommensabschluss keinen Einfluss auf unionsrechtliche Verpflichtungen hat (**REIO-Klausel**).¹¹⁵

Neben Ausführungen zum In-Krafttreten des Abkommens, finden sich in den Schlussbestimmungen oft Regelungen zur Anwendungsdauer. Die meisten BITs sehen hierzu aus Gründen der Rechtssicherheit vor, dass vor Außerkrafttreten des Abkommens getätigte Investitionen auch für den Kündigungsfall (weiterhin) Schutz genießen sollen. Diese Nachwirkklauseln stellen eine Individualberechtigung des Investors dar.¹¹⁶ Bei der Dauer der Weitergeltung, bestehen zwischen den Staaten teilweise erhebliche Unterschiede. Während der österreichische Model-BIT eine Nachwirkfrist von zehn Jahren gewährt,¹¹⁷ sieht der deutsche Model-BIT die Anwendung der Bestimmungen für weitere zwanzig Jahre nach Kündigung vor.¹¹⁸

¹¹³ Art. 8 Abs. 5 des österreichisch-argentinischen BIT.

¹¹⁴ Art. 26 Abs. 2 des Energiecharta-Vertrags (ECT) vom 17.12.1994, BGBl III 1998/81.

¹¹⁵ Art. 11 Abs. 2 des österreichisch-ägyptischen BIT.

¹¹⁶ Peters, *Jenseits der Menschenrechte: Die Rechtsstellung des Individuums im Völkerrecht* (2014), 288f.

¹¹⁷ Reinisch in Brown, *Commentaries on Selected Model Investment Treaties*, 50.

¹¹⁸ Dolzer/Kim in Brown, *Commentaries on Selected Model Investment Treaties*, 318.

Im Hinblick auf den Schutz vor unrechtmäßigen Enteignungen, lässt sich ein sehr erfreuliches Bild zeichnen. Selbst bei Aufkündigung eines ISA, steht es dem Investor einer bereits getätigten Investition offen, den Enteignungsschutz und die entsprechenden Streitbeilegungsfora in Anspruch zu nehmen. Dieses Recht steht dem ausländischen Investor für den im Vertrag näher spezifizierten Nachwirkzeitraum zu.

Ergebnisse des Kapitels I

Kapitel I beschäftigte sich insbesondere mit den elementaren Bausteinen bilateraler Investitionsschutzverträge, wobei der Enteignungsschutz schwerpunktmäßig behandelt wurde.

Die Ausführungen zur Geschichte des Internationalen Investitionsrechts zeigen, dass Bestimmungen zum Schutz des Eigentums bereits Teil der ersten FCN-Verträge waren.

Hinsichtlich der heutigen Rechtslage ist zu sagen, dass Bestimmungen zum Enteignungsschutz eine zentrale Rolle in den Abkommen einnehmen. Die heutigen Schutzbestimmungen sind weiter gefasst als die Regelungen früherer FCN-Verträge. Es verwundert deswegen auch nicht, dass die ISA regelmäßig an den (weiteren) Begriff der Investition und nicht an jenen des Eigentums anknüpfen. Eigentum ist vielmehr eine Gattungsart des weiteren Investitionsbegriffs. Kapitel I konnte außerdem darlegen, dass die Vertragspraxis bestrebt ist, alle möglichen Enteignungsformen in den Schutz der Abkommen mit einzubeziehen. Bei der Durchsicht nordamerikanischer Abkommen zeigt sich darüber hinaus die Tendenz, indirekte Enteignungen durch typologische Aufzählungen greifbar zu machen.

Es lässt sich daraus ableiten, dass die Investitionsschutzabkommen einen weiten Enteignungstatbestand kennen. Dieser umfasst neben direkten und indirekten Enteignungen regelmäßig auch Maßnahmen mit gleicher Wirkung.

Die Bestimmungen des Enteignungsschutzes normieren neben den Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen einer Enteignung auch die in diesem Fall zu entrichtende Entschädigung. Generell ist zu sagen, dass der Enteignungsfall stets eine Ersatzleistung zur Folge hat. Steht die Enteignungshandlung im Einklang mit den Bestimmungen des Investitionsschutzabkommens, ist der Gaststaat zur Leistung einer Entschädigung angehalten. Ist die Enteignung jedoch rechtswidrig, wird der Staat schadenersatzpflichtig. Aufgrund der unterschiedlichen Berechnungsmethoden, kann es hierbei zu teils

erheblichen Unterschieden kommen. Für die Errechnung der Entschädigung gilt es an den - im Abkommen normierten - Standard anzuknüpfen, wobei regelmäßig der Marktwert der Investition herangezogen wird. Neben Ausführungen zur Entschädigung, enthalten BITs und andere ISA oft auch Klauseln zum Berechnungszeitpunkt und zur Zinsthematik. Insgesamt lässt sich sagen, dass ISA die Frage der gebotenen Entschädigung umfassend normieren.

2. **Kapitel II: Die Europarechtliche Methodenlehre**

Vorwort zu Kapitel II

Die gegenständliche Dissertation hat mit den Normen der GHP und Artikel 345 AEUV die Auslegung bedeutungsvoller Primärrechtsnormen zum Inhalt. Dieser vorangestellte Abschnitt beabsichtigt, das für die hierzu folgende Forschung notwendige Arbeitsinstrumentarium bereitzustellen.

Der Vertrag von Lissabon entsagte grundsätzlich der bisherigen EG-Säulenstruktur. Die Europäische Union ist (ex-lege) Rechtsnachfolgerin der Europäischen Gemeinschaft, wobei das Unionsrecht prinzipiell die supranationale Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten vorschreibt. Die Bereiche der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik (*GASP*) sowie der Gemeinsamen Sicherheits- und Verteidigungspolitik (*GSVP*) unterstehen jedoch auch weiterhin dem System intergouvernementaler Zusammenarbeit.¹¹⁹ Somit besteht, trotz der letzten Vertragsnovelle 2009, ein Miteinander supranationaler Normen und solcher des "gewöhnlichen Völkerrechts". Da einzig die supranationalen Artikel Besonderheiten wie bspw. unmittelbare Anwendbarkeit erfahren, unterscheiden sie sich in ihrer Interpretation zwingend von Vorschriften intergouvernementalen Charakters.

Da die, für die Frage der Zulässigkeit des Enteignungsschutzes relevanten Normen supranationaler Natur sind, konzentrieren sich die Ausführungen zur Methodik auch auf diese Rechtsklasse. Die einzelnen Auslegungsmethoden werden dabei näher ausgeführt und – wo dienlich – um Judikate ergänzt (*Abschnitt 1*).

In der Folge widmet sich Kapitel II der exklusiven Rolle des EuGH bei der Herausbildung einer genuin-europarechtlichen Methodik. Seine Rechtsauslegungsfunktion wird hierbei gleichermaßen thematisiert wie die Befugnis zur Rechtsfortbildung (*Abschnitt 2*).

Nach der Darlegung der Interpretationsmethoden und der Analyse europäischer Judikatur, geht ein eingeschobener Exkurs aus Gründen der Vollständigkeit auf die, zwischen supranationalem und intergouvernementalem Europarecht bestehenden Auslegungsunterschiede ein (*Abschnitt 3*).

Ein abschließender Textteil hält die Ergebnisse des Kapitels fest und ermöglicht so die Veranschaulichung der wichtigsten Resultate zur Interpretationsthematik. Es ist

¹¹⁹ Pechstein/Drechsler, Die Auslegung und Fortbildung des Primärrechts, in Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre³ (2015), 226.

beabsichtigt, die behandelten Interpretationspraktiken im Rahmen des Ergebnisteils noch einmal in Erinnerung zu rufen und ihre Wichtigkeit im Rahmen der EuGH-Rechtsprechung zu würdigen. Gesagt sei noch, dass Kapitel II keinen Anspruch auf Vollständigkeit erhebt. Nachfolgender Textpassus beabsichtigt eher konzise den Apparat europarechtlicher Arbeitsweise wiederzugeben.

2.1 Die Auslegung supranationalen Unionsrechts

Das europäische Recht ist eine autonome, vom Völker- und einzelstaatlichem Recht abzugrenzende Rechtsordnung; ein Rechtskreis *sui generis*. Dieser verlangt, dem Gebot der Rechtseinheit folgend, die vertrags-, grundrechts- und richtlinienkonforme Auslegung nationalen Rechts. Das dem Unionsrecht immanente Gebot der einheitlichen Anwendung leidet am Fehlen einer eigenständigen Unionsrechtsmethodik. Dass das Unionsrecht zwar einen eigenen Gerichtshof kennt, allerdings keine verschriftlichten Regeln zur Auslegung, ist Eingeständnis dieser Problematik.¹²⁰

Dieser Abschnitt nimmt sich dieses verzwickten Spannungsfelds an und beleuchtet die wichtigsten Auslegungsmethoden. Die Interpretation supranationalen Primärrechts, insbesondere der AEUV-Bestimmungen, ist von nicht zu vernachlässigender Relevanz. Supranationales Unionsrecht zeichnet sich neben der unmittelbaren Geltung und Anwendbarkeit, auch durch den Anwendungsvorrang gegenüber mitgliedstaatlichem Recht aus. Die unmittelbare Anwendbarkeit bedeutet für den einzelnen Unionsbürger die Möglichkeit aus dem Unionsrecht Rechte und Pflichten ableiten zu können. Aus der Eigenständigkeit des Unionsrechts und seinen rechtlichen Besonderheiten folgt unweigerlich, dass bei der Auseinandersetzung hiermit eigene Interpretationsregeln zu beachten sind. So ist im Bereich des supranationalen Unionsrechts etwa die dynamische Betrachtungsweise, welche rechtliche und politische Entwicklungen des Unionsrechts mit einbezieht unverzichtbar.¹²¹

Nachfolgend werden die wichtigsten Interpretationstechniken europäischen Rechts wiedergegeben. Die praktische Gewichtung und Bedeutung der einzelnen Methoden in der europäischen Rechtsprechung werden noch an späterer Stelle behandelt.

¹²⁰ Rösler, Aufgaben einer europäischen Rechtsmethodenlehre, in *Rechtstheorie* Band 43-Heft 4 (2012), 497f.

¹²¹ Pechstein/Drechsler in *Riesenhuber* (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre*³, 230.

2.1.1 Die Wortinterpretation (grammatikalische Auslegungsmethode)

Die Interpretation eines Rechtstextes beginnt regelmäßig mit der Analyse des Wortlauts. Ausgangspunkt der Wortauslegung ist der gewöhnliche Sprachgebrauch, welchem ein allgemeines oder spezielles Wortverständnis zu Grunde liegen kann. Unberücksichtigt gebliebene Vorbehalte und Einschränkungen sind bei der Wortauslegung außer Acht zu lassen. Die grammatikalische Auslegungstechnik knüpft bloß an den üblichen Sinn letztlich niedergeschriebener, also "verschriftlichter" Wörter oder Satzteile an.¹²²

Der grammatikalische Interpretationsprozess wird im Unionsrecht dadurch erschwert, dass die europäischen Verträge (AEUV und EUV) in allen Amtssprachen der Union verbindlich sind.¹²³ Da jede Sprachausgabe an ihr eigenes nationalstaatliches Rechtsdenken anknüpft, sind Divergenzen zwischen den einzelnen Fassungen unvermeidbar. Der EuGH lehnte bereits im Jahr 1960 den Vorrang einer Sprache ab, so dass alle Sprachversionen bei der Interpretationsarbeit gleichermaßen zu beachten sind.¹²⁴ Besteht zwischen den Sprachfassungen ein Widerspruch, ist bei der Auflösung einer derartigen Kontradiktion zu differenzieren. Zeigt sich, dass die vom europäischen Gesetzgeber verwendete Terminologie uneinheitlich ist, darf nicht an die Mehrheit der sich deckenden Sprachfassungen angeknüpft werden. In diesem Fall, sind vielmehr systematische und teleologische Argumente in die Beurteilung mit einzubeziehen. Anders ist dann zu verfahren, wenn eine Sprache wesentliche Informationen zur Auslegung vermissen lässt, diese sich aber in allen anderen Sprachversionen findet. Liegt eine solche Situation vor, ist eine Anknüpfung an das Gros der Sprachen zulässig.^{125 126}

Um derartige Auslegungsdivergenzen zu vermeiden, ist daher jeder Rechtsbegriff – wenn möglich – unionsautonom zu interpretieren. Der EuGH hat durch seine rege Rechtsprechungstätigkeit maßgeblich zur Ausbildung eines Kontingents an eigenen Unionsrechtsbegriffen beigetragen. Diese weichen von nationalen Rechtstermini regelmäßig ab und stellen so die einheitliche Unionsrechtsgeltung sicher.¹²⁷ Dass das

¹²² Buck, Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft (1998), 152.

¹²³ Art. 358 AEUV und Art. 55 EUV.

¹²⁴ EuGH 04.03.1960, Rs. C-1/60, *Acciaieria Ferriere di Roma/Hohe Behörde*, Slg. 1960, I-353, 370.

¹²⁵ Buck, Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft, 154ff.

¹²⁶ Hierzu auch *Derlen*, *Multilingual Interpretation of European Union Law* (2009).

¹²⁷ *Pechstein/Drechsler* in *Riesenhuber* (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre*³, 233.

Unionsrecht (bzw. früher das Gemeinschaftsrecht) eine eigene, von jener der Mitgliedstaaten abweichende Terminologie kennt lässt folgendes Judikat erkennen.

*„Sodann ist auch bei genauer Übereinstimmung der sprachlichen Fassungen zu beachten, daß das **Gemeinschaftsrecht eine eigene, besondere Terminologie verwendet.** Im Übrigen ist hervorzuheben, daß Rechtsbegriffe im Gemeinschaftsrecht und in den verschiedenen nationalen Rechten nicht unbedingt den gleichen Gehalt haben müssen.*
(Hervorhebung durch den Verfasser)“¹²⁸

Bei der Ermittlung des Wortlauts ist somit stets zu untersuchen, ob bereits eine unionsautonome Begriffsinterpretation durch den EuGH vorliegt. Unterscheidungen zwischen mitgliedstaatlichem Rechtsdenken und europäischer Rechtslehre können bekanntermaßen selbst bei elementaren Rechtstermini bestehen.¹²⁹

Angesichts dieser, aus der Mehrsprachigkeit folgenden Erschwernisse verwundert es nicht, dass die Wortinterpretation behutsam zu gebrauchen ist. Wortlautargumente bedürfen für gewöhnlich der Bestätigung durch andere Interpretationsmethoden. Dieser Umstand steht allerdings nicht zur Tatsache im Widerspruch, dass auch der EuGH regelmäßig grammatische Argumente überprüft und in seine Beurteilung mit einfließen lässt.¹³⁰

2.1.2 Die systematische Interpretation (systemkonforme Auslegungsmethode)

Die systematische Interpretation schließt von der Stellung einer Norm im Regelungsgefüge des Vertrags auf ihren Inhalt. Die systematische Betrachtungsweise räumt Widersprüche innerhalb des Vertrags aus und passt die zu interpretierende Norm an das Regelungssystem europäischer Verträge an.

Die systemkonforme Auslegung ist in ihrer Ausgestaltung facettenreich und hat unterschiedlichste Anknüpfungspunkte. Zu Beginn wird die Norm regelmäßig den übrigen Vorschriften des Vertragsabschnitts gegenübergestellt. In einer größeren Gesamtschau

¹²⁸ EuGH 06.10.1982, Rs. C-283/81, *C.I.L.F.I.T./Ministero della Sanita*, Slg. 1982, I-3415, 3430, Rz. 19.

¹²⁹ So interpretiert der EuGH „juristische Personen“ etwa anders als die Mitgliedstaaten, hierzu EuGH 28.10.1982, Rs. C-135/81, *Groupement des agences des voyages/Kommission*, Slg. 1982, I-3799, 3808, Rz. 10.

¹³⁰ *Buck*, Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft, 174f.

finden Strukturen oder Grundpfeiler europäischer Verträge Beachtung. Aus der Auslegung einzelner Unionsrechtsnormen im Einklang mit leitenden europäischen Rechtsprinzipien folgen zweierlei Synergie-Effekte: Zum einen ist sichergestellt, dass der Inhalt der Vorschrift erschlossen wird, zum anderen wird ein reibungsloses Gesamtverständnis der Verträge gewährleistet.¹³¹

Der EuGH unterstellt europäischem Primärrecht eine rational nachvollziehbare, dem Regel-Ausnahme-Verhältnis folgende Gesetzesstruktur.¹³² Neben der daraus resultierenden Achtung der Vertragssystematik und der Berücksichtigung allgemeiner Grundsätze und Werteprinzipien des Unionsrechts, sind bei der Analyse der Systematik facheinschlägige Erklärungen und Veröffentlichungen europäischer Institutionen mit zu beachten.¹³³ Der EuGH griff in seiner Auslegungspraxis bereits auf Rechtstexte Internationaler Organisationen zur Klärung strittiger Auslegungsprobleme zurück.¹³⁴

Auf Europarechtsebene kommt der systematischen Interpretation eine besondere – geradezu prioritäre – Stellung zu. Als optimal erweist sich hierbei die Tatsache, dass das nationale Recht keinerlei Einfluss auf das Auslegungsergebnis ausübt. Der systematische Deutungsansatz basiert auf bloß unionsrechtlichen Quellen und ist damit besonders geeignet Aufschluss über Schutzbereich und Inhalt einer Primärrechtsnorm zu geben.¹³⁵ Der EuGH betonte in seiner Rechtsprechungslinie bereits des Öfteren die Wichtigkeit systematischer Auslegungsargumente.

„Schließlich ist jede Vorschrift des Gemeinschaftsrechts in ihrem Zusammenhang zu sehen und im Lichte des gesamten Gemeinschaftsrechts, seiner Ziele und seines Entwicklungsstands zur Zeit der Anwendung der betreffenden Vorschrift auszulegen. (Hervorhebung durch den Verfasser)“¹³⁶

2.1.3 Die teleologische Interpretation (zweckorientierte Auslegung)

¹³¹ Ebd., 177ff.

¹³² Pechstein/Drechsler in Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre³, 234.

¹³³ Buck, Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft, 191.

¹³⁴ EuGH 14.07.1988, Rs. C-298/87, *Smanor*, Slg. 1988, I-4489, 4512, Rz. 22

¹³⁵ Pechstein/Drechsler in Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre³, 235f.

¹³⁶ EuGH 06.10.1982, Rs. C-283/81, *CILFIT/Ministero della Sanita*, Slg. 1982, I-3415, 3430, Rz. 20.

Die teleologische Interpretation ist eine zentrale Auslegungsmethode, die in unterschiedlichen Ausprägungen zum Vorschein kommt. Sie knüpft nicht nur an Ziel und Zweck der Norm, sondern auch an Sachgemäßheit der Vorschrift und Verwirklichung objektiver Zwecke des Rechts an. Von Interesse ist damit nicht nur *Telos*, sondern auch Funktion der interessierenden Regelung.¹³⁷

Eine besondere Rolle bei der teleologischen Interpretation kommt dem *effet utile*-Grundsatz zu. Er stellt die Funktionsfähigkeit der Union sicher und trägt dafür Sorge, dass Vorschriften so auszulegen sind, dass ihnen der größtmögliche praktische Nutzen zukommt. Die Anknüpfung am *effet utile* dient der Verwirklichung europäischer Vertragsziele. Er wird um den Grundsatz der *dynamischen Auslegung* ergänzt. Da die EU eine Integrationsgemeinschaft ist, sind Normen stets dahingehend zu interpretieren, dass sie zum Gelingen des europäischen Integrationsprojekts beitragen.¹³⁸

Auf gegenständliche Arbeit gemünzt bedeutet das oben Gesagte, unter anderem, die Würdigung der Zielbestimmung des Artikels 2 EUV und der in Artikel 1 bis 17 AEUV zum Ausdruck kommenden allgemeinen Grundsätze und Ziele der EU. Das teleologische Argument ist in der Rechtsprechung des EuGH unbestritten. Die europäischen Höchststrichter verbinden teleologische Überlegungen regelmäßig mit Argumenten anderer Interpretationsmethoden.¹³⁹ Abschließend ist hervorzuheben, dass die teleologische Interpretation, trotz des breit gefächerten Kanons an Auslegungsmomenten, eine führende Rolle in der europäischen Rechtslehre spielt.

2.1.4 Die historische Interpretation

Die historische Auslegung kennt zwei Ausformungen: (i) das subjektiv-historische und (ii) das objektiv-historische Interpretationsargument. Ersteres ergründet den Willen des historischen Gesetzgebers, letzteres die Funktion der Norm zum Zeitpunkt des Erlasses.

¹³⁷ Buck, Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft, 202ff.

¹³⁸ Müller/Christensen, Juristische Methodik – Band II Europarecht² (2007), 266f; Pechstein/Drechsler in Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre³, 236f.

¹³⁹ EuGH 14.12.1988, Rs. C-291/87, Huber/Hauptzollamt Frankfurt am Main-Flughafen, Slg. 1988, I-6449, 6466, Rz. 15; Schlußanträge GA Pedro, Rs. C-280/10, Polski Trawertyn, veröffentlicht in digitaler Sammlung, Rz. 38.

Der historischen Auslegung kommt bei der Unionsrechtsauslegung subsidiäre Bedeutung zu, was sich auf mehrere Gründe zurückführen lässt. Neben dem Fehlen von Verhandlungsprotokollen bzw. anderen rechtserheblichen Dokumenten zu den EG-Gründungsverträgen, steht der dynamische Charakter des Unionsrechts – zumindest teilweise – der historischen Interpretation entgegen. Um nichtsdestotrotz Ergebnisse abstrahieren zu können, ist die Heranziehung mitgliedstaatlicher Begründungen und Erläuterungen zu den Verträgen erforderlich.¹⁴⁰ Anders verhält es sich dahingegen bei der Auslegung von Sekundärrechtsakten, wo eine Vielzahl an Materialien bereitsteht und der EuGH diese regelmäßig auslegend zur Rate zieht.¹⁴¹

Gesamt betrachtet zeigt sich, dass historischen Auslegungsargumenten bei der Auslegung von Primärrecht nachgelagerte Essenz zukommt und diese einer Bestätigung durch andere Interpretationstechniken bedürfen.

2.1.5 Die Rechtsvergleichung in der Anwendungspraxis des EuGH

Die europäische Judikative zeichnet sich durch ihre pluralistische Struktur aus. Aufgrund des diversen nationalen Hintergrunds der Richterschaft, bekommt die europäische Gerichtsbarkeit zwangsläufig einen rechtsvergleichenden Ansatz.¹⁴²

Der EuGH ist – wie gesagt – darum bemüht, Rechtsbegriffen einen unionseigenen, von nationalen Traditionen unabhängigen Sinn zu geben. Die Höchstrichter bedienen sich hierzu regelmäßig einer Inhalts- und Sinnvergleichung. Eine dogmatische-korrekte Rechtsvergleichung findet dabei aber nicht statt, da nicht geltendes Recht gegenübergestellt wird.

Die Rechtsvergleichung spielte in der Vergangenheit vor allem bei der Herausbildung allgemeiner Rechtsgrundsätze, wie jenen von Treu und Glauben oder des rechtlichen Gehörs eine Rolle. Ist in einer Rechtssache allerdings eine (Primärrechts)norm strittig, fließen nur selten rechtsvergleichende Argumente in die Beurteilung mit ein.¹⁴³

¹⁴⁰ *Buck*, Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft, 144; *Müller/Christensen*, Juristische Methodik – Band II Europarecht², 265f.

¹⁴¹ *Martens*, Methodenlehre des Unionsrechts: Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht (2014), 543.

¹⁴² *Rösler* in *Rechtstheorie* Band 43- Heft 4, 515.

¹⁴³ *Pechstein/Drechsler* in *Riesenhuber* (Hrsg.), Europäische Methodenlehre³, 239f.

2.1.6 Die Rolle des EuGH bei der Auslegung supranationalen Primärrechts

„Der Gerichtshof der Europäischen Union umfasst den Gerichtshof, das Gericht und Fachgerichte. Er sichert die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge. Die Mitgliedstaaten schaffen die erforderlichen Rechtsbehelfe, damit ein wirksamer Rechtsschutz in den vom Unionsrecht erfassten Bereichen gewährleistet ist. (Hervorhebung durch den Verfasser)“¹⁴⁴

Dem EuGH kommt das Auslegungsmonopol über das gesamte supranationale Unionsrecht zu, womit er auch zur Auslegung gemischter Abkommen berufen ist, soweit diese in die Zuständigkeit der Union fallen.¹⁴⁵ Der EuGH hat für gemischt geschlossene ISA das alleinige Interpretationsrecht und ist diesbezüglich letztes Kontrollorgan. Es darf nicht vergessen werden, dass auch mitgliedstaatliche Gerichte und Verwaltungsbehörden verpflichtet sind Unionsrecht anzuwenden und diese damit – zumindest mittelbar – zur Interpretation unklarer Rechtsbegriffe beitragen.¹⁴⁶

Den EuGH-Judikaten kommt eine herausstechende Wirkung zu. Obgleich der EuGH die *stare decisis*-Doktrin nicht anerkannt hat, besteht eine faktisch weitreichende Bindung. Diese zeigt sich *realiter* an der Übersetzung von EuGH-Judikaten in alle Amtssprachen.¹⁴⁷

2.2 Die Rechtsfortbildungsfunktion des EuGH

Dem EuGH kommt aufgrund seines Auslegungsmonopols und der speziellen Stellung im europäischen Rechtssystem über seine Funktion als interpretierendes Höchstgericht hinaus, zusätzliche Bedeutung bei der Entwicklung von Primär- und Sekundärrechtsnormen zu.

Der EuGH ist nicht nur zur Auslegung, sondern auch zur Rechtsfortbildung – also zur rechtsschöpfenden Auslegung von Normen – befugt. Diese Kompetenz ist in der Lehre allgemein anerkannt und stützt sich auf Artikel 19 EUV. Die Ermächtigung zur Rechtsfortbildung resultiert aus der rechtlich normierten Verpflichtung des EuGH zur

¹⁴⁴ Art. 19 Abs. 1 EUV.

¹⁴⁵ EuGH 07.10.2004, Rs. C-239/03, *Kommission/Frankreich*, Slg. 2004, I-9325, 9338, Rz. 25.

¹⁴⁶ *Pechstein/Drechsle* in *Riesenhuber* (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre*³, 232.

¹⁴⁷ *Rösler* in *Rechtstheorie*, Band 43-Heft 4, 507f.

Wahrung des gesamten Unionsrechts, nicht bloß einzelner Artikel. Komplizierter gestaltet sich dahingegen die genaue Eingrenzung dieser Befugnis. Der EuGH hat bei der Rechtsfortbildung richtigerweise einerseits die allgemeinen Verbandskompetenzen der Union, andererseits die Grenzen seiner eigenen Verantwortlichkeit gegenüber anderen Institutionen zu wahren. Für den EuGH ergibt sich damit insbesondere die Pflicht, die Grundsätze der begrenzten Einzelermächtigung, Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit zu berücksichtigen. Das europäische Höchstgericht ist nicht berechtigt, *ex officio* Recht zu sprechen, sondern nur angesichts eines konkreten – bei ihm anhängigen – Rechtsstreits.¹⁴⁸

Die Rechtsfortbildung wird in Österreich und Deutschland der „gewöhnlichen Auslegung“ gegenübergestellt. Der Wortlaut einer Rechtsnorm stellt stets die Grenze zwischen beiden Prozessen dar. Der EuGH kennt im Rahmen seiner praktischen Arbeit – ganz im Sinne französischer Tradition – keine strikte Trennung der beiden Bereiche. Da der Auslegungsprozess, vor allem im Rahmen der teleologischen Interpretation oft auch rechtsschöpfend sein kann, versteht der EuGH unter Rechtsanwendung stets – zumindest auch partiell – Rechtsfortbildung.¹⁴⁹ Die Rechtsfortbildung ist nichtsdestotrotz dogmatisch strikt von der Auslegung zu unterscheiden, da die rechtsschöpfende Tätigkeit bekanntermaßen besonderen Voraussetzungen unterliegt. Wer daher unter dem Deckmantel der Auslegung Rechtsfortbildung betreibt, setzt sich über diese Bedingungen hinweg.¹⁵⁰

Die Rechtsfortbildung besteht aus zwei getrennten Arbeitsprozessen. In einem ersten Schritt wird eine Gesetzeslücke festgestellt, ehe diese mittels Analogie gefüllt wird. Die Erforschung einer derartigen, für die Rechtsfortbildung stets erforderlichen, Rechtslücke kann kompliziert sein. Im Einklang mit der anglo-amerikanischen Rechtslehre, ist eine Lücke richtigerweise wohl jede Unvollständigkeit bzw. Unbestimmtheit des Gesetzes.¹⁵¹ Das Vorliegen einer Lücke ist stets anhand der Wertungen der Rechtsordnung zu beurteilen. Liegt eine Gesetzeslücke vor, ergibt sich hieraus nicht automatisch die Notwendigkeit zur rechtlichen Normierung; erforderlich ist vielmehr die Legitimation der Gerichte zur Rechtsschöpfung. Ein bloßes Schweigen des Gesetzestextes zur konkreten Rechtsfrage erlaubt noch nicht automatisch Rechtsfortbildung. Erst wenn eine Rechtslücke

¹⁴⁸ Ebd., 510ff.

¹⁴⁹ *Martens*, Methodenlehre des Unionsrechts, 504.

¹⁵⁰ *Riesenhuber*, Auslegung und Rechtsfortbildung im Europäischen Privatrecht – Am Beispiel der Rechtssache *Sturgeon*, in *Karakostas/Riesenhuber* (Hrsg.), Methoden- und Verfassungsfragen der Europäischen Rechtsangleichung (2011), 51.

¹⁵¹ *Martens*, Methodenlehre des Unionsrechts, 506.

alle Voraussetzungen erfüllt hat, darf sie anschließend mittels Analogieschlusses gefüllt werden, wobei dabei die Rechtsähnlichkeit des nicht normierten Sachverhalts mit dem geregelten Sachverhalt darzulegen ist.¹⁵²

Die Ermächtigung des EuGH zur Auslegung und Fortbildung unionsrechtlicher Generalklauseln (unbestimmter oder unvollständiger Normen) bedeutet für gegenständliche Arbeit die prioritäre Berücksichtigung europarechtlicher Judikatur. Die Auslegung strittiger Primärrechtsnormen hat daher neben dem klassischen Interpretationskanon, insbesondere auch Judikate und Gutachten des EuGH ausreichend zu würdigen.

2.3 Exkurs: Unterschiede in der Auslegung supranationalen und intergouvernementalen Unionsrechts

Die hier gemachten Ausführungen beziehen sich auf die Auslegung supranationalen Unionsrechts, welches die Mehrheit der Europarechtsbestimmungen ausmacht. Für das intergouvernementale Europarecht, also vor allem die Bestimmungen der GASP, gilt die völkerrechtliche Auslegungsmethodik.¹⁵³ Auch wenn sich beide Rechtskreise im Wesentlichen derselben Auslegungsmethoden bedienen, ergeben sich aufgrund der unterschiedlichen Rechtsqualität – supranationalem Recht kommt bspw. unmittelbare Geltung und Anwendbarkeit zu – zwangsläufig methodische Unterschiede.

Für das intergouvernementale Unionsrecht gilt, dass vorrangig an den subjektiven Willen der Vertragsparteien anzuknüpfen ist. Die anderen Methoden sind dabei von bloß ergänzender Natur. Die Jurisdiktion des EuGH spielt für das intergouvernementale Unionsrecht keine Rolle, da der EuGH für den Bereich der GASP keine materiellen Entscheidungen trifft.¹⁵⁴ Da der Fokus der gegenständlichen Abhandlung aber auf supranationalen Primärrechtsnormen liegt, galt es diese zu behandeln.

¹⁵² *Riesenhuber* in *Karakostas/Riesenhuber* (Hrsg.), *Methoden- und Verfassungsfragen der Europäischen Rechtsangleichung*, 55f.

¹⁵³ Art. 31 und 32 WVK.

¹⁵⁴ *Pechstein/Drechsler* in *Riesenhuber* (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre*, 231ff.

Ergebnisse des Kapitels II

Es existiert kein originär europarechtlicher Auslegungskanon, vielmehr sind die Interpretationsmethoden *Savignys* an unionsrechtliche Besonderheiten anzupassen. Eine umfassende Interpretation bezieht stets alle Auslegungsargumente in die Beurteilung mit ein, da jede Methode lediglich einen Teil des Anwendungsbereichs der zu interpretierenden Norm ergründet. Ein für die Abschlussbeurteilung erforderliches umfassendes Normverständnis ergibt sich erst aus der Gesamtbetrachtung aller Auslegungsargumente.¹⁵⁵

Ungeachtet der Pflicht zur Berücksichtigung aller Auslegungsergebnisse, zeigt der EuGH die Tendenz gewisse Techniken zu präferieren. Die herausragende Stellung des teleologischen Arguments ist auf die, den Primärrechtsbestimmungen immanente Ziel- und Zweckorientierung rückzuführen. Im Unionsrecht ist andererseits auch zu beachten, dass die teleologische Auslegung keine selbständige, für sich stehende Interpretationsmethode ist. Vielmehr, beachtet der EuGH bei der Ermittlung des *Telos* einer Norm stets auch systematische und grammatische Argumente. Es ergibt sich hieraus für diese Arbeit die Pflicht zur prioritären Behandlung systematischer, grammatischer und teleologischer Auslegungsargumente.

Die historische Auslegung ist dahingegen von nachgelagerter Relevanz. Sie eignet sich für eine erste Annäherung an den Normzweck und zur Bestätigung anderer Auslegungsargumente. Dieses Ergebnis deckt sich auch mit einer Untersuchung, die belegt, dass systematisch-teleologische und grammatische Erwägungen in der Auslegungspraxis der EuGH-Judikatur quantitativ überwiegen.¹⁵⁶

Rechtsvergleichende Überlegungen finden sich vor allem bei der Herausbildung unionsautonomer Begriffe und allgemeiner Rechtsgrundsätze. Generell zeigt sich aber, dass der EuGH die wesentlichste Stütze der Unionsrechtsdynamik ist.¹⁵⁷ Neben seiner vielfältigen (rechtsvergleichenden) Arbeit bei der Herausbildung unionsautonomer Rechtstermini, trägt er durch seinen Rechtschöpfungsauftrag zur kontinuierlichen Weiterentwicklung des Unionsrechts bei.

¹⁵⁵ *Martens*, Methodenlehre des Unionsrechts, 501f.

¹⁵⁶ *Müller/Christensen*, Juristische Methodik – Band II Europarecht², 412f.

¹⁵⁷ *Martens*, Methodenlehre des Unionsrechts, 543f; *Pechstein/Drechsler* in *Riesenhuber* (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 248f.

Die folgende Analyse der neuen Unionskompetenz hinsichtlich des Enteignungsschutzes und Artikel 345 AEUV folgt den hier getätigten methodischen Ausführungen.

3. **Kapitel III: Der Vertrag von Lissabon und die ausdrückliche Unionskompetenz für ADI**

Vorwort zu Kapitel III

Kapitel I beschäftigte sich mit dem Internationalen Investitionsrecht in seiner Gesamtheit. Im Zuge dieses Abschnitts konnte (vor allem) die stufenweise Entwicklung und heutige Ausgestaltung des völkerrechtlichen Enteignungsschutzes aufgezeigt werden. Die Untersuchung hat ergeben, dass Bestimmungen zum Schutz ausländischer Investoren vor unrechtmäßigen Enteignungen immanenter Bestandteil aller ISA sind.

Gegenständliches Kapitel setzt nun, hierauf aufbauend, die einander vermeintlich gegenüberstehenden Rechtsgebiete Unionsrecht und Internationales Investitionsrecht in Beziehung zueinander und zeigt die Verstrickungen der beiden Rechtsmaterien auf. Ziel des Kapitels ist es zu veranschaulichen, dass es sich hierbei nicht um zwei isolierte Rechtsmaterien handelt. Den Schwerpunkt der Darstellung bildet dabei die mit dem Vertrag von Lissabon neue, erstmals ausdrücklich eingeführte Unionskompetenz für ADI. Zentrum der Untersuchung ist – der Forschungsfrage entsprechend – die Zulässigkeit von Enteignungsschutzbestimmungen in künftigen, europäischen Investitionsschutzabkommen.

Um die Implikationen des Vertrags von Lissabon besser nachvollziehen zu können, sind eingangs die Entwicklungsstränge heutiger europäischer Investitionspolitik nachzuzeichnen. Im Zuge dessen, wird prägnant auf das vor dem Lissaboner Vertrag bestehende gemeinschaftsrechtliche Kompetenzgefüge über ADI eingegangen. Diese Analyse wird um die Wiedergabe bedeutender investitionsrechtlicher Abkommen der Europäischen Gemeinschaft (EG) komplettiert. Die Beschäftigung mit dem investitionsrechtlichen Rahmen der EG soll einerseits das Verständnis für die Änderungen durch den Vertrag von Lissabon schärfen, andererseits die kontinuierliche Übernahme mitgliedstaatlicher Zuständigkeiten durch die Union bezeugen (*Abschnitt 1*).

Nach dieser inhaltlichen Heranführung an die Thematik, behandelt die Dissertation die Neuerungen und Auswirkungen des Vertrags von Lissabon auf die Internationale Investitionspolitik. Hierzu werden die Bestimmungen der GHP, welche die neue Kompetenz über ADI beheimaten, näher analysiert. Es ist auf diese Weise beabsichtigt, den Anwendungsbereich der Unionszuständigkeit für ADI – insbesondere hinsichtlich des Enteignungsschutzes – zu eruieren, einzugrenzen und die zahlreichen bestehenden

Auslegungsvarianten zu beurteilen. Neben der Beschäftigung mit kompetenzrechtlichen Fragestellungen, widmet sich dieser Textpassus aber auch den der Europäischen Union zur Verfügung stehenden handelspolitischen Instrumenten und den hierbei einzuhaltenden Verfahrenserfordernissen (*Abschnitt 2*).

Die abschließende Textpassage dieses Kapitels gibt aktuelle investitionspolitische Maßnahmen der Europäischen Union wieder, wobei politische Absichtserklärungen und in Kraft getretenes Unionssekundärrecht gleichermaßen berücksichtigt werden. Erläuterungen zu aktuell in Verhandlung stehenden und bereits abgeschlossenen europäischen Investitionsschutzabkommen sollen die Wiedergabe aktueller europäischer Vertragspraxis sicherstellen; die realpolitische Ausformung der neuen Unionskompetenz für ADI soll so möglichst detailgetreu nachgebildet werden (*Abschnitt 3*).

Ein abschließender Textteil hält im Anschluss hieran die wichtigsten Ergebnisse des Kapitels, insbesondere hinsichtlich der Zulässigkeit des Enteignungsschutzes in europäischen ISA, noch einmal konzise fest.

3.1 Die Europäische Investitionspolitik "vor Lissabon"

Bevor näher auf die durch den Lissaboner Vertrag ausdrücklich eingeführte Kompetenz für ADI eingegangen wird, ist die "vor Lissabon" bestehende Rechtslage konzise wiederzugeben. Um diese Interaktion von Gemeinschaftsrecht und Internationalem Investitionsrecht aufzuzeigen, ist in einem ersten Schritt beabsichtigt, die gemeinschaftsrechtlichen Kompetenztatbestände zum Abschluss von ISA zu beleuchten (*Unterabschnitt 1*). Diesen theoretischen Ausführungen folgt die Wiedergabe wichtiger EG-Abkommen mit investitionsschutzrechtlichem Inhalt (*Unterabschnitt 2*). Im Anschluss hieran, geht ein Textabschnitt der Frage nach, wieso die EG von der – zumindest bereits partiell bestehenden – Investitionskompetenz nicht ausreichend Gebrauch gemacht hat (*Unterabschnitt 3*). Ein finaler Textpassus stellt die Verknüpfung zwischen gemeinschaftsrechtlicher Ausgangslage und der gegenwärtigen unionsrechtlichen her. Die neue ausdrückliche Unionskompetenz wird im Lichte ihrer geschichtlichen Entwicklung betrachtet, um so das notwendige historische Wissen für die nachfolgenden Ausführungen parat zu haben (*Unterabschnitt 4*).

Durch die Rückschau auf die gemeinschaftsrechtliche Rechtslage ist beabsichtigt einerseits die schrittweise Entwicklung europäischer Investitionspolitik darzulegen, andererseits an eventuell bereits bestehende Kompetenztatbestände anzuknüpfen.

3.1.1 Die Kompetenz der Europäischen Gemeinschaft zum Abschluss von Investitionsschutzabkommen

Bei der Suche nach bestehenden gemeinschaftsrechtlichen Kompetenzen sind interne und externe Kompetenzen auseinanderzuhalten. Diese Differenzierung ist auch bei der Beschäftigung mit – bereits vor dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon bestehenden – Kompetenzen zum Investitionsschutz zu beachten. Unter einer internen, oder auch autonomen Kompetenz, versteht man die Befugnis zum Erlass interner Maßnahmen; regelmäßig Verordnungen wie etwa für den Bereich des Binnenmarkts. Unter einer externen Kompetenz versteht man dahingegen die Möglichkeit zum Abschluss völkerrechtlicher (Investitionsschutz)-Abkommen. Während die interne Kompetenz also

die innergemeinschaftliche Rechtsetzung betrifft, regelt die externe Kompetenz die Beziehung (der EG) zu Drittstaaten.¹⁵⁸

Vorab ist festzuhalten, dass es sich bei der Frage ob des Existierens gemeinschaftsrechtlicher Kompetenztatbestände zum Investitionsschutz um eine ausgiebige und nur sehr schwer komprimiert wiederzugebende Fragestellung handelt. Nichtsdestotrotz wird versucht, einen Überblick über die wichtigsten Kompetenztatbestände zu geben, wobei für weitergehende Ausführungen auf entsprechende Literatur zu verweisen ist.¹⁵⁹

- (a) Der freie Kapitalverkehr und die Niederlassungsfreiheit als mögliche Kompetenzgrundlagen für ausländische Direktinvestitionen

Für eine, bereits "vor Lissabon" bestehende, Investitionskompetenz kommt insbesondere der freie Kapitalverkehr (Artikel 63ff AEUV bzw. Ex-Artikel 56 EGV) in Frage. Dieser sagt in seiner Kernbestimmung aus:

*„Im Rahmen der Bestimmungen dieses Kapitels sind alle Beschränkungen des Kapitalverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten sowie zwischen den Mitgliedstaaten und dritten Ländern verboten.
(Hervorhebung durch den Verfasser)“¹⁶⁰*

¹⁵⁸ Kuhlmann, Kompetenzrechtliche Neuerungen im europäischen Energierecht nach dem Vertrag von Lissabon: Wirtschaftsuniversität Wien Arbeitspapier (2008), 1, (9f), online abrufbar unter: <<http://epub.wu.ac.at/1072/1/document.pdf>> (17.06.2017).

¹⁵⁹ Hindelang, Wie viel Freiheit wagen? Das Verhältnis der EG Kapitalverkehrs- und der Niederlassungsfreiheit und die Reglementierung von Direktinvestitionen in und aus Drittstaaten, in Reinisch/Knahr (Hrsg.), Aktuelle Probleme und Entwicklungen im Internationalen Investitionsrecht (2008); Hindelang/Maydell, Die Gemeinsame Europäische Investitionspolitik – Alter Wein in neuen Schläuchen? Basis und Entwicklungslinien der Unionskompetenz zur Regelung ausländischer Direktinvestitionen, in Bungenberg/Griebel/Hindelang (Hrsg.), Internationaler Investitionsschutz und Europarecht (2010); Hinojosa-Martinez, The Scope of the EU Treaty-Making Power on Foreign Investment: Between Wishful Thinking and Pragmatism, The Journal of World Investment & Trade Volume 17 Issue 1 (2016), 86; Maydell, The European Community's Competence to conclude International Agreements on Investment - revealing the inconvenient truth (2008).

¹⁶⁰ Ex-Art. 56 Abs. 1 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 25.03.1957, AB I C 2007/306.

Obige Zielbestimmung ordnet an, dass der freie Kapitalverkehr ein Verbot aller Beschränkungen des Kapitalverkehrs zwischen Mitgliedstaaten, sowie Mitgliedstaaten und Drittstaaten zur Folge hat. Aufgrund der großzügigen Formulierung und der ausdrücklichen Textierung des Drittstaatenbezugs, bietet sich eine nähere Untersuchung des freien Kapitalverkehrs hinsichtlich des Investitionsschutzes an. Vorweggeschickt sei noch, dass erst der Vertrag von Maastricht zur umfassenden primärrechtlichen Regelung des freien Kapitalverkehrs führte und die Kapitalverkehrs-Richtlinie¹⁶¹ erst damit weitestgehend gegenstandslos wurde.¹⁶²

Blickt man die Artikel zum freien Kapitalverkehr im Hinblick auf potentielle Kompetenztatbestände durch, fällt der Blick unweigerlich auf Ex-Artikel 57 Absatz 2 EGV. Dieser enthält Ausführungen zum Regelungskomplex der ausländischen Direktinvestitionen, die es nun genauer zu untersuchen gilt.

*„Unbeschadet der anderen Kapitel dieses Vertrags sowie seiner Bemühungen um eine möglichst weitgehende Verwirklichung des Zieles eines freien Kapitalverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten und dritten Ländern kann der Rat auf Vorschlag der Kommission mit qualifizierter Mehrheit **Maßnahmen für den Kapitalverkehr mit dritten Ländern im Zusammenhang mit Direktinvestitionen** einschließlich Anlagen in Immobilien, mit der Niederlassung, der Erbringung von Finanzdienstleistungen oder der Zulassung von Wertpapieren zu den Kapitalmärkten beschließen. Maßnahmen nach diesem Absatz, die im Rahmen des Gemeinschaftsrechts für die Liberalisierung des Kapitalverkehrs mit dritten Ländern einen Rückschritt darstellen, bedürfen der Einstimmigkeit. (Hervorhebung durch den Verfasser)“¹⁶³*

Ex-Artikel 57 Absatz 2 Satz 1 EGV stellt eine ausdrücklich normierte, interne Kompetenzgrundlage der Europäischen Gemeinschaft für die vier oben angeführten

¹⁶¹ Richtlinie 88/361/EWG des Rates vom 24.06.1988 zur Durchführung von Artikel 67 des Vertrages, ABl L 1988/178, 5.

¹⁶² Pölzl, Gemeinschaftsrechtliche Kapitalverkehrsfreiheit und österreichisches Steuerrecht (2013), 5f.

¹⁶³ Ex-Art. 57 Abs. 2 EGV.

Bereiche, unter anderem eben auch ausländische Direktinvestitionen dar. Unter der Möglichkeit interne, investitionspolitische Maßnahmen zu erlassen versteht man Verordnungen. Im Hinblick auf die interne Investitionskompetenz lässt sich sagen, dass Ex-Artikel 57 Absatz 2 Satz 1 EGV der Europäischen Gemeinschaft *expressis verbis* das Recht einräumte, Verordnungen zum Internationalen Investitionsschutz zu erlassen. Zu beachten ist dabei, dass es sich um eine nicht-ausschließliche EG-Kompetenz handelt. Als möglicher Anwendungsfall dieser internen Kompetenz kommt etwa eine Verordnung zur Regelung des Zugangs ausländischer Direktinvestitionen in das Unionsgebiet in Frage.

Komplizierter gestaltet sich die Situation im Hinblick auf die hier interessierende externe Vertragsschlusskompetenz. Der Wortlaut der obigen Bestimmung legt nämlich den Schluss nahe, dass gerade keine externe Kompetenz zum Abschluss von ISA bestehen soll. Der Wortlaut des Artikels hätte in diesem Fall bekanntlich, wie auch sonst üblich, auf den "Abschluss von Abkommen" und nicht bloß auf "Maßnahmen" abgestellt.¹⁶⁴ Der EuGH bestätigte in seiner Rechtsprechung, dass ausländische Direktinvestitionen vom Tatbestand des freien Kapitalverkehrs umfasst sind.¹⁶⁵

Beim freien Kapitalverkehr kommt hinzu, dass Ex-Artikel 57 Absatz 2 EGV nicht nur Raum für ausländische *Direktinvestitionen* bot. Ex-Artikel 56 EGV ermöglichte vielmehr auch die grenzüberschreitende Wertübertragung von Sach- oder Geldkapital, worunter richtigerweise auch *Portfolioinvestitionen* zu subsumieren sind.¹⁶⁶ Insgesamt lässt sich sagen, dass der freie Kapitalverkehr der Gemeinschaft einen Anknüpfungspunkt für investitionsrechtliche Maßnahmen bot; diese beinhaltete Direkt- und Portfolioinvestitionen gleichermaßen. Zu beachten ist aber, dass an dieser Stelle noch nicht gesagt werden kann, ob diese "Anknüpfungsmöglichkeit" für eine externe Kompetenz, also den Abschluss völkerrechtlicher Abkommen ausreicht. Diese Frage ist Gegenstand des nachfolgenden Abschnitts.

Ehe darauf eingegangen wird, ob aus dem freien Kapitalverkehr eine externe Vertragsschlusskompetenz abgeleitet werden kann, ist darauf hinzuweisen, dass auch die Niederlassungsfreiheit des Ex-Art. 43 EGV für den Investitionsschutz fruchtbar gemacht werden kann. In der Literatur wird vertreten, dass diese ausländische *Direktinvestitionen* –

¹⁶⁴ Die Ausführungen zur Kapitalverkehrsfreiheit entstammen: *Maydell*, The European Community's Competence to Conclude International Agreements on Investment, 130ff.

¹⁶⁵ EuGH 14.12.1995, verbundene Rechtssachen C-163/94, C-165/94 und C-250/94, *Sanz de Lera u.a.*, Slg. 1995, I-4821, 4839, Rz. 34.

¹⁶⁶ *Bings*, Neuordnung der Außenhandelskompetenzen der Europäischen Union durch den Reformvertrag von Lissabon (2014), 40.

nicht jedoch *Portfolioinvestitionen* – umfasst. Abgeleitet wird dies regelmäßig aus der Judikatur des EuGH, wonach "Niederlassung" die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit auf unbestimmte Zeit mittels fester Einrichtung in einem anderen Mitgliedstaat ist.¹⁶⁷

Abschließend ist zu sagen, dass ausländische Direktinvestitionen sowohl unter den Tatbestand des freien Kapitalverkehrs als auch der Niederlassungsfreiheit subsumiert werden können. Portfolioinvestitionen sind vom freien Kapitalverkehr mit umfasst. Aus Ex-Artikel 57 Absatz 2 EGV, einer Elementarbestimmung des freien Kapitalverkehrs, konnte bislang eine interne Zuständigkeitsbasis abgeleitet werden.

(b) Die externe Vertragsschlusskompetenz für ausländische Direktinvestitionen

Auch wenn der freie Kapitalverkehr und die Niederlassungsfreiheit als Kompetenztatbestände grundsätzlich schlagend sind, zeigt sich, dass diese keine expliziten (ausdrücklichen) externen Vertragsschlusskompetenzen kennen. So findet sich in Ex-Artikel 57 Absatz 2 Satz 1 EGV lediglich eine explizite interne Zuständigkeit. Hieraus darf allerdings nicht schlussgefolgert werden, dass deswegen keine externe Unionskompetenz für das Investitionsrecht besteht. Diese ist vielmehr unter Inanspruchnahme der Lehre von den *implied-powers* zu konstruieren.¹⁶⁸

Das Modell der impliziten Kompetenzen besagt im Wesentlichen, dass immer dann eine ungeschriebene Zuständigkeit besteht, wenn eine ausdrücklich bestehende Regelungsmaterie nicht bearbeitet werden kann, ohne eine andere, nicht ausdrücklich zugewiesene Rechtsmaterie mit zu normieren.¹⁶⁹ Der EuGH erkennt das Modell impliziter Außenkompetenzen ausdrücklich an.¹⁷⁰ Hinzukommt, dass auch im Bereich der impliziten

¹⁶⁷ *Bings*, Neuordnung der Außenhandelskompetenzen der Europäischen Union durch den Reformvertrag von Lissabon, 40; *Hindelang* in *Reinisch/Knahr* (Hrsg.), Aktuelle Probleme und Entwicklungen im Internationalen Investitionsrecht, 92.

¹⁶⁸ *Bings*, Neuordnung der Außenhandelskompetenzen der Europäischen Union durch den Reformvertrag von Lissabon, 45; *Maydell*, The EC's Minimum Platform on Investment, in *Reinisch/Knahr* (Hrsg.), International Investment Law in Context, 82ff.

¹⁶⁹ *Nettesheim*, Kompetenzen, in *von Bogdandy/Bast* (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht: Theoretische und dogmatische Grundzüge² (2009), 412.

¹⁷⁰ EuGH 31.03.1971, Rs. C-22/70, *Kommission/Rat* („AETR“), Slg. 1971, I-263, 275.

Kompetenzen zwischen konkurrierenden ("geteilten") und ausschließlichen ("exklusiven") impliziten (Außen)-Kompetenzen unterschieden wird.¹⁷¹

Maydell leitet aus Ex-Artikel 57 Absatz 2 Satz 1 EGV die implizit-konkurrierende, externe Kompetenz zum Abschluss von Investitionsschutzabkommen ab. Eine solche liegt dann vor, wenn das gegenständliche internationale Abkommen und die korrelierende interne Kompetenznorm einander thematisch gleichen. Desweiteren hat das Abkommen denselben Zielen der internen Kompetenz zu dienen und der Abkommensabschluss hat die Ausübung interner Kompetenzen zu erleichtern. Der Inhalt des Gegenstands darf außerdem nicht gegen den Grundsatz der Subsidiarität verstoßen. Da alle Bedingungen erfüllt sind, hat die EG auf Basis des Ex-Artikels 57 Absatz 2 Satz 1 EGV die implizit-konkurrierende Außenkompetenz für Investitionsschutzabkommen. Diese umfasst alle typischerweise Investitionsabkommen immanenten Bestimmungen, insbesondere auch jene zum Enteignungsschutz.¹⁷²

3.1.2 Investitionspolitische Maßnahmen der Europäischen Gemeinschaft

Nachdem sich herausgestellt hat, dass wohl bereits die EG eine – wenngleich „nur“ implizite – Kompetenz zum Abschluss von Investitionsschutzabkommen besaß, gilt es in einem nächsten Schritt die investitionspolitische Vertragspraxis der Gemeinschaft zu untersuchen. Es soll dabei eruiert werden, inwieweit die investitionspolitische Zuständigkeit der Gemeinschaft realpolitisch verwirklicht wurde.

(a) Die Minimum Platform on Investment („MPoI“)

Der Europäische Rat beschloss am 27.11.2006 die MPoI. Es handelt sich hierbei um eine standardisierte Vorlage für Handelsabkommen der EG mit investitionsschutzrechtlichem Inhalt. Ihr Sinn liegt darin, bei der Aushandlung von Kapiteln zum Investitionsschutz auf ein Fundament erprobter Normen zurückgreifen zu können; ihr kommt also nicht *per se* Rechtskraft zu.¹⁷³ Zu einer Veröffentlichung der Investitionsplattform von Seiten der

¹⁷¹ Siehe hierzu: *Klamert/Maydell*, Lost in Exclusivity: Implied Non-exclusive External Competences in Community Law, *European Foreign Affairs Review* 13/2008, 493, (493ff); *Nettesheim* in *von Bogdandy/Bast* (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*², 389ff.

¹⁷² *Maydell*, The European Community's Competence to conclude International Agreements on Investment, 137.

¹⁷³ *Maydell* in *Reinisch/Knahr* (Hrsg.), *International Investment Law in Context*, 73f.

Gemeinschaftsorgane kam es nie, da eine negative Beeinträchtigung bestehender und künftiger Verhandlungen zum Abschluss von Handelsabkommen gefürchtet wurde.¹⁷⁴

Die Minimum Platform on Investment kann für die gegenständliche Arbeit aber weitestgehend vernachlässigt werden, da sie keine materiellen Schutzstandards¹⁷⁵ – auch nicht den Enteignungsschutz – regelt. Sie beschränkt sich in ihrer Wirkung vielmehr auf die Ausformulierung des Marktzuganges ausländischer Direktinvestitionen, wobei Ex-Artikel 57 Absatz 2 EGV hierbei offensichtlich als Kompetenzbasis dienen sollte.¹⁷⁶

(b) Die Europäische Energiecharta

Die Europäische Gemeinschaft und ihre Mitgliedstaaten setzten sich in den 90-er Jahren, auf Initiative des niederländischen Premierministers Lubbers, für ein gemeinsames Verständnis im Energiesektor zwischen Ost- und Weststaaten ein. Die Bemühungen resultierten 1991 in einer politischen Deklaration und hatten 1994 die Aushandlung des multilateralen Vertrags über die Energiecharta (*ECT*) zum Ergebnis. Vertragsparteien des ECT sind sowohl die Europäische Gemeinschaft als auch die einzelnen Mitgliedstaaten.¹⁷⁷

Der Vertrag über die Energiecharta enthält in Artikel 13 eine ISA nachempfundene Bestimmung zum Enteignungsschutz.¹⁷⁸ Angesichts des vorhin Gesagten stellt sich unweigerlich die Frage, ob hierfür Ex-Artikel 57 Absatz 2 EGV als Kompetenzbasis zur Rate gezogen wurde. Der zugrundeliegende Beschluss von Rat und Kommission¹⁷⁹ zeigt aber, dass Ex-Artikel 57 Absatz 2 EGV lediglich für die Kapitaltransferbestimmungen des Abkommens als Kompetenzgrundlage diene. Der Enteignungsschutz war von dieser Bestimmung folglich nicht umfasst, weswegen hierfür die mitgliedstaatliche Kompetenz beansprucht wurde.

¹⁷⁴ *Dimopoulos*, EU Foreign Investment Law (2012), 198.

¹⁷⁵ Siehe hierzu die Ausführungen auf Seite 28.

¹⁷⁶ *Maydell* in *Reinisch/Knahr* (Hrsg.), International Investment Law in Context, 73ff; *Titi*, International Investment Law and the European Union: Towards a New Generation of International Investment Agreements, European Journal of International Law Volume 26 No. 3 (2015), 639, (642f).

¹⁷⁷ *Hoffmeister/Ünivar*, From BITs and Pieces towards European Investment Agreements, in *Bungenberg/Reinisch/Tietje* (Hrsg.), EU and Investment Agreements: Open Questions and Remaining Challenges (2013), 59.

¹⁷⁸ Art. 13 des Vertrags über die Energiecharta vom 17.12.1994, Volume 2080, UNTS 36116.

¹⁷⁹ Beschluss des Rats und der Kommission (98/181/EG, EGKS, Euratom) vom 23.09.1997, ABI L 1998/69, 1.

(c) Die Partnerschafts- und Kooperationsabkommen der Europäischen Gemeinschaft

Die Europäische Gemeinschaft schloss mit zahlreichen Staaten Osteuropas und Zentralasiens Partnerschafts- und Kooperationsabkommen ab. Diese enthalten neben Bestimmungen zum politischen, wirtschaftlichen, kulturellen und juristischen Dialog, regelmäßig auch einige Artikel zur Investitionsförderung und zum Investitionsschutz.¹⁸⁰

Artikel 78 des Partnerschaftsabkommens zwischen den "AKP-Staaten"¹⁸¹ einerseits und der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten andererseits belegt, dass die in derartigen Abkommen enthaltenen Klauseln nicht auf den klassischen Investitionsschutz abstellen. Die Vorschriften erschöpfen sich oft eher in der Feststellung auf gegenseitige Investitionen Rücksicht zu nehmen und im beiderseitigen Interesse darauf hinzuarbeiten, Investitionsschutz- und –Investitionsförderungsverträge abzuschließen.¹⁸²

3.1.3 Anmerkungen zur Investitionskompetenz der Europäischen Gemeinschaft

Da wohl bereits "vor Lissabon" die Kompetenz zum Abschluss internationaler Abkommen über ausländische Direktinvestitionen bestand, drängt sich unweigerlich die Frage auf, wieso diese in der Außenhandelspolitik der Europäischen Gemeinschaft nicht ausreichend Beachtung fand. Man kann wohl davon ausgehen, dass erst der Wandel der impliziten Kompetenz in eine, wie noch ausführlicher zu zeigen sein wird, explizite Kompetenz zum notwendigen Souveränitätsgewinn der Europäischen Union auf dem Gebiet der Investitionspolitik führte. Die EU konnte sich offensichtlich erst durch diese Ausdrücklichkeit das nötige Maß an Legitimität im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten sichern, um umfassend investitionsrechtlich tätig zu werden.¹⁸³

Da offenbar erst die explizite primärrechtliche Normierung einer Investitionskompetenz zur Wahrnehmung derselbigen führte, ist zunächst die Entwicklung der ausdrücklichen Unionskompetenz des Lissaboner Vertrags zu skizzieren, ehe im Anschluss hieran die

¹⁸⁰ *Maydell*, The European Community's Competence to conclude International Agreements on Investment, 140f.

¹⁸¹ Gemeint sind die 79 Mitgliedstaaten der Gruppe der afrikanischen, karibischen und pazifischen Staaten.

¹⁸² Partnerschaftsabkommen zwischen den Mitgliedern der Gruppe der Staaten in Afrika, im Karibischen Raum und im Pazifischen Ozean einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits, unterzeichnet in Cotonou am 23.06.2000, ABl L 317/3, online abrufbar unter: <https://www.wko.at/Content.Node/service/aussenwirtschaft/fhp/Handelsabkommen/Partnerschaftsabkommen_EU-AKP_ABl_L_317_v_000623.pdf> (17.06.2017).

¹⁸³ *Hindelang/Maydell* in *Bungenberg/Griebel/Hindelang* (Hrsg.), Internationaler Investitionsschutz und Europarecht, 79.

schwerpunktmäßige Analyse der "neuen" Zuständigkeit und ihres Anwendungsbereichs erfolgt.

3.1.4 Die Entwicklung einer ausdrücklichen Unionskompetenz für ausländische Direktinvestitionen

Gegenständlicher Abschnitt greift konzise all jene Entwicklungsstränge auf, die in der, durch den Vertrag von Lissabon eingeführten Kompetenz über ADI mündeten.¹⁸⁴ Die Begründung einer ausdrücklichen Unionskompetenz für ADI lässt sich bis ins Jahr 1972 rückverfolgen, als ein Verordnungsvorschlag der Europäischen Kommission die Errichtung eines europäischen Garantiesystems für Investitionen in Drittstaaten vorsah. Der Verordnungsvorschlag koppelte die Gewährung einer Garantie an den Abschluss eines Investitionsschutzabkommens durch die EWG mit dem betreffenden Gaststaat. Die Kompetenz zum Abkommensabschluss sah man im damaligen Ex-Artikel 113 EWGV, der die gemeinsame Handelspolitik normierte. Es zeigt sich hierdurch, dass die europäischen Institutionen bereits um das Jahr 1970 ADI als von der Gemeinsamen Handelspolitik umfassten Teilbereich erachteten. Das Projekt wurde jedoch aus Finanzierungsgründen schließlich nicht durchgeführt.¹⁸⁵

Im Zuge der Teilnahme der Europäischen Gemeinschaft an der „Uruguay-Runde“ der Welthandelsorganisation (*WTO*), standen ADI erneut auf der Verhandlungsagenda. Die EK pochte im Zuge der WTO – Vertragsverhandlungen (1987 – 1994) auf einer ausschließlichen Zuständigkeit der Europäischen Gemeinschaft für den Bereich der Außenhandelspolitik. Die EK sah ADI dabei als Teil der GHP und von der Kompetenz folglich gedeckt. Da die Rechtsauffassungen der EG und der einzelnen Mitgliedstaaten hierzu jedoch auseinander klafften, musste sich der EuGH in der Folge mit der genauen Reichweite der Gemeinsamen Handelspolitik beschäftigen.¹⁸⁶ Der EuGH legte Ex-Artikel 133 EGV in seinem Gutachten ein restriktives Verständnis zu Grunde und stellte fest, dass ADI nicht unter die GHP fallen.¹⁸⁷

¹⁸⁴ Für eine detailliertere Darstellung siehe: *Basedow*, A Legal History of the EU's International Investment Policy, *Journal of World Investment & Trade* Volume 17 Issue 5 (2016), 743ff.

¹⁸⁵ *Johannsen*, Die Kompetenz der Europäischen Union für ausländische Direktinvestitionen nach dem Vertrag von Lissabon, *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht* Heft 90 (2009), 1, (5f).

¹⁸⁶ EuGH 15.11.1994, Gutachten 1/94 („WTO“), Slg. 1994, I-5267.

¹⁸⁷ *Johannsen*, Die Kompetenz der Europäischen Union für ausländische Direktinvestitionen nach dem Vertrag von Lissabon, 1, (6f).

Das EuGH-Gutachten 1/94 sorgte für einen nachhaltigen Dämpfer. Im Zuge der EG-Regierungskonferenz 1996 in Dublin, wurde deswegen die Erweiterung der GHP um den Bereich der ADI diskutiert.¹⁸⁸ Ein eigens einzuführender Artikel 113a EG-V sollte dabei als ausdrückliche Kompetenzbasis für ausländische Direktinvestitionen dienen. Die mögliche Eingliederung ausländischer Direktinvestitionen in die GHP wurde insbesondere im Hinblick auf die WTO-Ministerkonferenz in Singapur 1996 gesehen. Der Vertrag von Amsterdam brachte für den Bereich der Investitionspolitik aber im Ergebnis keine Neuerungen. Letzten Endes verhinderte vor allem der Widerstand Frankreichs, das weitere Souveränitätseinbußen fürchtete, ein Einfließen der 1996 in Dublin erarbeiteten Vorschläge in den Vertrag von Amsterdam. Auch der Vertrag von Nizza brachte, obwohl mehrfach debattiert, keine Erweiterung der GHP um den Bereich der ADI.¹⁸⁹

Erst der Entwurf des Verfassungsvertrags im Jahre 2003 führte ADI als Teil der GHP ein. Der Verfassungskonvent begründete die Erweiterung um ausländische Direktinvestitionen mit der wechselseitigen Abhängigkeit von Güterverkehr und Finanzströmen. Die finale Fassung des Vertrags über eine Verfassung für Europa beinhaltet daher, trotz teils vorgebrachter Einwände,¹⁹⁰ eine um ADI komplettierte GHP. Das Scheitern des Verfassungsvertrags hatte auf die neu geschaffene primärrechtliche Kompetenz keine Auswirkungen so, dass das Arbeitsergebnis durch den Vertrag von Lissabon schließlich vielmehr übernommen wurde.¹⁹¹

3.2 Der Vertrag von Lissabon und die Zulässigkeit des Enteignungsschutzes

Im Rahmen dieses Abschnitts soll die Forschungsfrage ob der Zulässigkeit von Regelungen zum Enteignungsschutz beantwortet werden. Sollte die Untersuchung zeigen, dass die Mitgliedstaaten für den Enteignungsschutz zuständig sind, wären künftige Investitionsschutzabkommen der Union als gemischte Abkommen¹⁹² abzuschließen.

¹⁸⁸ Conference of the Representatives of the Governments of the Member States (CONF) 2500/96 vom 5.12.1996, 80.

¹⁸⁹ *Johannsen*, Die Kompetenz der Europäischen Union für ausländische Direktinvestitionen nach dem Vertrag von Lissabon, 1, (8f).

¹⁹⁰ Europäischer Konvent (CONV) 707/03 vom 9.5.2003, 7; Europäischer Konvent (CONV) 821/03 vom 27.6.2003, 125.

¹⁹¹ *Johannsen*, Die Kompetenz der Europäischen Union für ausländische Direktinvestitionen nach dem Vertrag von Lissabon, 1, (10f).

¹⁹² Siehe hierzu die Ausführungen auf Seite 102.

Aufgrund der wirtschaftspolitischen Relevanz des Enteignungsschutzes, wäre die Kompetenz für ADI damit weitestgehend zahnlos. In diesem Fall, wäre für das In-Kraft-Treten eines Investitionsschutzabkommens die Ratifikation des Vertrags durch alle Mitgliedstaaten erforderlich. Die Mitgliedstaaten besäßen ein geradezu absolutes Vetorecht. Eine geteilte Zuständigkeit hätte dahingegen nicht nur einen erhöhten Koordinationsbedarf zwischen Europäischer Union und Mitgliedstaaten zur Folge, aufgrund des Zustimmungserfordernisses wären vielmehr auch nationale Parlamente mittelbar an der Ausgestaltung der künftig gesamteuropäischen Investitionspolitik beteiligt.¹⁹³ All dies, würde im Ergebnis zur Verkomplizierung und Verzögerung des Abschlussprozesses von ISA führen. Andererseits stünde es den Mitgliedstaaten auf diese Weise offen, weiterhin effizient eigenständige, nationale Investitionsprogramme zu verfolgen.

Geradezu spiegelbildlich, wäre die Europäische Union im Fall der Zulässigkeit von Bestimmungen zum Enteignungsschutz in der Lage umfassende Handels- und Investitionsabkommen selbstständig zu unterzeichnen. Der Zweck der handelspolitischen Änderungen des Lissaboner Vertrags, bekanntermaßen die Konsolidierung europäischer Kompetenzen und das Gleichziehen mit dem Handlungsfeld der WTO wäre damit erfüllt.¹⁹⁴ Da lediglich europäische Institutionen mit der Aushandlung internationaler Abkommen zum Investitionsschutz befasst wären, käme es zu einer massiven Effizienzsteigerung zu Lasten nationaler Zuständigkeiten.

Ohne eine Beurteilung vorwegzunehmen, ist zu sagen, dass für beide Argumentationslinien schlagende Begründungen vorliegen. Da die Beantwortung jedoch rechtsdogmatisch erfolgen soll, sind im vorangegangenen Kapitel die wichtigsten Auslegungsmethoden europäischen Primärrechts ausgemacht worden. Kenntnisse der Europäischen Methodenlehre sind nun unabdingbar und stellen das erforderliche Rüstzeug für die rechtstechnischen Ausführungen zur Zulässigkeit des Enteignungsschutzes dar.

Zu Beginn dieser Arbeit soll die neue Unionskompetenz kompakt vorgestellt werden. Im Zuge dessen, soll auch aufgezeigt werden, welche rechtlichen Implikationen sich aus der textlichen Limitierung auf *Direktinvestitionen* ergeben. Auf die grundsätzlich bestehende Unterscheidung zwischen Direkt- und Portfolioinvestitionen wird gleichermaßen

¹⁹³ Rathke, Fragen zur Zuständigkeitsverteilung zwischen EU und Mitgliedstaaten sowie zur Ratifikation des Abkommens über eine Transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft (TTIP) (2014), 1, (13), online abrufbar unter: <<http://www.no-ttip.de/Material/Kompetenzen.pdf>> (17.06.2017).

¹⁹⁴ Nettesheim in Oppermann/Classen/Nettesheim, Europarecht⁷, 641.

eingegangen, wie auf die Möglichkeit einer unter Umständen existierenden impliziten Vertragsschlusskompetenz für Portfolioinvestitionen (*Unterabschnitt 1*).

Die Kompetenz für ADI ist Teil der GHP. Da der Vertrag von Lissabon auch wichtige strukturelle Änderungen, wie etwa die Einbettung in die *Bestimmungen über das auswärtige Handeln der Union* brachte, soll ein eigener Abschnitt die wichtigsten Änderungen der neuen „europäischen Außenwirtschaftsverfassung“ wiedergeben. (*Unterabschnitt 2*).

Nachdem die Kompetenzerweiterung und die Struktur der GHP in einem ersten Schritt eruiert wurden, kann in der Folge der genaue Anwendungsbereich der Investitionszuständigkeit erarbeitet werden. So vertreten etwa einige Autoren, insbesondere aufgrund grammatischer Überlegungen, dass sich die Erweiterung der GHP um ADI lediglich in einer Kompetenz für Maßnahmen des Marktzuganges bzw. der Investitionsliberalisierung erschöpfe, nicht aber das weite Feld des materiellen Investitionsschutzes mitumfasse. Dies hätte zur Folge, dass die Regelungshoheit für alle Investitionsschutzstandards – damit auch für den Enteignungsschutz – weiterhin in mitgliedstaatlicher Hand verbliebe. Der Abschluss eines umfassenden Investitionsabkommens bedürfe dann unweigerlich der Miteinbeziehung aller Mitgliedstaaten. Die hierbei vorgebrachten Argumente sollen im Rahmen dieses Abschnitts analysiert und gewürdigt werden (*Unterabschnitt 3*). Zu demselben Ergebnis gelangt auch ein vergleichbarer Argumentationsstrang. So findet sich in der Literatur die Ansicht, dass sich die Unionskompetenz des Artikels 207 Absatz 1 AEUV nur auf handelsbegleitende Investitionen beziehe. Aufgrund der Eingliederung der Investitionskompetenz in die Gemeinsame Handelspolitik, dem Wortlaut der Norm, sowie deren Entstehungsgeschichte, könne argumentiert werden, dass ADI lediglich als Teilbereich des Handelsverkehrs zu verstehen seien. Auch hier wäre es der Union – in weiterer Konsequenz – genommen, den Enteignungsschutz in künftigen ISA zu normieren (*Unterabschnitt 4*).¹⁹⁵

Im Anschluss hieran, werden die handelspolitischen Instrumente der Union – insbesondere der Abschluss völkerrechtlicher Abkommen – untersucht. Die externe Handelspolitik (Abkommensabschluss) wird dabei sowohl im Hinblick auf die Verhandlungsphase, als auch die Abschlussphase näher analysiert. Im Rahmen dieses Abschnitts sollen nicht nur verfahrensrechtliche Erfordernisse, sondern auch relevante Fragen betreffend die

¹⁹⁵ Siehe hierzu etwa *Hummer* in *Vedder/Heintschel von Heinegg* (Hrsg.), *Europäischer Verfassungsvertrag* (2007), Art. III-315, Rz. 8.

Investitionszuständigkeit erörtert werden (*Unterabschnitt 5*). Durch die Beschäftigung mit den verfahrensrechtlichen Bestimmungen der Gemeinsamen Handelspolitik wird das Verständnis hinsichtlich allfälliger Einschränkungen der Unionskompetenz geschärft. So könnte Artikel 207 Absatz 3 AEUV, welcher die Pflicht des Rates und der Kommission vorsieht dafür Sorge zu tragen, dass die von der Union ausgehandelten Abkommen mit den internen Politiken und Vorschriften der Union vereinbar sind, so gelesen werden, dass der Enteignungsschutz in den Kompetenzbereich der Mitgliedstaaten fällt. Um jedenfalls eine möglichst lückenlose Erörterung der Zulässigkeit des Enteignungsschutzes zu ermöglichen, gilt es daher auch den Anwendungsbereich des Artikels 207 Absatz 3 AEUV näher zu beleuchten (*Unterabschnitt 6*).¹⁹⁶

Darüber hinaus, enthält die Gemeinsame Handelspolitik (in Artikel 207 Absatz 6 AEUV) sowohl eine Kompetenzschranke als auch ein Harmonisierungsverbot. Im Hinblick auf die Zulässigkeit des Enteignungsschutzes ist von Interesse, inwiefern hierdurch die Unionszuständigkeit determiniert wird (*Unterabschnitt 7*).

Nachdem mehrere Aspekte der Zulässigkeit des Enteignungsschutzes analysiert wurden, sind die hierbei gewonnenen Ergebnisse in einem finalen Schritt zusammenzufassen und an aktuellen Entwicklungen der Gemeinsamen Handelspolitik zu messen; in diesem Zusammenhang interessieren insbesondere (auch) haftungsrechtliche Fragestellungen (*Unterabschnitt 8*).

¹⁹⁶ *Cross/Carta*, Greenpeace's contribution to the European Commission's public consultation on „Investment protection and investor-to-state dispute settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement (TTIP)“ (2014), online abrufbar unter: <https://greenpeace.de/sites/www.greenpeace.de/files/publications/isds-konsultation_dt_greenpeace.pdf> (17.06.2017).

3.2.1 Die Unionskompetenz für ausländische Direktinvestitionen: Eine erste Annäherung

Die neue Investitionszuständigkeit für ADI ist der GHP eingegliedert. Die Gemeinsame Handelspolitik findet sich nach dem Vertrag von Lissabon in den Artikeln 206f AEUV, welche aufgrund der Bedeutung für die gegenständliche Arbeit an dieser Stelle wiedergegeben werden.

*„Durch die Schaffung einer Zollunion nach den Artikeln 28 bis 32 trägt die Union im gemeinsamen Interesse zur harmonischen Entwicklung des Welthandels, zur schrittweisen Beseitigung der Beschränkungen im internationalen Handelsverkehr und **bei den ausländischen Direktinvestitionen** sowie zum Abbau der Zollschränken und anderer Schranken bei. (Hervorhebung durch den Verfasser)“¹⁹⁷*

*„Die gemeinsame Handelspolitik wird nach einheitlichen Grundsätzen gestaltet; dies gilt insbesondere für die Änderung von Zollsätzen, für den Abschluss von Zoll- und Handelsabkommen, die den Handel mit Waren und Dienstleistungen betreffen, und für die Handelsaspekte des geistigen Eigentums, **die ausländischen Direktinvestitionen**, die Vereinheitlichung der Liberalisierungsmaßnahmen, die Ausfuhrpolitik sowie die handelspolitischen Schutzmaßnahmen, zum Beispiel im Fall von Dumping und Subventionen. (Hervorhebung durch den Verfasser)“¹⁹⁸*

Obiger Artikel 207 Absatz 1 AEUV bezieht erstmals in der Geschichte der europäischen Integration die Materie der ausländischen Direktinvestitionen explizit in die Gemeinsame Handelspolitik mit ein. Durch das Lissaboner Vertragswerk neu hinzugekommen sind auch der internationale Dienstleistungshandel, sowie die handelsbezogenen Aspekte des Schutzes geistiger Eigentumsrechte.¹⁹⁹ Es gibt damit seit Inkrafttreten des Lissaboner Reformvertrages mit den ausländischen Direktinvestitionen eine neue Unionszuständigkeit.²⁰⁰

¹⁹⁷ Art. 206 AEUV.

¹⁹⁸ Art. 207 Abs. 1 Satz 1 AEUV.

¹⁹⁹ Tietje, Die Außenwirtschaftsverfassung der EU nach dem Vertrag von Lissabon, 1, (9).

²⁰⁰ Nowak, Europarecht nach Lissabon (2011), 264.

Obwohl der Wortlaut des Artikels 207 AEUV *prima facie* eindeutig und abschließend erscheint,²⁰¹ sind die Bestimmungen der GHP für gegenständliche Zwecke näher zu analysieren. In diesem Zusammenhang ist insbesondere von Interesse, ob diese – augenscheinlich umfassend formulierte – Unionskompetenz inhaltlichen Schranken unterworfen ist.

Es gilt dabei zu beachten, dass nach der sogenannten „*Pastis-Formel*“²⁰² grundsätzlich dann keine (alleinige) Abschlusskompetenz der Europäischen Union mehr besteht, wenn bereits Teilaspekte eines Handelsvertrags die mitgliedstaatliche Kompetenzsphäre berühren, wie auch nachstehender Textpassus belegt:

*„Schon einzelne Teilaspekte eines Abkommens, für die der Gemeinschaft intern die Zuständigkeit fehlt, „infizieren“ das Abkommen als Ganzes und machen es insgesamt von der einvernehmlichen Zustimmung der Mitgliedstaaten abhängig. Das Bild, das die Kommission selbst in anderem Zusammenhang geprägt hat, trifft auch im Rahmen von Art. 133 Abs. 6 EG durchaus zu: So wie ein kleiner Tropfen Pastis ein Glas Wasser trüben kann, können auch einzelne, noch so untergeordnete Bestimmungen in einem auf Art. 133 Abs. 5 UAbs. 1 EG gestützten internationalen Vertragswerk den Zwang zum Abschluss eines gemischten Abkommens auslösen.“*²⁰³

Bei der Betrachtung des Artikels 207 Absatz 1 AEUV, welcher die Investitionszuständigkeit beheimatet, fällt zunächst auf, dass die Kompetenz sprachlich an ausländische *Direktinvestitionen* anknüpft. Direktinvestitionen sind, wie zuvor ausgeführt²⁰⁴, dadurch gekennzeichnet, dass der Investor mit seiner Investition Management- und Kontrollaufgaben übernimmt. Da es sich hierbei trotz einiger vorherrschender Definitionsversuche um ein umstrittenes Tatbestandsmerkmal handelt, herrscht in der Lehre weitestgehend Unklarheit über den genauen Umfang der Kompetenzübertragung.²⁰⁵ Die Verwendung der Begrifflichkeit *Ausländische Direktinvestitionen* auf der Ebene des Investitionsbegriffs der neuen Unionskompetenz hat

²⁰¹ *Hinojosa-Martinez*, Journal of World Investment & Trade Volume 17 Issue 1 (2016), 86, (101).

²⁰² Schlußanträge GA Kokott, Rs. C-81/13, *Vereinigtes Königreich/Rat*, EU:C:2014:2114.

²⁰³ Ebd., Rz. 121.

²⁰⁴ Siehe hierzu die Ausführungen auf Seite 14.

²⁰⁵ *Tietje*, Außenwirtschaftliche Dimensionen der europäischen Wirtschaftsverfassung, in *Fastenrath/Nowak* (Hrsg.), Der Lissabonner Reformvertrag: Änderungsimpulse in einzelnen Rechts- und Politikbereichen (2009), 247ff.

eine lebhaft Diskussion zur Interpretation dieser Begrifflichkeit und der Reichweite der GHP insgesamt ausgelöst.²⁰⁶

Diese in der Literatur teils sehr kontroversiell geführte Diskussion²⁰⁷ kann an dieser Stelle nicht in ihrer Gesamtheit abgebildet werden. Da sich diese Fragestellung aber auch auf die Zulässigkeit des Enteignungsschutzes auswirkt, ist sie doch zu thematisieren. Verneint man nämlich die Kompetenz für die Regelung von Portfolioinvestitionen, wäre die Zuständigkeit der Union für den Enteignungsschutz folglich auf Direktinvestitionen zu beschränken.

Die Auslegung der Investitionskompetenz des Artikels 207 AEUV wird insbesondere dadurch erschwert, dass der Terminus *Ausländische Direktinvestitionen* keine nähere Definition in den Europäischen Verträgen erfährt. Die Bestimmung bezieht sich – nicht nur im Deutschen – sprachlich explizit auf Ausländische Direktinvestitionen.²⁰⁸ Der Wortlaut erteilt einer extensiven, Portfolioinvestitionen mit inkludierender, Auslegung damit *prima facie* eine Absage. Es verwundert daher auch nicht, dass der Begriff im Zuge des Europäischen Konvents als zu unpräzise bekrittelt wurde.²⁰⁹ So merkte Konventsmitglied *Peter Hain* an:

"We understand that inclusion of "foreign direct investment" is intended to address a Commission request to be able to conduct negotiations on a multilateral investment treaty in the WTO rather than to remove Member States competence to conduct bilateral investment activity. We would support the intention. However, we see the need to use a more precise

²⁰⁶ *Griebel*, Überlegungen zur Wahrnehmung der neuen EU-Kompetenz für ausländische Direktinvestitionen nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon, RIW Heft 7 (2009), 469, (470); *Hinojosa-Martinez*, Journal of World Investment & Trade Volume 17 Issue 1 (2016), 86, (88ff); *Krajewski*, External trade law and the Constitution Treaty: Towards a federal and more democratic common commercial policy?, Common Market Law Review Volume 42 Issue 1 (2005), 91, (114), online abrufbar unter: <<http://www.tombeurcounsel.eu/teksten/europa/EU%20-%20GW%20-%20handelsbeleid.pdf>> (17.06.2017).

²⁰⁷ Siehe hierzu etwa: *Lavranos*, Bilateral Investment Treaties (BITs) and EU Law, 1, (19); *Mestmäcker*, Die Wirtschaftsverfassung der EU im globalen Systemwettbewerb, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht Heft 100 (2011), 1, (33); *Reinisch*, The Division of Powers between the EU and its Member States after Lisbon, in: *Bungenberg/Griebel/Hindelang* (Hrsg.), Internationaler Investitionsschutz und Europarecht (2010), 99, (103ff).

²⁰⁸ Im Englischen findet man den Begriff "foreign direct investment", im Französischen "investissements étrangers directs".

²⁰⁹ *Schmitt*, Die Kompetenzen der Europäischen Union für ausländische Investitionen in und aus Drittstaaten, 54.

term than "foreign direct investment". We will submit some draft language in the near future. (Hervorhebung durch den Verfasser)²¹⁰

(a) Das Internationale Investitionsrecht und "Ausländische Direktinvestitionen"

Eine erste Annäherung an die Bedeutung der Begrifflichkeit soll über eine Analyse des Internationalen Investitionsrechts erfolgen. Generell kann gesagt werden, dass der Unterscheidung in Direkt- und Portfolioinvestitionen in der heutigen Praxis keine Bedeutung mehr zukommt. BITs neuerer Generation stellen vielmehr auf den umfassenden Begriff des *investments* ab.²¹¹ Auch der Investitionsbegriff des Artikels 25 ICSID-Konvention bringt keine Klarheit. In der Schiedsgerichtsbarkeit behilft man sich des sogenannten *Salini-Tests*, um festzustellen ob eine Investition vorliegt. Dieser verlangt, dass eine Investition (i) eine gewisse Dauer hat, (ii) für den Investor mit wirtschaftlichen Risiken und einer erheblichen Beitragsleistung verbunden ist, sowie (iii) zur wirtschaftlichen Entwicklung des Gaststaates beiträgt.²¹² Da sich viele Schiedstribunale nicht auf diese Kriterien versteifen, sondern hierin lediglich Indikatoren sehen,²¹³ können sowohl Direkt- als auch Portfolioinvestitionen diese Kriterien erfüllen.²¹⁴ Das Internationale Investitionsrecht kann bei der Begriffseingrenzung sohin nicht zur Rate gezogen werden.

Hinzu kommt, dass nach ständiger EuGH-Rechtsprechung Begriffe des Unionsrechts unionsautonom zu interpretieren sind. Selbst eine Bezugnahme auf ein (allfällig) im Investitionsrecht bestehendes Begriffsverständnis würde für gegenständliche Zwecke daher nicht ausreichen.²¹⁵

(b) Das Unionsrecht und "Ausländische Direktinvestitionen"

²¹⁰ Siehe den Vorschlag des Konventsmitglieds *Hain*, online abrufbar unter: <<http://european-convention.europa.eu/docs/Treaty/pdf/866/Art23Hain.pdf>> (17.06.2017).

²¹¹ *Dolzer/Schreuer*, Principles of International Investment Law², 60f; *Schmitt*, Die Kompetenzen der Europäischen Union für ausländische Investitionen in und aus Drittstaaten, 69; *Tietje*, Die Außenwirtschaftsverfassung der EU nach dem Vertrag von Lissabon, 1, (15).

²¹² Siehe zu den Voraussetzungen im Einzelnen: ICSID, Case No. ARB/00/4 (*Salini Construttori S.P.A. and Italstrade S.P.A. v. Kingdom of Morocco*), Decision on Jurisdiction, v. 23.7.2001, Rz. 52.

²¹³ *Schreuer*, The ICSID Convention: A Commentary² (2009), Art. 25, Rz. 171f.

²¹⁴ *Schmitt*, Die Kompetenzen der Europäischen Union für ausländische Investitionen in und aus Drittstaaten, 72.

²¹⁵ *Streinz*, Europarecht⁹ (2012), Rz. 616.

Da die Anknüpfung an das Internationale Investitionsrecht nicht zur Determinierung ADI beitragen konnte, ist in einem nächsten Schritt an Unionsrecht anzuknüpfen. Der Terminus "Direktinvestitionen" findet sich in den Europäischen Verträgen nicht nur in der GHP, sondern auch im Rahmen der Bestimmungen des freien Kapitalverkehrs²¹⁶. Hieraus kann für die gegenständliche Untersuchung allerdings noch nichts gewonnen werden, da "Direktinvestitionen" auch im Kapitel über den freien Kapitalverkehr nicht legaldefiniert werden.

Ehe dieser Gedanke weiterverfolgt wird, ist zu sagen, dass die Rechtsauffassungen der europäischen Institutionen auseinandergehen. So ist die Europäische Kommission der Ansicht, dass die Vertragsschlusskompetenz der Europäischen Union seit jeher auch Portfolioinvestitionen mit umschließt.²¹⁷ Der Rat der Europäischen Union vertrat dahingegen stets eine restriktivere Rolle hinsichtlich der Regelung von Portfolioinvestitionen.²¹⁸ So bekräftigte dieser auch im Rahmen des Abschlusses der Freihandelsabkommen mit Kanada und den Vereinigten Staaten von Amerika²¹⁹, dass es sich bei Portfolioinvestitionen – wie auch dem Enteignungsschutz – um Materien handelt, die in die geteilte Zuständigkeitssphäre fallen.²²⁰

Gewiss ist, dass sich das Wort "Ausländische" im Zusammenhang mit der Investitionskompetenz nicht auf grenzüberschreitende Investitionen zwischen EU-Mitgliedstaaten bezieht. Die Kompetenz für ADI findet sich im fünften Teil des AEUV, der das auswärtige Handeln, also das Handeln der Union im Verhältnis zu Drittstaaten regelt.²²¹ "Ausländische" im Sinne des Artikels 207 AEUV meint sohin Investitionen zwischen EU-Mitgliedstaaten und Drittstaaten.²²²

Bei näherer Betrachtung lässt sich argumentieren, dass die Investitionskompetenz des Artikels 207 AEUV auf "Direktinvestitionen" einzuschränken ist. Die Rechtsprechung der

²¹⁶ Der Begriff findet sich in Artikel 64 AEUV ein weiteres Mal.

²¹⁷ KOM (2012) 335 endg., 3; KOM (2010) 343 endg., 9.

²¹⁸ Reinisch, *The EU on the Investment Path – Quo Vadis Europe?*, 1, (19f).

²¹⁹ Siehe hierzu die Ausführungen auf Seite 3.3.2(b)166.

²²⁰ Der Rat der Europäischen Union vom 09.10.2014, Leitlinien für die Verhandlungen über die transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft zwischen der Europäischen Union und den Vereinigten Staaten von Amerika, 8; Der Rat der Europäischen Union vom 15.12.2015, Empfehlung der Kommission an den Rat zur Änderung der Verhandlungsrichtlinien für ein Abkommen über wirtschaftliche Integration mit Kanada, damit die Kommission ermächtigt wird, im Namen der Union über Investitionen zu verhandeln, 4.

²²¹ *Schmitt*, Die Kompetenzen der Europäischen Union für ausländische Investitionen in und aus Drittstaaten, 73.

²²² *Puig*, The Scope of the new exclusive competence of the European Union with regard to 'Foreign Direct Investment', *Legal Issues of Economic Integration* Volume 40 No. 2 (2013), 133, (139).

Union versteht unter Direktinvestitionen nämlich alle Investitionen, die mit einer Unternehmenskontrolle einhergehen. Verlangt wird die Möglichkeit, sich an der Verwaltung oder Kontrolle der Gesellschaft tatsächlich beteiligen zu können.²²³ Direktinvestitionen werden also Portfolioinvestitionen entgegengehalten. Bei diesen geht es in der Regel um den Erwerb von Wertpapieren auf dem Kapitalmarkt, wobei keine Verwaltung o.ä. gegeben sein muss.²²⁴

Eine Beschränkung des neugefassten Artikels 207 AEUV auf ADI ist auch aus einem historischen Kontext heraus erklärbar. Im Jahr 1998 sprach sich die Europäische Gemeinschaft im Rahmen der Verhandlungen über das MAI (multilaterales Investitionsabkommen) für ein weites Investitionsverständnis, welches auch Portfolioinvestitionen umfassen sollte aus. In den späteren WTO-Verhandlungen der Doha-Runde zu Handel und Investitionen vertraten Union und Mitgliedstaaten die Meinung, dass ADI durch einen erheblichen Einfluss des Investors gekennzeichnet sind. Portfolioinvestitionen, welche nur eine Kapitalverzinsung wollen und gerade nicht auf eine langfristige Unternehmensführung gerichtet sind, wären nach dieser Auffassung davon auszunehmen.²²⁵ Im Lichte dessen, sprechen gute Gründe dafür Artikel 207 AEUV auf seinen Wortlaut zu reduzieren und Portfolioinvestitionen von der Investitionskompetenz der GHP auszuschließen.²²⁶ Ein derart "restriktives" Interpretationsergebnis kann wohl auch mit dem Zweck von Investitionsschutzabkommen gerechtfertigt werden. So kann man vertreten, dass kurzfristige Portfolioinvestitionen wegen des Zwecks der BITs unternehmerische Investitionen zu schützen, nicht unter die neue Unionskompetenz zu subsumieren sind.²²⁷

Auch deutsche Judikatur trägt diesem Auslegungsergebnis Rechnung, wie das gemeinhin als "Lissabon-Urteil" bezeichnete Urteil des deutschen Bundesverfassungsgerichtshofes belegt. Der zweite Senat des deutschen Höchstgerichts setzte sich im Zuge dieser Rechtssache intensiv mit dem Vertrag von Lissabon auseinander. Im Zusammenhang mit der Definition "Ausländische Direktinvestitionen" sprachen sich die Richter dafür aus,

²²³ EuGH 12.12.2006, Rs. C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, Slg. 2006, I-11753, Rz. 181.

²²⁴ Ohler, Die Umsetzung der Gemeinsamen Handelspolitik nach dem Vertrag von Lissabon, in *Eilmansberger/Griller/Obwexer* (Hrsg.), *Rechtsfragen der Implementierung des Vertrags von Lissabon* (2010), 428.

²²⁵ Krenzler/Pitschas, Die Gemeinsame Handelspolitik im Verfassungsvertrag – ein Schritt in die richtige Richtung, in: *Herrmann/Krenzler/Streinz* (Hrsg.), *Die Außenwirtschaftspolitik der Europäischen Union nach dem Verfassungsvertrag* (2006), 29f.

²²⁶ Reinisch, The Division of Powers between the EU and its Member States after Lisbon, in *Bungenberg/Griebel/Hindelang* (Hrsg.), *Internationaler Investitionsschutz und Europarecht* (2010), 99, (103ff).

²²⁷ Mestmäcker, Die Wirtschaftsverfassung der EU im globalen Systemwettbewerb, *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht* Heft 100 (2011), 1, (33).

hierunter all jene Investitionen zu fassen, die mit dem Kontrollerwerb eines Unternehmens einhergehen.²²⁸ Dieses enge Begriffsverständnis teilte – wie bereits thematisiert – auch der EuGH in früheren Entscheidungen. So fasste der EuGH in einer ergangenen Entscheidung "Direktinvestitionen" als Investitionen, die unweigerlich mit einem Kontrollerwerb einhergehen.²²⁹ Da diesen Judikaten jedenfalls eine Richtschnurfunktion zukommt, stellen sie im Ergebnis ein wichtiges Mittel der Kompetenzabgrenzung zwischen Union und Mitgliedstaaten dar.

Eine weitere Quelle, um Direktinvestitionen genauer begreifen zu können, stellt das von der EG und den Mitgliedstaaten in der WTO-Arbeitsgruppe über das Verhältnis zwischen Handel und Investitionen erarbeitete Konzeptionspapier²³⁰ dar. So ist dem Konzeptionspapier einerseits sowohl die Ansicht der EG als auch jene der Mitgliedstaaten zu entnehmen, andererseits entstammt es der Zeit, in welcher der Konvent der Verfassung für ein gemeinsames Europa (*EVV*) tagte. Das Konzeptionspapier ermöglicht damit eine detailgetreue Begriffsbestimmung. Die EG und ihre Mitgliedstaaten gehen demnach von zwei Hauptkriterien für das Vorliegen ADI aus: (i) es muss eine auf eine gewisse Dauer angelegte Investition vorliegen und (ii) die Investition muss mit einem bedeutenden Maß an Einflussnahme auf das Unternehmen einhergehen.²³¹

Angesichts des vorhin Gesagten, kann – insbesondere unter Berücksichtigung bestehender EuGH-Judikatur und des Wortlauts des Artikels 207 AEUV – argumentiert werden, die Investitionskompetenz der GHP auf "Ausländische Direktinvestitionen" einzugrenzen. Portfolioinvestitionen, wiewohl der Unterscheidung in der investitionsrechtlichen Praxis keine Bedeutung mehr zukommt, fallen folglich nicht unter die neue Investitionskompetenz der Union. Artikel 207 AEUV beschränkt sich auf "Ausländische Direktinvestitionen". Für das Vorliegen einer Direktinvestition hat sich dahingehend ein Konsens herausgebildet, dass der Kontrollerwerbstatbestand regelmäßig ab einem

²²⁸ BVerfG 123, 267, (421) Rz. 375f, online abrufbar unter: <http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208.html> (17.06.2017).

²²⁹ *Johannsen*, Die Kompetenz der Europäischen Union für ausländische Direktinvestitionen nach dem Vertrag von Lissabon, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht Heft 90 (2009), 1, (11f); *Tietje*, Die Außenwirtschaftsverfassung der EU nach dem Vertrag von Lissabon, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht Heft 83 (2009), 1, (15f).

²³⁰ Communication from the European Community and its Member States, WTO-Dok. WT/WGTI/W/15 vom 16.04.2002, Rz. 8ff.

²³¹ *Bings*, Neuordnung der Außenhandelskompetenzen der Europäischen Union durch den Reformvertrag von Lissabon, 65f.

Anteilswerb von 10 % erfüllt ist.²³² Aufgrund der Komplexität der Thematik kann an dieser Stelle aber keine abschließende Beurteilung vorgenommen werden; hierfür, sei vielmehr auf weiterführende Literatur verwiesen.²³³

(c) Portfolioinvestitionen: Teil der mitgliedstaatlichen Kompetenz?

Wie herausgearbeitet werden konnte, kommt der Europäischen Union wohl keine *explizite* Kompetenz für den Bereich der Portfolioinvestitionen zu. Hieraus darf aber nicht automatisch geschlossen werden, dass Portfolioinvestitionen zwangsläufig in die mitgliedstaatliche Kompetenzsphäre fallen. In einem nächsten Schritt ist vielmehr der Frage nachzugehen, ob eine – beide Investitionsarten umfassende – Investitionskompetenz allenfalls implizit hergeleitet werden kann. In der zu diesem Themenkreis ergangenen Literatur finden sich viele Ansätze, die im Ergebnis allesamt eine implizite Investitionskompetenz für Portfolioinvestitionen argumentieren.²³⁴

(i) Die impliziten Kompetenzen nach dem Vertrag von Lissabon

Der Vertrag von Lissabon kodifizierte erstmals die bisher ergangene EuGH-Judikatur zu den EU/EG-Außenkompetenzen. Artikel 216 Absatz 1 AEUV ermächtigt die Europäische Union in nachstehenden Fällen zum Vertragsschluss mit Drittstaaten und Internationalen Organisationen:

- die Europäischen Verträge sehen eine explizite Vertragsschlusskompetenz vor (*Alternative 1*); oder

²³² *Terhechte*, Art. 351 AEUV, das Loyalitätsgebot und die Zukunft mitgliedstaatlicher Investitionsschutzverträge, in: *Bungenberg/Griebel/Hindelang* (Hrsg.), Internationaler Investitionsschutz und Europarecht, 139, (143).

²³³ Hierzu etwa: *Lavranos*, Bilateral Investment Treaties (BITs) and EU Law, 1, (19); *Mestmäcker*, Die Wirtschaftsverfassung der EU im globalen Systemwettbewerb, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht Heft 100 (2011), 1, (33); *Reinisch*, The Division of Powers between the EU and its Member States after Lisbon, in: *Bungenberg/Griebel/Hindelang* (Hrsg.), Internationaler Investitionsschutz und Europarecht (2010), 99, (103ff).

²³⁴ *Hindelang/Maydell*, Die Gemeinsame Europäische Investitionspolitik – Alter Wein in neuen Schläuchen?, in: *Bungenberg/Griebel/Hindelang* (Hrsg.), Internationaler Investitionsschutz und Europarecht, 11, (77); *Müller-Ibold*, Handelsaspekte geistigen Eigentums sowie Investitionen, in: *Herrmann/Krenzler/Strein*z (Hrsg.), Die Außenwirtschaftspolitik der Europäischen Union nach dem Verfassungsvertrag (2006), 130.

- der Abschluss eines Abkommens ist im Rahmen der Politik der Union zur Verwirklichung eines vertraglich festgelegten Ziels erforderlich (*Alternative 2*); oder
- ein bereits erlassener verbindlicher (sekundärrechtlicher) Unionsrechtsakt sieht den Abschluss solcher Abkommen vor (*Alternative 3*); oder
- das Abkommen könnte gemeinsame Vorschriften beeinträchtigen (*Alternative 4*); oder
- das Abkommen könnte den Anwendungsbereich gemeinsamer Vorschriften ändern (*Alternative 5*).²³⁵

Die Voraussetzungen für eine implizite Unionskompetenz sind sohin in den 4 letzteren Fallgruppen normiert.²³⁶ Artikel 216 Absatz 1 AEUV enthält damit die Fälle impliziter Kompetenzen; über deren Natur (ausschließliche oder geteilte Kompetenzen) ist hierdurch aber noch nichts gesagt.²³⁷ Artikel 3 Absatz 2 AEUV führt dahingegen jene Fallkonstellationen an, nach denen implizite Kompetenzen zu ausschließlichen, impliziten Vertragsschlusskompetenzen werden.^{238 239} Der Union kommt – unter Berücksichtigung der beiden Regelungen – dann die ausschließliche, implizite Zuständigkeit zu, wenn (i) der Abschluss eines solchen Abkommens in einem Unionsrechtsakt vorgesehen ist, (ii) wenn er notwendig ist, um die interne Zuständigkeit auszuüben, oder (iii) soweit der Abschluss eines Abkommens gemeinsame Regeln beeinträchtigen oder deren Anwendungsbereich abändern könnte.

(ii) Die implizite Kompetenz für Portfolioinvestitionen

²³⁵ Die Auflistung findet sich bei: *Nawparwar*, Die Außenbeziehungen der Europäischen Union zu internationalen Organisationen nach dem Vertrag von Lissabon, in Beiträge zum Europa- und Völkerrecht Heft 4 (2009), 19.

²³⁶ *Beuttenmüller*, Das deutsche Außenwirtschaftsgesetz vor dem Hintergrund der neuen Unionskompetenz für ausländische Direktinvestitionen, 281, (283), online abrufbar unter: <<http://www.ritsumei.ac.jp/acd/cg/law/lex/rlr28/BEUTTENMULLER.pdf>> (17.06.2017).

²³⁷ *Streinz*, Europarecht⁹, Rz. 1182.

²³⁸ *Bings*, Neuordnung der Außenhandelskompetenzen der Europäischen Union durch den Reformvertrag von Lissabon, 74.

²³⁹ Zum Verhältnis zwischen Artikel 216 Absatz 1 AEUV und Artikel 3 Absatz 2 AEUV siehe auch *Govaere*, „Setting the International Scene“: EU External Competence and Procedures post-Lisbon revisited in the light of ECJ opinion 1/13, *Common Market Law Review* Volume 52 Issue 5 (2015), 1277.

Die Europäische Kommission geht übrigens davon aus, dass der Union die implizite, ausschließliche Zuständigkeit für Portfolioinvestitionen zukommt.

*"(...) Da aber internationale Investitionsabkommen den Geltungsbereich der im AEUV-Kapitel über den Kapital- und Zahlungsverkehr vorgegebenen gemeinsamen Regeln berühren, ergäbe sich daraus implizit die ausschließliche Zuständigkeit der Union für den Abschluss von Abkommen in diesem Bereich."*²⁴⁰

Die Untersuchung, ob der Europäischen Union eine implizite, ausschließliche Kompetenz für Portfolioinvestitionen zukommt, würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen. In der Literatur finden sich unterschiedliche Ansätze, auf deren Grundlage eine umfassende Investitionszuständigkeit begründet wird.

Jedenfalls denkbar scheint, dass der Union gemäß Artikel 63 Abs. 1 AEUV iVm Artikel 216 Abs. 1 AEUV eine implizite externe Kompetenz für Portfolioinvestitionen zukommt. Durch den Abschluss eines Investitionsschutzabkommens, das Bestimmungen über grenzüberschreitende Portfolioinvestitionen enthält, könnten nämlich die Normen des freien Kapitalverkehrs (Artikel 63ff AEUV) beeinträchtigt, oder deren Anwendungsbereich eingeschränkt werden. In diesem Fall, wäre eine implizite Kompetenz nach den Alternativen 4 und 5 des Artikels 216 Abs. 1 AEUV gegeben.²⁴¹

Die Überlegungen ob des Bestehens einer impliziten Kompetenz der Europäischen Union für Portfolioinvestitionen sind nicht von bloß akademischem Interesse, sondern auch im Rahmen des Abschlusses aktueller Investitionsabkommen regelmäßig Diskussionsthema. Ohne an dieser Stelle eine abschließende Beurteilung treffen zu wollen, sei darauf hingewiesen, dass Generalanwältin *Sharpston* im Rahmen ihrer Schlussanträge zum EuGH-Gutachten 2/15 die implizite Kompetenz für Portfolioinvestitionen (der Argumentation der Europäischen Kommission folgend) gemäß Artikel 61 Abs. 1 AEUV iVm Artikel 216 Abs. 1 AEUV angenommen hat.²⁴² Der EuGH bejahte letztlich eine

²⁴⁰ KOM (2010) 343 endg., 9.

²⁴¹ *Bings*, Neuordnung der Außenhandelskompetenzen der Europäischen Union durch den Reformvertrag von Lissabon, 74f.

²⁴² Schlußanträge GA *Sharpston*, Gutachten 2/15, ECLI:EU:C:2016:992, Rz. 270ff.

solche implizite (zwischen Europäischer Union und Mitgliedstaaten geteilte) Zuständigkeit.²⁴³

Aus Gründen der Vollständigkeit sei noch angemerkt, dass gelegentlich versucht wird über die Rechtsangleichungskompetenz des Artikels 114 AEUV bzw. die Rechtsergänzungsbefugnis des Artikels 352 AEUV eine implizite Zuständigkeit für Portfolioinvestitionen herzuleiten.²⁴⁴ Nach Artikel 114 Abs. 1 AEUV erlassen das EP und der Rat gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren und nach Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses, Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben. Eine Außenkompetenz für Portfolioinvestitionen ist hieraus aber wohl nicht abzuleiten, wie der EuGH bereits im Zusammenhang mit der Vorgängerbestimmung (Ex-Artikel 100a EGV) ausführte:

*"Es ist jedoch ausgeschlossen, daß eine Zuständigkeit für die Harmonisierung auf interner Ebene, die nicht in einem bestimmten Bereich ausgeübt worden ist, dazu führen kann, zugunsten der Gemeinschaft eine ausschließliche externe Zuständigkeit in diesem Bereich zu schaffen."*²⁴⁵

Das europäische Höchstgericht erläuterte, dass aus der Rechtsangleichungskompetenz des Artikels 114 AEUV keine externe Vertragsschlusskompetenz folgt.

Artikel 352 AEUV stellt der Union die Rechtsgrundlage für ein Tätigwerden bereit, wenn ein solches im Rahmen der vertraglich festgelegten Politikbereiche erforderlich erscheint, um ein vertragliches Ziel zu erreichen und sich eine Kompetenz hierzu den Verträgen nicht entnehmen lässt. Auch Artikel 352 AEUV dürfte für die Begründung einer Investitionskompetenz für Portfolioinvestitionen aber ungeeignet sein. Die Kompetenz ist, so ergibt sich aus Artikel 3 AEUV jedenfalls geteilter Natur. Der Hinweis auf das Subsidiaritätsprinzip in Artikel 352 AEUV, welches nur bei geteilten Kompetenzen zum Tragen kommt bekräftigt dies.²⁴⁶ Hinzukommt, dass der EuGH auch hier im

²⁴³ EuGH 16.05.2017, Gutachten 2/15 („EUSFTA“), ECLI:EU:C:2017:376, Rz. 225ff.

²⁴⁴ Ebd., 212ff.

²⁴⁵ EuGH 15.11.1994, Gutachten 1/94 („WTO“), Slg. 1994, I-5267, Rz. 88.

²⁴⁶ *Schmitt*, Die Kompetenzen der Europäischen Union für ausländische Investitionen in und aus Drittstaaten, 216.

Zusammenhang mit der Vorgängerbestimmung (Ex-Artikel 235 EGV) keine umfassende Außenkompetenz bejahte:

*"Artikel 235, der es der Gemeinschaft erlaubt, den Unzulänglichkeiten der ihr zur Verwirklichung ihrer Ziele ausdrücklich oder stillschweigend übertragenen Befugnisse abzuhelpfen, kann als solcher **keine ausschließliche Zuständigkeit der Gemeinschaft auf internationaler Ebene schaffen. Abgesehen von dem Fall, wo sie wirksam nur zugleich mit der externen Zuständigkeit ausgeübt werden kann (vgl. Gutachten 1/76, a.a.O., und Randnr. 85 des vorliegenden Gutachtens), kann eine interne Zuständigkeit nur dann eine ausschließliche externe Zuständigkeit begründen, wenn sie ausgeübt wird; dies gilt erst recht für Artikel 235. (Hervorhebung durch den Verfasser)"**²⁴⁷*

Der EuGH bejahte letztlich eine Außenkompetenz der Gemeinschaft auf Grundlage des Artikels 352 AEUV (Ex-Artikel 235 EGV) nur für den Fall, dass auf der Basis dieser Norm bereits interne Maßnahmen erlassen wurden. Es kann sohin wohl keine Unionszuständigkeit für Portfolioinvestitionen auf der Basis des Artikels 352 AEUV abgeleitet werden.

(d) Die explizite Unionskompetenz für Direktinvestitionen

Die neue Investitionskompetenz der Union erstreckt sich explizit bloß auf Direktinvestitionen. Direktinvestitionen sind durch eine erhöhte Kontrollmöglichkeit bzw. einen gewissen Managementeinfluss gekennzeichnet. Eine allfällige Zuständigkeit für Portfolioinvestitionen ist durch Inanspruchnahme des Modells der impliziten Kompetenzen herzuleiten. Kann auf dieser Grundlage eine Kompetenz für die Regelung von Portfolioinvestitionen nicht begründet werden, ist die Zuständigkeit der Union für den Enteignungsschutz folgerichtig auf Direktinvestitionen zu beschränken.

²⁴⁷ EuGH 15.11.1994, Gutachten 1/94 („WTO“), Slg. 1994, I-5267, Rz. 89.

3.2.2 Die Struktur der Gemeinsamen Handelspolitik nach dem Vertrag von Lissabon

Es ist vorhin die materiell-rechtliche Erweiterung der Gemeinsamen Handelspolitik um ausländische Direktinvestitionen beleuchtet worden. ADI sind Teil der GHP. Da der Lissaboner Reformvertrag nicht nur Kompetenzerweiterungen, sondern auch strukturelle Änderungen brachte, soll durch die Beschäftigung mit dem Aufbau und Gefüge der Gemeinsamen Handelspolitik das Verständnis für die neue Unionskompetenz geschärft und dessen Anwendungsbereich weiter verfeinert werden.

Neben der vertikalen Zuständigkeitsverschiebung zu Gunsten der Europäischen Union, brachte der Vertrag von Lissabon auch andere, strukturelle Veränderungen. Bei der Auseinandersetzung mit dem Aufbau der GHP ist eingangs auf Artikel 3 Abs. 1 lit. e AEUV einzugehen. Gemäß dieser Vorschrift besitzt die EU die ausschließliche Zuständigkeit für Materien der GHP, womit der europäische Primärrechtsgesetzgeber die (bis dahin bestehende) Judikatur zur Ausschließlichkeit der GHP normierte.²⁴⁸ Die Union verfügt damit über die alleinige Zuständigkeit für den Investitionsschutz. Hieraus ergibt sich insbesondere das Recht der Europäischen Union künftige ISA alleine – ohne Heranziehung der Mitgliedstaaten – abzuschließen.

Es fällt des Weiteren auf, dass die GHP den *Bestimmungen über das auswärtige Handeln der Union* (Artikel 205 bis 222 AEUV) systematisch eingegliedert ist. Die Vorschriften des Lissaboner Vertrags über das auswärtige Handeln der Union fassen jetzt, die bis dahin verstreuten, außenpolitischen Kompetenzen formal zusammen. Diese organisatorische Konzentration lässt sich insbesondere auf die Aufgabe der bisherigen Säulenstruktur des Unionsrechts zurückführen.²⁴⁹ Diese methodische Synthese hat für die künftige Außenwirtschaftspolitik der Union weitreichende Konsequenzen. So ist die Europäische Union verpflichtet, im Zuge handelspolitischer Maßnahmen den Grundsätzen und Zielen der EU-Außenhandelspolitik gemäß Artikel 21 und 22 EUV Geltung zu verschaffen.²⁵⁰ Die Europäische Kommission hat in diesem Zusammenhang bereits bekräftigt, weltweit für ihre Werte einzutreten, wozu (auch) die nachhaltige Entwicklung sich entwickelnder Staaten, die Einhaltung hoher sozialer und ökologischer Standards sowie die Achtung der

²⁴⁸ EuGH 11.11.1975, Gutachten 1/75 („Lokale Kosten“), Slg. 1994, I-3641.

²⁴⁹ Kumin in Hafner/Kumin/Weiss (Hrsg.), *Recht der Europäischen Union: Entwicklung, Institutionen, Politiken, Verfahren* (2013), 293f; Vedder, *Die außenpolitische Zielbindung der gemeinsamen Handelspolitik*, in: Bungenberg/Herrmann, *Die gemeinsame Handelspolitik der Europäischen Union nach Lissabon* (2011), 122.

²⁵⁰ Vertrag über die Europäische Union vom 07.02.1992, ABI C 2012/326.

Menschenrechte gehört. Um diese Zielsetzung erreichen zu können, gilt es die europäische Handels- und Investitionspolitik effektiv – gemeinsam mit anderen Instrumenten auswärtigen Unionshandelns – einzusetzen.²⁵¹

Wechselseitige Gesetzesverweise zwischen den Normen der GHP und den Vorschriften des EUV stellen sicher, dass sich die Union bei allen auswärtigen Handlungen zur Entfaltung von Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und Menschenrechtsschutz verpflichtet. Der nachfolgende Vertragspassus verdeutlicht die zwischen Gemeinsamer Handelspolitik und allgemein-politischen Zielen bestehende Dependenz.

„Die gemeinsame Handelspolitik wird im Rahmen der Grundsätze und Ziele des auswärtigen Handelns der Union gestaltet.“²⁵²

„Die Union lässt sich bei ihrem Handeln auf internationaler Ebene von den Grundsätzen leiten, die für ihre eigene Entstehung, Entwicklung und Erweiterung maßgebend waren und denen sie auch weltweit zu stärkerer Geltung verhelfen will: Demokratie, Rechtsstaatlichkeit, die universelle Gültigkeit und Unteilbarkeit der Menschenrechte und Grundfreiheiten, die Achtung der Menschenwürde, der Grundsatz der Gleichheit und der Grundsatz der Solidarität sowie die Achtung der Grundsätze der Charta der Vereinten Nationen und des Völkerrechts. (Hervorhebung durch den Verfasser)²⁵³

Es ist an dieser Stelle festzuhalten, dass die Europäische Union auf internationaler Ebene im Geist der in Artikel 21 und 22 EUV niedergeschriebenen Grundsätze zu agieren hat. Die dort niedergeschriebenen Prinzipien sind rechtlich verbindlich, wie auch die englische Textfassung der Bestimmung („*shall be conducted*“) bestätigt. Die Union ist damit verpflichtet – nicht bloß berechtigt – im Rahmen ihrer Außenwirtschaftsbeziehungen neben den klassischen handelspolitischen Zielen, auch den im EUV normierten Werten Geltung zu verschaffen.²⁵⁴

²⁵¹ KOM (2015) 497 endg.; Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen: Handel für alle Hin zu einer verantwortungsbewussteren Handels- und Investitionspolitik, 19.

²⁵² Art. 207 Abs. 1 Satz 2 AEUV.

²⁵³ Art. 21 Abs. 1 Satz 1 EUV.

²⁵⁴ *Krajewski*, Normative Grundlagen der EU-Außenwirtschaftsbeziehungen: Verbindlich, umsetzbar und angewandt? EuR Heft 3 (2016), 235, (242).

Strittig ist in diesem Zusammenhang die Justiziabilität dieser allgemein-politischen Grundsätze. So wird etwa vertreten, dass die Justiziabilität allgemein-politischer Grundsätze im Rahmen der GHP angesichts des Leitliniencharakters des Artikels 21 EUV und der Barriere des praktisch Durchsetzbaren, im Verhältnis zu potentiellen Vertragspartnern beschränkt ist.²⁵⁵ Die Ziele des Artikels 21 EUV sind richtigerweise aber wohl doch justiziabel, wie etwa bei einem Gutachtenverfahren nach Artikel 218 Absatz 11 AEUV der Fall.²⁵⁶ Deckung findet diese Rechtsansicht auch in der jüngeren Judikatur.²⁵⁷ So hat *Frente Polisario*, eine für die Unabhängigkeit der Westsahara kämpfende Organisation, die Nichtigkeit der Zustimmung des Rats zu einem Protokoll zur Liberalisierung des Handels mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen und Verarbeitungserzeugnissen zwischen der Europäischen Union und dem Königreich Marokko beantragt. Das Europäische Gericht kam zur Auffassung, dass der zugrundeliegende Beschluss deswegen rechtswidrig sei, weil der Rat die Frage, ob die Nutzung der Ressourcen der Westsahara zum Nachteil der lokalen Bevölkerung erfolge nicht ausreichend geprüft habe.²⁵⁸ Dieses Judikat liefert letztlich gute Gründe dafür, die Justiziabilität allgemein-politischer Grundsätze (wie etwa Artikel 21 EUV) zu bejahen. Die Vernetzung europäischer Handelspolitik und allgemein-politischer Agenden ist allerdings keine Neuerfindung jüngerer Zeit. So besteht bereits seit Einführung der Einheitlichen Europäischen Akte im Jahr 1987 die Verpflichtung der Europäischen Gemeinschaft den Umweltschutz in die Handelspolitik (sowie andere Politikbereiche) mit einzubeziehen.²⁵⁹ Darüber hinaus, betonte der EuGH in der Vergangenheit immer wieder das Recht der EG, mit Hilfe handelspolitischer Instrumente – völkerrechtlichen Abkommen oder autonomem Sekundärrecht – entwicklungspolitische, umweltpolitische und sicherheitspolitische Ziele zu verfolgen. Die substantielle Neuheit des Lissaboner Vertrags ist darin zu sehen, dass nun eine rechtlich niedergeschriebene Pflicht zur Einhaltung der Grundsätze und Ziele der Europäischen Union besteht.²⁶⁰ Die Akzentuierung nicht-ökonomischer Ziele erlaubt es, bei Nichteinhaltung durch den Vertragspartner, die im Vertrag gewährten

²⁵⁵ Ohler, Die Umsetzung der Gemeinsamen Handelspolitik nach dem Vertrag von Lissabon, in: *Eilmansberger/Griller/Obwexer* (Hrsg.), *Rechtsfragen der Implementierung des Vertrags von Lissabon* (2011), 413.

²⁵⁶ *Krajewski*, *EuR* Heft 3 (2016), 235, (242).

²⁵⁷ *EuG* 10.12.2015, Rs. T-512/12, *Front Polisario/Rat*, *EU:T:2015:953*, Rz. 26.

²⁵⁸ *Ebd.*, Rz. 246f.

²⁵⁹ Siehe für einen historischen Überblick auch: *Douma*, *The Promotion of Sustainable Development through EU Trade Instruments*, *European Business Law Review* Volume 28 Issue 2 (2017), 197.

²⁶⁰ *Vedder* in *Bungenberg/Herrmann*, *Die gemeinsame Handelspolitik der Europäischen Union nach Lissabon*, 136.

handelspolitischen Vorteile in Einklang mit Artikel 60 und 62 WVRK zu suspendieren bzw. gar zu beenden.²⁶¹

Betrachtet man die aktuellere Vertragspraxis, so zeigt sich, dass die Einbeziehung der GHP in das allgemeine auswärtige Handeln der EU bereits erste Früchte trägt. So enthielt schon das am 1. Juli 2011 in Kraft getretene Freihandelsabkommen zwischen der Europäischen Union und der Republik Korea ein eigenes Kapitel zum Verhältnis von Handel und nachhaltiger Entwicklung, wie nachfolgende Textpassage illustriert.

„Die Vertragsparteien erkennen an, dass die wirtschaftliche und soziale Entwicklung und der Umweltschutz Komponenten einer nachhaltigen Entwicklung sind, die sich gegenseitig beeinflussen und verstärken. Sie betonen, dass eine Zusammenarbeit in handelsbezogenen sozialen und umweltspezifischen Fragen als Bestandteil eines Gesamtkonzepts für die Bereiche Handel und nachhaltige Entwicklung von Vorteil ist.

(Hervorhebung durch den Verfasser)²⁶²

Die Vertragsparteien verpflichten sich damit im Rahmen der entsprechenden Bestimmungen des europäisch-koreanischen FHA zur Achtung multilateraler Abkommen des Umwelt- und Arbeitsrechts. Jüngere Freihandelsabkommen²⁶³ folgten diesem Trend in ihrer Ausgestaltung und beinhalten sodann ebenfalls eigene Kapitel zur nachhaltigen Entwicklung.

Die vertragliche Akzentuierung nicht-ökonomischer Ziele im Rahmen des Abschlusses umfassender Freihandelsabkommen kann bzw. soll – nach dem erklärten Willen der Europäischen Kommission – etwa durch Aufnahme arbeits- und umweltrechtlicher Schutzbestimmungen erfolgen. Darüber hinaus ist beabsichtigt, vor Aufnahme von Vertragsverhandlungen den möglichen Einfluss eines Freihandelsabkommens auf die nachhaltige Entwicklung des Vertragspartners (insbesondere bei sich entwickelnden Volkswirtschaften) in die Gesamtbeurteilung mit einzubeziehen.²⁶⁴

²⁶¹ Ebd., 143.

²⁶² Art. 13 Abs. 1 UAbs. 2 des europäisch-koreanischen Freihandelsabkommens.

²⁶³ CETA; EUSFTA; 2012 EU-Zentral-Amerika und EU-Kolumbien/Peru.

²⁶⁴ Europäische Kommission, Global Europe - Competing in the world: A Contribution to the EU's Growth and Jobs Strategy, 12, online abrufbar unter: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/october/tradoc_130376.pdf> (17.06.2017).

Die Gemeinsame Handelspolitik gleicht "nach Lissabon" einer neuen europäischen Außenwirtschaftsverfassung. Außer der materiell-rechtlichen Kompetenzerweiterung um ökonomisch bedeutsame Gebiete wie etwa jenes der ADI, brachte der VvL auch die allgemein-politische Ausrichtung der GHP und die primärrechtliche Verpflichtung zur Achtung europäischer Grundwerte im Zuge handelspolitischer Maßnahmen. Im Ergebnis, kam es durch den Lissaboner Reformvertrag damit erstmals auch zur Textierung der Pflicht fundamentale europäische Werte im Rahmen der europäischen Außenhandelspolitik zu achten.

3.2.3 Die Unionskompetenz für ADI: Investitionsschutz oder bloße Investitionsliberalisierung?

Basierend auf der bisherigen, ersten Analyse der Gemeinsamen Handelspolitik soll nun die Zulässigkeit des Enteignungsschutzes untersucht werden. Bei der Durchsicht relevanter Literatur fällt auf, dass einige Lehrende die Investitionskompetenz der Union auf Fragen des Marktzuganges einschränken. Die Kompetenz für investitionsschutzrechtliche Schutzstandards, wie etwa den Enteignungsschutz, soll demnach nicht von der GHP mit umfasst sein.²⁶⁵ Für die Organe der Europäischen Union selbst stellte sich diese Problematik nie, gehen diese vielmehr davon aus, nach dem Vertrag von Lissabon jedenfalls (auch) für Fragen des materiellen Investitionsschutzes zuständig zu sein.²⁶⁶

Ehe eine allfällige Einschränkung der Unionskompetenz auf den Marktzugang akkurat beurteilt werden kann, erscheint es in einem ersten Schritt zweckdienlich, die hier interessierenden Begrifflichkeiten näher zu definieren. Im Internationalen Investitionsrecht unterscheidet man traditionellerweise zwischen dem Marktzugang von Investitionen und dem (nachgelagerten) Investitionsschutz. Im Englischen haben sich hierfür die Fachbegriffe "*pre-establishment*" and "*post-establishment*" durchgesetzt. Typische Regelungsfragen, die etwa im Zusammenhang mit dem Marktzugang von Investitionen

²⁶⁵ *Ceyssens*, Towards a Common Foreign Investment Policy? – Foreign Investment in the European Constitution, Legal Issues of Economic Integration Volume 32 Issue 3 (2005), 259; *Krajewski*, External Trade Law and the Constitution Treaty: Towards a federal and more democratic common commercial policy?, Common Market Law Review Volume 42 Issue 1 (2005), 91; *Leczykiewicz*, Common Commercial Policy: The Expanding Competence of the European Union in the Area of International Trade, German Law Journal Volume 6 No. 11 (2010), 1673.

²⁶⁶ Entschließung des Parlaments 2011, Erwägungsgrund 19; KOM (2010) 343 endg., 6ff.

auftreten, sind eine erforderliche Registrierung bzw. Lizenz, oder auch die rechtliche Strukturierung einer zulässigen Investition (bspw. hinsichtlich des Sitzes).²⁶⁷

Die vermeintliche Einschränkung der Unionskompetenz auf Fragen des Marktzuganges von Investitionen wird durch die Inanspruchnahme des Wortlauts des Artikels 206 AEUV argumentativ begründet,²⁶⁸ der deswegen an dieser Stelle erneut abgebildet wird.

*„Durch die Schaffung einer Zollunion nach den Artikeln 28 bis 32 trägt die Union im gemeinsamen Interesse zur harmonischen Entwicklung des Welthandels, zur **schrittweisen Beseitigung der Beschränkungen im internationalen Handelsverkehr und bei den ausländischen Direktinvestitionen** sowie zum Abbau der Zollschränken und anderer Schranken bei. (Hervorhebung durch den Verfasser)“*

Aus dem Vertragstext, zur schrittweisen Beseitigung der Beschränkungen bei ausländischen Direktinvestitionen beizutragen, könnte gefolgert werden, dass Regelungen betreffend ADI nur dann von der GHP inbegriffen sind, wenn sie eben die *Beseitigung von Beschränkungen* betreffen. Der hier interessierende Enteignungsschutz wäre dann – nach dieser Lesart – gerade nicht von der GHP erfasst.²⁶⁹ Diese Auslegung hätte unweigerlich den Abschluss gemischter Investitionsschutzabkommen zur Folge. Verschärfend kommt hinzu, dass der Wortlaut des Artikels 206 AEUV keinen expliziten Verweis auf den Investitionsschutz beinhaltet.

(a) Die Rechtsnatur des Artikels 206 AEUV

Um den Anwendungsbereich des hier interessierenden Artikels 206 AEUV akkurat beurteilen zu können, ist das Verhältnis der beiden Vorschriften der GHP zu analysieren. Artikel 206 AEUV verschriftlicht den der GHP immanenten Liberalisierungsgedanken. Die Bestimmung ist an die Europäische Union und ihre Organe als Vertragsverpflichtete

²⁶⁷ Dolzer/Schreuer, Principles of International Investment Law², 29ff.

²⁶⁸ Krajewski, Common Market Law Review Volume 42 Issue 1 (2005), 91, (114); Leczykiewicz, German Law Journal Volume 6 No. 11 (2010), 1673, (1677).

²⁶⁹ Boschitz, Funktionsweise, Abschluss und Ratifizierung von Freihandelsabkommen TTIP (Transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft) und CETA (Comprehensive Economic and Trade Agreement) (2017), 40; Leczykiewicz, German Law Journal Volume 6 No. 11 (2010), 1673, (1678); Mayer, Rechtsgutachten für das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (2014), 1, (14).

adressiert ("*trägt die Union*"), für Drittstaaten ergeben sich aus der Norm keine unmittelbaren Rechte und Pflichten.²⁷⁰

Um letztlich beurteilen zu können, ob Artikel 206 AEUV eine Beschränkung der Investitionskompetenz auf Fragen des Marktzuganges zur Folge hat, ist zunächst die Rechtsnatur der Vorschrift zu ergründen. So wird in der Literatur vertreten, dass es sich bei Artikel 206 AEUV nicht um eine bloße Absichtserklärung ohne jegliche rechtliche Bindungswirkung handeln kann; wird doch bei der Verfolgung anderer Politikbereiche – wie etwa den Marktordnungen – regelmäßig auf Artikel 206 AEUV verwiesen.²⁷¹ Die Vorschrift beinhaltet richtigerweise die generelle Zielbestimmung der GHP, sowie eine Grundsatzserklärung der Union gegenüber Drittstaaten. Artikel 207 AEUV befasst sich dahingegen mit den Grundsätzen, Kompetenzen und Verfahrensregeln der GHP.

Dieses Normverständnis deckt auch die Entstehungshistorie. Beinhaltete die Gemeinsame Handelspolitik in der Fassung des Vertrags von Nizza noch 4 Vertragsartikel (Ex-Artikel 131-134 EGV), so hatte der VvL eine Vereinfachung zur Folge. Es macht daher Sinn, in Artikel 206 AEUV eine Grundsatzserklärung zu sehen, die in Artikel 207 AEUV eine nähere Ausgestaltung erfährt.²⁷² Das rechtliche Substrat des Artikels 206 AEUV kommt darin zum Ausdruck, dass dieser nunmehr die Pflicht der Union vorsieht zu den normierten Zielen "*beizutragen*". Im Vertrag von Nizza fand sich dahingegen noch die abgeschwächtere Formulierung "*beabsichtigen*". Der nunmehrige Wortlaut liest sich bewusst strenger und lässt Rückschlüsse auf einen gefestigten Willen zur Handlungssteigerung zu.²⁷³

Man kann daher sagen, dass Artikel 206 AEUV in substantieller Hinsicht 5 Ziele ausdefiniert, zu denen die Union verpflichtend beizutragen hat; diese wären (i) die harmonische Entwicklung des Welthandels, (ii) die schrittweise Beseitigung der Beschränkungen im internationalen Handelsverkehr und (iii) bei den ADI, sowie (iv) der Abbau von Zollschränken und (v) anderen Schranken. Der umfassende Aufgaben- und Kompetenzbereich der Union im Rahmen der GHP ergibt sich aber erst aus dem Zusammenspiel der Artikel 206 AEUV und Artikel 207 AEUV.²⁷⁴

²⁷⁰ Hahn in Calliess/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EUV/AEUV⁴, Art. 206 AEUV, Rz. 6; Van Vooren/Wessel, EU External Relations Law: Text, Cases and Materials (2014), 278.

²⁷¹ Siehe etwa Hahn in Calliess/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EUV/AEUV⁴, Art. 206 AEUV, Rz. 8; Krenzler in Krenzler/Herrmann (Hrsg.), EU-Außenwirtschafts- und Zollrecht⁵ (2015), E1, Rz. 91.

²⁷² Cottier/Trinberg in Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar³ (2012), Art. 206 AEUV, Rz. 1.

²⁷³ Ebd., Rz. 4.

²⁷⁴ Cottier/Trinberg in Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar³, Art. 206 AEUV, Rz. 10ff.

Dieses Ergebnis findet auch in der EuGH-Rechtsprechung Deckung. So judizierte dieser in Gutachten 1/75 aus, dass der Europäischen Union die ausschließliche Kompetenz für die Gemeinsame Handelspolitik zukommt.²⁷⁵ In den Folgejahren war aber die genaue Reichweite des Terminus "Gemeinsame Handelspolitik" strittig.²⁷⁶ Im Zuge der Verhandlungen über den Abschluss eines Rohstoffübereinkommens zwischen Rat und Kommission, war es zu Meinungsverschiedenheiten über die Rechtsgrundlage des Abkommensabschlusses gekommen. Die Kommission vertrat die Ansicht, dass das Abkommen auf Grundlage des Ex-Artikels 133 EGV (Artikel 207 AEUV) ausschließlich von der Gemeinschaft abzuschließen sei, da es unter die Gemeinsame Handelspolitik falle. Der Rat vertrat dahingegen die Auffassung, dass der Abkommensabschluss Teil mitgliedstaatlicher Kompetenzsphäre sei. Seine Ansicht untermauerte er damit, dass das gegenständliche Abkommen nicht gewöhnliche Handelsgüter und -ströme regle, sondern wegen der Bedeutung von Rohstoffen die beiden mitgliedstaatlichen Kompetenzmaterien (i) Wirtschaftspolitik und (ii) Pflege internationaler Beziehungen tangiere.²⁷⁷ Der EuGH musste sich in der Folge mit dem Zusammenspiel des Rohstoffübereinkommens und der Gemeinsamen Handelspolitik beschäftigen. Dazu führte der EuGH, wie folgt, aus:

*„Da eine steigende Zahl wirtschaftlich besonders wichtiger Erzeugnisse betroffen ist, liegt es auf der Hand, daß eine zusammenhängende Handelspolitik nicht mehr betrieben werden könnte, wenn die Gemeinschaft nicht in der Lage wäre, ihre **Zuständigkeit auch im Hinblick auf eine Kategorie von Übereinkommen** wahrzunehmen, die sich **neben den herkömmlichen Handelsübereinkommen** zu einem Hauptfaktor in der Regelung der internationalen Wirtschaftsbeziehungen entwickeln (Hervorhebung durch den Verfasser).“²⁷⁸*

*„Wenn auch anzunehmen ist, daß der beherrschende Gedanke zur Zeit der Ausarbeitung des Vertrags der der Liberalisierung des Handelsverkehrs war, so hindert doch der Vertrag die Gemeinschaft nicht daran, eine **Handelspolitik zu entwickeln**, die für bestimmte*

²⁷⁵ EuGH 11.11.1975, Gutachten 1/75 („Lokale Kosten“), Slg. 1975, I-1355.

²⁷⁶ EuGH 04.10.1979, Gutachten 1/78 („Naturkautschuk“), Slg. 1979, I-2871.

²⁷⁷ Pechstein, Entscheidungen des EuGH, Kommentierte Studienauswahl⁸ (2014), 823, online abrufbar unter: <<https://www.rewi.europa-uni.de/de/forschung/projekte/deluxe/archiv/Internationales-Naturkautschukuebereinkommen.pdf>> (17.06.2017).

²⁷⁸ EuGH 04.10.1979, Gutachten 1/78 („Naturkautschuk“), Slg. 1979, I-2871, Rz. 43.

*Erzeugnisse auf eine **Regulierung des Weltmarktes anstelle einer bloßen Liberalisierung des Handelsverkehrs** abzielt* (Hervorhebung durch den Verfasser).²⁷⁹

So anerkannte der EuGH, dass Abkommen im Rahmen der GHP (wie etwa im gegenständlichen Fall) auch Bestimmungen nicht bloß handelspolitischer Natur – wie etwa Normen des Arbeitsrechts – enthalten können. Hinzu kommt, dass ADI – vielmehr noch als der Handelsverkehr – im engen Zusammenspiel mit öffentlichen Interessen wie bspw. dem Arbeits-, Steuer-, oder Umweltrecht stehen.²⁸⁰ Daraus kann man wohl ableiten, dass die GHP die Normierung von Maßnahmen des öffentlichen Interesses inkludiert. Es stimmt zwar, dass der EuGH in jüngerer Vergangenheit eine Erweiterung der GHP um weitere Tätigkeitsfelder (abgesehen vom Handel) ablehnte.²⁸¹ Für die Frage, welche Maßnahmen innerhalb des zulässigen Rahmens der GHP erlassen werden dürfen, bleibt dies aber ohne Relevanz.²⁸² Dieses Ergebnis wird durch die sich in Gutachten 1/78 findende Ansicht, wonach die GHP auch die Regulierung (anstelle einer bloßen Liberalisierung) des Handelsverkehrs umfasst, verstärkt.²⁸³

(b) Die Unionskompetenz im Lichte der Praktikabilität

Bei der Frage, ob eine Einschränkung der europäischen Investitionskompetenz auf den Marktzugang geboten scheint, kommt man nicht umher auch Praktikabilitätsabwägungen in der Analyse mit zu berücksichtigen.

In der Lehre wird vertreten, dass die Europäische Gemeinschaft bereits nach Ex-Artikel 57 Absatz 2 EGV die implizit-konkurrierende Kompetenz zum Abschluss von Investitionsschutzabkommen, insbesondere auch hinsichtlich der Zulassungsfragen ausländischer Direktinvestitionen in das Unionsgebiet innehatte.²⁸⁴ ²⁸⁵ Bereits Ex-Artikel 57 EGV räumte der Union die Kompetenz zum Erlass von autonomen Maßnahmen sowie zum Abkommensabschluss ein, welche von der Gemeinschaft auch ausgeübt wurde, wie

²⁷⁹ Ebd., Rz. 44.

²⁸⁰ *Ceyssens*, Legal Issues of Economic Integration Volume 32 Issue 3 (2005), 259, (282).

²⁸¹ EuGH 15.11.1994, Gutachten 1/94 („WTO“), Slg. 1994, I-5267.

²⁸² *Ceyssens*, Legal Issues of Economic Integration Volume 32 Issue 3 (2005), 259, (282).

²⁸³ EuGH 04.10.1979, Gutachten 1/78 („Naturkautschuk“), Slg. 1979, I-2871, Rz. 44.

²⁸⁴ Siehe hierzu die Ausführungen auf Seite 67.

²⁸⁵ Siehe hierzu *Maydell*, The European Community's Competence to conclude International Agreements on Investment, 137.

zahlreiche Assoziierungs- und Freihandelsabkommen belegen. Interpretiert man die neugefasste GHP nun dahingehend, dass diese lediglich den Marktzugang ADI umfassen soll, ergäbe sich hieraus unweigerlich, dass der Lissaboner Vertrag keine materiell-rechtlichen Neuerungen hinsichtlich des Investitionsschutzes beinhalten würde.²⁸⁶ Der Abschluss von umfassenden Freihandelsabkommen, die zu einem globalen, wettbewerbsfähigen Europa beitragen sollen, wäre – entgegen dem ausdrücklich erklärten Willen der Union²⁸⁷ – sohin nicht möglich. Es leuchtet daher aus Praktikabilitätserwägungen ein, dass die Investitionszuständigkeit der Europäischen Union den Enteignungsschutz richtigerweise mit umfasst, um investitionspolitisch erforderliche Handlungen unter Inanspruchnahme des Artikels 207 AEUV setzen zu können.²⁸⁸ In der Exklusivität der Gemeinsamen Handelspolitik liegt richtigerweise geradezu einer der Hauptgründe für die globale wirtschaftspolitische Bedeutung der Europäischen Union. Die Entwicklung der Europäischen Union hin zur politischen und wirtschaftlichen Weltmacht geht Hand in Hand einher mit exklusiven Vertragsschlusskompetenzen, die der Europäischen Union die hierfür erforderliche rechtliche Basis bereitstellen.²⁸⁹ Vergewärtigt man sich die Bedeutung einer extensiven, exklusiven Gemeinsamen Handelspolitik wird klar, dass eine Einschränkung der Unionskompetenz hinsichtlich der wirtschaftspolitischen Bedeutung der Union jedenfalls bloß Nachteile zur Folge hätte. Einem derart restriktiven Normverständnis ist außerdem entgegenzuhalten, dass Maßnahmen des Marktzuganges bzw. der Investitionsförderung in der Praxis nur schwer von solchen des Investitionsschutzes auseinandergehalten werden können. So kann etwa die Anhebung der Körperschaftssteuer einerseits als investitionsschutzrechtliche Maßnahme subsumiert werden, gleichzeitig aber geeignet sein potenzielle Investoren in ihrer Entscheidungsfindung zu beeinflussen.²⁹⁰ Der EuGH hat überdies in diesem Zusammenhang ausgeführt, dass Beschränkungen nach Marktzugang einer Investition

²⁸⁶ *Eeckhout*, *EU External Relations Law*² (2012), 65; *Karl*, *The Competence for Foreign Direct Investment: New Powers for the European Union?*, *Journal of World Investment & Trade* Volume 5 Issue 3 (2004), 413, (421f); *Waibel*, *Competence Review: Trade and Investment* (2013), 1, (16), online abrufbar unter: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2507138> (17.06.2017)

²⁸⁷ KOM (2010) 2020 endg.: Mitteilung der Kommission: EUROPA 2020, Eine Strategie für intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum, 4.

²⁸⁸ *Hinojosa-Martinez*, *Journal of World Investment & Trade* Volume 17 Issue 1 (2016), 86, (105).

²⁸⁹ *Eeckhout*, *Exclusive External Competences: Constructing the EU as an International Actor*, in: *Rosas/Levits/Bot* (Hrsg.), *Court of Justice of the European Union – The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law*, 613, (635); *Wessel/Takacs*, *Constitutional Aspects of the EU's Actorhood: Increased Exclusivity in Trade and Investment and the Role of the European Parliament*, *European Business Law Review* Volume 28 Issue 2 (2017), 103, (107).

²⁹⁰ *Hinojosa-Martinez*, *Journal of World Investment & Trade* Volume 17 Issue 1 (2016), 86, (102); *Shan/Zhang*, *The Treaty of Lisbon: Half Way toward a Common Investment Policy*, *The European Journal of International Law* Volume 21 No. 4 (2010), 1049, (1061f).

geeignet sind Investoren einzuschränken, den Marktzugang nachteilig zu beeinflussen und sohin mit den Regeln des freien Kapitalverkehrs unvereinbar sind.²⁹¹ Das europäische Höchstgericht hat damit letztlich die wechselseitige Korrelation zwischen Marktzugang und Investitionsschutz herausgearbeitet. Hinzu kommt, dass sich in der investitionsrechtlichen Praxis keine Beispiele ausmachen lassen die zwar den Marktzugang behandeln, Fragen des materiellen Investitionsschutzes aber außen vor lassen.²⁹²

Aus Investorenperspektive ist noch hinzuzufügen, dass die mangelnde Vorhersehbarkeit/Einschätzbarkeit der Rechtsvorschriften eines Gaststaates regelmäßig zu den Faktoren gehört, die Investitionsströme (stark) nachteilig beeinträchtigen. Investitionsschutzrechtliche Normen wie der Enteignungsschutz gehören daher zu jenem Normensubstrat, das dabei helfen soll Investitionsbeschränkungen zu reduzieren.²⁹³

(c) Die Unionskompetenz umfasst Themen des Investitionsschutzes

Die Analyse der GHP-Systematik hat gezeigt, dass Artikel 206 AEUV in erster Linie Grundsätze und Ziele europäischer Handelspolitik normiert. Der eigentliche Kompetenzbereich resultiert erst aus dem Zusammenspiel beider Artikel (Artikel 206 AEUV und 207 AEUV). Artikel 206 AEUV beinhaltet die Verpflichtung aktiv zur Liberalisierung des Welthandels beizutragen und schränkt insbesondere auch allfällige Bedenken von Drittstaaten ein, wonach sich der Binnenmarkt protektionistisch auf den Unionsaußenhandel auswirken könnte. Dieses Verständnis wird dadurch bekräftigt, dass die Gemeinschaft nach Ex-Artikel 57 EGV bereits bislang für die Regelung der Zulassung von Investitionen zuständig war. Unter Berücksichtigung des Ansinnens der Union eine globale Investitionspolitik auszuformulieren, ist daher eine derart restriktive Auslegung der Unionskompetenz auf Zulassungsfragen richtigerweise zu verneinen. Vielmehr steht eine Unionskompetenz, die neben Marktzugangsfragen auch materielle Schutzstandards wie den Enteignungsschutz enthält, im Einklang mit dem Auslegungsgrundsatz des *effet utile*.²⁹⁴

²⁹¹ EuGH 11.11.2010, Rs. C-543/08, *Kommission/Portugal*, Slg. 2010, I-11241, Rz. 68.

²⁹² *Ceyssens*, Legal Issues of Economic Integration Volume 32 Issue 3 (2005), 259, (277).

²⁹³ United Nations, World Investment Report 2003: FDI Policies for Development: National and International Perspective (2003), 85f.

²⁹⁴ *Bungenberg*, Die Kompetenzverteilung zwischen EU und Mitgliedstaaten „nach Lissabon“, in: *Bungenberg/Griebel/Hindelang* (Hrsg.), Internationaler Investitionsschutz und Europarecht, 81, (89).

3.2.4 Die Unionskompetenz für ADI: Bloß für handelsbezogene Aspekte ADI?

Neben dem Wortlaut des Artikels 206 AEUV werden auch systematische und grammatikalische Argumente bedient um darzulegen, dass sich die Investitionskompetenz der Union auf handelsbezogene Aspekte ADI beschränkt. Auch dieser Interpretationsansatz würde im Ergebnis darin münden, dass die Unionskompetenz bloß die "*pre-establishment*"-Phase (Marktzugang) von Investitionen umfasst. Da der Enteignungsschutz als materieller Schutzstandard folglich nicht in den Anwendungsbereich des Artikels 207 AEUV fiele, sollen die entsprechenden Argumente näher analysiert werden.

(a) Der Handelscharakter der Gemeinsamen Handelspolitik

Es stimmt zwar, dass die Gemeinsame Handelspolitik naturgemäß den Güterverkehr regelt und daher alle anderen Rechtsthematiken gewissermaßen in diesem Zusammenhang zu betrachten sind.²⁹⁵ Nichtsdestotrotz, darf aus der Eingliederung der Investitionskompetenz der Union in die Handelspolitik aber keineswegs – *eo ipso* – eine Beschränkung der Unionskompetenz auf rein handelsbezogene Aspekte ADI geschlossen werden. Diese restriktive Argumentation wird damit untermauert, dass die Gemeinsame Handelspolitik traditionellerweise nur Handelsabkommen regle. Eine Investitionskompetenz der Union sei daher, aufgrund der Einbettung in die GHP, auch handelsbezogen auszulegen.²⁹⁶ Zu überlegen ist allerdings, ob diese eingrenzende Auslegung auch systematischen und grammatikalischen Überlegungen standhält. Gewiss ist, dass dieses Verständnis der dynamischen Entwicklung des Unionsrechts entgegensteht.²⁹⁷ Vielmehr, ergäbe sich ein

²⁹⁵ *Ceyssens*, Legal Issues of Economic Integration Volume 32 Issue 3 (2005), 259, (278).

²⁹⁶ *Krajewski*, External Trade Law and the Constitution Treaty: Towards a federal and more democratic common commercial policy?, Common Market Law Review Volume 42 Issue 1 (2005), 91, (114).

²⁹⁷ *Johannsen*, Die Kompetenz der Europäischen Union für ausländische Direktinvestitionen nach dem Vertrag von Lissabon, 1, (16).

geradezu diametraler Widerspruch zum Anliegen des Verfassungsgesetzgebers, die Unionskompetenzen im Bereich der GHP zu erweitern.²⁹⁸

Die Analyse der GHP zeigt außerdem, dass der Wortlaut einer derartigen Auslegung entgegensteht. So überträgt Artikel 207 AEUV der Union auch die Kompetenz für Handelsaspekte des geistigen Eigentums. Wäre vom Verfassungsgesetzgeber nun eine Beschränkung der Investitionskompetenz auf Handelsaspekte gewollt gewesen, so hätte sich dies jedenfalls – wie im Falle des geistigen Eigentums – auch in der sprachlichen Ausformulierung widerspiegeln müssen; die weitläufige Formulierung erlaubt dahingegen keinerlei Unterscheidungen zwischen Investitionsliberalisierung und Investitionsschutz.²⁹⁹ Die Aufzählung des Artikels 207 AEUV, sowie die Abgrenzung ADI von den anderen Regelungsmaterien der GHP durch einen Beistrich deutet vielmehr darauf hin, dass es sich bei ADI um eine eigenständige – gerade nicht in Abhängigkeit zum Handel stehende – Rechtsmaterie handelt.³⁰⁰ Dieses Ergebnis findet auch in der Durchsicht anderer Sprachausgaben des Vertrags von Lissabon Deckung. Der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass die Artikel 358 AEUV iVm Artikel 55 EUV alle Sprachfassungen als authentisch und damit für die Auslegung entscheidend anerkennen.

Die englische Fassung des Artikels 207 Absatz 1 AEUV lautet: "(...) *and the commercial aspects of intellectual property, foreign direct investment, (...)*". Im Französischen findet man die Formulierung: "(...) *et les aspects commerciaux de la propriété intellectuelle, les investissements étrangers direct (...)*". Um eine bewusste sprachliche Beschränkung der Investitionskompetenz auf Handelsaspekte herbeizuführen, hätte es im Französischen jedenfalls eines Genetivs bedurft. Die französische Fassung müsste, um eine solch einschränkende Lesart zu begünstigen, daher richtigerweise lauten: "*les aspects commerciaux des investissements*". Weniger eindeutig ist diesbezüglich der englische Wortlaut, da das Bindewort *of* in einer enumeratischen Wortfolge vielfach weggelassen

²⁹⁸ Burgstaller, The Future of Bilateral Investment Treaties of EU Member States, in: Bungenberg/Griebel/Hindelang (Hrsg.), Internationaler Investitionsschutz und Europarecht (2010), 113, (125).

²⁹⁹ Hinojosa-Martinez, Journal of World Investment & Trade Volume 17 Issue 1 (2016), 86, (101); Puig, The Scope of the new exclusive competence of the European Union with regard to 'Foreign Direct Investment', Legal Issues of Economic Integration Volume 40 No. 2 (2013), 133, (143); Shan/Zhang, European Journal of International Law Volume 21 No. 4 (2010), 1049, (1060).

³⁰⁰ Reinisch, The Division of Powers between the EU and its Member States „after Lisbon“, in: Bungenberg/Griebel/Hindelang (Hrsg.), Internationaler Investitionsschutz und Europarecht, 99, (109); Terhechte, Art. 351 AEUV, das Loyalitätsgebot und die Zukunft mitgliedstaatlicher Investitionsschutzverträge, in: Bungenberg/Griebel/Hindelang (Hrsg.), Internationaler Investitionsschutz und Europarecht, 139, (143).

wird.³⁰¹ Aus dem deutschen und französischen Wortlaut des Artikels 207 AEUV ergibt sich aber unzweifelhaft, dass eine Einschränkung der Investitionskompetenz auf Handelsaspekte ADI nicht gedeckt ist.

(b) Die Verhandlungshistorie der Investitionskompetenz

Eine umfassende Investitionskompetenz ergibt sich auch unter Berücksichtigung der Unionsbestrebungen innerhalb der WTO. So enthalten bereits GATS und TRIMS investitionsrechtliche Regelungen, die nicht in den Zuständigkeitsbereich der Union fielen.³⁰² Die Union war daher gezwungen sich gemischter Abkommen zu bedienen. Vor diesem Hintergrund findet man gelegentlich die Ansicht, dass die Zuständigkeitserweiterung des Artikels 207 AEUV um ADI dem möglichen Abschluss multilateraler Handelsabkommen im Rahmen der WTO geschuldet sei und daher auf Handelsmaßnahmen einschränkend auszulegen sei.³⁰³

Diese Interpretation klingt anfangs überzeugend, hält aber einer näheren Betrachtung wohl nicht Stand. So kann eine handelsbezogene Investitionskompetenz unter Verweis auf die WTO bereits deswegen nicht argumentativ untermauert werden, weil sich die WTO (als Handelsorganisation) selbst um die Aushandlung eines umfassenden multilateralen Investitionsschutzabkommens bemühte, welches weit über den Handelsbereich hinausgegangen wäre.³⁰⁴

Auch die Verhandlungshistorie der GHP legt – trotz vorhandener Gegenstimmen – den Schluss nahe, dass von der Union ganz bewusst eine umfassende Kompetenzübertragung beabsichtigt war. So vertritt *Krajewski*, dass eine umfassende Kompetenzübertragung für ADI deswegen nicht gewollt sein kann, weil eine derart weitreichende Änderung des Zuständigkeitsgefüges innerhalb der zuständigen Arbeitsgruppe des Konvents jedenfalls zu tiefgreifenden Diskussionen führen hätte müssen. Hieraus sei abzuleiten, so seine

³⁰¹ *Bings*, Neuordnung der Außenhandelskompetenzen der Europäischen Union durch den Reformvertrag von Lissabon, 60.

³⁰² EuGH 15.11.1994, Gutachten 1/94 („WTO“), Slg. 1994, I-5267.

³⁰³ *Bings*, Neuordnung der Außenhandelskompetenzen der Europäischen Union durch den Reformvertrag von Lissabon, 59.

³⁰⁴ *Wouters/Coppens/De Meester*, The European Union's External Relations after the Lisbon Treaty, in: *Griller/Ziller* (Hrsg.), The Lisbon Treaty: EU Constitutionalism without a Constitutional Treaty?, 172, Fußnote 130.

Subsumtion, dass der Vertrag von Lissabon lediglich eine (einschränkende) Erweiterung der GHP um die Handelsaspekte ADI nach sich ziehe.³⁰⁵

Aufgrund des geradezu identen Wortlauts, kann für gegenständliche Forschungszwecke auch auf die Arbeiten zur – letztlich gescheiterten – Verfassung für Europa zurückgegriffen werden.³⁰⁶ Die Diskussionen zur Ausarbeitung der Regelungen der Gemeinsamen Handelspolitik fanden in der Arbeitsgruppe 7 des Europäischen Konvents statt.³⁰⁷ Das Mandat dieser Arbeitsgruppe bestand insbesondere darin, die Interessen der Union herauszuarbeiten, die Kohärenz des Handelns der Union und die Koordinierung aller zur Verfügung stehender Instrumentarien sicherzustellen, sowie den Beschlussfassungsprozess der Union zu optimieren.³⁰⁸ Diese Problembereiche wurden von den Mitgliedern des Europäischen Konvents in den folgenden Sitzungen auch immer wieder aufgeworfen.³⁰⁹ Trotz des sehr weit gefassten Mandats und der Bemühung der Konventsmitglieder um weitreichende Adaptierungen, lässt der Abschlussbericht der Arbeitsgruppe 7 substantielle, investitionsrechtliche Anmerkungen vermissen. Bei der Durchsicht zeigt sich vielmehr, dass jegliche Ausführungen zum Investitionsschutz fehlen.³¹⁰

Der Entwurf des Verfassungsvertrages vom 23. April 2003³¹¹ beinhaltet die Regeln der Gemeinsamen Handelspolitik in den Artikeln 23 und 24 des Kapitels 2 (nunmehr Artikel 206 AEUV und 207 AEUV). Dieser Entwurf sah ADI als einen Regelungsbereich der GHP vor. Hinsichtlich der Aufnahme ADI ist lediglich angemerkt, dass *"ein Hinweis auf die ausländischen Direktinvestitionen aufgenommen wurde, um anzuerkennen, dass die Finanzströme den Güterverkehr ergänzen und heute einen großen Teil des Handels ausmachen"*.³¹² Der letztlich finale Entwurf des Vertragstextes, welcher auch an den Europäischen Rat übermittelt wurde, gleicht hinsichtlich der Normen der GHP dem

³⁰⁵ *Krajewski*, Common Market Law Review Volume 42 Issue 1 (2005), 91, (114).

³⁰⁶ Eine textliche Gegenüberstellung zwischen Artikel 207 AEUV und Artikel III-315 VVE findet sich bei *Hellmann*, Der Vertrag von Lissabon: Vom Verfassungsvertrag zur Änderung der bestehenden Verträge – Einführung mit Synopse und Übersichten (2009), 358.

³⁰⁷ Die Arbeitsdokumente des Europäischen Konvents finden sich unter: <http://european-convention.europa.eu/DE/amendments/amendments5ddd.html?content=866&lang=DE> (17.06.2017).

³⁰⁸ Europäischer Konvent, Mandat der Gruppe VII „Außenpolitisches Handeln“, 10. September 2002, CONV 252/02.

³⁰⁹ Siehe die Ausführungen des Kommissionsmitglieds *Lamy*, Europäischer Konvent, Kurzniederschrift über die Sitzung vom 15. Oktober 2002, CONV 356/02, 5ff.

³¹⁰ Europäischer Konvent, Schlussbericht der Gruppe VII „Außenpolitisches Handeln“, 16. Dezember 2002, CONV 459/02.

³¹¹ Europäischer Konvent, Entwurf der Artikel des Verfassungsvertrages, die das außenpolitische Handeln betreffen, 23. April 2003, CONV 685/03.

³¹² Ebd., 52.

Entwurf vom 23. April 2003.³¹³ Man könnte nun aus der mangelnden Beschäftigung bzw. Debatte der Arbeitsgruppe 7 mit der Investitionskompetenz, sowie der Erklärung, dass ADI den Güterverkehr ergänzen sollen tatsächlich ableiten, dass ADI im engen Zusammenhang mit dem Handel stünden.³¹⁴

Es stimmt zwar, dass die Investitionskompetenz innerhalb der zuständigen Arbeitsgruppe nicht weitreichend diskutiert wurde. Hierzu ist allerdings anzumerken, dass zahlreiche vorgebrachte Änderungsvorschläge von Konventsmitgliedern die Erweiterung der GHP um ADI ablehnten.³¹⁵ Blickt man die einzelnen Änderungswünsche genauer durch, so zeigt sich, dass gar mehrere Abgeordnete die fehlende Empfehlung der Arbeitsgruppe zur Aufnahme ADI in den Verfassungsvertrag kritisierten.³¹⁶ Dieser innerhalb des Konvents bestehende Widerstand belegt, dass die Mitglieder des Konvents unzweifelhaft mit der weitreichenden Kompetenzübertragung vertraut waren. So begründete Konventsmitglied *Fischer* seinen Änderungsvorschlag etwa damit, dass "*die Zuständigkeit für Regelungen zur Zulassung und zum Schutz von Investitionen*" weiterhin den Mitgliedstaaten zustehe.³¹⁷ Insgesamt dokumentiert die Durchsicht der Stellungnahmen, dass die Konventsmitglieder davon ausgingen, dass sich die Zuständigkeit für ADI keinesfalls auf Fragen des Marktzugangs beschränkt. Hinzu kommt, dass diese Positionen in den Plenardiskussionen an die anderen Mitglieder der Arbeitsgruppe zwangsläufig herangetragen wurden.³¹⁸ Im Ergebnis kann man wohl davon ausgehen, dass die Mitglieder der Arbeitsgruppe letztlich über die Reichweite der Kompetenzübertragung des Artikels 207 Absatz 1 AEUV Bescheid wussten. Dass die neue Investitionskompetenz in der Arbeitsgruppe nicht lebhaft diskutiert wurde mag zwar überraschen, ist aber letztlich auf die Eigeninitiative des Sekretariats des Europäischen Konvents zurückzuführen. Darüber hinaus darf nicht außer Acht gelassen werden, dass bereits im Vorfeld der Verhandlungen zum Verfassungsvertrag bzw. zum Vertrag von Lissabon ADI als Teil der GHP thematisiert wurden;³¹⁹

³¹³ *Krajewski*, Common Market Law Review Volume 42 Issue 1 (2005), 91, (105).

³¹⁴ Ebd., 114.

³¹⁵ Siehe in diesem Zusammenhang die Änderungsvorschläge der Konventsmitglieder *Heathcoat-Amory*; *Abitbol*; *Voggenhuber*, *Lichtenberger*, *Wagner* und *Nagy* (gemeinsamer Vorschlag); *the Earl of Stockton*; *Palacio*; *de Villepin*; *Fischer*; and *Roche*.

³¹⁶ Siehe die Änderungsvorschläge der Konventsmitglieder *the Earl of Stockton*; *Heathcoat-Amory* und *Fischer*.

³¹⁷ Siehe Änderungsvorschlag *Fischer*.

³¹⁸ *Bings*, Neuordnung der Außenhandelskompetenzen der Europäischen Union durch den Reformvertrag von Lissabon, 62.

³¹⁹ Europäische Kommission, Report on the operation of the Treaty on European Union, 10. Mai 1995, SEC(95) 731 final, 57ff; Europäische Kommission, Opinion in accordance with Article 48 EU, COM(2000)34, 27; Europäische Kommission, Staff Working Document, SEC(2006) 1230, 18.

diesbezüglich sei erneut auf die bis ins Jahr 1972 zurückgehenden Bemühungen um eine umfassende Investitionskompetenz hingewiesen.³²⁰

In einer Gesamtschau muss man daher zum Ergebnis gelangen, dass ADI im Hinblick auf die Ausarbeitung des Verfassungsvertrags wohl deswegen keine Beachtung innerhalb der Arbeitsgruppe erhielten, weil diesbezüglich bereits ein weitreichender Konsens bestand.³²¹

Die in der Literatur teilweise vertretene Ansicht, wonach die Europäische Union die Kompetenz für ADI geradezu entgegen dem Willen der Mitgliedstaaten an sich gerissen hat,³²² kann nach Analyse der Verhandlungshistorie sohin verworfen werden.

(c) Keine Limitierung der Investitionskompetenz auf handelsbezogene Aspekte

Aus dem Wortlaut des Artikels 207 AEUV und der Verhandlungshistorie der GHP kann gefolgert werden, dass eine Einschränkung der Investitionskompetenz auf handelsbezogene Aspekte nicht sachgemäß scheint. Der Handelscharakter der GHP darf nicht zu einengend ausgelegt werden, wie auch die Bemühungen der WTO um ein multilaterales Abkommen belegen.

3.2.5 Handelspolitische Instrumente mit Schwerpunkt Investitionsschutz

Neben der Kompetenzweite der GHP und ihrer strukturellen Einbindung in den gesamten Vertrag, gilt es auch die der Europäischen Union zur Verfügung stehenden handelspolitischen Instrumente darzulegen. Die Möglichkeit handelspolitische Abkommen abzuschließen steht dabei, der Forschungsfrage entsprechend, im Zentrum des Interesses.

Der Union stehen, auch für den Investitionsschutz, grundsätzlich zwei handelspolitische Möglichkeiten zur Verfügung. Die vertragliche Handelspolitik erlaubt es der Union in Artikel 207 Absatz 3 und 4 AEUV internationale Abkommen abzuschließen, die autonome

³²⁰ Siehe hierzu die Ausführungen auf Seite 71.

³²¹ *Shan/Zhang*, *European Journal of International Law* Volume 21 No. 4 (2010), 1049, (1061).

³²² *Meunier*, *Integration by Stealth: How the European Union gained competence over Foreign Direct Investment*, *Journal of Common Market Studies* Volume 55 Issue 3 (2017), 1, (15).

Handelspolitik ermächtigt in Artikel 207 Absatz 2 AEUV zum Erlass von Verordnungen. Die Doppelnatur der GHP autorisiert die Union unionsintern wie unionsextern – auch im Verhältnis zu Drittstaaten oder Internationalen Organisationen – aktiv zu werden. Die gleichzeitige Inanspruchnahme beider Regelungsinstrumentarien ist nicht nur rechtlich möglich, sondern auch regelmäßig geboten, da Handelsabkommen planmäßig den Erlass von Durchführungsverordnungen erfordern.³²³

(a) Die autonome, unionsinterne Handelspolitik

Die Untersuchung der handelspolitischen Instrumente beginnt mit der unionsinternen Handelspolitik. Man spricht in diesem Zusammenhang auch von autonomer Handelspolitik, da das Unionsprimärrecht den Erlass einseitiger Maßnahmen ermöglicht. Die "vor Lissabon" bestehende Rechtslage gestattete es dem Rat – nach Kommissionsvorschlag – handelspolitische Verordnungen zu beschließen. Der Rechtsetzungsprozess sah keine Befassung des Europäischen Parlaments vor. Artikel 207 Absatz 2 AEUV normiert nun das ordentliche Gesetzgebungsverfahren auch für die autonome Handelspolitik, womit eine volle Partizipation des Europäischen Parlaments vorgesehen ist.³²⁴

„Das Europäische Parlament und der Rat erlassen durch Verordnungen gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren die Maßnahmen, mit denen der Rahmen für die Umsetzung der gemeinsamen Handelspolitik bestimmt wird.“³²⁵

Die autonome Handelspolitik kommt in Verordnungen zum Vorschein. Die Aufwertung des EP beschert dem Ausschuss für Internationalen Handel des Europäischen Parlaments (*INTA*) Legislativfunktion. Damit ist neben dem Rat, *INTA* an zahlreichen

³²³ *Nettesheim*, Gemeinsame Handelspolitik und Entwicklungspolitik, in: *Oppermann/Classen/Nettesheim*, *Europarecht*⁷ (2016), 643.

³²⁴ *Krajewski*, Die neue handelspolitische Bedeutung des Europäischen Parlaments, in: *Bungenberg/Herrmann*, Die gemeinsame Handelspolitik der Europäischen Union nach Lissabon, 58.

³²⁵ Art. 207 Abs. 2 AEUV.

Gesetzgebungsverfahren beteiligt.³²⁶ Diese Verfahrensadaption wurzelt in einer horizontalen Kompetenzverschiebung zu Gunsten des europäischen Parlaments.

Der 2. Halbsatz des Artikels 207 Absatz 2 AEUV bindet EP und Rat daran Maßnahmen zu erlassen, die den Rahmen für die Umsetzung der GHP bestimmen. Hieraus ist richtigerweise schlusszufolgern, dass die unionsautonome Handelspolitik in Form allgemein gehaltener Rahmen- bzw. Grundverordnungen zu erfolgen hat. Weitere Einzelfallmaßnahmen können auf Basis dieser Grundverordnungen erfolgen.³²⁷ Artikel 207 Absatz 2 AEUV spiegelt damit die bisher gängige Praxis, Verordnungen der autonomen Handelspolitik durch weitere Verordnungen oder Durchführungsmaßnahmen der Mitgliedstaaten zu konkretisieren wieder.³²⁸

Es ist sohin festzuhalten, dass die autonome Handelspolitik zur Umsetzung der Gemeinsamen Handelspolitik die Verabschiedung allgemeiner Grundverordnungen ermöglicht.

(b) Exkurs: Von der Europäischen Union abgeschlossene Abkommen

Bevor die unionsexterne Handelspolitik behandelt werden kann, ist ein umfassender Wissensstock über Abkommen der Europäischen Union erforderlich. Von der Europäischen Union abgeschlossene Abkommen sind integraler Bestandteil der Unionsrechtsordnung. Ihnen kommt daher, wenn sie sich hierzu eignen, Vorrang und unmittelbare Anwendbarkeit zu.³²⁹ Innerhalb des Stufenbaus der Unionsrechtsordnung stehen völkerrechtliche Abkommen zwischen Primär- und Sekundärrecht.³³⁰ Daraus ergibt sich, dass europäische Institutionen von der Union abgeschlossene Abkommen beim Erlass von Sekundärrecht zu berücksichtigen haben.³³¹

³²⁶ *Krajewski* in *Bungenberg/Herrmann*, Die gemeinsame Handelspolitik der Europäischen Union nach Lissabon, 59; *Steiner* in: *Hafner/Kumin/Weiss* (Hrsg.), Recht der Europäischen Union, 326.

³²⁷ *Müller-Ibold*, Die gemeinsame Handelspolitik nach Lissabon. Sekundärrechtsabhängigkeit der gemeinsamen Handelspolitik, in: *Bungenberg/Herrmann*, Die gemeinsame Handelspolitik der Europäischen Union nach Lissabon, 85.

³²⁸ *Ohler* in *Eilmansberger/Griller/Obwexer* (Hrsg.), Rechtsfragen der Implementierung des Vertrags von Lissabon, 418f.

³²⁹ EuGH 30.04.1974, Rs. C-181/73, *Haegemann/Belgischer Staat*, Slg. 1974, I-449; EuGH 30.09.1987, Rs. C-12/86, *Demirel/Stadt Schwäbisch Gmünd*, Slg. 1987, I-3719.

³³⁰ Zur Rolle der Rechtsprechung im Rahmen des Stufenbaus der Unionsrechtsordnung und damit einhergehender Fragestellungen siehe auch: *Syrpis*, The Relationship between Primary and Secondary Law in the EU, *Common Market Law Review* Volume 52 Issue 2 (2015), 461.

³³¹ Art. 216 Abs. 2 AEUV.

Internationale Unionsübereinkünfte, zu ihnen gehören auch die Handels- und Investitionsabkommen, können in zwei Kategorien untergliedert werden. *Allein abgeschlossene Abkommen* sind all jene Abkommen, welche die Union im Rahmen ihrer Vertragsfähigkeit selbstständig abgeschlossen hat. Die einzelnen EU-Mitgliedstaaten sind keine Vertragsparteien. Da den Abkommen völkerrechtliche Natur zukommt, gelten für sie die völkervertraglichen Regelungen zur Auslegung und Beendigung internationaler Abkommen.

Den *allein abgeschlossenen Abkommen* stellt man *gemischte Abkommen* gegenüber. Diese charakterisieren sich dadurch, dass sowohl die Union als auch die einzelnen Mitgliedstaaten Vertragsparteien der Abkommen sind. Der Abschluss eines gemischten Abkommens ist immer dann obligat, wenn der dem betreffenden Abkommen zu Grunde liegende Sachverhalt nicht nur in die Kompetenz der Union fällt, sondern auch mitgliedstaatliche Kompetenzmaterien berührt. Für das Inkrafttreten gemischter Abkommen ist die mitgliedstaatliche Ratifizierung erforderlich. Um Verzögerungen hintanzuhalten, steht es der Union offen Abkommen provisorisch in Kraft zu setzen. Um eventuell bestehende Normenkonflikte zwischen Unionsrecht und gemischten Abkommen zu vermeiden, enthalten derlei Abkommen aber oft Entkoppelungsklauseln. Diese sehen vor, dass innerhalb der EU – im Rahmen der Vertragsbeziehungen – Unionsrecht anzuwenden ist.³³² Zu beachten ist, dass beim Abschluss gemischter Abkommen die Europäische Union und die Mitgliedstaaten gleichermaßen an das völkerrechtliche Abkommen gebunden sind. Eine völkerrechtliche Haftungsbeschränkung auf lediglich jene Regelungsbereiche des Abkommens, die in den Zuständigkeitsbereich der Europäischen Union fallen kommt nur dann in Betracht, wenn sowohl die Union als auch die Mitgliedstaaten eine entsprechende völkerrechtliche Erklärung bei der Ratifikation des Abkommens abgegeben haben. Es kommt bei gemischten Abkommen damit grundsätzlich zu einer vollumfänglichen völkerrechtlichen Bindung der Europäischen Union und der Mitgliedstaaten.³³³ Für den dritten Vertragspartner hat der Abschluss eines gemischten Abkommens sohin letztlich den Vorteil, dass neben der Europäischen Union auch sämtliche Mitgliedstaaten für die Einhaltung der übernommenen Vertragsverpflichtungen einzustehen haben.³³⁴

³³² Hafner in Hafner/Kumin/Weiss (Hrsg.), Recht der Europäischen Union, 111f.

³³³ Tietje, Ganz, aber doch nur teilweise – die Beteiligung des Deutschen Bundestages an gemischten völkerrechtlichen Abkommen der EU, Policy Papers on Transnational Economic Law No. 45 (2016), 1, (3ff).

³³⁴ Mayer, Rechtsgutachten für das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (2014), 1, (5).

Gemischte Abkommen sind seit Jahrzehnten fester Bestandteil europäischer Außenhandelspolitik, wie bereits das Assoziierungsabkommen zwischen der EG und Griechenland aus dem Jahr 1961 illustriert.³³⁵ Der Vertragsabschluss in Form eines gemischten Abkommens ist nicht bloß dann erforderlich, wenn ein Teil der Rechtsmaterie in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fällt. Richtigerweise ist diese Vorgangsweise immer dann zu präferieren, wenn die Kompetenzabgrenzung im gegenständlichen Sachverhalt unklar ist und langwierige Differenzen zur Zuständigkeitsfrage vermieden werden sollen.

Die Differenzierung in *allein* und *gemischt abgeschlossene Abkommen* wurde im Zuge der gegenständlichen Arbeit deswegen behandelt, weil die Forschungsfrage nach der unionsrechtlichen Zulässigkeit von Enteignungsschutzbestimmungen Auswirkungen auf die Form künftig abzuschließender Investitionsschutzabkommen hat. Sollten die Bestimmungen zum Enteignungsschutz in die ausschließliche Zuständigkeit der Union fallen, steht es der EU offen alleine Abkommen zu schließen. Sollte sich allerdings zeigen, dass die ausschließliche Unionszuständigkeit Bestimmungen zum Enteignungsschutz nicht umfasst, hätte dies zur Folge, dass künftige ISA unter Heranziehung der Mitgliedstaaten als gemischte Abkommen abzuschließen wären.

(c) Die vertragliche, unionsexterne Handelspolitik

Nachdem der Rang und die unterschiedlichen Möglichkeiten zum Abschluss von Abkommen im Rahmen der Handelspolitik erläutert wurden, kann nun die vertragliche, unionsexterne Handelspolitik genauer betrachtet werden. Die Verfahrensvorschriften sind weitestgehend aus Ex-Artikel 133 EGV übernommen worden.³³⁶

Die Union bedarf, für den Abschluss eines Abkommens, stets einer materiellen Kompetenzgrundlage. Für den Bereich der GHP ist Artikel 207 AEUV die ausdrückliche Zuständigkeitsbasis. Beim Abschluss internationaler Übereinkünfte, gleich ob Handelsabkommen oder nicht, sind immer die primärrechtlichen Verfahrensregeln der Artikel 216 – 219 AEUV mit zu beachten. Diese Vorschriften sind auch im Zuge der GHP

³³⁵ Heliskoski, *Mixed Agreements as a Technique for Organizing the International Relations of the European Community and its Member States* (2001), 253.

³³⁶ Osteneck in *Schwarze* (Hrsg.), *EU-Kommentar*² (2009), Art. 133 EGV, Rz. 43.

schlagend, wobei für handelspolitische Abkommen darüber hinaus die Sonderregelungen des Artikels 207 Absatz 3 und 4 AEUV zu berücksichtigen sind.³³⁷

Der Abschluss eines Handels- bzw. Investitionsabkommens kann grob in zwei Phasen untergliedert werden, wobei der Verhandlungsphase die Abschlussphase nachfolgt. Seit dem Vertrag von Lissabon, sind alle drei europäischen Institutionen - KOM, EP und Rat - am Abschluss völkerrechtlicher Verträge beteiligt.³³⁸

(i) Die Verhandlungsphase eines Abkommens

Die für den Verhandlungszeitraum eines Abkommens wesentlichen Regeln sind in Artikel 207 Absatz 3 AEUV enthalten. Dieser bestimmt:

„Die Kommission legt dem Rat Empfehlungen vor; dieser ermächtigt die Kommission zur Aufnahme der erforderlichen Verhandlungen. Der Rat und die Kommission haben dafür Sorge zu tragen, dass die ausgehandelten Abkommen mit der internen Politik und den internen Vorschriften der Union vereinbar sind.

Die Kommission führt diese Verhandlungen im Benehmen mit einem zu ihrer Unterstützung vom Rat bestellten Sonderausschuss und nach Maßgabe der Richtlinien, die ihr der Rat erteilen kann. Die Kommission erstattet dem Sonderausschuss sowie dem Europäischen Parlament regelmäßig Bericht über den Stand der Verhandlungen.“

Der Rat der Europäischen Union spielt im gesamten Verhandlungsprozess eine zentrale Rolle. Der Rat ermächtigt die Kommission (als Organ) zur Verhandlungsführung. Diese Ermächtigung erfolgt auf Basis von Empfehlungen der KOM. Die Verhandlungen über den Abschluss des Handels- oder Investitionsabkommens fallen also in die Organkompetenz der EK.³³⁹ Die GHP unterscheidet sich an dieser Stelle in zahlreichen Einzelheiten von den

³³⁷ Müller-Ibold in Lenz/Borchart (Hrsg.), EU Verträge: Kommentar nach dem Vertrag von Lissabon⁶ (2012) Vorbemerkung Art. 206-207 AEUV, Rz. 24.

³³⁸ Ebd., Art. 207 AEUV, Rz. 67.

³³⁹ Ebd., Art. 207 AEUV, Rz. 67.

allgemein außenpolitischen Bestimmungen. So liegt einerseits die Verhandlungsinitiative zum Abschluss von Handelsabkommen bei der KOM, und nicht wie sonst beim Hohen Vertreter der Union, andererseits ist der GHP das Recht einen Verhandlungsführer zu bestellen fremd.³⁴⁰

Für die Verhandlungsphase im engeren Sinn gilt, dass der Rat der Kommission Verhandlungsrichtlinien erteilen kann. Diese können entweder von generell-abstrakter Natur sein, oder eine Leitschnur für geradezu umfassende Detailfragen bilden. Der Handelspolitische Ausschuss, ein Sonderausschuss des Rats, unterstützt die Kommission bei den Verhandlungen.³⁴¹ Hierzu gehört auch, dass Artikel 207 Absatz 3 AEUV Rat als auch Kommission dazu anhält, die ausgehandelten Übereinkünfte mit den internen Politiken und Vorschriften der Union abzustimmen.

Während der Verhandlungen hat die Kommission außerdem bereits dem Handelspolitischen Ausschuss und dem EP regelmäßig zu berichten. Obwohl der Informationsfluss an das EP bislang gängiger Arbeitspraxis entspricht, liegt die Neuerung des VvL in der ausdrücklichen Normierung des parlamentarischen Informationsrechts.³⁴² Diesem Gebot liegt der dem VvL durchwegs immanente Gedanke der Stärkung der Rolle des Europäischen Parlaments zu Grunde.³⁴³ Das Informationsrecht des EP reicht weiter als eine Befugnis auf bloße Darstellung des Verhandlungsstands, ist doch vielmehr das Recht auf jede Art von Information erfasst. Die Änderungen des AEUV gehen damit über eine reine Textierung bisheriger Praxis hinaus.

Abschließend ist noch zu sagen, dass eine Ungleichbehandlung von Handelspolitischem Ausschuss des Rats und Europäischem Parlament nicht gerechtfertigt werden kann; vielmehr sind stets beide Organe an allen verfügbaren Informationen zu beteiligen.³⁴⁴

(ii) Die Abschlussphase eines Abkommens

³⁴⁰ *Dederer*, Die gemeinsame Handelspolitik im Einflussbereich von Kommission, Rat, Hohem Vertreter und Europäischem Auswärtigen Amt, in: *Bungenberg/Herrmann*, Die gemeinsame Handelspolitik der Europäischen Union nach Lissabon, 106.

³⁴¹ *Ohler* in *Eilmansberger/Griller/Obwexer* (Hrsg.), Rechtsfragen der Implementierung des Vertrags von Lissabon, 423.

³⁴² *Maydell*, The European Community's Competence to conclude International Agreements on Investment, 233.

³⁴³ Siehe das Demokratieprinzip des Art. 10 EUV.

³⁴⁴ *Krajewski* in *Bungenberg/Herrmann* (Hrsg.), Die gemeinsame Handelspolitik der Europäischen Union nach Lissabon, 61.

Die Abschlussphase ist dadurch gekennzeichnet, dass der Rat nicht nur die Aushandlung, sondern auch den Abschluss des Abkommens mit qualifizierter Mehrheit³⁴⁵ beschließt. Der Rat hat nach Artikel 207 Absatz 4 AEUV aber immer dann einstimmig zu beschließen, wenn dies die korrelierenden internen Regeln vorschreiben.

*„Über die Aushandlung und den Abschluss eines Abkommens über den Dienstleistungsverkehr, über Handelsaspekte des geistigen Eigentums oder über **ausländische Direktinvestitionen** beschließt der Rat einstimmig, wenn das betreffende Abkommen Bestimmungen enthält, bei denen für die Annahme interner Vorschriften Einstimmigkeit erforderlich ist. (Hervorhebung durch den Verfasser)“³⁴⁶*

Im finalen Entwurf des VvL waren ausländische Direktinvestitionen noch nicht Teil der Einstimmigkeitsregelung des Artikels 207 Absatz 4 AEUV. Die Mitgliedstaaten fügten ADI der Bestimmung vielmehr erst im Zuge des Überarbeitungsprozesses ein.³⁴⁷ Da dies allerdings faktisch kaum der Fall ist, verbleibt es in den meisten Fällen beim Erfordernis der qualifizierten Mehrheit. Ein de-facto Einstimmigkeitserfordernis besteht aber in den Fällen "gemischter Abkommen".³⁴⁸

Wie bereits gesagt, sind die Bestimmungen über den Abschluss handelspolitischer Abkommen und die allgemeinen Vertragsschlussbestimmungen miteinander verwoben. Wird ein internationales Abkommen abgeschlossen, kommt dem EP nun eine wichtige Rolle zu, wobei hier grundsätzlich zwei Konstellationen denkbar sind.

Möglich ist einerseits das Erfordernis der Zustimmung des EP zum Abkommensabschluss. In diesem Fall, setzt ein Beschluss des Rats über die Genehmigung einer internationalen Übereinkunft die parlamentarische Zustimmung voraus. Die Durchsicht des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union zeigt für den Bereich der GHP eine mögliche

³⁴⁵ Siehe zum Erfordernis der qualifizierten Mehrheit nach dem Lissaboner Reformvertrag den Glossar der EU, online abrufbar unter: <http://europa.eu/legislation_summaries/glossary/qualified_majority_de.htm> (17.06.2017).

³⁴⁶ Art. 207 Abs. 4 AEUV.

³⁴⁷ *Maydell*, The European Community's Competence to conclude International Agreements on Investment, 231.

³⁴⁸ *Müller-Ibold* in *Lenz/Borchardt* (Hrsg.), EU Verträge Kommentar nach dem Vertrag von Lissabon⁶, Art. 207 AEUV, Rz. 68f.

Fallkonstellation, die eine EP-Zustimmung zur Folge hätte. Gemäß Artikel 218 Abs. 6 lit. a und v ist das Einverständnis des EP immer dann einzuholen, wenn das Abkommen Materien berührt, die das ordentliche oder besondere Gesetzgebungsverfahren verlangen. Wie oben angeführt³⁴⁹, gilt für die handelspolitische Verordnungskompetenz das ordentliche Gesetzgebungsverfahren. Zu beachten ist dabei jedoch, dass die Zustimmung des Europäischen Parlaments nur soweit geht, als auch korrelierendes autonomes Recht reicht. Von den Fällen einer erforderlichen Zustimmung des Parlaments werden jene Konstellationen unterschieden, in denen die bloße Anhörung des EP genügt.³⁵⁰

Für die vertragliche Handelspolitik sind aus dem bisher Gesagten mehrere Schlüsse zu ziehen. Es kam zur horizontalen Zuständigkeitsverschiebung zu Gunsten des Europäischen Parlaments. Neben dem, im AEUV niedergeschriebenen, Informationsrecht des EP für die Verhandlungsphase, kommt es durch die künftig oft erforderliche Zustimmung des EP zur demokratiepolitischen Aufwertung internationaler Übereinkünfte. Damit kommen künftig auch Handels- und Investitionsschutzabkommen der Union in den Genuss erhöhter demokratischer Legitimation.³⁵¹

(d) Die Investitionskompetenz der Union: Eine bloße Verhandlungskompetenz?

Die wohl restriktivste Lesart zur neuen Unionskompetenz findet sich allerdings bei *Mola*. So leitet er aus dem zwischen WTO-Investitionspolitik und neuer Unionskompetenz sachlich bestehenden Zusammenhang ab, dass Artikel 207 AEUV keine substantiellen Änderungen zur Folge habe. Der Union soll lediglich die Vertretungs- bzw. Verhandlungskompetenz für Fragen des Investitionsschutzes zukommen, eine Bindung an deren substantielle Standards verneint er allerdings vehement. Im Rahmen dieses Abschnittes soll sohin die Rolle der Europäischen Union innerhalb der WTO analysiert, sowie deren Rechtsrahmen mit jenem der europäischen Verträge verglichen werden.³⁵²

³⁴⁹ Siehe hierzu die Ausführungen auf Seite 101.

³⁵⁰ *Ohler* in *Eilmansberger/Griller/Obwexer (Hrsg.)*, Rechtsfragen der Implementierung des Vertrags von Lissabon, 424ff.

³⁵¹ Für eine Veranschaulichung des Vertragsschlussverfahrens am Beispiel des CETA-Abkommens siehe auch: *Bäumler*, Vom Vertragstext zum Inkrafttreten: Das Vertragsschlussverfahren im Mehrebenensystem am Beispiel CETA, *EuR* Heft 6 (2016), 607ff.

³⁵² *Mola*, Which Role for the EU in the Development of International Investment Law, Working Paper No. 26 (2008), online abrufbar unter: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1154583> (17.06.2017).

Die Europäische Union ist nur dann in der Lage umfassende Investitionsschutzabkommen abzuschließen, wenn das Primärrecht auch eine Bindung an materielle Schutzstandards – etwa den Enteignungsschutz – ermöglicht. Was sich, insbesondere vor dem Hintergrund der vorangegangenen Ausführungen, wie eine Selbstverständlichkeit anhören mag, wird in der Literatur teilweise kontroversiell diskutiert.

So vertritt *Mola*, dass der Vertrag von Lissabon der Union lediglich die "Verhandlungskompetenz" für investitionsschutzrechtliche Materien übertrage. Denkt man diesen Gedanken zu Ende, dann soll es der Union anstelle der einzelnen Mitgliedstaaten zwar möglich sein ISA auszuverhandeln, eine rechtliche Bindung der Union an deren Inhalt soll aber nicht möglich sein. Durch diese so abgeschlossenen Abkommen sollen vielmehr auch weiterhin die einzelnen Mitgliedstaaten verpflichtet und berechtigt werden. *Mola* dividiert in diesem Kontext die Begrifflichkeiten "Verhandlungskompetenz" und "substantielle Kompetenz" auseinander. Die Aufgabe der Kommission solle sich laut ihm letztlich darin erschöpfen, Standards bzw. Klauseln auszuarbeiten die den Interessen aller Mitgliedstaaten Rechnung tragen. Ist die Erzielung eines weitreichenden Konsenses nicht möglich, dann soll das Verhandlungsergebnis Raum für nationale Gestaltungsspielräume lassen.³⁵³ Diese sehr restriktive Investitionskompetenz untermauert *Mola* indem er auf die beschränkten Außenkompetenzen der Union für den Dienstleistungssektor im Rahmen des GATS verweist.³⁵⁴

Ehe man abschließend beurteilen kann, ob sich die GHP nach den Regeln des Vertrags von Lissabon tatsächlich in einer reinen Verhandlungskompetenz für ADI erschöpft, liegt es auf der Hand, näher die Rolle der Europäischen Union bzw. Europäischen Gemeinschaft im Rahmen der Welthandelsorganisation GATS bzw. WTO zu betrachten. Unter Berücksichtigung der zugrundeliegenden Kompetenzstruktur und politischer Besonderheiten ist zunächst zu klären, inwiefern die Rechtslage innerhalb des GATS bzw. der WTO der unionsrechtlichen Kompetenzstruktur gleicht.

(i) Das GATT 1947 und die Gründung der WTO

³⁵³ Ebd.

³⁵⁴ Ebd., 15.

Ehe die historisch gewachsene Position der Europäischen Union im internationalen Handelssystem skizziert wird, soll zunächst kurz die Entwicklung dieses Rechtskreises dargelegt werden. Das Allgemeine Handels- und Zollabkommen 1947 (*General Agreement on Tariffs and Trade, GATT 1947*) hatte einen wesentlichen Einfluss auf die Entstehung der heutigen Welthandelsorganisation (*World Trade Organisation, WTO*). Das GATT 1947, quasi die erste Verrechtlichung des globalen Handelsverkehrs, spielte nahezu über 50 Jahre lang eine herausragende Rolle im internationalen Wirtschaftssystem. Es bestand ein enger Zusammenhang zwischen dem Abschluss des GATT 1947 und den Bemühungen um die Errichtung einer Internationalen Handelsorganisation (*International Trade Organization, ITO*). Das GATT 1947 wurde, um eine verpflichtend erforderliche Zustimmung durch den amerikanischen Kongress zu vermeiden, in Form eines gegenseitigen Handelsvertrags ausgestaltet. Das GATT 1947 nahm in den folgenden Jahrzehnten letztlich jene Rolle ein die eigentlich der ITO zugehört war. Unter der Schirmherrschaft des GATT 1947 fanden insgesamt sieben Verhandlungsrunden statt, welche teils nach dem Veranstaltungsort, teils nach dem Initiator benannt sind. Die bahnbrechende, achte Verhandlungsrunde (Uruguay-Verhandlungsrunde) mündete in der Gründung der heutigen WTO.³⁵⁵

Ganz generell ist zu sagen, dass die Uruguay-Verhandlungsrunde (1986-1994) – die bislang längste Verhandlungsrunde – weitreichende Änderungen im globalen Handelssystem zur Folge hatte. Das Marrakesch Abkommen³⁵⁶, die Schlussakte zur Uruguay-Verhandlungsrunde, wurde am 15. April 1994 von 124 Staaten unterzeichnet. Das Marrakesch-Abkommen hatte nicht nur die Gründung der WTO, einer Internationalen Organisation mit Rechtspersönlichkeit zur Folge, sondern auch den Abschluss des Allgemeinen Handels- und Zollabkommens 1994 (*General Agreement on Tariffs and Trade, GATT 1994*), des Allgemeinen Abkommens über den Handel mit Dienstleistungen (*General Agreement on Trade in Services, GATS*) und des Übereinkommens über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums (*Agreement on the Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, TRIPS*).³⁵⁷ Die Europäische Gemeinschaft trat der WTO im Jahr 1994 bei Gründung dieser – gemeinsam mit den einzelnen Mitgliedstaaten – formell bei.³⁵⁸

³⁵⁵ *Hilf/Oeter* (Hrsg.), *WTO-Recht*² (2010), 81ff.

³⁵⁶ Siehe hierzu: < https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/marrakesh_decl_e.htm > (17.06.2017).

³⁵⁷ *Wouters/de Meester*, *The World Trade Organization: A Legal and Institutional Analysis* (2007), 14ff.

³⁵⁸ *Ebd.*, 168.

(ii) Die Rolle der Europäischen Union im globalen Handelssystem

Der Europäischen Gemeinschaft bzw. der Europäischen Union kam im Rahmen des GATT 1947 bzw. der WTO stets eine herausragende Rolle zu. Die EG übte bereits zu jener Zeit mitgliedstaatliche Befugnisse aus, als ein formeller Beitritt als Vertragspartei noch gar nicht zur Diskussion stand. Exemplarisch sei darauf hingewiesen, dass die Hohe Behörde der EGKS etwa an der Genfer Verhandlungsrunde (1955-1956), der Dillon Verhandlungsrunde (1960-1961), sowie der Kennedy Verhandlungsrunde (1964-1967) teilnahm. Das Genfer Protokoll zum Allgemeinen Zoll- und Handelsabkommen (1967), welches die Ergebnisse der Kennedy Verhandlungsrunde (1964-1967) verschriftlichte, machte erstmals der EGKS als Staatengruppe Zugeständnisse. Dieser Präzedenzfall in der WTO-Praxis sorgte unter anderem für die spätere Anerkennung der Europäischen (Wirtschafts)-Gemeinschaft als *de facto* Mitglied.³⁵⁹ Auffallend ist, dass die Europäische (Wirtschafts)-Gemeinschaft im Zuge der Verhandlungsrunden stets als Einzelakteur auftrat. Die "Vertretungsbefugnis" der Gemeinschaft ging über die Jahre gar so weit, dass selbst im Zusammenhang mit Themenbereichen, in denen eine allfällige Kompetenz der EG angezweifelt wurde (wie etwa im Zuge der Uruguay-Verhandlungsrunde), immer die Gemeinschaft als Vertreterin der Mitgliedstaaten auftrat.³⁶⁰ Es verwundert daher auch nicht, dass stets dann, wenn sich Streitbeilegungsmechanismen auf einen Mitgliedstaat bezogen, die Verfahren gegen die Europäische Gemeinschaft geführt wurden.³⁶¹

Für die EG war es in der politischen Praxis des GATT 1947 immer erforderlich Funktionen auszuüben, die an und für sich eine formelle Mitgliedschaft voraussetzten, was der EuGH in seiner Rechtsprechung entsprechend würdigte.³⁶² Die GATT 1947-Vertragspraxis zeigt, ungeachtet der Kompetenzgrundlage, ein sehr konsistentes Bild: So hat die E(W)G die den Mitgliedstaaten vertraglich zustehenden Rechte weitestgehend ausgeübt, etwa an der Tätigkeit der GATT 1947-Organen teilgenommen, Verträge für die Mitgliedstaaten

³⁵⁹ Garcia/Garmendia, The EU as an actor at the WTO: its strengths and weakness throughout history, Eastern Journal of European Studies No. 3 (2012), 49, (52), online abrufbar unter: <http://ejes.uaic.ro/articles/EJES2012_0301_BER.pdf> (17.06.2017); Wu, Foreign Direct Investment as Common Commercial Policy: EU External Economic Competence after Lisbon, in: Cardwell (Hrsg.), EU External Relations Law and Policy in the Post-Lisbon Era (2011), 375.

³⁶⁰ Kaddous, The European Union in International Organisations and Global Governance (2015), 111.

³⁶¹ Garcia/Garmendia, The EU as an actor at the WTO: its strengths and weakness throughout history, Eastern Journal of European Studies No. 3 (2012), 49, (53).

³⁶² EuGH 12.12.1972, Rs. 21-24/72, *International Fruit Company*, Slg. 1972, I-1219.

abgeschlossen und war Kläger und Beklagter in Panel-Verfahren.³⁶³ Man kann daher sagen, dass die Europäische Gemeinschaft – bereits vor dem formellen Beitritt zur WTO im Jahr 1994 – die einzelnen Mitgliedstaaten vertrat.³⁶⁴

Der Vertrag von Lissabon, der die Gemeinsame Handelspolitik gemäß Artikel 3 Abs. 1 lit. e AEUV explizit als exklusive Unionszuständigkeit ausweist, brachte hinsichtlich der Stellung der Union in der WTO keine nennenswerten Änderungen. Vielmehr erschöpfen sich die Neuerungen des Lissaboner Vertrags für diesen Regelungsbereich in "pro-forma Änderungen", wie der Eröffnung einer europäischen Mission in Genf samt Bestellung eines eigenen EU-Botschafters, sowie der Namensänderung der EG in EU.³⁶⁵

Auf der Grundlage der Verhandlungspraxis der Kommission im Rahmen des Welthandelssystems Schlüsse hinsichtlich des Investitionsschutzes zu schließen, lässt politische Besonderheiten außer Betracht. So wusste die EK im Rahmen des GATT 1947 immer wieder verbleibende Freiräume und politische Momente für sich zu nutzen. Die EK versprach den USA im Zuge der "Blair-House-Vereinbarung" im Jahr 1992 etwa einen weitreichenden Abbau von Exportsubventionen im Agrarsektor, womit die Mitgliedstaaten weitestgehend vor vollendete Tatsachen gestellt wurden. Trotz des vorhandenen Widerstands, musste die französische Regierung – ob des politischen Drucks – letztlich das Agrarabkommen als Teil des Verhandlungspakets akzeptieren.³⁶⁶ Ähnlich verhielt es sich auch mit der Klage südamerikanischer Staaten gegen die EU-Bananenmarktordnung vor dem GATT 1947-Schiedsgericht. Die EU-Bananenmarktordnung trat 1993 in Kraft um europäische Produzenten zu unterstützen. Die Kommission versprach, um die Klage zu bereinigen, die Quoten der klagenden Staaten zu erhöhen und bis 2001 festzuschreiben. Da dieser Lösungsvorschlag der Kommission im EU-Ministerrat jedoch nicht die erforderliche qualifizierte Mehrheit erreichte, wurde sie auf Betreiben der Kommission in den kurz vor der Finalisierung stehenden Text des Uruguay-Abkommens integriert. Die EU-Mitgliedstaaten waren nicht gewillt, alleine deswegen die Unterzeichnung des gesamten WTO-Abkommens zu verweigern; stand in dieser Hinsicht doch zu viel auf dem Spiel.³⁶⁷ Der Argumentation *Molas* ist außerdem zu entgegen, dass die Neuerungen des Vertrags von Lissabon gerade darin zu sehen sind, dass Artikel 207 AEUV der Union sowohl das Recht zur autonomen Rechtsetzung als auch zum Abkommensabschluss überträgt. Artikel

³⁶³ *Hilpold*, Die EU im GATT/WTO-System, 123.

³⁶⁴ *Wouters/de Meester*, The World Trade Organization: A Legal and Institutional Analysis, 168.

³⁶⁵ *Kaddous*, The European Union in International Organisations and Global Governance, 111.

³⁶⁶ Ebd., 8.

³⁶⁷ Ebd., 8.

207 AEUV räumt der Union nicht bloß ein Verhandlungsmandat bzw. Vertretungsrecht ein, sondern berechtigt die Europäische Union – *expressis verbis* – zum Abschluss von Investitionsschutzabkommen.³⁶⁸ Eine gegenteilige Auslegung der GHP hätte keine substantielle Neuerung im Bereich des Investitionsschutzes durch den Vertrag von Lissabon zur Folge.³⁶⁹

(iii) Das GATS und die damalige Kompetenzstruktur der GHP

Die Auffassung *Molas*, wonach sich die Investitionskompetenz in einer reinen "Verhandlungskompetenz" erschöpfe, basiert auf der begrenzten Außenkompetenz der Union für den Dienstleistungssektor im Zuge des GATS-Abschlusses.³⁷⁰ Ob diese Analogie zulässig ist, muss vor dem Hintergrund des Gutachtens 1/94 beurteilt werden.³⁷¹ Anfang der 1990er Jahre kam es zwischen der EK und mehreren Mitgliedstaaten zu unterschiedlichen Rechtsauffassungen. Es ging darum, ob die Union auch die exklusive Zuständigkeit für Abkommen, die den Handel mit Dienstleistungen oder handelsbezogenen Aspekten geistiger Eigentumsrechte regeln, innehat. Anlass des EuGH-Gutachtens war das WTO-Abkommen, das Abschlussdokument der Uruguay-Verhandlungsrunde, welches die beiden vorgenannten Regelungsbereiche in das Welthandelsrecht integrieren sollte. Die Kommission hatte die Verhandlungen zu den Abkommen der Uruguay-Verhandlungsrunde ganz alleine geführt. Die Mitgliedstaaten hatten aber bereits bei der Erteilung des Verhandlungsmandats klargestellt, dass dies für die Kompetenzfrage irrelevant sei.³⁷²

In diesem Zusammenhang urteilte der EuGH, dass der Gemeinschaft gemäß Ex-Artikel 133 EGV die ausschließliche Kompetenz für Regelungen des Handels mit Waren zukommt. Diese Gemeinschaftszuständigkeit umfasst auch die Waren, die unter den EGKS und EUROTAM-Vertrag fallen.³⁷³ Zum hier interessierenden GATS legte der EuGH dar, dass der Dienstleistungsverkehr des GATS vier verschiedene Erbringungsweisen umfasst: (i) die grenzüberschreitende Erbringung, die keinen Grenzübertritt von Personen erfordert; (ii) die Auslandserbringung, für die sich der Dienstleistungsempfänger in das Gebiet des

³⁶⁸ Siehe hierzu die Ausführungen auf Seite 104.

³⁶⁹ *Shan/Zang*, European Journal of International Law Volume 21 No. 4 (2010), 1049, (1063f).

³⁷⁰ *Mola*, Which Role for the EU in the Development of International Investment Law, Working Paper No. 26 (2008), 1, (15).

³⁷¹ EuGH 15.11.1994, Gutachten 1/94 („WTO“), Slg. 1994, I-5267.

³⁷² EuGH 15.11.1994, Gutachten 1/94 („WTO“), Slg. 1994, I-5267, Rz. 3ff.

³⁷³ Ebd., Rz. 22ff.

Mitglieds der WTO begibt, in dem der Dienstleistungserbringer niedergelassen ist; (iii) die gewerbliche Niederlassung, d.h. das Bestehen einer Tochtergesellschaft oder einer Zweigniederlassung im Gebiet des Mitglieds der WTO, in dem die Dienstleistung zu erbringen ist, und; (iv) die Niederlassung natürlicher Personen eines Mitglieds der WTO, mittels derer ein Dienstleistungserbringer eines Mitglieds Dienstleistungen im Gebiet eines anderen Mitglieds erbringt. Da der erstgenannte Fall, sohin die grenzüberschreitende Erbringung, dem Warenverkehr nicht unähnlich ist, gibt es laut EuGH keinen Grund dafür, diese Dienstleistungsart von der GHP auszunehmen. Die anderen drei Formen des Dienstleistungsverkehrs subsumierte der EuGH dahingegen nicht unter die Gemeinsame Handelspolitik.³⁷⁴ Der Gemeinschaft stand damit nach Ex-Artikel 113 EGV nur die ausschließliche Kompetenz für den Handel mit Dienstleistungen, soweit es sich dabei tatsächlich um grenzüberschreitende Dienstleistungen handelt, zu. Im Zusammenhang mit TRIPS kommt der Gemeinschaft lediglich eine ausschließliche Kompetenz für Regelungen über den Handel mit nachgeahmten Waren zu. Der Rest fällt in die geteilte Kompetenzsphäre.³⁷⁵

Der EuGH hielt damit im Ergebnis fest, dass gewisse Bereiche der Abkommen der Uruguay-Verhandlungsrunde in die (zwischen Gemeinschaft und Mitgliedstaaten) geteilte Zuständigkeitssphäre fallen.³⁷⁶ Die Situation stellte sich damit letztlich wie folgt dar: Die Kommission – als Vertreterin der EG – hatte das GATS ausverhandelt, die Kompetenz für dessen Regelungsbereiche fiel aber (zumindest) partiell den Mitgliedstaaten zu.

Dieses Auslegungsergebnis überrascht nicht, wenn man die damalige Primärrechtsstruktur mitberücksichtigt. Ex-Artikel 133 EGV idF des Vertrags von Maastricht umfasste Dienstleistungen und handelsbezogene Aspekte des geistigen Eigentums noch nicht mit. Erst der Vertrag von Amsterdam (1997) räumte dem Rat die Möglichkeit ein, die Regeln und Verfahren der GHP auf internationale Verträge über Dienstleistungen und Rechte des geistigen Eigentums auszudehnen, soweit sie nicht bereits in die GHP fallen. Der Rat machte von dieser Gelegenheit aber keinen Gebrauch. Durch den Vertrag von Nizza (2001) wurde der Geltungsbereich der GHP um den Dienstleistungshandel und die

³⁷⁴ Ebd., Rz. 43ff.

³⁷⁵ Ebd., Rz. 71.

³⁷⁶ *Berrisch*, Neuerungen im Außenhandelsrecht der Gemeinschaft – Die Umsetzung der multilateralen Handelsabkommen der Uruguay-Runde, Vortrag vor dem Europa-Institut der Universität des Saarlandes, Saarbrücken, den 13.06.1995, 1, (5ff), online abrufbar unter: <http://intr2dok.vifa-recht.de/receive/mir_mods_00000086> (17.06.2017); *Fairbrother/Quisthoudt-Rowohl*, Europäische Handelspolitik: Von Rom bis Lissabon, in Konrad-Adenauer-Stiftung: Analysen & Argumente 73 (2009), 1, (8).

handelsbezogenen Aspekte des geistigen Eigentums erweitert. So bestanden zwar Ausnahmen, welche die Erweiterung relativierten, im Ergebnis kam es aber dennoch zu einer substantiellen Ausweitung handelspolitischer Gemeinschaftskompetenzen durch den Vertrag von Nizza.³⁷⁷

- (iv) Keine Beschränkung der Investitionskompetenz auf die Verhandlungsführung

Im Ergebnis ist jene Rechtsansicht, die der Union lediglich eine Verhandlungskompetenz für den Investitionsschutz zuteilt, zu verwerfen. Vor dem Hintergrund des Gutachtens 1/94 ist zu sagen, dass Artikel 207 AEUV gerade darauf abzielt, die primärrechtliche Ausgestaltung der GHP zu vereinfachen und zu konsolidieren. Die GHP räumt der Europäischen Union nach dem VvL für die meisten Verhandlungsfelder der WTO die exklusive Kompetenz ein, was eine Reduktion gemischter Abkommen zur Folge hat.³⁷⁸

Hinzu kommt, dass der EG bzw. Union im Rahmen des GATT 1947 bzw. der WTO stets eine Sonderrolle zukam. Aufgrund der wirtschaftspolitischen Bedeutung war es erforderlich, dass die EG bereits (lange) vor ihrem formellen Beitritt als Sprachrohr der Mitgliedstaaten fungierte.³⁷⁹ Diese gemeinschaftliche Praxis, welche vielmehr auf völkerrechtlicher Übung denn auf vertraglichen Grundlagen beruhte, erfuhr auch durch den Vertrag von Lissabon keine gewichtigen Änderungen.³⁸⁰ Diesbezüglich ist die Rolle der Europäischen Union im Zuge der Welthandelsorganisation einmalig, treten die EU-Mitgliedstaaten doch in keiner anderen Internationalen Organisation derart geschlossen auf wie im Rahmen der WTO.

3.2.6 Das Konformitätsgebot und der Enteignungsschutz

Bei der Durchsicht der Verfahrensbestimmungen der Gemeinsamen Handelspolitik fällt unweigerlich Artikel 207 Abs. 3 Satz 3 AEUV auf.

³⁷⁷ *Fairbrother/Quisthoudt-Rowohl*, Europäische Handelspolitik: Von Rom bis Lissabon, in Konrad-Adenauer-Stiftung: Analysen & Argumente 73 (2009), 1, (9).

³⁷⁸ *Garcia/Garmendia*, Eastern Journal of European Studies No. 3 (2012), 49, (59).

³⁷⁹ *Hilpold*, Die EU im GATT/WTO-System, 123.

³⁸⁰ *Kaddous*, The European Union in International Organisations and Global Governance (2015), 114.

*„(..) Die Kommission legt dem Rat Empfehlungen vor; dieser ermächtigt die Kommission zur Aufnahme der erforderlichen Verhandlungen. **Der Rat und die Kommission haben dafür Sorge zu tragen, dass die ausgehandelten Abkommen mit der internen Politik und den internen Vorschriften der Union vereinbar sind.** (Hervorhebung durch den Verfasser)“*

Die Vorschrift sieht vor, dass Rat und Kommission dafür Sorge zu tragen haben, dass die im Rahmen der GHP ausgehandelten Abkommen mit der internen Unionspolitik und den internen Unionsvorschriften vereinbar sind. Fraglich ist ob sich hieraus, wie teilweise behauptet, Einschränkungen der Investitionskompetenz – namentlich des Enteignungsschutzes – ergeben. Wie bereits angeführt, war die EK aufgrund des immer stärker werdenden Widerstands gegen Investitionsschutzklauseln in TTIP gezwungen, öffentliche Konsultationen zum Investitionsschutzmechanismus einzuleiten. Die Ergebnisse sind bekannt.³⁸¹ Greenpeace veröffentlichte im Rahmen dieser Debatte einen mehrseitigen Beitrag, der auch explizit auf das Verhältnis des Artikels 207 Absatz 3 AEUV zur künftig gesamteuropäischen Investitionspolitik Bezug nimmt.³⁸² Die Publikation der NGO enthält nicht nur Ausführungen zur Beilegung von Investor-Staat-Streitigkeiten,³⁸³ sondern bezieht sich auch auf materielle Schutzstandards.³⁸⁴

Zum Enteignungsschutz geben die Umweltschützer an, dass die TTIP-Klauseln hierzu wegen Artikel 207 Abs. 3 Satz 3 AEUV mit den Grundsätzen der Europäischen Menschenrechtskonvention (Artikel 1) und der EU-GRC (Artikel 17 Absatz 1) in Einklang zu stehen haben. Es widerspräche nämlich Artikel 207 Abs. 3 Satz 3 AEUV ausländischen Investoren eine vorteilhaftere Position einzuräumen, als sie natürlichen und juristischen Personen innerhalb der EU zukomme. Der Grundsatz, wonach bei öffentlichem Interesse die Benutzung von Eigentum gesetzlich geregelt werden dürfe, solle vielmehr unterschiedslos für EU-Konstellationen als auch ausländische Investoren gelten. Darüber hinaus, erlaube das Unionsrecht in gewissen Fällen entschädigungslose

³⁸¹ Siehe hierzu die Ausführungen auf Seite 156.

³⁸² *Cross/Carta*, Greenpeace's contribution to the European Commission's public consultation on „Investment protection and investor-to-state dispute settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement (TTIP)“ (2014), online abrufbar unter: <https://greenpeace.de/sites/www.greenpeace.de/files/publications/isds-konsultation_dt_greenpeace.pdf> (17.06.2017).

³⁸³ Ebd., 7.

³⁸⁴ Hierzu Teil A des Beitrags, 1ff.

Eigentumsbeeinträchtigungen. Die Autoren des Greenpeace Beitrags streichen hervor, dass die Kommission in ihrer bisherigen Praxis europäische Standards durch Normen des Internationalen Investitionsrechts, welche ausländische Investoren bevorzugen würden, ersetzt habe. Greenpeace schlägt deswegen vor, dass Entschädigungsleistungen "angemessen, fair und gerecht" und nicht, wie der Referenztext der Kommission vermuten lasse, "unverzüglich, angemessen und wirksam" zu sein haben. Auf diese Weise könne eine Entschädigungssumme reduziert werden, wenn die zugrunde liegende Enteignung einem öffentlichen Zweck diene. Den Staaten wäre damit ein breiterer Ermessensspielraum eingeräumt und dem Dilemma entgegengetreten, dass stets Entschädigungsleistungen zu zahlen seien.³⁸⁵

Die geäußerten Bedenken basieren auf einer reinen Fokussierung auf dem Wortlaut des Artikels 207 Abs. 3 Satz 3 AEUV. Ehe der investitionsrechtliche Enteignungsstandard in Beziehung zu den Grundsätzen des europäischen Eigentumsschutzes gestellt wird, liegt es nahe, zunächst den genauen Anwendungsbereich des Artikels 207 Absatz 3 AEUV zu ermitteln.

(a) Das Konformitätsgebot des Artikels 207 Absatz 3 AEUV

Artikel 207 Absatz 3 AEUV normiert – so wie auch die Absätze 4 und 5 – das Vertragsschlussverfahren internationaler Abkommen. Satz 3 des Absatzes 3 legt den Schluss nahe, dass Rat und Kommission dafür Sorge zu tragen haben, dass Abkommen, wengleich noch nicht bindend, mit dem aktuellen Stand der Unionsgesetzgebung übereinzustimmen haben. Ist ein derartiger "Gleichlauf" von (interner) Unionsgesetzgebung und internationalem Abkommensabschluss nicht möglich, hat der Abschluss des internationalen Vertrags zu unterbleiben. Dieses – rein grammatikalische – Verständnis hätte damit die Anbindung der externen Unionskompetenz an die interne Rechtsetzungskompetenz zur Folge, worauf auch Satz 2 des Absatzes 4³⁸⁶ und Absatz 6³⁸⁷ *prima facie* hindeuten.

³⁸⁵ *Cross/Carta*, Greenpeace's contribution to the European Commission's public consultation on „Investment protection and investor-to-state dispute settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement (TTIP)“, 1, (5f).

³⁸⁶ Dieser sieht Einstimmigkeit des Rates für die Aushandlung und den Abschluss eines Abkommens über den Dienstleistungsverkehr, über Handelsaspekte geistigen Eigentums oder über ausländische

Die Koppelung der Kompetenz zum Abschluss handelspolitischer Abkommen an die interne Zuständigkeit findet in der Lehre (richtigerweise) keine Unterstützung. Wie auch im Rahmen dieser Dissertation herausgearbeitet,³⁸⁸ kann ein derartiges Verständnis vom Parallelismus der Außen- und Innenkompetenzen nicht befürwortet werden. Diese restriktive Interpretation hätte letztlich lediglich die außen(wirtschafts)politische Lähmung der Union zur Folge.³⁸⁹ Auch bei Artikel 207 Abs. 3 Satz 3 AEUV handelt es sich vielmehr um eine handelspolitische Ausformung des aus Artikel 5 EUV bekannten Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung. Zu begründen ist dies damit, dass der Vertrag keine generelle Vertragsschlusskompetenz – so wie etwa Artikel 101 EAGV – kennt. Es ist daher stets das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung zu wahren, wonach der Abschluss eines völkerrechtlichen Abkommens nur dann in Frage kommt, wenn eine ausdrückliche oder stillschweigende Kompetenz besteht. Artikel 207 Absatz 3 Satz 3 AEUV bekräftigt dieses so wichtige Prinzip lediglich für den handelspolitischen Bereich.³⁹⁰

Diese Interpretation ist auch mit dem Stufenbau der Unionsrechtsordnung zu vereinbaren. So stehen Unionsabkommen bekanntlich zwischen Primär- und Sekundärrecht und binden Mitgliedstaaten gleichermaßen wie Unionsorgane.³⁹¹ Artikel 218 Absatz 11 regelt nun – *de facto* als Spezialvorschrift – den Fall, dass ein internationales Abkommen tatsächlich Primärrecht widerspricht. Hieraus ist in einem Umkehrschluss abzuleiten, dass ein Verstoß gegen Sekundärrecht gerade keinen Grund darstellt ein Abkommen nicht abzuschließen.³⁹² Artikel 207 Abs. 3 Satz 3 AEUV ist eine (weitere) Ausformung des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung. Dieses Auslegungsergebnis würdigt auch die in Artikel 207 Absatz 2 AEUV normierte interne handelspolitische Unionskompetenz. Würde man nämlich dem "Konformitätsgebot"³⁹³ des Artikels 207 Abs. 3 Satz 3 AEUV fälschlicherweise ein striktes Parallelismusgebot von Innen- und Außenkompetenz zu

Direktinvestitionen vor, wenn das gegenständliche Abkommen Bestimmungen enthält, bei denen für die Annahme *interner Vorschriften* [Hervorhebung durch den Verfasser] Einstimmigkeit erforderlich ist.

³⁸⁷ Dieser sieht vor, dass die durch Artikel 207 AEUV übertragenen Zuständigkeiten im Bereich der GHP keine Auswirkung auf die Abgrenzung der Zuständigkeiten zwischen der Union und den Mitgliedstaaten hat und, dass eine Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten ausgeschlossen ist, soweit eine solche Harmonisierung in den Verträgen ausgeschlossen wird.

³⁸⁸ Siehe hierzu die Ausführungen auf Seite 130.

³⁸⁹ *Krenzler/Pitschas*, Fortschritt oder Stagnation? Die gemeinsame Handelspolitik nach Nizza, Eur 2001, 442, (442).

³⁹⁰ *Krenzler/Pitschas*, Fortschritt oder Stagnation? Die gemeinsame Handelspolitik nach Nizza, Eur 2001, 442, (448f); *Pitschas*, Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit der Europäischen Gemeinschaft und ihrer Mitgliedstaaten (2001), 132ff.

³⁹¹ Art. 216 Abs. 2 AEUV.

³⁹² Herrmann, Vom misslungenen Versuch der Neufassung der gemeinsamen Handelspolitik durch den Vertrag von Nizza, in *EuZW* Heft 9 (2001), 269, (274).

³⁹³ Der Begriff findet sich bei *Krenzler/Pitschas*, Fortschritt oder Stagnation? Die gemeinsame Handelspolitik nach Nizza, *EuR* Heft 3 (2001), 442, (448f).

Grunde legen, hätte dies unweigerlich die Marginalisierung der internen Rechtsetzungskompetenz zur Folge.³⁹⁴

Dieses Ergebnis vertritt auch der Juristische Dienst des Rates. Zu Artikel 207 Abs. 3 Satz 2 AEUV, welcher durch den Vertrag von Nizza Eingang in europäisches Primärrecht fand, führt dieser in einem zeitnahen Vermerk vom 1. Februar 2001 aus:

*„Quant a son paragraphe 2, il doit etre interprete comme exigeant, si necessaire, la modification des actes legislatifs internes de la Communatue a la date de l’entree en vigueur des accords internationaux conclus par celle-ci.“*³⁹⁵

Die Rechtsexperten geben damit zu verstehen, dass einem Handelsabkommen entgegenstehendes Sekundärrecht zu ändern sei, um nach Inkrafttreten des Abkommens mit dessen Regeln konform zu gehen. Hieraus folgt, dass das Konformitätsgebot nicht als strikter Parallelismus von Innen- und Außenkompetenz verstanden werden kann. Entgegenstehendes Sekundärrecht ist laut dem Juristischen Dienst zu ändern, woraus sich jedenfalls ein Vorrang des Abkommens ergibt. Einer möglichen Pflicht, sich beim Abschluss internationaler Abkommen an der aktuellen Unionsrechtsgesetzgebung zu orientieren, ist damit eine klare Absage erteilt.³⁹⁶

(b) Das Konformitätsgebot und die Unionskompetenz für ADI

Das Konformitätsgebot des Artikels 207 Absatz 3 AEUV erschöpft sich, wie oben dargelegt, richtigerweise im Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung. Einer Einschränkung der völkerrechtlichen Partizipationsmöglichkeit der Europäischen Union ist damit eine Absage erteilt. Viel interessanter ist, welche Auswirkungen dieses Auslegungsergebnis auf die Investitionskompetenz hat.

Das Konformitätsgebot besagt im Kern, dass die neue Investitionskompetenz des Artikels 207 AEUV zu keiner Kompetenzverschiebung führen darf. Die Mitgliedstaaten bleiben

³⁹⁴ Hahn, Grundsätze der gemeinsamen Handelspolitik, in Callies/Ruffert⁴, Art. 207 AEUV, Rz. 102f.

³⁹⁵ Der Text ist abgedruckt in Fußnote 33 bei Krenzler/Pitschas, Fortschritt oder Stagnation? Die gemeinsame Handelspolitik nach Nizza, EuR Heft 3 (2001), 442, (449).

³⁹⁶ Dieses Ergebnis steht auch im Einklang mit dem Stufenbau der Rechtsordnung.

"Herren der Verträge" und haben die Kompetenz-Kompetenz inne.³⁹⁷ Hieraus folgt, dass Artikel 207 Abs. 3 Satz 3 AEUV, entgegen der von Greenpeace vertretenen Ansicht, nicht bedeutet, dass der in künftigen Abkommen enthaltene Enteignungsschutz in die Kompetenzsphäre der Mitgliedstaaten fällt. Aus dem Konformitätsgebot des Artikels 207 Abs. 3 Satz 3 AEUV folgt lediglich die Pflicht der Union bestehende Kompetenzen zu achten.

Es ist daher in einem nächsten Schritt zu untersuchen, ob Artikel 17 der EU-GRC bzw. Artikel 1 des 1.ZP zur EMRK die Investitionskompetenz des Artikels 207 AEUV beeinflussen bzw. beeinträchtigen. Bejaht man dies, und nur dann, kann unter Umständen die Unionszuständigkeit für den Enteignungsschutz wegen Artikel 207 Abs. 3 Satz 3 AEUV verneint werden. Andernfalls, ergäbe sich aus Artikel 207 Abs. 3 Satz 3 AEUV kein Hindernis für die unionsrechtliche Zulässigkeit des Enteignungsschutzes.

(i) Das Konformitätsgebot und Artikel 17 EU-GRC

Artikel 17 EU-GRC wird auch noch im Zuge der Beschäftigung mit Artikel 345 AEUV näher zu untersuchen sein.³⁹⁸ Es genügt an dieser Stelle festzuhalten, dass besagtes Wirtschaftsgrundrecht die Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen von Enteignungen bzw. sonstigen Beschränkungen regelt.

Im gegenständlichen Zusammenhang interessiert, ob Artikel 17 EU-GRC die Unionskompetenz für den Enteignungskomplex einschränkt bzw. die Investitionskompetenz der GHP sonst determiniert. Erster Anknüpfungspunkt der Auslegung hat stets das interessierende Gesetz selbst zu sein. Im Rahmen der EU-Grundrechtecharta ist dabei Artikel 51 EU-GRC zu betrachten.

„Diese Charta begründet weder neue Zuständigkeiten noch neue Aufgaben für die Gemeinschaft und für die Union, noch ändert sie die in den Verträgen festgelegten Zuständigkeiten und Aufgaben.“³⁹⁹

³⁹⁷ Krenzler/Pitschas, Fortschritt oder Stagnation? Die gemeinsame Handelspolitik nach Nizza, EuR Heft 3 (2001), 442, (448).

³⁹⁸ Siehe hierzu die Ausführungen auf Seite 228.

³⁹⁹ Artikel 51 Abs. 2 EU-GRC.

Artikel 51 Absatz 2 EU-GRC sieht vor, dass die Grundrechtecharta keine neuen Unionskompetenzen begründet bzw. bestehende Unionskompetenzen nicht abändert. Relevant bleibt also auch hier die Kompetenzverteilung der Artikel 2ff AEUV.⁴⁰⁰ Für die Unionskompetenz des Artikels 207 AEUV folgt daraus, dass Artikel 17 EU-GRC im gegenständlichen Zusammenhang unberücksichtigt zu bleiben hat. Es ist nicht möglich, mit Hilfe des Konformitätsgebots und Artikel 17 EU-GRC den Enteignungsschutz der mitgliedstaatlichen Zuständigkeitssphäre zuzuweisen; die von Greenpeace vertretene Ansicht⁴⁰¹ ist damit an dieser Stelle zu verneinen.

(ii) Das Konformitätsgebot und Artikel 1 des 1.ZP zur EMRK

Die EMRK steht in einer wechselseitigen Verschränkung mit dem Unionsprimärrecht. Diese Verschränkung findet auch in Artikel 6 Absatz 2 und 3 EUV Erwähnung. Artikel 6 Absatz 2 EUV verschriftlicht die bisher ergangene Judikatur zu den EMRK-Grundrechten.⁴⁰² Die Grundrechte der EMRK, sohin auch das in Artikel 1 des 1.ZP zur EMRK verankerte Eigentumsrecht, finden über die Klassifizierung als allgemeine Rechtsgrundsätze Eingang in das Unionsrecht.⁴⁰³ Auch im Zusammenhang mit der EMRK interessiert, ob diese eine potentielle Kompetenzbasis bereithält bzw. die Investitionskompetenz der GHP determiniert. Es ist zu berücksichtigen, dass nach Artikel 6 Absatz 2 EUV die EMRK nicht die vertraglichen Zuständigkeiten zwischen Union und Mitgliedstaaten abändert.⁴⁰⁴

Ungeachtet des konkreten Anwendungsbereichs des Artikels 1 des 1. ZP zur EMRK ist damit zu sagen, dass (auch) aus diesem Eigentumsgrundrecht keine Zuständigkeitseinschränkung bzw. Zuständigkeitserweiterung der Union für den Bereich der ADI – wie von Greenpeace suggeriert⁴⁰⁵ – abgeleitet werden kann.

⁴⁰⁰ *Holoubek/Lechner/Oswald in Holoubek/Lienbacher* (Hrsg.), GRC-Kommentar, Art. 51 GRC, Rz. 45.

⁴⁰¹ *Cross/Carta*, Greenpeace's contribution to the European Commission's public consultation on „Investment protection and investor-to-state dispute settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement (TTIP)“, 1, (5f).

⁴⁰² EuGH 12.12.1970, Rs. C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft/Einfuhr- und Vorratsstelle Getreide*, Slg. 1970, I-1125, Rz. 4; EuGH 14.05.1974, Rs. C-4/73, *Nold/Kommission*, Slg. 1974, I-491, Rz. 13.

⁴⁰³ *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention⁴ (2009), 22f.

⁴⁰⁴ *Beutler*, in *von der Groeben/Schwarze/Hatje* (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht⁷ (2015), Art. 6 EUV, Rz. 28.

⁴⁰⁵ *Cross/Carta*, Greenpeace's contribution to the European Commission's public consultation on „Investment protection and investor-to-state dispute settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement (TTIP)“, 1, (5f).

- (c) Das Konformitätsgebot als Ausformulierung des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung

Insgesamt ist damit zu sagen, dass aus dem Konformitätsgebot des Artikels 207 Abs. 3 Satz 3 AEUV kein Gleichschritt bzw. keine strikte Parallelität interner und externer Kompetenzen folgt. Die Analyse hat vielmehr ergeben, dass der AEUV auch hier das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung für den Bereich der GHP bekräftigt. Die Union ist damit im Bereich der Außenwirtschaftspolitik gehalten, bestehende Kompetenzen zu berücksichtigen.

3.2.7 Die Kompetenzschränken des Artikels 207 AEUV und die Zulässigkeit des Enteignungsschutzes

Bei der Analyse der Gemeinsamen Handelspolitik und ihrer Instrumente kommt man nicht darum umher, die in Artikel 207 Absatz 6 AEUV enthaltene Kompetenzbeschränkung darzulegen. Aus Gründen der Übersichtlichkeit wird sie zunächst wiedergegeben.

„Die Ausübung der durch diesen Artikel übertragenen Zuständigkeiten im Bereich der gemeinsamen Handelspolitik hat keine Auswirkungen auf die Abgrenzung der Zuständigkeiten zwischen der Union und den Mitgliedstaaten und führt nicht zu einer Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten, soweit eine solche Harmonisierung in den Verträgen ausgeschlossen wird.“

Die Norm enthält zwei verschiedene Verbote. Einerseits sieht der Absatz vor, dass die Ausübung der durch Artikel 207 AEUV übertragenen Zuständigkeiten keine Auswirkungen auf die Abgrenzung der Unions- von den mitgliedstaatlichen Zuständigkeiten haben darf. Außerdem soll die Ausübung der Zuständigkeiten des Artikels 207 AEUV nicht zur Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsvorschriften führen,

wenn eine solche vertraglich ausgeschlossen wird. Neben dem *Verbot der zuzüglichen Kompetenzbegründung* beinhaltet die Vorschrift sohin auch ein *Harmonisierungsverbot*.⁴⁰⁶

Da Artikel 207 Absatz 6 AEUV regelmäßig ins Treffen geführt wird, um den Enteignungsschutz aus der Unionszuständigkeit auszuklammern,⁴⁰⁷ soll die Norm diesbezüglich näher untersucht werden.

Artikel 207 Absatz 6 AEUV begrenzt die Investitionskompetenz des Artikels 207 Absatz 1 AEUV in zweifacher Weise: einerseits darf nach Artikel 207 Abs. 6 Fall 1 die Zuständigkeitsverteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten im Innenverhältnis keine Veränderung erfahren, andererseits ist nach Artikel 207 Abs. 6 Fall 2 jede Harmonisierung mitgliedstaatlicher Vorschriften – wo eine solche vertraglich ausgeschlossen ist – verboten.⁴⁰⁸

(a) Die Kompetenzschränke des Artikels 207 Absatz 6 AEUV

In der Literatur finden sich im Wesentlichen 2 Auffassungen zum Anwendungsbereich der Kompetenzschränke (i.e. Artikel 207 Abs. 6 Fall 1 AEUV). So wird in Artikel 207 Abs. 6 Fall 1 AEUV teilweise dahingehend eine Beschränkung der Außenkompetenz gesehen, dass die Union völkervertragsrechtlich nur in jenen Bereichen tätig werden darf, in denen sie auch über eine interne Kompetenzbasis verfügt. Der Union soll damit jegliches externes Handeln untersagt sein, wenn sie in dem entsprechenden Bereich nicht zur internen Rechtsetzung befugt ist. Diese Auslegung hätte letztlich einen strikten Parallelismus von Innen- und Außenkompetenzen der Union zur Folge. Vorgebracht wird hierbei aber, dass es bereits genügen soll, wenn die europäischen Verträge eine Innenkompetenz vorsehen; die tatsächliche Inanspruchnahme der Kompetenz ist nicht von Relevanz.⁴⁰⁹ Der Union komme als Konsequenz daher für jene Bereiche, in denen sie über keine interne Zuständigkeit verfüge, auch keine korrelierende Außenkompetenz zu. Wenn man dieses Modell auf den Investitionsschutz münzt, würde dies bedeuten, dass der Schutzstandard der gerechten und billigen Behandlung (*fair and equitable treatment*) und der

⁴⁰⁶ Hierzu erläuternd: Ohler in Eilmansberger/Griller/Obwexer (Hrsg.), Rechtsfragen der Implementierung des Vertrags von Lissabon, 426.

⁴⁰⁷ Siehe etwa Ceyssens, Legal Issues of Economic Integration Volume 32 Issue 3 (2005).

⁴⁰⁸ Hahn in Callies/Ruffert, EUV/AEUV: Kommentar⁴ (2011), Art. 207 AEUV, Rz. 120ff.

⁴⁰⁹ Dimopoulos, EU Foreign Investment Law (2011), 96f.

Enteignungsschutz (*expropriation*) – mangels interner Kompetenzbasen – nicht von der Investitionskompetenz des Artikels 207 Absatz 1 mit umfasst sind.⁴¹⁰

(i) Der Parallelismusgrundsatz

Bevor eine profunde Auslegung des Artikels 207 Absatz 6 AEUV erfolgen kann, ist in einem ersten Schritt der Grundsatz des Parallelismus zu untersuchen. Der EGV übertrug der Gemeinschaft in der Vergangenheit immer wieder interne Kompetenzen, ohne eine korrelierende externe Kompetenz (explizit) mit zu übertragen. Der EuGH entwickelte für diese Fälle das Prinzip des Parallelismus.⁴¹¹

„Um im Einzelfall zu ermitteln, ob die Gemeinschaft zum Abschluß internationaler Abkommen zuständig ist, muß auf das System und auf die materiellen Vorschriften des Vertrages zurückgegriffen werden. Eine solche Zuständigkeit ergibt sich nicht nur aus einer ausdrücklichen Erteilung durch den Vertrag wie der in den Artikeln 113 und 114 für die Zoll- und Handelsabkommen und in Artikel 238 für die Assoziierungsabkommen ausgesprochenen, sondern sie kann auch aus anderen Vertragsbestimmungen und aus in ihrem Rahmen ergangenen Rechtsakten der Gemeinschaftsorgane fließen. Insbesondere sind in den Bereichen, in denen die Gemeinschaft zur Verwirklichung einer vom Vertrag vorgesehenen gemeinsamen Politik Vorschriften erlassen hat, die in irgendeiner Form gemeinsame Rechtsnormen vorsehen, die Mitgliedstaaten weder einzeln noch selbst gemeinsam handelnd berechtigt, mit dritten Staaten Verpflichtungen einzugehen, die diese Normen beeinträchtigen. In dem Maße, wie diese Gemeinschaftsrechtsetzung fortschreitet, kann nur die Gemeinschaft mit Wirkung für den gesamten Geltungsbereich der Gemeinschaftsrechtsordnung vertragliche Verpflichtungen gegenüber

⁴¹⁰ Siehe hierzu *Ceyssens*, Legal Issues of Economic Integration Volume 32 Issue 3 (2005), 259, (280f); *Leczykiewicz*, German Law Journal Volume 6 No. 11 (2005), 1673, (1678); *Weiß* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 58. EL, Art. 207 AEUV, Rz.77 ff.

⁴¹¹ *Schmitt*, Die Kompetenzen der Europäischen Union für ausländische Investitionen in und aus Drittstaaten (2013), 101, online abrufbar unter: <[http://verdi.unisg.ch/www/edis.nsf/SysLkpByIdentifier/4110/\\$FILE/dis4110.pdf](http://verdi.unisg.ch/www/edis.nsf/SysLkpByIdentifier/4110/$FILE/dis4110.pdf)> (17.06.2017).

*dritten Staaten übernehmen und erfüllen. Daher kann beim Vollzug der Vorschriften des Vertrages die für innergemeinschaftliche Maßnahmen geltende Regelung nicht von der für die Außenbeziehungen geltenden getrennt werden.*⁴¹²

Der EuGH anerkannte das Bestehen impliziter gemeinschaftsrechtlicher Vertragsschlusskompetenzen erstmals im oben zitierten "AETR-Urteil" an. Der EuGH stellte in seinen Ausführungen klar, dass sich die gemeinschaftsrechtliche Vertragsschlusszuständigkeit nicht auf die vertraglich spezifizierten Ermächtigungsgrundlagen beschränkt. Vielmehr könne die Gemeinschaft auch auf das Instrument der impliziten Vertragsschlussgrundlagen zurückgreifen. Zur Frage, ob bereits das Bestehen einer internen Zuständigkeit ausreiche um diese auch extern auszuüben oder ob sie zunächst innergemeinschaftlich in Anspruch zu nehmen sei, schwieg der EuGH. Das europäische Höchstgericht beschränkte sich darauf festzustellen, dass die Mitgliedstaaten nach Inanspruchnahme einer vertraglichen Befugnis durch die Gemeinschaft nicht mehr zur eigenen Rechtsetzung im selben Bereich berechtigt sind; dieses Verbot umfasst auch die internationalen Aspekte.⁴¹³

Wichtige Aussagen zum Parallelismus von Innen- und Außenkompetenz der Union finden sich auch im EuGH-Gutachten 1/75.⁴¹⁴ So führte der EuGH zur Gemeinsamen Handelspolitik aus:

„Daher kann nicht angenommen werden, daß in einer Materie, wie sie in der fraglichen Vereinbarung geregelt ist und die in den Bereich der Ausfuhrpolitik und allgemeiner auch der gemeinsamen Handelspolitik fällt, auf Gemeinschafts- wie auf internationaler Ebene neben der Zuständigkeit der Gemeinschaft noch eine parallele Zuständigkeit der Mitgliedstaaten besteht. Aus den Artikeln 113 und 114 des Vertrages, welche die Voraussetzungen für den Abschluß von Abkommen auf dem Gebiet der Handelspolitik regeln, geht hervor, daß eine parallele Zuständigkeit der Mitgliedstaaten und der Gemeinschaft in diesem Bereich ausgeschlossen ist. (...)

⁴¹² EuGH 31.03.1971, Rs. C-22/70, Kommission/Rat (AETR), Slg. 1971, I-274, Rz. 15 und 19.

⁴¹³ Neubauer, Implizite Vertragsschlusszuständigkeiten der Europäischen Gemeinschaft und Subsidiaritätsprinzip: Eine Untersuchung anhand des Partnerschafts- und Kooperationsabkommens mit Rußland (1999), 16.

⁴¹⁴ EuGH 11.11.1975, Gutachten 1/75 („Lokale Kosten“), Slg. 1975, I-1355.

*Unerheblich ist, daß die mit der Ausführung des beabsichtigten Abkommens verbundenen Pflichten und finanziellen Lasten unmittelbar den Mitgliedstaaten obliegen.*⁴¹⁵

Die Höchstrichter stellten damit klar, dass für eine in den Anwendungsbereich der GHP fallende Regelung, neben der Zuständigkeit der Gemeinschaft keine "parallele Zuständigkeit" der Mitgliedstaaten zum Abschluss völkerrechtlicher Abkommen bestehen kann.⁴¹⁶ Das Prinzip des Parallelismus sei also so zu verstehen, dass der Union eine implizite Außenkompetenz dann zustehe, wenn sie von einer bestehenden internen Kompetenz Gebrauch gemacht habe. Eine implizite Außenkompetenz reiche so weit, wie die interne Zuständigkeit in Anspruch genommen wurde. Die Mitgliedstaaten sind angehalten dies einzuhalten, wie sich auch aus Artikel 4 Absatz 3 EUV ergibt.⁴¹⁷ Im Vertrag von Lissabon wurde der Typus der impliziten Außenkompetenz erstmals ausdrücklich normiert.⁴¹⁸ Das hier vertretene Parallelismuskonzept steht auch in Einklang mit der in Artikel 3 Absatz 2 AEUV kodifizierten AETR-Doktrin. Diese sieht nämlich vor, dass parallele Vertragsschlusskompetenzen nur dann bestehen, wenn eine interne Unionskompetenz vorliegt. Hiervon unberührt ist aber die Möglichkeit, dass eine externe Vertragsschlusskompetenz ohne parallele Innenkompetenz existiert.⁴¹⁹

Letztlich ist zu sagen, dass das Prinzip des Parallelismus von Innen- und Außenkompetenzen im Zusammenhang mit den impliziten Außenkompetenzen der Gemeinschaft entwickelt wurde. Bei der Investitionszuständigkeit des Artikels 207 Absatz 1 AEUV handelt es sich jedoch um eine explizite, ausschließliche Unionszuständigkeit, welche durchaus auch ohne korrelierende interne Kompetenz bestehen kann.⁴²⁰

(ii) Die Systematik des AEUV und die Kompetenzschränke

⁴¹⁵ EuGH 11.11.1975, Gutachten 1/75 („Lokale Kosten“), Slg. 1975, I-1355, 1364.

⁴¹⁶ Buchhold, Die ausschließlichen Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaft nach dem EGV (2003), 25.

⁴¹⁷ Wouters/Coppens/Meester, External Relations after the Lisbon Treaty, in: Griller/Ziller (Hrsg.), The Lisbon Treaty: EU Constitutionalism without a Constitutional Treaty? (2008), 174.

⁴¹⁸ Siehe Art. 3 Abs. 2 AEUV.

⁴¹⁹ Krajewski, The Reform of the Common Commercial Policy, in: Biondi/Eeckhout (Hrsg.), European Union Law after the Treaty of Lisbon (2012), 305.

⁴²⁰ Schmitt, Die Kompetenzen der Europäischen Union für ausländische Investitionen in und aus Drittstaaten (2013), 102.

Daneben sprechen aber auch andere Gründe dafür, 207 Abs. 6 Fall 1 AEUV als Kompetenzschränke zu interpretieren. Die expliziten Außenkompetenzen der Union sind in den Artikeln 205ff AEUV verschriftlicht und umfassen unterschiedliche Bereiche: die Gemeinsame Handelspolitik, die Zusammenarbeit mit Drittländern und humanitäre Hilfe, sowie die wirtschaftliche, finanzielle und technische Zusammenarbeit mit Drittländern. Diese "echten" Außenkompetenzen sind von "sachlich begrenzten" Kompetenztatbeständen – wie etwa dem des Artikels 220 AEUV – strikt auseinanderzuhalten. Artikel 220 AEUV räumt der Union zwar das Recht ein, Kontakte und Kooperationen aller denkbaren Art einzugehen (*policy-making power*), die Bestimmung stellt aber keinesfalls eine Vertragsschlusskompetenz dar (*treaty-making power*).⁴²¹ Auch dieses Argument spricht dagegen, die Investitionskompetenz des Artikels 207 Absatz 1 AEUV unzulässig einzuschränken.

Aus Effektivitätsgründen ist außerdem unverständlich, wieso Artikel 207 Absatz 1 AEUV zwar einerseits den Anwendungsbereich der GHP erweitert, sich aus Absatz 6 aber gleichzeitig eine Einschränkung ergeben soll. Da der AEUV keine umfassende Investitionskompetenz für den Binnenbereich kennt, sprechen teleologische Gründe gegen den strikten Grundsatz der Parallelität von Innen- und Außenkompetenzen. Hinzukommt, dass eine Begrenzung der Investitionskompetenz auf Bereiche, für welche die Union eine interne Kompetenz besitzt, die in Artikel 3 Abs. 1 lit. e AEUV vorgesehene ausschließliche Unionszuständigkeit für die Gemeinsame Handelspolitik einschränken und somit der Absicht des Gesetzgebers zuwiderlaufen würde. Diese Auslegung scheint im augenscheinlichen Widerspruch zu den Absichten der Vertragserrichtern.⁴²²

Die Kompetenzausübungsschränke der GHP ist daher richtigerweise so aufzufassen, dass sich die externe (umfassende) Unionskompetenz der GHP nicht auf die interne Zuständigkeitsverteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten auswirkt.⁴²³ Die 1. Variante des Artikels 207 Absatz 6 AEUV verschriftlicht – *ergo* – das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung, so wie es auch in Artikel 4 Absatz 1 iVm 5 Absatz 1 und 2 EUV zum Ausdruck kommt. Für den Bereich der Außenkompetenzen folgt hieraus, dass aus einer expliziten Außenkompetenz wie jener der GHP keineswegs – *eo ipso* – eine implizite

⁴²¹ *Nawparwar*, Die Außenbeziehungen der Europäischen Union zu internationalen Organisationen nach dem Vertrag von Lissabon, in Beiträge zum Europa- und Völkerrecht Heft 4 (2009), 1, (16).

⁴²² *Krajewski*, Common Market Law Review Volume 42 Issue 1 (2005), 91, (116); *Schmitt*, Die Kompetenzen der Europäischen Union für ausländische Investitionen in und aus Drittstaaten (2012), 99.

⁴²³ *Müller-Ibold* in *Lenz/Borchardt* (Hrsg.), EU Verträge: Kommentar nach dem Vertrag von Lissabon⁶ (2012) Vorbemerkung Art. 206-207 AEUV, Rz. 21; *Reinisch* in *Mayer*, AEUV-Kommentar, Art. 207 AEUV, Rz. 3; *Tietje*, Außenwirtschaftsverfassung der EU, 1, (11f).

interne Kompetenz folgt.⁴²⁴ Die deklaratorische Erwähnung des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung im Rahmen der GHP ist auch sinnvoll, da im Bereich der ADI das Risiko besteht, dass die Union in anderen Rechtsbereichen – die sich auf ADI auswirken könnten – vertragliche Maßnahmen auf Artikel 207 Absatz 1 AEUV stützt und es so zu einer Aushöhlung mitgliedstaatlicher Kompetenzen kommt. Um dieses jedenfalls denkbare Szenario zu vermeiden, erscheint eine explizite Erwähnung dieses so gewichtigen Unionsrechtsprinzips zweckmäßig.⁴²⁵

(iii) Die Vorgängerbestimmung der Kompetenzschränke

Die Historie des Artikels 207 AEUV bestätigt dieses Ergebnis. So sah Ex-Artikel 133 Absatz 5 EGV noch vor, dass der Rat einstimmig über die Aushandlung und den Abschluss von (gewissen) Abkommen zu beschließen hat, wenn ein solches Abkommen einen Bereich betrifft, in dem die Gemeinschaft bei der Annahme interner Vorschriften ihre Zuständigkeiten nach dem Vertrag noch nicht ausgeübt hat. Der Vertrag von Lissabon hat das Erfordernis der Einstimmigkeit für Maßnahmen der GHP in Feldern, in denen bislang keine internen Maßnahmen erlassen wurden, dahingegen in Artikel 207 Absatz 4 AEUV nicht übernommen. Hieraus ist abzuleiten, dass das Fehlen interner Unionsmaßnahmen verfahrensrechtlich mittlerweile kein Hindernis mehr für die externe Kompetenzzusübung der Union darstellt.⁴²⁶ Auch die Vorgängerregelung des Artikels 207 Absatz 6 AEUV begünstigt diese Auslegung, lautete Ex-Artikel 133 Absatz 6 EGV doch wie folgt:

*„Ein Abkommen kann vom Rat nicht geschlossen werden, wenn es Bestimmungen enthält, die **die internen Zuständigkeiten der Gemeinschaft** überschreiten würden, insbesondere dadurch, dass sie eine Harmonisierung der Rechts- oder Verwaltungsvorschriften der*

⁴²⁴ Cremona, A Constitutional Basis for Effective External Action? An Assessment of the Provisions on EU External Action in the Constitution Treaty, EUI Working Papers LAW No 30 (2006), 1, (9); Krajewski, The Reform of the Common Commercial Policy, in: Biondi/Eeckhout (Hrsg.), European Union Law after the Treaty of Lisbon, 305; Wouters/Coppens/De Meester, External Relations after Lisbon, in: Griller/Ziller (Hrsg.), The Lisbon Treaty (2008), 174.

⁴²⁵ Schmitt, Die Kompetenzen der Europäischen Union für ausländische Investitionen in und aus Drittstaaten, 101.

⁴²⁶ Shan/Zang, European Journal of International Law Volume 21 No. 4 (2010), 1049, (1063).

Mitgliedstaaten in einem Bereich zur Folge hätten, in dem dieser Vertrag eine solche Harmonisierung ausschließt. (Hervorhebung durch den Verfasser)“

Die Kompetenzausübungsschranke nahm in der Vorgängerbestimmung des Ex-Artikels 133 Absatz 6 EGV noch ausdrücklich auf die internen Zuständigkeiten der Gemeinschaft Bezug; in Artikel 207 Absatz 6 AEUV fehlt ein derartiger sprachlicher Verweis.⁴²⁷ Blickt man aber die Erläuternden Bemerkungen im Zusammenhang mit der Ausarbeitung der Verfassung für Europa durch, findet sich die Kompetenzausübungsschranke noch folgendermaßen ausformuliert:

*„Die Ausübung der in diesem Artikel übertragenen handelspolitischen Befugnisse hat keine Auswirkungen auf die **Verteilung der internen Zuständigkeiten** zwischen der Union und den Mitgliedstaaten und führt nicht zu einer Harmonisierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, soweit eine solche Harmonisierung in der Verfassung ausgeschlossen wird. (Hervorhebung durch den Verfasser)“⁴²⁸*

Auch die weiteren Erläuterungen weisen darauf hin, dass die GHP nicht die Verteilung der internen Zuständigkeiten zwischen Union und Mitgliedstaaten abändern soll. So heißt es im relevanten Dokument des Konvents: *"Diese Bestimmung sollte in keinem Fall eine Änderung der Abgrenzung der Zuständigkeiten zwischen der EU und den Mitgliedstaaten zur Folge haben"*.⁴²⁹ Man kann daher, trotz des Fehlens des Zusatzes im finalen Text wohl davon ausgehen, dass sich die Kompetenzschranke des Artikels 207 Absatz 6 AEUV auf die Zuständigkeitsverteilung betreffend die internen Kompetenzen beschränkt. Artikel 207 Abs. 6 Fall 1 AEUV stellt ein ausdrückliches *ultra-vires*-Verbot der Union dar.⁴³⁰

Insgesamt ist die Kompetenzschranke so auszulegen, dass sich aus den externen Kompetenzen der GHP keine Änderung der internen Zuständigkeiten zwischen Union und Mitgliedstaaten ergeben darf. Im Rahmen der GHP ist es für die Ausübung externer Vertragsschlusskompetenzen auch nicht erforderlich, dass die Union über korrelierende

⁴²⁷ Bings, Neuordnung der Außenhandelskompetenzen der Europäischen Union durch den Reformvertrag von Lissabon, 78; Ohler, Die Umsetzung der gemeinsamen Handelspolitik nach dem Vertrag von Lissabon, in: Hummer/Obwexer (Hrsg.), Rechtsfragen der Implementierung des Vertrags von Lissabon, 424.

⁴²⁸ CONV 685/03, 53.

⁴²⁹ Ebd., 55.

⁴³⁰ Bings, Neuordnung der Außenhandelskompetenzen der Europäischen Union durch den Reformvertrag von Lissabon, 80.

interne Zuständigkeiten verfügt. Aus der Kompetenzschränke kann daher nicht geschlossen werden, dass der Enteignungsschutz nicht unter die Investitionskompetenz der GHP fällt. Ein derartiges Auseinanderfallen von interner und externer Vertragsschlusskompetenz ist darüber hinaus verfassungsrechtlich nicht ungewöhnlich. In vielen bundesstaatlichen Systemen kommt dem Bund die umfassende Kompetenz zum Abschluss internationaler Abkommen zu, während die Umsetzungskompetenz in den Verantwortungsbereich der Länder fällt.⁴³¹ ⁴³² Es ist zwar richtig, dass die föderalistischen Strukturen auf Unionsebene nicht mit denen föderalistischer Staaten ident sind; die Rechtsordnungen von Gliedstaaten sind etwa regelmäßig konsistenter als jene der einzelnen Unionsmitgliedstaaten. Allerdings ist zu sagen, dass Investitionsschutzabkommen keiner Umsetzung bedürfen, da sie lediglich bestimmte staatliche Verhaltensweisen unterbinden wollen. Für den Bereich des Investitionsschutzes spielt diese Thematik daher keine Rolle.⁴³³

(b) Das Harmonisierungsverbot des Artikels 207 Absatz 6 AEUV

In der Literatur finden sich auch Lehrmeinungen, wonach der Enteignungsschutz über das Harmonisierungsverbot des Artikels 207 Abs. 6 Fall 2 AEUV aus der Unionszuständigkeit ausgeklammert werden soll. Vorgebracht wird, dass Artikel 207 Abs. 6 Fall 2 AEUV die Harmonisierung interner Kompetenzen über den Umweg der Gemeinsamen Handelspolitik verbiete. Wegen Artikel 345 AEUV, so die Argumentation, sei die Harmonisierung des Enteignungsschutzes verboten.⁴³⁴

Das Harmonisierungsverbot des Artikels 207 Abs. 6 Fall 2 bezieht sich auf die in Artikel 6 Satz 2 lit. a) bis g) AEUV angeführten Regelungsbereiche, sohin den Schutz und die Verbesserung der menschlichen Gesundheit, die Industrie, die Kultur, den Tourismus, die allgemeine und berufliche Bildung, die Jugend und den Sport, sowie den Katastrophenschutz und die Verwaltungszusammenarbeit. Die Union ist in diesen

⁴³¹ *Krajewski*, Common Market Law Review Volume 42 Issue 1 (2005), 91, (117).

⁴³² So ist nach Artikel 10 Absatz 1 B-VG die Vertragsschlusskompetenz über völkerrechtliche Verträge – unbeschadet einer allfälligen Zuständigkeit der Länder – grundsätzlich Bundessache, hierzu etwa: *Grabenwarter/Holoubek*, Verfassungsrecht – Allgemeines Verwaltungsrecht² (2014), Rz. 160; für Deutschland sieht Art. 32 GG die grundsätzliche Vertragsschlusskompetenz des Bundes vor, während die Umsetzungsverpflichtung nach Art. 30 GG in die Kompetenz der Länder fällt, hierzu: *Niedobitek*, Das Recht der grenzüberschreitenden Verträge: Bund, Länder und Gemeinden als Träger grenzüberschreitender Zusammenarbeit (2001).

⁴³³ *Schmitt*, Die Kompetenzen der Europäischen Union für ausländische Investitionen in und aus Drittstaaten, 103.

⁴³⁴ *Ceyssens*, Legal Issues of Economic Integration Volume 32 Issue 3 (2005), 259, (279f).

Bereichen dazu berechtigt, Maßnahmen zur Unterstützung, Koordinierung oder Ergänzung mitgliedstaatlicher Maßnahmen zu treffen. Nach Artikel 2 Absatz 5 AEUV darf dies aber weder zum Übergang der Kompetenz auf die Union, noch zu einer Harmonisierung mitgliedstaatlicher Rechtsvorschriften führen.⁴³⁵

Im AEUV lassen sich auch Vorschriften ausmachen, die ein explizites Harmonisierungsverbot mitgliedstaatlicher Rechtsvorschriften vorsehen.⁴³⁶ Dieses Harmonisierungsverbot gilt vor allem für jene Regelungsbereiche, in denen die Union nach Artikel 6 AEUV lediglich für die Durchführung von Maßnahmen zur Unterstützung, Koordinierung oder Ergänzung mitgliedstaatlicher Maßnahmen zuständig ist; so wie etwa im oben erwähnten Gesundheitsbereich. Die Union ist im Bereich der GHP aber berechtigt, Handelsabkommen zu Dienstleistungen abzuschließen; also auch für den Gesundheitsbereich. Die Union darf diese Abkommen aber nicht umsetzen, wenn hieraus eine Harmonisierung folgt, da es der Union an einer diesbezüglichen Kompetenz fehlt.

Aus dem Harmonisierungsverbot des Artikels 207 Abs. 6 Fall 2 AEUV folgt damit, dass – so wie auch im Fall der Kompetenzschranke des Artikels 207 Abs. 6 Fall 1 AEUV – die externe Vertragsschlusskompetenz der Union weiter reichen kann als die interne Umsetzungskompetenz.⁴³⁷ Dieses Verständnis des Harmonisierungsverbots entwertet auch nicht die GHP, da sich im AEUV nicht viele explizite Harmonisierungsverbote finden.⁴³⁸ Da der Investitionsschutz aber keinen Regelungsbereich nach Artikel 6 AEUV darstellt und auch Artikel 345 AEUV kein Harmonisierungsverbot für den Enteignungsschutz bedeutet,⁴³⁹ folgt aus dem Harmonisierungsverbot des Artikels 207 Abs. 6 Fall 2 AEUV keine Einschränkung der Investitionskompetenz der Union.

(c) Artikel 207 Absatz 6 AEUV und die europäische Investitionskompetenz

Artikel 207 Absatz 6 AEUV verdeutlicht, dass die Zuständigkeitsübertragung des Artikels

⁴³⁵ *Schmitt*, Die Kompetenzen der Europäischen Union für ausländische Investitionen in und aus Drittstaaten, 95.

⁴³⁶ Siehe etwa Artikel 149 AEUV für die Beschäftigungspolitik, Artikel 153 Abs. 2a AEUV für die Sozialpolitik, oder Artikel 173 Abs. 3 AEUV für den Industriebereich.

⁴³⁷ *Krajewski*, The Reform of the Common Commercial Policy, in: *Biondi/Eeckhout* (Hrsg.), European Union Law after the Treaty of Lisbon, 305.

⁴³⁸ *Schmitt*, Die Kompetenzen der Europäischen Union für ausländische Investitionen in und aus Drittstaaten, 99.

⁴³⁹ Siehe hierzu noch die Ausführungen auf Seite 163.

207 Absatz 1 AEUV keine Auswirkungen auf sonst bestehende Kompetenzabgrenzungen haben darf. Im Endeffekt bekräftigen beide Verbote des Artikels 207 Absatz 6 AEUV das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung (Artikel 5 Absatz 1 EUV) für den Bereich der Gemeinsamen Handelspolitik. Diese "doppelte Kompetenzschranke" ist erforderlich, um zu verhindern, dass die sekundärrechtliche Implementierung der Unionsinvestitionspolitik ein zu weites Feld an Rechtsgebieten umfasst. Der Union soll es auf diese Weise verwehrt bleiben Kompetenzen an sich zu ziehen, die ihr nach dem AEUV nicht zustehen.⁴⁴⁰

3.2.8 Die (umfassende) Unionszuständigkeit der Union für den Enteignungsschutz

Der Vertrag von Lissabon übertrug der Union in Artikel 207 AEUV explizit das Recht zum Abschluss völkerrechtlicher Abkommen für ADI. Die in diesem Kapitel vorgenommene Analyse hat ergeben, dass die Vertragsschlusskompetenz des Artikels 207 AEUV (in Einklang mit dem Wortlaut) richtigerweise umfassend formuliert ist und keine Regelungsbereiche ausnimmt. Es sind daher alle Thematiken im Zusammenhang mit Direktinvestitionen von der Investitionskompetenz der GHP umfasst.⁴⁴¹ Diese Kompetenz, wobei Portfolioinvestitionen hiervon ausgenommen sind, behält den Mitgliedstaaten keine Regelungsmaterien vor.⁴⁴² Innerhalb des Rahmens der Unionszuständigkeit ist es den Mitgliedstaaten daher verwehrt ISA abzuschließen.⁴⁴³

Die Zuständigkeit der EU erstreckt sich (im Zusammenhang mit Direktinvestitionen) insbesondere auch auf Regelungen zum Enteignungsschutz. Dieses Ergebnis erscheint plausibel, wenn man bedenkt, dass eine Fußnote zu Artikel 207 AEUV den Enteignungsschutz (wie auch die Investor-Staat-Streitbeilegung) ursprünglich aus dem Anwendungsbereich der Investitionsbestimmung exkludierte.⁴⁴⁴ Da diese erläuternde

⁴⁴⁰ *Bings*, Neuordnung der Außenhandelskompetenzen der Europäischen Union durch den Reformvertrag von Lissabon, 82f; *Schmitt*, Die Kompetenzen der Europäischen Union für ausländische Investitionen in und aus Drittstaaten, 101.

⁴⁴¹ *Hindelang/Maydell*, Die Gemeinsame Europäische Investitionspolitik – Alter Wein in neuen Schläuchen?, in: *Bungenberg/Griebel/Hindelang* (Hrsg.), Internationaler Investitionsschutz und Europarecht, 11, (72).

⁴⁴² *Bungenberg*, Die Kompetenzverteilung zwischen EU und Mitgliedstaaten „nach Lissabon“, in: *Bungenberg/Griebel/Hindelang* (Hrsg.), Internationaler Investitionsschutz und Europarecht, 81, (89).

⁴⁴³ *Osteneck*, in *Schwarze* (Hrsg.), EU-Kommentar³ (2012), Art. 207 AEUV, Rz. 13f.

⁴⁴⁴ *Burgstaller*, The Future of Bilateral Investment Treaties of EU Member States, in: *Bungenberg/Griebel/Hindelang* (Hrsg.), Internationaler Investitionsschutz und Europarecht (2010), 113, (127).

Fußnote allerdings nicht Eingang in den finalen Text des Vertrags von Lissabon fand, erscheint das gegenständliche Auslegungsergebnis sachgerecht.

Die Mitgliedstaaten dürfen nicht mehr Abkommen bzw. autonome Maßnahmen zum Investitionsschutz, die den Enteignungsschutz (mit)beinhalten, abschließen bzw. verabschieden. Die Mitgliedstaaten sind dadurch aber nicht gehindert eigene Investitionsschutzpolitiken zu verfolgen, solange diese einerseits rechtlich nicht bindend sind, andererseits in Einklang mit Unionsrecht stehen. So steht es den Staaten der Union etwa offen finanzielle Anreize zum Enteignungsschutz zu schaffen, wie dies bei den zahlreichen Investitionsversicherungen bereits der Fall ist.⁴⁴⁵

(a) Aktuelle Entwicklungen der Gemeinsamen Handelspolitik

Durch den VvL wurde die GHP sowohl hinsichtlich des Charakters als auch des Anwendungsbereichs im Hinblick auf Handel und Investitionen maßgeblich weiterentwickelt.⁴⁴⁶ Die Analyse der Bestimmungen der Artikel 206f AEUV hat ergeben, dass die Unionskompetenz alle, typischerweise in Investitionsschutzabkommen enthaltenen Schutzstandards, mit umfasst.⁴⁴⁷ Dieses extensive Verständnis steht auch in Einklang mit jüngerer EuGH-Judikatur und Stimmen in der Literatur zur Gemeinsamen Handelspolitik.⁴⁴⁸

(i) Die Rechtssache *Daiichi Sankyo Co. Ltd*

In der Rechtssache *Daiichi Sankyo Co. Ltd* beschäftigten sich Generalanwalt *Villalon* und der EuGH mit der Reichweite der ausschließlichen Zuständigkeit der Union im Bereich der Gemeinsamen Handelspolitik. Fraglich war im gegenständlichen Zusammenhang, ob das

⁴⁴⁵ *Ceyssens*, Legal Issues of Economic Integration Volume 32 Issue 3 (2005), 259, (286f).

⁴⁴⁶ *Waibel*, Competence Review: Trade and Investment (2013), 1, (7), online abrufbar unter: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2507138> (17.06.2017).

⁴⁴⁷ *Bings*, Neuordnung der Außenhandelskompetenzen der Europäischen Union durch den Reformvertrag von Lissabon, 111; *Lentner*, A Uniform European Investment Policy?: The unwritten EU Model BIT, Journal of Law and Administrative Sciences No. 2 (2014), 156, (158).

⁴⁴⁸ EuGH 18.07.2013, Rs. C-414/11, *Daiichi Sankyo Co. Ltd*, EU:C:2013:520; EuGH 22.10.2013, Rs. C-137/12, *Europäisches Übereinkommen über den rechtlichen Schutz von rechtlichen Diensten*, EU:C:2013:675.

TRIPS-Übereinkommen (insbesondere dessen Artikel 27) weiterhin in die mitgliedstaatliche Zuständigkeit falle oder nach dem VvL unter Artikel 207 AEUV zu subsumieren sei.⁴⁴⁹ Während – bis auf die Kommission – alle Parteien⁴⁵⁰ die Meinung vertraten, dass Artikel 27 des TRIPS-Übereinkommens ("patentfähiger Gegenstand") weiterhin in die mitgliedstaatliche Kompetenzsphäre falle, vertrat allein die Kommission die Auffassung, dass sich die Grundlage für die bisher hierzu ergangene Rechtsprechung⁴⁵¹ durch das Inkrafttreten des AEUV geändert habe.⁴⁵²

Der Generalanwalt führte in diesem Zusammenhang zwar aus, dass durch die Erweiterung der GHP um die „Handelsaspekte des geistigen Eigentums“ zwar jedenfalls „etwas“ zur Zuständigkeit der Union hinzugekommen sei, diese Erweiterung aber nur so weit reiche, als sie von der Union im Wesentlichen auch intern ausgeübt werde.⁴⁵³ Der EuGH sprach im Gegensatz hierzu aus, dass das TRIPS-Übereinkommen und insbesondere dessen Artikel 27 in den Anwendungsbereich der GHP fallen.⁴⁵⁴ Für die gegenständliche Arbeit von Interesse ist, dass der EuGH in der Sache ausführte, dass ein Rechtsakt der Union dann vom Anwendungsbereich der Gemeinsamen Handelspolitik umfasst sei, wenn er (i.e. der Rechtsakt) speziell den internationalen Warenaustausch betreffe, weil er im Wesentlichen den Handelsverkehr fördere, erleichtere oder regle und sich auch direkt und unmittelbar auf ihn auswirke.⁴⁵⁵ Das Höchstgericht würdigte damit letztlich die (textlichen) Änderungen des Lissaboner Reformvertrags und die Eingliederung der „Handelsaspekte des geistigen Eigentums“ in die GHP.

(ii) Die Rechtssache *Conditional Access Convention*

In der zweiten hier interessierenden Entscheidung⁴⁵⁶ ging es darum, ob ein völkerrechtliches Abkommen zum Schutz der Erbringer bestimmter audiovisueller Dienstleistungen und bestimmter Dienste der Informationsgesellschaft im Rahmen der GHP oder der Binnenmarktpolitiken abzuschließen ist; fraglich war sohin, ob Artikel 207

⁴⁴⁹ Schlußanträge GA Villalon, Rs. C-414/11, *Daiichi Sankyo Co. Ltd*, EU:C:2013:520, Rz. 1ff.

⁴⁵⁰ Neben der griechischen Regierung sind dies die deutsche, die französische, die italienische, die niederländische, die portugiesische, die finnische, die schwedische und die Regierung des Vereinigten Königreichs.

⁴⁵¹ EuGH 11.09.2007, Rs. C-431/05, *Merck Genericos Produtos Farmacêuticos*, Slg. 2007, I-07001.

⁴⁵² Schlußanträge GA Villalon, Rs. C-414/11, *Daiichi Sankyo Co. Ltd*, EU:C:2013:520, Rz. 30.

⁴⁵³ Ebd., Rz. 66-82.

⁴⁵⁴ EuGH 18.07.2013, Rs. C-414/11, *Daiichi Sankyo Co. Ltd*, EU:C:2013:520, Rz. 48 und 61.

⁴⁵⁵ Ebd., Rz. 51.

⁴⁵⁶ EuGH 22.10.2013, Rs. C-137/12, *Conditional Access Convention*, EU:C:2013:675.

AEUV oder Artikel 114 AEUV die richtige Kompetenzgrundlage darstellt.⁴⁵⁷ Der Rat hatte den gegenständlichen Beschluss über die Unterzeichnung des Übereinkommens – entgegen dem Vorschlag der Kommission – auf Artikel 114 AEUV und nicht auf Artikel 207 AEUV gestützt.⁴⁵⁸

Generalanwältin *Kokott* hielt bereits zu Beginn ihrer Ausführungen die Bedeutung des Urteils für die Abgrenzung der Außenkompetenzen der Union und ihrer Mitgliedstaaten nach dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon fest.⁴⁵⁹ Zur Rechtsfrage selbst führte die Generalanwältin aus, dass richtigerweise Artikel 207 AEUV die Rechtsgrundlage für den Abschluss des Übereinkommens gewesen wäre.⁴⁶⁰ Der EuGH teilte letztlich dieses Ergebnis und führte zunächst aus, dass ein Rechtsakt auf die Rechtsgrundlage zu stützen ist, welcher die hauptsächliche oder überwiegende Zielsetzung oder Komponente erfordert.⁴⁶¹ Im Zusammenhang mit dem in Frage stehenden Übereinkommen erläuterte der EuGH, dass dieses einen spezifischen Bezug zum internationalen Handel aufweist und daher auch auf Artikel 207 AEUV zu stützen ist;⁴⁶² wird mit dem angefochtenen Beschluss doch im Kern ein Zweck mit spezifischem Bezug zur Gemeinsamen Handelspolitik verfolgt.⁴⁶³

(iii) Die Bedeutung der Judikate für die Unionskompetenz für ADI

In der Literatur wurden die beiden Judikate dahingehend gedeutet, dass der EuGH (wieder) – in Abkehr zu früheren Entwicklungen⁴⁶⁴ – dazu übergehe, den Anwendungsbereich der Gemeinsamen Handelspolitik umfassender/extensiver auszulegen.⁴⁶⁵ Dieser Ansatz wird argumentativ insbesondere dadurch untermauert, dass der EuGH in der Rechtssache *Daiichi Sankyo* nicht der restriktiven, vorsichtigen Auslegungsvariante des Generalanwalts gefolgt ist. Durch die vom EuGH letztlich vertretene, extensive Auslegungsvariante entsteht vielmehr der Eindruck, dass das europäische Höchstgericht im Bereich der

⁴⁵⁷ Schlußanträge GA *Kokott*, Rs. C-137/12, *Conditional Access Convention*, EU:C:2013:675, Rz. 2.

⁴⁵⁸ Ebd., Rz. 17.

⁴⁵⁹ Schlußanträge GA *Kokott*, Rs. C-137/12, *Conditional Access Convention*, EU:C:2013:675, Rz. 6.

⁴⁶⁰ Ebd., Rz. 88.

⁴⁶¹ EuGH 22.10.2013, Rs. C-137/12, *Conditional Access Convention*, EU:C:2013:675, Rz. 53.

⁴⁶² Ebd., Rz. 65.

⁴⁶³ Ebd., Rz. 76.

⁴⁶⁴ EuGH 15.11.1994, Gutachten 1/94 („WTO“), Slg. 1994, I-5267.

⁴⁶⁵ *Ankersmit*, *The Scope of the Common Commercial Policy after Lisbon: The Daiichi Sankyo and Conditional Access Services Grand Chamber Judgements*, *Legal Issues of Economic Integration* Volume 41 No. 2 (2014), 193, (206).

Gemeinsamen Handelspolitik rechtliche Klarheit und politische Effektivität der Vorsicht vorgezogen habe.⁴⁶⁶

- (b) Die Anwendung der Schwerpunkttheorie im Rahmen der Vertragsschlusskompetenzen

In der Literatur werden vermehrt Stimmen laut, wonach – in Abkehr von der „*Pastis-Formel*“⁴⁶⁷ – auch dann eine alleinige Abschlusskompetenz der Europäischen Union bestehen soll, wenn ein Handels-/Investitionsabkommen mitgliedstaatliche Kompetenzen lediglich in unerheblichen, weniger gewichtigen Teilbereichen berührt.⁴⁶⁸

Kommen bei Rechtsakten der Europäischen Union mehrere Normen in Betracht, so richtet sich die zu wählende Rechtsgrundlage danach, in welchem Sachbereich der Schwerpunkt der gegenständlichen Maßnahme liegt. Die sogenannte „Schwerpunkttheorie“ gelangt sohin bei der Wahl der korrekten Rechtsgrundlage zur Anwendung.⁴⁶⁹ Man könnte nun in einem nächsten Schritt überlegen, ob die Schwerpunkttheorie auch im Rahmen der (Ermittlung/Reichweite der) Vertragsschlusskompetenzen zur Anwendung gelangt. Dies hätte zur Folge, dass ein Handels-/Investitionsabkommen, welches schwerpunktmäßig die Gemeinsame Handelspolitik (bzw. ihre Politiken als ausschließlicher Unionsmaterie) umfasst, eben gerade wegen dieser Schwerpunktsetzung vollständig in den ausschließlichen Kompetenzbereich der Europäischen Union fallen würde.⁴⁷⁰

Im Rahmen dieser Schwerpunktbetrachtung soll auch für Neben- und Hilfsbestimmungen eine Unionszuständigkeit bestehen, die grundsätzlich in die mitgliedstaatliche Zuständigkeit fallen würden; die Mitgliedstaaten würden hinsichtlich dieser (zusätzlichen) Bestimmungen sohin ihre Kompetenz verlieren.⁴⁷¹ *Mögele* führt hierzu aus, dass der

⁴⁶⁶ *Larik*, No mixed feelings: The post-Lisbon Common Commercial Policy in *Daiichi Sankyo and Commission v. Council (Conditional Access Convention)*, Common Market Law Review Volume 52 Issue 3(2015), 779, (792); *P.J.K.*, Litigation on External Relations Powers after Lisbon: The Member States Reject Their Own Treaty, Legal Issues of Economic Integration Volume 43 No.1 (2016), 1, (3).

⁴⁶⁷ Siehe hierzu die Ausführungen auf Seite 76.

⁴⁶⁸ *Holterhus*, Die Rolle des Deutschen Bundestages in der auswärtigen Handelspolitik der Europäischen Union – insbesondere zu den parlamentarischen Einflussmöglichkeiten im völkerrechtlichen Vertragsschlussverfahren, EuR Heft 2 (2017), 234, (238).

⁴⁶⁹ Siehe hierzu etwa EuGH 17.03.1993, Rs. C-155/91, *Kommission/Rat*, Slg. 1993, I-939, Rz. 19 und 21; EuGH 23.02.1999, Rs. C-42/97, *Parlament/Rat*, Slg. 1999, I-869, Rz. 39f.

⁴⁷⁰ *Mayer*, Rechtsgutachten für das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (2014), 1, (7f).

⁴⁷¹ *Grzeszick/Hettche*, Zur Beteiligung des Bundestages an gemischten völkerrechtlichen Abkommen, AöR 141. Band (2016), 225, (232ff).

Abschluss eines gemischten Abkommens nur dann rechtlich zwingend erforderlich sein soll, wenn wenigstens ein vom Abkommen umfasster Regelungsbereich in die ausschließliche mitgliedstaatliche Zuständigkeit fällt. Umgekehrt gesprochen, soll daher nicht jede marginale („*akzessorische*“) Berührung mitgliedstaatlicher Zuständigkeiten unweigerlich den Abschluss eines gemischten Abkommens zur Folge haben.⁴⁷² Auch der EuGH bediente sich im Rahmen des Gutachtens 2/15⁴⁷³ der Schwerpunkttheorie. So stellte der EuGH in diesem Zusammenhang fest, dass das zu Grunde liegende Abkommen Verpflichtungen hinsichtlich des Binnenschiffsverkehrs beinhalte, wofür es der Union an einer ausschließlichen Kompetenz fehle. Da es sich hierbei aber um Verpflichtungen von äußerst begrenzter Reichweite handle, könne die Europäische Union diese mitregeln.⁴⁷⁴

„Nach ständiger Rechtsprechung sind bei der Prüfung der Art der Zuständigkeit für den Abschluss einer internationalen Übereinkunft keine Bestimmungen dieser Übereinkunft zu berücksichtigen, die von äußerst begrenzter Tragweite sind (...)“⁴⁷⁵

Die Anwendung der Schwerpunkttheorie im Rahmen der (Ermittlung/Reichweite der) Vertragsschlusskompetenzen hätte zwangsläufig die Neutralisierung mitgliedstaatlicher Kompetenzen sowie die Aushebelung des unionsrechtlichen Kompetenzgefüges zur Folge. Es bestünde daher die Gefahr, dass die Europäische Union, solange der Schwerpunkt des gegenständlichen Abkommens eine ausschließliche Unionszuständigkeit (wie etwa die Gemeinsame Handelspolitik) betrifft, mitgliedstaatliche Zuständigkeiten mitnormiert und sohin – ganz offensichtlich – das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung des Artikels 5 EUV missachtet wird.

Verschärfend käme hinzu, dass eine (allfällige) Kompetenzüberschreitung die Wirksamkeit eines Abkommens nach außen hin nicht berührt, während ein solches Abkommen dahingegen im Innenverhältnis womöglich rechtswidrig wäre. Die völkerrechtliche Bindung der Europäischen Union im Fall einer Kompetenzüberschreitung (als Folge der Schwerpunkttheorie) ließe sich nicht ohne Weiteres beseitigen und Kompetenzverletzungen würden dauerhaft bestehen bleiben. Es existieren daher einige

⁴⁷² Mögele in Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 216 AEUV, Rz. 40.

⁴⁷³ Siehe hierzu die Ausführungen auf Seite 3.2.8(c)142.

⁴⁷⁴ EuGH 16.05.2017, Gutachten 2/15 („*EUSFTA*“), ECLI:EU:C:2017:376, Rz. 213ff.

⁴⁷⁵ Ebd., Rz. 217.

Gründe hinsichtlich der Annahme einer ausschließlichen Unionszuständigkeit einen strengen Maßstab anzulegen.⁴⁷⁶

Die Überlegungen hinsichtlich der Schwerpunkttheorie im Rahmen des Vertragsabschlusses zeigen – unabhängig davon, wie man zu dieser steht – dass immer mehr Stimmen in der Lehre existieren, die eine extensive Auslegung der Gemeinsamen Handelspolitik und – teilweise trotz Bestehens partieller mitgliedstaatlicher Kompetenzen – jedenfalls die Annahme einer alleinigen Unionszuständigkeit präferieren.

Für gegenständliche Forschungszwecke kann hieraus gefolgert werden, dass wohl eine extensive(re) Auslegung der Gemeinsamen Handelspolitik – insbesondere auch vor dem Hintergrund der Änderungen des Lissaboner Vertrags – geboten scheint.

(c) Das EuGH-Gutachten 2/15 und dessen Relevanz für die Investitionskompetenz

Von nicht zu unterschätzender Bedeutung für die Frage der Zulässigkeit des Enteignungsschutzes in Investitionsschutzabkommen der Union ist das im Zuge des Freihandelsabkommens zwischen der Europäischen Union und der Republik Singapur (*EUSFTA*) ergangene EuGH-Gutachten 2/15.

Die Verhandlungen über den Abschluss eines Freihandelsabkommens mit der Republik Singapur wurden im Mai 2010 aufgenommen und konnten bereits am 16.12.2012 erfolgreich abgeschlossen werden.⁴⁷⁷ Das EUSFTA wurde am 20.09.2013 durch die Chefunterhändler der Europäischen Kommission einerseits und die Regierung von Singapur andererseits paraphiert, wobei dieser EUSFTA-Abkommensentwurf noch keine Bestimmungen zum Investitionsschutz enthielt. Die Europäische Kommission und die Republik Singapur schlossen sodann am 17.10.2014 erfolgreich die Verhandlungen über das Investitionsschutzkapitel ab.⁴⁷⁸ Das EUSFTA stellt hinsichtlich des Enteignungsschutzes – verglichen mit den 12 mit Singapur abgeschlossenen mitgliedstaatlichen BITs – eine Weiterentwicklung dar; enthält es doch auch ein umfassendes Regelungskonvolut zur indirekten Enteignung.⁴⁷⁹

⁴⁷⁶ Mayer, Rechtsgutachten für das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (2014), 1, (7f).

⁴⁷⁷ <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-1380_de.htm> (16.06.2017).

⁴⁷⁸ <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-1172_de.htm> (16.06.2017).

⁴⁷⁹ Mitteilung der Europäischen Kommission vom 17.10.2014, Investment Provisions in the EU-Singapore Free Trade Agreement, 1, online abrufbar unter: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/october/tradoc_152845.pdf> (16.06.2017).

Die Europäische Kommission hat am 30.10.2014 – zur Klärung der Frage der Zuständigkeiten im Zusammenhang mit EUSFTA – einen Antrag auf ein Gutachten nach Artikel 218 Absatz 11 AEUV gestellt. Dem Gerichtshof wurden dabei, *in concreto*, folgende Fragen vorgelegt:

- Welche Bestimmungen des EUSFTA fallen in die ausschließliche Zuständigkeit der Europäischen Union?
- Welche Bestimmungen des EUSFTA fallen in die geteilte Zuständigkeit der Europäischen Union?
- Gibt es Bestimmungen des Abkommens, die in die ausschließliche Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fallen?⁴⁸⁰

Vorweg ist festzuhalten, dass die Rechtsansicht des EuGH nicht nur für das EUSFTA von Relevanz ist. So hat die Europäische Kommission auch im Rahmen des CETA-Abschlusses zum Ausdruck gebracht, dass dieses dieselben Ziele und im Wesentlichen den gleichen Inhalt wie das EUSFTA habe und die Zuständigkeit der Union daher in beiden Fällen (i.e. EUSFTA und CETA) dieselbe sein müsse. Erst wenn daher das EuGH-Gutachten 2/15 vorliege, können die hieraus notwendigen Schlüsse gezogen werden.⁴⁸¹ Die Europäische Kommission bringt damit letztlich zum Ausdruck, dass sich auch die Kompetenzabgrenzung im Rahmen des CETA-Abkommens letztlich am EuGH-Gutachten 2/15 orientieren wird.

Ehe in einem nächsten Schritt näher auf die Ausführungen der Generalanwältin zur Zuständigkeitsabgrenzung eingegangen wird, soll an dieser Stelle die Enteignungsschutzklausel des EUSFTA wiedergegeben werden:

„1. Neither Party shall directly or indirectly nationalise, expropriate or subject to measures having effect equivalent to nationalisation or expropriation (hereinafter referred to as „expropriation“) the covered investments of covered investors of the other Party except:
(a) for a public purpose;

⁴⁸⁰ Siehe hierzu den Antrag der Europäischen Kommission auf ein Gutachten nach Art. 218 Abs. 11 AEUV (Gutachten 2/15), ABl 2015 C 363/18.

⁴⁸¹ KOM (2016) 443 endg.: Vorschlag für einen Beschluss des Rates über den Abschluss eines umfassenden Wirtschafts- und Handelsabkommens zwischen Kanada einerseits und der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten andererseits, 3.

- (b) in accordance with due process of law;*
- (c) on a non-discriminatory basis; and*
- (d) against payment of prompt, adequate and effective compensation in accordance with paragraph 2.*

2. Compensation shall amount to the fair market value of the covered investment immediately before its expropriation or impending expropriation became public knowledge plus interest at a commercially reasonable rate, established on a market basis taking into account the length of time from the time of expropriation until the time of payment. Such compensation shall be effectively realisable, freely transferable in accordance with Article 9.7 (Transfer) and made without delay.

3. This Article does not apply to the issuance of compulsory licences granted in relation to intellectual property rights, to the extent that such issuance is consistent with the TRIPS Agreement.

*4. Any measure of expropriation or valuation shall, at the request of the covered investors affected, be reviewed by a judicial or other independent authority of the Party taking the measure.*⁴⁸²

Die EUSFTA-Enteignungsschutzklausel gleicht inhaltlich den in CETA und TTIP enthaltenen Bestimmungen und ist gleichfalls stark an der nordamerikanischen Vertragspraxis angehalten.⁴⁸³ So enthalten Annexe zum EUSFTA weitergehende Bestimmungen zur Thematik ob des Vorliegens einer indirekten Enteignung und zur Entschädigungsleistung.

- (i) Schlussanträge der Generalanwältin

⁴⁸² C(2014) 8218 endg.: Beschluss der Europäischen Kommission vom 30.10.2014 zur Einholung eines Gutachtens des Gerichtshofs gemäß Artikel 218 Absatz 11 AEUV zur Kompetenz der Union, ein Freihandelsabkommen mit Singapur zu unterzeichnen und abzuschließen, 7.

⁴⁸³ Art. 6 US-Model-BIT, online abrufbar unter: <<http://www.state.gov/documents/organization/117601.pdf>> (17.06.2017).

Generalanwältin *Sharpston* hält in ihren Schlussanträgen zunächst fest, dass die Frage, ob die Europäische Union über die alleinige Zuständigkeit betreffend das gegenständliche Abkommen verfüge, oder es sich hierbei um eine zwischen Europäischer Union und Mitgliedstaaten geteilte Zuständigkeit handle, insbesondere von der Tragweite der Unionsbestimmungen abhängen, die den Unionsorganen die Befugnis einräumt das EUSFTA abzuschließen.⁴⁸⁴

Hinsichtlich des EUSFTA-Investitionskapitels führt GA *Sharpston* eingangs aus, dass die Europäische Kommission der Ansicht ist, dass das zugrundeliegende Kapitel (hinsichtlich ausländischer Direktinvestitionen, nicht aber Portfolioinvestitionen) in die ausschließliche Unionszuständigkeit der Gemeinsamen Handelspolitik falle. So sollen von der Gemeinsamen Handelspolitik sowohl Regeln für den anfänglichen Zugang von Investitionen zum Markt des Gaststaates („*Marktzugang*“), als auch solche über den einer Investition nach Zulassung zum Markt zu gewährenden Schutz („*Investitionsschutz*“) umfasst sein. Die EK brachte in diesem Zusammenhang vor, dass es den Zielen des Artikels 206 AEUV widerspräche, wenn der Schutz ausländischer Direktinvestitionen – nach Marktzugang – von der Gemeinsamen Handelspolitik ausgenommen sei. Die Kommission legte hierbei ergänzend dar, dass bereits die GATS-Standards, welche die Behandlung der Erbringung von Dienstleistungen nach Zulassung regeln, unter die Gemeinsame Handelspolitik fallen würden. Es wäre daher nicht sachgemäß, wenn der Union zwar die ausschließliche Zuständigkeit für die GATS-Standards zukäme, nicht aber für die Standards des EUSFTA. Hinsichtlich der Enteignungsschutzbestimmungen hat die Kommission eingeworfen, dass Artikel 345 AEUV die ausschließliche Unionszuständigkeit hierfür nicht einschränke, da die entsprechenden Abkommensregelungen die mitgliedstaatlichen Eigentumsordnungen unberührt ließen. Die Kommission wies ferner das Argument zurück, dass der Enteignungsschutz wegen Artikel 207 Absatz 6 erster Halbsatz AEUV nicht unter die Unionszuständigkeit falle, weil es im Rahmen des Binnenmarktes an einer entsprechenden Unionspolitik fehle. Diese Argumentation lasse laut Kommission die Differenzierung zwischen ausdrücklichen und stillschweigenden ausschließlichen externen Zuständigkeiten außer Betracht. Auch Artikel 207 Absatz 6 zweiter Halbsatz AEUV sei nicht hinderlich, da Artikel 345 AEUV eine Harmonisierung von Eigentumsrechten an sich nicht ausschließe und durch die EUSFTA-

⁴⁸⁴ Schlußanträge GA *Sharpston*, Gutachten 2/15, ECLI:EU:C:2016:992, Rz. 91.

Bestimmungen auch keine Harmonisierung mitgliedstaatlicher Rechtsvorschriften erfolge.⁴⁸⁵

Der Rat brachte im Zusammenhang mit dem Enteignungsschutz vor, dass die Ansicht, wonach alle den Enteignungsschutz betreffenden EUSFTA-Vorschriften vollständig in die Unionszuständigkeit fallen würden, keinen Rückhalt in der EuGH-Rechtsprechung fände. Die Union habe wegen Artikel 345 AEUV vielmehr keine diesbezügliche ausschließliche Zuständigkeit.⁴⁸⁶ Die Mitgliedstaaten schlossen sich inhaltlich den Argumenten des Rats an. So würden die im EUSFTA vorgesehenen Enteignungsschutzbestimmungen allgemeine Grundsätze festlegen, nach denen die Vertragsparteien ihre eigentumsrechtlichen Rechtsvorschriften anzuwenden hätten. Diese Bereiche würden in die mitgliedstaatliche Zuständigkeit fallen, die in Einklang mit dem Unionsrecht auszuüben seien. Artikel 345 AEUV sähe eine diesbezügliche Einschränkung der Ausübung der Unionszuständigkeiten nach den Verträgen vor.⁴⁸⁷

Die Generalanwältin selbst kommt in ihrer Beurteilung zum Schluss, dass der Schutz bestimmter Investitionen – nicht nur der Marktzugang – unter die Gemeinsame Handelspolitik fällt. Sie hält in der Folge – unter Bezugnahme auf (ständige) Rechtsprechung zum Handelsverkehr – fest, dass Unionsmaßnahmen, die im Wesentlichen ausländische Direktinvestitionen fördern, erleichtern oder regeln sollen und sich direkt und sofort auf ausländische Direktinvestitionen und Investoren auswirken, einen Teil der Gemeinsamen Handelspolitik darstellen.⁴⁸⁸ Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang, dass GA *Sharpston* (vor dem Hintergrund des auch in den Rechtssachen *Daichii Sankyo Co. Ltd* und *Conditional Access Convention* gewählten Ansatzes)⁴⁸⁹ davon ausgeht, dass sich das Vorliegen direkter und sofortiger Auswirkungen auf ausländische Direktinvestitionen bereits *eo ipso* aus den kodifizierten Zielen des EUSFTA ergibt.⁴⁹⁰ Darüber hinaus, hätte die Auslegung der Artikel 206 AEUV und 207 AEUV laut der Generalanwältin zur Folge, dass Investitionen und Handel wesentliche Komponenten einer wirksamen und einheitlichen Gemeinsamen Handelspolitik sind. Die GHP habe daher neben Maßnahmen, die den Markteintritt ausländischer Direktinvestitionen im Gaststaat ermöglichen und verbessern, auch Maßnahmen, die diese Investitionen schützen, soweit

⁴⁸⁵ Ebd., Rz. 270ff.

⁴⁸⁶ Ebd., Rz. 286,

⁴⁸⁷ Ebd., Rz. 299.

⁴⁸⁸ Ebd., Rz. 328ff.

⁴⁸⁹ Siehe hierzu die Ausführungen auf Seite 135.

⁴⁹⁰ *Kleimann*, Reading Opinion 2/15: Standards of Analysis, the Court's Discretion, and the Legal View of the Advocate General, Robert Schuman Centre for Advanced Studies Research Paper No 23 (2017), 1, (25).

sich die Verfügbarkeit dieses Schutzes direkt und sofort auf die Frage, ob die ausländischen Direktinvestitionen getätigt werden und auf den Nutzen dieser Investitionen auswirken, zu umfassen. Überdies, wäre die Wirksamkeit von Regelungen hinsichtlich des Marktzuganges fraglich, wenn der (ausländische) Investor – nach erfolgter Durchführung einer Investition – schutzlos vor Enteignungen gestellt wäre. Es wäre andernfalls möglich, dass ein Investor im Ergebnis schlechter gestellt wäre, wenn der Investition zwar der Marktzugang gewährt wird, diese sodann aber entschädigungslos enteignet wird.

Auch die Artikel 345 AEUV und Artikel 207 Absatz 6 AEUV würden laut der Generalanwältin einer extensiven – den Enteignungsschutz mitumfassenden – Unionskompetenz nicht entgegenstehen. Da das EUSFTA den Mitgliedstaaten nicht die Befugnis zur Vornahme von Enteignungen entziehe, liege auch kein Verstoß gegen Artikel 345 AEUV vor. Das Abkommen begrenze laut *GA Sharpston* lediglich die Voraussetzungen, unter denen sich die Vertragsparteien für eine Verstaatlichung oder eine Enteignung von (geschützten) Investitionen entscheiden können. Das gegenständliche Abkommen führe außerdem auch nicht zur Harmonisierung der Voraussetzungen einer Enteignung innerhalb der Union.⁴⁹¹

Die Generalanwältin kommt sohin auf dieser Basis abschließend zum Ergebnis, dass das Kapitel über den Investitionsschutz, soweit es für ausländische Direktinvestitionen gilt (nicht aber für Portfolioinvestitionen), unter die ausschließliche Unionszuständigkeit des Artikels 207 AEUV fällt.⁴⁹² Für Portfolioinvestitionen bestehe diesbezüglich eine zwischen Europäischer Union und Mitgliedstaaten geteilte Zuständigkeit; die Mitgliedstaaten sind demnach nur kompetent, sofern und soweit die Europäische Union auf diesem Gebiet nicht tätig geworden ist. Für die Annahme einer ausschließlichen Unionszuständigkeit hinsichtlich Portfolioinvestitionen wäre es erforderlich gewesen, dass der Abkommensabschluss Handlungen der Europäischen Union beeinträchtigen oder deren Tragweite verändern könnte; dies sei hier aber nicht der Fall.⁴⁹³

(ii) Ausführungen des EuGH

⁴⁹¹ Schlußanträge *GA Sharpston*, Gutachten 2/15, ECLI:EU:C:2016:992, Rz. 328ff.

⁴⁹² Ebd., Rz. 343.

⁴⁹³ Ebd., Rz. 366ff.

Der EuGH folgt in seinem Urteil im Ergebnis den (oben wiedergegeben) Ausführungen der Generalanwältin. Zunächst hält der Europäische Gerichtshof fest, dass sich das gegenständliche Gutachten nur auf die Art der Unionszuständigkeit bezieht und keinerlei Aussage dazu trifft, ob der Inhalt des EUSFTA mit Unionsrecht letztlich vereinbar ist.⁴⁹⁴

Der EuGH führt dann aus, dass ein Rechtsakt der Union (z.B. ein abgeschlossenes Abkommen) nach ständiger EuGH-Rechtsprechung nicht schon deshalb unter die GHP falle, weil er bestimmte Auswirkungen auf den Handelsverkehr mit einem Drittstaat habe, sondern (unter auch bezugnehmend auf die Rechtssache *Daichii Sankyo Co. Ltd*) dann von der GHP umfasst sei, wenn er speziell den Handelsverkehr betreffe, weil er ihn im Wesentlichen fördere, erleichtere oder regle und sich direkt und sofort auf ihn auswirke. Nach Ansicht des Höchstgerichts würden daher auch nur die Teile des EUSFTA unter die Gemeinsame Handelspolitik fallen, die einen spezifischen Bezug zum Handelsverkehr zwischen der Europäischen Union und der Republik Singapur aufweisen.⁴⁹⁵

Hinsichtlich des Investitionsschutzes hält der EuGH (zunächst) fest, dass sich der Abkommenstext des EUSFTA nicht nur auf Direktinvestitionen, sondern auch auf jede andere Investitionsart (i.e. Portfolioinvestitionen) bezieht.⁴⁹⁶ Hinsichtlich der konkreten Reichweite der Investitionszuständigkeit wird in diesem Zusammenhang – unter Inanspruchnahme des Wortlauts des Artikels 207 AEUV – festgehalten, dass andere Investitionen als ausländische Direktinvestitionen (sohin Portfolioinvestitionen) nicht vom Anwendungsbereich der GHP gemäß Art. 3 Abs. 1 lit. e AEUV umfasst sind.⁴⁹⁷

Die Unionszuständigkeit des Artikels 207 AEUV erstreckt sich laut Höchstgericht sehr wohl auch auf den Schutz von Investitionen (nicht bloß auf deren Zulassung), da sich der Wortlaut des Artikels 207 AEUV (ganz allgemein) auf Handlungen der Union im Bereich ausländischer Direktinvestitionen beziehe, ohne dahingehend zu unterscheiden, ob die in Frage stehenden Handlungen die Zulassung oder den Schutz ADI zum Gegenstand haben. Darüber hinaus, sei auch der erforderliche spezifische Bezug zum Handelsverkehr gegeben. Dies deshalb, da sich die relevanten EUSFTA-Bestimmungen direkt und sofort auf den Handelsverkehr auswirken würden, da es eben um die Behandlung von Beteiligungen von Unternehmern einer Vertragspartei an der Verwaltung oder Kontrolle von Gesellschaften im Gebiet der anderen Vertragspartei gehe.⁴⁹⁸

⁴⁹⁴ EuGH 16.05.2017, Gutachten 2/15 („EUSFTA“), ECLI:EU:C:2017:376, Rz. 30.

⁴⁹⁵ Ebd., Rz. 36f.

⁴⁹⁶ Ebd., Rz. 79.

⁴⁹⁷ Ebd., Rz. 83.

⁴⁹⁸ Ebd., Rz. 87 und 95.

Der EuGH widmet sich im Zusammenhang mit dem Enteignungsschutz sodann der Frage, ob Artikel 345 AEUV einer diesbezüglichen Unionszuständigkeit entgegensteht. Nach der hierzu ergangenen höchstgerichtlichen Judikatur bringe Artikel 345 AEUV den Grundsatz der Neutralität der Union gegenüber den in den Mitgliedstaaten bestehenden Eigentumsordnungen zum Ausdruck. Die Norm führe laut EuGH nicht dazu, dass die mitgliedstaatlichen Eigentumsordnungen den Grundprinzipien der Union entzogen seien. Artikel 345 AEUV bringe letztlich nur zum Ausdruck, dass die Mitgliedstaaten frei darin seien ihre Zuständigkeiten im Bereich des Eigentumsrechts auszuüben und ihre Eigentumsordnung folglich zu ändern soweit es sie betreffe; dabei seien aber auch weiterhin die allgemeinen Grundsätze und Grundrechte zu beachten. Die Enteignungsschutzbestimmung des EUSFTA würde keine Verpflichtung in Bezug auf die mitgliedstaatlichen Eigentumsordnungen beinhalten. Mit der Bestimmung sollen nur etwaige Entscheidungen über die Verstaatlichung oder die Enteignung beschränkt werden, um (ausländischen) Investoren gegenüber sicherzustellen, dass eine solche Entscheidung unter fairen Bedingungen und unter Beachtung der allgemeinen Grundsätze und der Grundrechte (insbesondere des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung) erfolge. Artikel 345 AEUV führe sohin letztlich nicht dazu, dass die Enteignungsschutzbestimmung des EUSFTA in die alleinige Zuständigkeit der Mitgliedstaaten falle; vielmehr sei (auch) diese vom Anwendungsbereich der Gemeinsamen Handelspolitik umfasst.⁴⁹⁹

Der EuGH gelangt damit zum Ergebnis, dass der Investitionsschutz – damit auch der Enteignungsschutz – in die alleinige Unionszuständigkeit fällt, sofern sich dieser eben auf ausländische *Direktinvestitionen* bezieht. Für Portfolioinvestitionen bestehe diesbezüglich (so wie auch von der Generalanwältin herausgearbeitet) eine zwischen Europäischer Union und Mitgliedstaaten geteilte Zuständigkeit.⁵⁰⁰

Die Ausführungen des EuGH sind wohl (auch vor dem Hintergrund des extensiv formulierten Wortlauts der AEUV-Bestimmungen und der hierzu ergangenen Judikatur) jedenfalls nachvollziehbar und überzeugend. Die Schlussanträge und das Urteil spiegeln letztlich wohl auch das gegenwärtig in den europäischen Institutionen bestehende Bemühen weitergehende mitgliedstaatliche Kompetenzansprüche einzudämmen wieder.⁵⁰¹

⁴⁹⁹ Ebd., Rz. 106ff.

⁵⁰⁰ Ebd., Rz. 225ff.

⁵⁰¹ *Pantaleo/Andenas*, Introduction: The European Union as a Global (Legal) Role Model for Trade and Investment?, *European Business Law Review* Volume 28 Issue 2 (2017), 99, (99).

(d) Die europäische Investitionskompetenz und nationale Maßnahmen

Aus der hier vertretenen Ansicht, wonach der Europäischen Union die alleinige Unionszuständigkeit für den Enteignungsschutz in ISA zukommt, ergeben sich unweigerlich Fragen der Haftung. Von Interesse ist insbesondere, wer im Fall eines Abkommensverstößes durch eine mitgliedstaatliche Maßnahme zu belangen ist. Klar ist, dass die Union als alleinige Vertragspartei im Fall einer durch sie zu vertretenden Enteignung oder enteignungsgleichen Maßnahme zu haften hat. *Prima facie* würde es wohl sachgerecht erscheinen, die Haftung dem (jeweiligen) Verursacher einer Enteignung oder enteignungsgleichen Handlung zuzurechnen.

Ganz generell, ist die externe, gegenüber Dritten (Investoren) bestehende Haftung von einem allfälligen internen, zwischen Union und Mitgliedstaaten bestehenden, Haftungsregress zu unterscheiden.

(i) Die externe Haftung der Europäischen Union

Die Kommission hat wiederholt betont davon auszugehen, dass die Union die ausschließliche Zuständigkeit für den Abschluss von Abkommen über ADI und Portfolioinvestitionen hat; wobei sich diese explizit auch auf die Enteignungsregelungen erstrecken soll.⁵⁰² Die Europäische Kommission selbst geht davon aus, dass im Fall einer Übereinkunft, die nur von der Union abgeschlossen wird, auch nur die Union von einem Dritten (Investor) verklagt werden kann. Im Fall eines gemischt abgeschlossenen Investitionsschutzabkommens soll sich die (völkerrechtliche) Haftung aber nicht nach dem Verursacher, sondern auf der Grundlage der Zuständigkeit der zugrundeliegenden Regelung gemäß dem AEUV bestimmen. Die Union soll damit grundsätzlich die völkerrechtliche Verantwortlichkeit für Verstöße gegen Bestimmungen tragen, die in ihre Zuständigkeit fallen.⁵⁰³

⁵⁰² KOM (2012) 335 endg.: Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Schaffung der Rahmenbedingungen für die Regelung der finanziellen Zuständigkeit bei Investor-Staat-Streitigkeiten vor Schiedsgerichten, welche durch völkerrechtliche Übereinkünfte eingesetzt wurden, deren Vertragspartei die Europäische Union ist, 3.

⁵⁰³ KOM (2012) 335 endg., 5; *Palchetti*, The Allocation of International Responsibility in the Context of Investor-State Dispute Settlement Mechanism Established By EU International Agreements, *European Business Law Review* Volume 28 Issue 2 (2017), 185, (185).

Dieser Ansicht ist, insbesondere vor dem Hintergrund der alleinigen Unionszuständigkeit, zuzustimmen. Artikel 216 Absatz 2 AEUV sieht vor, dass die Unionsorgane und die Mitgliedstaaten an die völkerrechtlichen Verträge gebunden sind.⁵⁰⁴ Die Bindung an das allgemeine Völkerrecht (und damit die völkergewohnheitsrechtlichen Regelungen zur Haftung) ist nicht ausdrücklich geregelt. Relevant ist in diesem Zusammenhang die Völkerrechtsfähigkeit der Union, der auch normative Funktion zukommt.⁵⁰⁵ Aus der Völkerrechtsfähigkeit folgt sowohl die Vertragsschlussfähigkeit, als auch die Haftung der Union gegenüber dritten Staaten.⁵⁰⁶ Die Geltendmachung der EU-Völkerrechtsfähigkeit gegenüber Drittstaaten kann sich im bilateralen Verhältnis grundsätzlich entweder (i) durch förmliche Anerkennung, (ii) durch Vertragsabschluss oder (iii) die Aufnahme diplomatischer Beziehungen ergeben.⁵⁰⁷ Da die Union im gegenständlichen Fall bereits wegen eines Verstoßes gegen ein von ihr abgeschlossenes Abkommen zwischen ihr und einem Drittstaat haften würde, ist es auch unerheblich, ob sich ihre völkerrechtliche Verantwortlichkeit bereits aus ihrer Völkerrechtsfähigkeit nach Artikel 47 EUV oder erst aus ihrer Anerkennung durch den Drittstaat ergibt.

(ii) Die interne Haftung der Europäischen Union

Von der Frage der externen, gegenüber Dritten bestehenden Haftung ist eine hiervon abweichende interne Haftungsregelung zu unterscheiden. So hat die Europäische Union bereits eine Verordnung zur Regelung der finanziellen Zuständigkeit bei Investor-Staat-Streitigkeiten erlassen.⁵⁰⁸ Diese gilt für die Beilegung von Investor-Staat-Streitigkeiten auf Antrag eines Schiedsklägers aus einem Drittstaat aufgrund eines Abkommens, bei der die Union Vertragspartei ist (allein abgeschlossenes ISA) oder bei der die Union und ihre Mitgliedstaaten Vertragsparteien (gemischt abgeschlossenes ISA) sind.⁵⁰⁹ Die durch die Verträge festgelegte Abgrenzung der Zuständigkeiten wird durch die Anwendung der

⁵⁰⁴ *Schroeder*, Die EU als Völkerrechtssubjekt, in *Obwexer* (Hrsg.), Die Europäische Union im Völkerrecht (2012), 26.

⁵⁰⁵ Art. 47 EUV.

⁵⁰⁶ *Schroeder*, Die EU als Völkerrechtssubjekt, in *Obwexer* (Hrsg.), Die Europäische Union im Völkerrecht (2012), 13.

⁵⁰⁷ Ebd., 19.

⁵⁰⁸ Verordnung (EU) 912/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Juli 2014 zur Schaffung der Rahmenbedingungen für die Regelung der finanziellen Verantwortung bei Investor-Staat-Streitigkeiten vor Schiedsgerichten, welche durch internationale Übereinkünfte eingesetzt wurden, bei denen die Europäische Union Vertragspartei ist („Verantwortlichkeits-VO“), AB1 L 2014/257, 121ff.

⁵⁰⁹ Ebd., Art. 1 Abs. 1 Satz 1.

Verordnung nicht berührt.⁵¹⁰ Die Verordnung regelt letztlich zweierlei. Einerseits wird normiert, wer die finanzielle Verantwortlichkeit bei Verstößen trägt, andererseits die Rahmenbedingungen für die Abwicklung von Investor-Staat-Streitigkeiten im Fall einer Beteiligung der Europäischen Union.⁵¹¹ Für gegenständliche Zwecke ist in einem nächsten Schritt auf die Frage der finanziellen Verantwortlichkeit einzugehen.

Die Verordnung stellt für die Aufteilung der finanziellen Verantwortung ein ausbalanciertes System bereit. So ist die Union finanziell verantwortlich, wenn die gegenständliche, strittige Behandlung aus einer von einem Unionsorgan, einer Einrichtung oder einer sonstigen Unionsstelle vorgenommenen Handlung resultiert.⁵¹² Ein einzelner Mitgliedstaat hat dahingegen die Kosten einer Abkommensverletzung zu tragen, wenn sie sich aus einer von ihm vorgenommenen nationalen Maßnahme ergibt.⁵¹³ Einzelstaatliches Handeln hat aber dann keine finanzielle Verantwortlichkeit des entsprechenden Staates zur Folge, wenn die Behandlung unionsrechtlich vorgeschrieben war; in einem solchen Szenario, haftet die Europäische Union.⁵¹⁴ Ein Mitgliedstaat soll aber – unabhängig von der Urheberschaft – dann haften, wenn er erklärt hat (i) die finanzielle Verantwortlichkeit zu übernehmen, (ii) wenn er als Schiedsbeklagter auftritt und (iii) wenn er einen Vergleich mit einem Drittstaatsinvestor eingeht.⁵¹⁵ Die Regelungen zur externen Haftung divergieren damit von jenen zur internen Haftung.

(e) Spezialfragen der Unionszuständigkeit

Die Arbeit hat neben den materiell- und formellrechtlichen Änderungen des Vertrags von Lissabon im Zusammenhang mit ADI auch gezeigt, dass die Mitgliedstaaten mit ihren zahlreichen ISA bislang maßgeblich gestaltend zum Internationalen Investitionsschutz beigetragen haben. An dieser essentiellen Rolle der Mitgliedstaaten dürfte sich auch, obgleich der ausdrücklichen Unionskompetenz für ADI, in naher Zukunft nichts ändern, wie

⁵¹⁰ Ebd., Art. 1 Abs. 1 Satz 2.

⁵¹¹ *Palchetti*, European Business Law Review Volume 28 Issue 2 (2017), 185, (185).

⁵¹² Verantwortlichkeits-VO, Art. 3 Abs. 1 lit. a.

⁵¹³ Ebd., Art. 3 Abs. 1 lit. b.

⁵¹⁴ Ebd., Art. 3 Abs. 1 lit. c.

⁵¹⁵ Ebd., Art. 3 Abs. 3 und 4.

nachstehende Ausführungen zeigen; in diesem Zusammenhang soll insbesondere auch noch auf das – in der politischen Praxis relevante – Instrument der vorläufigen Anwendbarkeit von Abkommen eingegangen werden.

- (i) Der mitgliedstaatliche Gestaltungsspielraum bei alleiniger Unionszuständigkeit

Einerseits gilt, dass Investitionsschutzabkommen im Fall der primärrechtlichen Unvereinbarkeit von Enteignungsschutzbestimmungen in Form gemischter Abkommen abzuschließen sind, womit die mitgliedstaatliche Beteiligung obligat wäre. Auch im Fall einer alleinigen Unionszuständigkeit verbliebe den Mitgliedstaaten aber weiterhin ein Gestaltungsspielraum, da die Europäische Kommission ein Mandat des Rats der Europäischen Union benötigt, um Verhandlungen über den Abschluss von ISA führen zu dürfen. Im Zuge dieser Mandatserteilung ist es den Mitgliedstaaten möglich, der Kommission geradezu detaillierteste Anweisungen an die Hand zu geben. Die erforderliche Gunst des Rats erlaubt den Mitgliedstaaten so, bereits in einer frühzeitigen Phase auf den Verhandlungsverlauf Einfluss zu nehmen.

Andererseits stellt die regelmäßig erforderliche Zustimmung des Europäischen Parlaments ein weiteres, nicht zu unterschätzendes, mitgliedstaatliches Gestaltungsinstrument künftiger ISA dar. Die Abgeordneten des EP sind durch die Einbindung in den Willensbildungsprozess und das zwingende Zustimmungserfordernis in der Lage, maßgeblichen Einfluss zu üben; aufgrund des Zustimmungsrechts kommt ihnen ein geradezu finales Vetorecht zu.⁵¹⁶

- (ii) Die vorläufige Anwendbarkeit von Abkommen

Die EU-Kommissarin für Handel (*Cecilia Malmström*) hat bereits 2015 medienwirksam erklärt, vom Instrument der vorläufigen Anwendbarkeit im Rahmen des TTIP-Abkommens Gebrauch zu machen.⁵¹⁷ Im Rahmen des CETA-Abkommens wurde es bereits

⁵¹⁶ *Lavranos*, The Remaining Decisive Role of Member States in Negotiating and Concluding EU Investment Agreements, in: *Bungenberg/Reinisch/Tietje* (Hrsg.), *EU and Investment Agreements*, 165ff.

⁵¹⁷ <<http://derstandard.at/2000010658652/Malmstroem-Ich-werde-die-Oesterreicher-nicht-ueberzeugen>> (17.06.2017).

beansprucht.⁵¹⁸ Viele NGOs sehen hierin die Gefahr der Entmachtung nationaler Parlamente und einer Aushöhlung nationaler Kompetenzen.⁵¹⁹ Die Möglichkeit, mit der Unterzeichnung eines Abkommens die vorläufige Anwendung desselbigen bis zu dessen Inkrafttreten zu beschließen, besteht bereits seit dem Vertrag von Amsterdam (1999). Der Vertrag von Lissabon normiert dieses Instrument nunmehr in Artikel 218 Absatz 5 AEUV.⁵²⁰

Ruft man sich die Abschlussphase eines Abkommens in Erinnerung,⁵²¹ so gilt generell, dass der Vertragstext nach Beendigung von Vertragsverhandlungen zunächst durch die Parteien vorläufig fixiert wird. Erst durch die Unterzeichnung wird, in Einklang mit Art. 10 WVK II, der Vertragstext verbindlich festgelegt.⁵²² Mit der Unterzeichnung des Abkommens sind die Vertragsparteien angehalten, Ziel und Zweck des Abkommens nicht zu vereiteln.⁵²³ Artikel 218 Absatz 5 AEUV eröffnet die Möglichkeit, ein Abkommen bereits mit dessen Unterzeichnung gleichzeitig für vorläufig anwendbar zu erklären. Die Erklärung der vorläufigen Anwendbarkeit erfolgt, nach Vorschlag der Kommission, durch Ratsbeschluss; eine (aktive) Beteiligung des EP ist gesetzlich nicht vorgesehen. Artikel 218 Absatz 10 AEUV sieht lediglich vor, dass das EP unverzüglich und umfassend zu unterrichten ist.⁵²⁴

Macht die Union von der Möglichkeit der vorläufigen Anwendbarkeit eines Abkommens Gebrauch, werden völkerrechtliche Rechte und Pflichten gegenüber gleichsam agierenden Vertragspartnern noch vor Inkrafttreten begründet,⁵²⁵ wodurch die Wartezeit bis zum formellen Inkrafttreten verkürzt werden kann. In der Unionspraxis wird vom Instrument der vorläufigen Anwendbarkeit, insbesondere auch bei Handelsabkommen, regelmäßig Gebrauch gemacht.⁵²⁶ Es überrascht daher nicht, dass auch bei CETA die vorläufige Anwendbarkeit in Anspruch genommen wurde.

Die (grundsätzliche) Nichtbeteiligung des Europäischen Parlaments am Prozess der vorläufigen Anwendbarkeit überrascht; steht sie nicht nur in Widerspruch zur Systematik

⁵¹⁸ Siehe hierzu die Ausführungen auf Seite 152ff.

⁵¹⁹ Hierzu etwa: <<http://www.heise.de/tp/artikel/43/43954/1.html>> und <<http://www.attacmuenchen.org/arbeitskreise/ak-freihandelsfalle/>> (17.06.2017).

⁵²⁰ *Rehulka* in *Mayer* (Hrsg.), Kommentar zu EUV/AEUV unter Berücksichtigung der österreichischen Judikatur und Literatur (2013), Art. 218 AEUV, Rz. 12.

⁵²¹ Siehe hierzu die Ausführungen auf Seite 106.

⁵²² *Schmalenbach* in *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), Kommentar zu EUV/AEUV⁴ (2011), Art. 218 AEUV, Rz. 6.

⁵²³ Artikel 18 WVK.

⁵²⁴ *Mögele* in *Streinz* (Hrsg.), Kommentar zu EUV/AEUV² (2012), Art. 218 AEUV, Rz. 11.

⁵²⁵ *Schmalenbach* in *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), Kommentar zu EUV/AEUV⁴, Art. 218, Rz. 7.

⁵²⁶ Siehe hierzu etwa: Beschluss des Rates (2011/265/EU) vom 16.09.2010 (EU und Korea) und Beschluss des Rates (2014/494/EU) vom 16.06.2014 (EU und Georgien).

des Artikels 218 Absatz 6 AEUV, sondern lässt sie auch Zweifel an der erforderlichen demokratischen Legitimität aufkommen.⁵²⁷

Es stimmt zwar, dass der AEUV keine Mitwirkung des EP vorsieht, allerdings pochten im Jahr 2010 bereits Angehörige des parlamentarischen Ausschusses für Handel darauf, bei der vorläufigen Anwendung von Abkommen künftig eine Rolle zu spielen. Der damalige EU-Handelskommissar (*Karl de Gucht*) kam diesem Wunsch nach, so, dass sich das institutionelle Gleichgewicht auch im Bereich der vorläufigen Anwendbarkeit in Richtung EP verschob.⁵²⁸ Das EP stimmte später gar der vorläufigen Anwendbarkeit des Freihandelsabkommens mit Kolumbien und Peru, sowie des Assoziierungsabkommens mit Zentralamerika zu. Dass das EP auch der vorläufigen Anwendbarkeit des CETA-Abkommens zustimmte⁵²⁹ erscheint nur folgerichtig, soll doch ein Nichtinkrafttreten des Abkommens am Ende - mangels Zustimmung des Europäischen Parlaments - vermieden werden.

Die Erfahrungen des Anti- Produkt- und Markenpiraterie-Abkommens (*ACTA*) haben gezeigt, dass das Einvernehmen des EP, wenngleich rechtlich nicht obligat, jedenfalls unumgänglich ist.⁵³⁰ Hierfür spricht auch, dass es dem EP wohl möglich ist, die vorläufige Anwendung eines Abkommens zu beenden. Nach Artikel 25 Absatz 2 des WVK II endet die vorläufige Anwendung eines Abkommens nämlich dann, wenn ein Staat seine Absicht notifiziert nicht Vertragspartei werden zu wollen. Spricht sich daher das EP gegen die vorläufige Anwendung eines Abkommens aus, so könnte man argumentieren, dass hierin die Absicht zum Ausdruck kommt das Abkommen nicht mehr fortführen zu wollen.⁵³¹

Die bisherigen Ausführungen könnten den Schluss nahelegen, dass die Mitgliedstaaten bei einer (allfälligen) vorläufigen Anwendbarkeit von (Handels)-Abkommen dem politischen Gutdünken der Unionsorgane ausgesetzt sind. Derartige Zweifel sind bei genauerer Überlegung allerdings unbegründet.

⁵²⁷ *Lehne*, Stellungnahme zur Änderung von Artikel 90 Absatz 5 der Geschäftsordnung (2014), 2, online abrufbar unter: http://europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/afco/lt/1017/1017671/1017671de.pdf (16.06.2016).

⁵²⁸ *Hoffmeister*, Aktuelle Rechtsfragen in der Praxis der europäischen Außenhandelspolitik, in ZEuS Heft 4 (2013), 385, (398f).

⁵²⁹ <http://www.europarl.europa.eu/news/de/news-room/20170206STO61384/ceta-neuem%C3%B6glichkeiten-f%C3%BCr-eu-unternehmen> (06.03.2017).

⁵³⁰ Hierzu <http://www.europarl.europa.eu/news/de/news-room/content/20120703IPR48247/html/Europ%C3%A4isches-Parlament-lehnt-ACTA-ab> und <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+MOTION+B7-2010-0620+0+DOC+XML+V0//DE> (17.06.2017).

⁵³¹ *Lehne*, Stellungnahme zur Änderung von Artikel 90 Absatz 5 der Geschäftsordnung, 3.

Die gegen das Instrument der vorläufigen Anwendbarkeit gehegten Vorwürfe lassen außer Acht, dass bei "gemischten Abkommen" nur jene Bestimmungen vorläufig angewendet werden, die auch in die Kompetenzsphäre der Europäischen Union fallen. Alle Vertragsteile eines Abkommens dahingegen, die nationale Zuständigkeiten berühren, treten erst mit ordnungsgemäßer Ratifizierung durch alle Mitgliedstaaten in Kraft.⁵³² So hat der Rat der Europäischen Union bereits im Zusammenhang mit CETA bekräftigt, dass die vorläufige Anwendbarkeit des Handelsabkommens mit Kanada nur für Angelegenheiten gelten soll, die in den Kompetenzbereich der Europäischen Union fallen.⁵³³

Vor diesem Hintergrund gelangt man daher zum Ergebnis, dass aus der Möglichkeit der vorläufigen Anwendbarkeit von Abkommen keinesfalls eine Einschränkung nationaler Kompetenzen folgt. Eine vorläufige Anwendbarkeit von Bestimmungen, die in die Zuständigkeitssphäre der Mitgliedstaaten fallen, ist rechtlich nicht möglich. Durch die *a priori* Zustimmung des Europäischen Parlaments ist darüber hinaus vielmehr einerseits die demokratische Legitimität, andererseits die später notwendige Zustimmung sichergestellt.

3.3 Die Europäische Investitionspolitik nach dem Vertrag von Lissabon

Der Vertrag von Lissabon führte zur vertikalen Kompetenzverschiebung zu Gunsten der Europäischen Union. War der Internationale Investitionsschutz "bis Lissabon" eine vorrangig mitgliedstaatliche Regelungsmaterie, sah sich die Europäische Union plötzlich mit der Themenführerschaft zum Investitionsschutz konfrontiert. Dieser modifizierte Vertragsrahmen brachte viele Rechtsunsicherheiten mit sich, die es alsbald zu lösen galt. Neben der Problematik der genauen Abgrenzung der Kompetenz des Artikels 207 AEUV zwischen Mitgliedstaaten und Union galt es weitere bedeutende Herausforderungen zu bewerkstelligen.

⁵³² Deutscher Bundestag, 18. Wahlperiode - BT-Drucksache 3761, Schriftliche Fragen mit den in der Woche vom 12. Januar 2015 eingegangenen Antworten der Bundesregierung, 1, online abrufbar unter: <<http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/037/1803761.pdf>> (17.06.2017).

⁵³³ Der Rat der Europäischen Union vom 27.10.2016, REV 13463/1/16, 13.

Fraglich war lange das rechtliche Schicksal (von Mitgliedstaaten) abgeschlossener Investitionsschutzabkommen. Die sogenannte "Grandfathering-Verordnung" konnte letzte hierzu bestehende Zweifel ausräumen und so Rechtssicherheit schaffen (*Unterabschnitt 1*). Daneben hatte die EU eine neue paneuropäische Investitionspolitik auszuformulieren. Die Durchsicht politischer Willenserklärungen, sowie bereits abgeschlossener bzw. in Verhandlung stehender EU-ISA, soll es ermöglichen, wichtige Charakteristika der europäischen Investitionspolitik zu abstrahieren (*Unterabschnitt 2*).

Ein abschließender Textpassus gibt die wichtigsten Ergebnisse, insbesondere die zum Enteignungsschutz, konzise wieder (*Unterabschnitt 3*).

3.3.1 Das rechtliche Schicksal bestehender mitgliedstaatlicher BITs

Man unterscheidet zwischen europäischen Mitgliedstaaten abgeschlossene BITs (*Intra EU-BITs*) von solchen, die europäische Mitgliedstaaten mit Drittstaaten abgeschlossen haben (*Extra EU-BITs*). Wie bereits angemerkt, haben die Mitgliedstaaten der Union insgesamt über 1200 BITs mit Drittstaaten abgeschlossen. Der VvL übertrug der EU zwar die ausschließliche Kompetenz zum Abschluss völkerrechtlicher Abkommen über ADI, eine Übergangsregelung zum Fortbestand bereits bestehender BITs enthält er aber nicht. In der Folge wird das rechtliche Schicksal der Extra EU-BITs erörtert, wobei hierbei völkerrechtliche und europarechtliche Ebene strikt zu trennen sind.

Nach den völkervertragsrechtlichen Grundsätzen des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge, bleiben die Mitgliedstaaten an die bereits mit Drittstaaten geschlossenen BITs weiterhin gebunden, unabhängig davon, ob die Europäische Union mit demselben Drittstaat den Abschluss eines ISA beabsichtigt oder nicht.

„Gehören nicht alle Vertragsparteien des früheren Vertrags zu den Vertragsparteien des späteren, (...) so regelt zwischen einem Staat, der Vertragspartei beider Verträge ist, und einem Staat, der Vertragspartei nur eines der beiden Verträge ist, der Vertrag, dem beiden Staaten als

*Vertragsparteien angehören, ihre gegenseitigen Rechte und Pflichten.*⁵³⁴

Weitaus schwieriger gestaltete sich lange Zeit die Beurteilung der unionsrechtlichen Lage. Da der VvL keine Aussage zur Gültigkeit mitgliedstaatlicher BITs trifft, war die – für ein sicheres Investitionsklima erforderliche – Rechtssicherheit lange nicht gegeben. Hinzukommt, dass der Europäische Gerichtshof in jüngerer Vergangenheit den teilweisen Vorrang von Unionsrecht gegenüber Völkerrecht ausjudizierte.⁵³⁵

(a) Die Verordnung Nr. 1219 ("Grandfathering-Verordnung")

Der Europäischen Union gelang es mit der "Grandfathering-Verordnung"⁵³⁶ zwischenzeitig für unionsrechtliche Sicherheit zu sorgen und Meinungsverschiedenheiten über das Schicksal bestehender BITs zu bereinigen. Nicht außer Acht gelassen werden darf, dass die Verordnung lediglich Aussagen zum rechtlichen Schicksal mitgliedstaatlicher Investitionsschutzabkommen mit Drittstaaten enthält.⁵³⁷ Die Intra-EU BITs, also die zwischen den einzelnen Mitgliedstaaten abgeschlossenen BITs, sind vom Anwendungsbereich der Verordnung nicht mit umfasst.⁵³⁸ Die Revision der Verordnung offenbart zwei Regelungsziele: Einerseits genehmigt die Verordnung in Kapitel II die Aufrechterhaltung bereits abgeschlossener Abkommen, andererseits legt die Verordnung in Kapitel III den Rahmen für die Aushandlung und den Abschluss künftiger Abkommen durch die Mitgliedstaaten fest.⁵³⁹ Die nachfolgenden Ausführungen folgen dieser

⁵³⁴ Art. 30 Abs. 4 lit. b des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge vom 23.05.1969 (WVK), Volume 1155, UNTS 331.

⁵³⁵ EuGH 03.09.2008, Verbundene Rechtssachen C-402/05 P und C-415/05 P, *Kadi und Al Barakaat Internationale Foundation/Rat und Kommission*, Slg. 2008, I-6351, Rz. 300ff.

⁵³⁶ Grandfathering-VO 1219/2012/EU Verordnung (EU) Nr. 1219/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 zur Einführung einer Übergangsregelung für bilaterale Investitionsschutzabkommen zwischen den Mitgliedstaaten und Drittländern ("Grandfathering-VO"), ABl L 2012/351, 40ff.

⁵³⁷ Art. 1 Abs. 2 der Grandfathering-VO.

⁵³⁸ Zur Thematik der Intra-EU BITs siehe etwa: *Andersen/Hindelang*, The Day After: Alternatives to Intra-EU BITs, *Journal of World Investment & Trade* Volume 17 Issue 6 (2016), 984; *Binder*, A Treaty Law Perspective on Intra-EU BITs, *Journal of World Investment & Trade* Volume 17 Issue 6 (2016), 964; *Wehland*, The Enforcement of Intra-EU BIT Awards: *Micula v Romania* and Beyond, *Journal of World Investment & Trade* Volume 17 Issue 6 (2016), 942.

⁵³⁹ Erwägungsgründe 7 und 8 der Grandfathering-VO.

Zweiteilung und behandeln daher erst das Weitergeltungsregime, ehe die Möglichkeit zum Neuabschluss von ISA dargelegt wird.

(i) Das Weitergeltungsregime der „Grandfathering-Verordnung“

Beabsichtigte ein Mitgliedstaat die Weitergeltung seiner mit Drittstaaten geschlossenen BITs, hatte er bis zum 8. Februar 2013 der Europäischen Kommission alle abgeschlossenen bilateralen Investitionsschutzabkommen zu notifizieren.⁵⁴⁰ Österreich kam dieser Notifizierungspflicht fristgerecht nach.⁵⁴¹ Die Verordnung sieht für den Fall, dass ein Mitgliedstaat dieser Pflicht nachkommt, die Aufrechterhaltung und Weitergeltung notifizierter BITs vor.

„Unbeschadet anderer Verpflichtungen der Mitgliedstaaten nach dem Unionsrecht dürfen bilaterale Investitionsschutzabkommen, die nach Artikel 2 dieser Verordnung notifiziert wurden, nach Maßgabe des AEUV und dieser Verordnung aufrechterhalten werden oder in Kraft treten, bis ein bilaterales Investitionsschutzabkommen zwischen der Union und demselben Drittland in Kraft tritt.“⁵⁴²

Der oben angeführte Artikel 3 ist die zentrale Bestimmung des "Weitergeltungsregimes" der Verordnung. In ihm kommt die Intention der Europäischen Union, BITs der Mitgliedstaaten schrittweise durch eigene ISA zu ersetzen, zum Ausdruck. Die EU möchte auf diese Weise den derzeitigen Investitionsschutzstandard halten und ein gleichzeitiges Absinken des Schutzniveaus verhindern.

Die Verordnung räumt der Europäischen Kommission jedoch ein Nachprüfungsreservoir ein. So beurteilt die Kommission nach Artikel 5 der Verordnung, ob Bestimmungen der notifizierten BITs für die Union ein Hindernis beim Abschluss künftiger

⁵⁴⁰ Art. 2 der Grandfathering-VO.

⁵⁴¹ Bundesministerium für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft, EU-Investitionspolitik, online abrufbar unter: <<https://www.bmfwf.gv.at/Aussenwirtschaft/investitionspolitik/Seiten/EU-Investitionspolitik.aspx>> (17.06.2017).

⁵⁴² Art. 3 der Grandfathering-VO.

Investitionsabkommen mit Drittstaaten darstellen. Ist dies der Fall, sind Kommission und der betroffene Mitgliedstaat angehalten, innerhalb von 90 Tagen eine gemeinsame Lösung zu erarbeiten. Stellen sich die Unterredungen allerdings als fruchtlos heraus, kann die Kommission binnen 60 Tagen nach Abschluss der Konsultationen erklären, welche Maßnahmen der Mitgliedstaat zu ergreifen hat.⁵⁴³

- (ii) Die Möglichkeit zum Abschluss neuer Investitionsabkommen nach der „Grandfathering-Verordnung“

„Unter den in den Artikeln 8 bis 11 festgelegten Bedingungen wird ein Mitgliedstaat ermächtigt, Verhandlungen mit einem Drittland aufzunehmen, um ein bestehendes bilaterales Investitionsschutzabkommen zu ändern oder ein neues bilaterales Investitionsschutzabkommen abzuschließen.“⁵⁴⁴

In Kapitel III (Artikel 7ff der Verordnung) finden sich die Voraussetzungen, unter denen die Mitgliedstaaten entweder zum Abschluss neuer BITs, oder zur Abänderung bestehender BITs ermächtigt werden können. Beabsichtigt ein Mitgliedstaat bestehende Investitionsschutzabkommen abzuändern oder neue ISA zu schließen, hat er die Kommission von seiner Absicht schriftlich zu notifizieren. Die Notifikation hat neben einschlägigen Unterlagen auch Angaben zum Gegenstand der Verhandlungen zu enthalten. Die Notifikation an die Kommission hat mindestens fünf Monate vor Aufnahme der Verhandlungen zu erfolgen.⁵⁴⁵ Die Kommission erteilt dem betreffenden Mitgliedstaat daraufhin in der Regel die Ermächtigung zur Aufnahme förmlicher Verhandlungen zum Abschluss eines neuen BIT, oder zur Abänderung eines bereits bestehenden Investitionsschutzabkommens. Nicht erteilt wird die Ermächtigung dann, wenn durch sie ein Verstoß gegen Unionsrecht wahrscheinlich scheint, oder sonst irgendein schwerwiegendes Hindernis für die Aushandlung bzw. den Abschluss von BITs durch die

⁵⁴³ Ebd., Art. 6 Abs. 2 und 3.

⁵⁴⁴ Ebd., Art. 7.

⁵⁴⁵ Ebd., Art. 8.

Union zu erwarten ist. Um die Kohärenz europäischer Investitionspolitik sicherzustellen, kann die Kommission verlangen, dass in dem geplanten BIT gewisse Bestimmungen mit einbezogen oder außer Acht gelassen werden.⁵⁴⁶ Die Kommission ist über den Fortschritt der Vertragsverhandlungen regelmäßig zu informieren und kann, wenn erforderlich, darüber hinaus die Teilnahme an Verhandlungen zwischen Drittstaat und Mitgliedstaat verlangen.⁵⁴⁷

Verliefen die Unterredungen zwischen Drittstaat und Mitgliedstaat fruchtbar und ist der BIT-Vertragstext fertig ausgearbeitet, übermittelt der Mitgliedstaat der Kommission den Wortlaut des Abkommens. Nach einer Prüfung des Abkommens auf seine Vereinbarkeit mit den Anforderungen des Artikels 9 Absatz 1 und 2 der Verordnung, erteilt oder verweigert die Kommission die Ermächtigung zum Abschluss und zur Unterzeichnung des BIT. Verweigert die Kommission die Ermächtigung, hat sie den Mitgliedstaat jedoch über die betreffenden Gründe zu unterrichten.⁵⁴⁸

Insgesamt zeigt sich damit, dass die „Grandfathering-Verordnung“ den Mitgliedstaaten das Recht zugesteht weiterhin einzelstaatliche BITs abzuschließen. Vor der Aufnahme von Verhandlungen bzw. der Unterzeichnung und des Abschlusses von Investitionsabkommen, ist jedoch die Ermächtigung der Kommission einzuholen. Von diesem Privileg zum Abkommensabschluss wurde in der Praxis auch bereits Gebrauch gemacht. So ermächtigte die Europäische Kommission beispielsweise die Republik Österreich zum Abschluss eines BIT mit Nigeria.⁵⁴⁹

Die Ermächtigungsmöglichkeit der Verordnung zum Abschluss neuer BITs ist allerdings keine Aushöhlung der neuen Unionskompetenz. Vielmehr soll hiermit dem Umstand Rechnung getragen werden, dass die Mitgliedstaaten zur Anpassung bzw. Abänderung bestehender BITs aufgefordert werden könnten, um ihre Investitionsabkommen in Einklang mit Unionsrecht zu bringen.

Zuletzt ist noch auf die Schlussbestimmungen des Kapitels IV der Verordnung zu verweisen. Artikel 13 oktroyiert den Mitgliedstaaten hinsichtlich bestehender - der EK notifizierter BITs - Verhaltenspflichten auf. So ist etwa die Zustimmung der EK einzuholen, bevor der Streitbeilegungsmechanismus eines BIT in Anspruch genommen

⁵⁴⁶ Ebd., Art. 9 Abs. 1 und 2.

⁵⁴⁷ Ebd., Art. 10.

⁵⁴⁸ Ebd., Art. 11.

⁵⁴⁹ Abkommen zwischen der Republik Österreich und der Bundesrepublik Nigeria über die Förderung und den Schutz von Investitionen vom 08.04.2013.

werden darf. Die Kommission kann darüber hinaus aufgrund der Zusammenarbeitspflicht von Mitgliedstaaten und Kommission die Teilnahme am Verfahren verlangen.⁵⁵⁰

(b) Der ursprüngliche Entwurf der "Grandfathering-Verordnung"

Der Vollständigkeit halber sei gesagt, dass der ursprüngliche Verordnungsvorschlag der Europäischen Kommission⁵⁵¹ von der letztlich erlassenen "Grandfathering-Verordnung" abweicht. Neben marginalen, redaktionellen Unterschieden, lassen sich auch materiell-rechtliche Differenzen ausmachen, welche in der Folge dargestellt werden.

So sieht der Verordnungsvorschlag vor, dass die einmal erteilte Genehmigung der Weitergeltung eines Investitionsabkommens - bei Erfüllung einer der vier in Artikel 6 normierten Fälle - zurückgenommen werden kann.⁵⁵² Die Genehmigung kann demnach dann zurückgenommen werden, wenn ein Abkommen gegen Unionsrecht verstößt und diese Unvereinbarkeit nicht aus der Zuständigkeitsverteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten resultiert (Artikel 6 Z. 1 lit. a). Überschneidet sich ein Abkommen, das ein Mitgliedstaat mit einem Drittstaat abgeschlossen hat, mit einem Unionsabkommen mit demselben Drittstaat und ist diese Überschneidung in Letzterem nicht geregelt, steht es der Kommission ebenfalls offen eine erteilte Genehmigung zurückzunehmen (Artikel 6 Z. 1 lit. b). Die Möglichkeit der Rücknahme eines Abkommens besteht auch dann, wenn ein mitgliedstaatliches Abkommen die Entwicklung bzw. Durchführung der Unionsinvestitionspolitik - insbesondere der GHP - hindert (Artikel 6 Z. 1 lit. c). Gleiches gilt auch, wenn der Rat nicht innerhalb eines Jahres einen Beschluss über die Ermächtigung zur Aufnahme von Verhandlungen - nach Empfehlung durch die Kommission - über ein Abkommen erlassen hat, dass sich zumindest teilweise mit einem notifizierten mitgliedstaatlichen Abkommen überschneidet (Artikel 6 Z. 1 lit. d).

Der ursprüngliche Verordnungsvorschlag kennt eine taxative Aufzählung an Konstellationen, welche die Rücknahme einer einmal erteilten Genehmigung eines Abkommens legitimieren. Ist die Europäische Kommission der Ansicht, dass ein derartiger

⁵⁵⁰ Art. 13 lit. c der Grandfathering-VO.

⁵⁵¹ KOM (2010) 344 endg.: Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Einführung einer Übergangsregelung für bilaterale Investitionsabkommen zwischen Mitgliedstaaten und Drittländern.

⁵⁵² KOM (2010) 344 endg., Art. 6.

Rücknahmefall gegeben ist, lässt sie dem betreffenden Mitgliedstaat eine begründete Stellungnahme, welche die erforderlichen Maßnahmen enthält, zukommen.⁵⁵³ Kann auf diese Art keine Lösung gefunden werden, nimmt die Kommission die einmal erteilte Genehmigung des gegenständlichen Abkommens final zurück.⁵⁵⁴

Stellt man das oben geschilderte Prozedere jenem der "Grandfathering-Verordnung" gegenüber, dann zeigen sich praktisch gewichtige Abweichungen. So sieht die "Grandfathering-Verordnung" in Artikel 6 Absatz 2 vor, dass die Kommission und der Mitgliedstaat – sollte ein schwerwiegendes Hindernis für die Aushandlung bzw. den Abschluss von BITs vorliegen – umgehend Konsultationen aufnehmen und im Hinblick auf die Ermittlung geeigneter Maßnahmen zusammenarbeiten.⁵⁵⁵ Ungeachtet dessen, kann die Kommission innerhalb von 60 Tagen nach Abschluss der Konsultationen erklären, welche geeigneten Maßnahmen der entsprechende Mitgliedstaat zu ergreifen hat, um die Hindernisse zu beseitigen.⁵⁵⁶ Die im Verordnungsvorschlag enthaltene Möglichkeit der Genehmigungsrücknahme der Union fand letztlich nicht Eingang in den finalen Verordnungstext, was wohl im mitgliedstaatlichen Widerstand begründet ist.

Abgesehen von den Differenzen hinsichtlich einer möglichen Rücknahme einer Genehmigung ist darauf hinzuweisen, dass dem Verordnungsvorschlag – im Gegensatz zur "Grandfathering-Verordnung" – ein sogenanntes "Recht auf Unterrichtung" nach Artikel 9 Absatz 5 fremd ist. Die Verordnungsbestimmung sieht vor, dass die Kommission, falls sie der Erteilung einer Ermächtigung zum Abschluss eines Abkommens kritisch entgegensteht, den betroffenen Mitgliedstaat über die entsprechenden Gründe der Ablehnung zu unterrichten hat.

Darüber hinaus, hat die EK nach Artikel 11 Absatz 7 der "Grandfathering-Verordnung" das EP über Beschlüsse, welche Mitgliedstaaten zur Unterzeichnung und zum Abschluss eines BIT ermächtigen, zu unterrichten. Auch eine, diesem Passus gleichgelagerte Bestimmung, ist im Verordnungsvorschlag nicht enthalten.

Insgesamt ist zu sagen, dass die "Grandfathering-Verordnung", mehr noch als der ursprüngliche Verordnungsvorschlag, den Prinzipien der mitgliedstaatlichen Souveränität und demokratischen Legitimation Rechnung trägt. So ist der Kommission in der letztlich erlassenen Verordnung einerseits die Möglichkeit der Genehmigungsrücknahme

⁵⁵³ Ebd., Art. 6 Abs. 2.

⁵⁵⁴ Ebd., Art. 6 Abs. 3.

⁵⁵⁵ Art. 6 Abs. 2 der Grandfathering-VO.

⁵⁵⁶ Art. 6 Abs. 3 der Grandfathering-VO.

genommen, andererseits ist sie gegenüber den Mitgliedstaaten und dem EP informationspflichtig.

3.3.2 Eine neue, paneuropäische Investitionspolitik

Neben der abstrakten Beschäftigung mit der neuen ausdrücklichen Unionszuständigkeit für ADI, interessiert vorwiegend die bislang erfolgte Kompetenzumsetzung. Um hierzu verwertbare Informationen abstrahieren zu können, wird zunächst auf die Erklärungen der europäischen Institutionen bezüglich der Ausgestaltung der künftig paneuropäischen Investitionspolitik Stellung genommen. Von besonderem Interesse sind dabei die Ausführungen zur Ausformulierung des Enteignungsschutzes in künftigen EU-ISA.

Im Anschluss an die erschöpfende Analyse politischer Absichtserklärungen, erfolgt die Würdigung aktueller Verhandlungen zu umfangreichen Handels- und Investitionsschutzabkommen. Es wird hierbei untersucht, inwieweit die internationalen Übereinkünfte dem von den europäischen Institutionen vorgezeichneten Modell folgen und welche Ausgestaltung für den Enteignungsschutzstandard vorgesehen ist.

(a) Die Grundpfeiler der künftigen paneuropäischen Investitionspolitik

Die Institutionen der Europäischen Union formulierten nach dem Kompetenzübergang alsbald ihre Ansichten und Ziele zur künftig gesamteuropäischen Investitionspolitik aus. Den Beginn machte am 7. Juli 2010 die Kommission mit ihrer Mitteilung zur umfassenden europäischen Auslandsinvestitionspolitik.⁵⁵⁷ Der Rat der Europäischen Union sowie das Europäische Parlament replizierten am 25. Oktober 2010 beziehungsweise 6. April 2011 hierauf und artikulierten ebenfalls, die von ihnen für erforderlich gehaltenen Anforderungen an eine künftig gemeinsame europäische Investitionspolitik.⁵⁵⁸ Die Bedeutung der Investitionspolitik für die Entwicklung der Wirtschaftspolitik und den

⁵⁵⁷ KOM (2010) 343 endg.: Mitteilung der Kommission an das Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Auf dem Weg zu einer umfassenden europäischen Auslandsinvestitionspolitik ("Mitteilung der KOM 2010").

⁵⁵⁸ Die Stellungnahme des Rats der Europäischen Union vom 25.10.2010 zu einer umfassenden europäischen Investitionspolitik („Stellungnahme des Rats 2010“); Entschließung des Europäischen Parlament vom 06.04.2011 zur zukünftigen europäischen Investitionspolitik („Entschließung des Parlaments 2011“), 2010/2203 (INI).

europäischen Binnenmarkt wurde von der Europäischen Kommission auch im Rahmen der „Strategie Europa 2020“, die Leitinitiativen für ein intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum ausformuliert, hervorgehoben.⁵⁵⁹

Die Mitteilung der Europäischen Kommission vom 7. Juli 2010 ist nur knapp gehalten und lässt detaillierte Erläuterungen zu substantiellen Schutzstandards vermissen. Neben der Hervorhebung der wirtschaftlichen Bedeutung ausländischer Direktinvestitionen, geht die Kommission nur peripher auf wichtige investitionsrechtliche Prinzipien ein. Was den Enteignungsschutz anbelangt, so lässt sich sagen, dass die Mitteilung der Kommission neben allgemeinpolitischen Aussagen nur wenig dienliche Angaben zur konkreten Ausgestaltung des Standards enthält.

„Folglich sollten Enteignungsmaßnahmen in der EU diskriminierungsfrei sein und ein verhältnismäßiges Mittel zur Erreichung ihres rechtmäßigen Ziels darstellen (z.B. durch Gewährung einer angemessenen Entschädigung).“⁵⁶⁰

Neben dem Bekenntnis zur Gewährung von Entschädigung und der Achtung des Diskriminierungsverbots, bleibt die Mitteilung detailliertere Informationen schuldig. Zwar gibt die Kommission darüber Auskunft in künftigen Investitions- und Handelsabkommen präzise Klauseln zum Investitionsschutz aufzunehmen,⁵⁶¹ nähere Ausführungen zur Umsetzung unterbleiben jedoch.

Der Rat der Europäischen Union schließt sich in seiner Stellungnahme der Kommission vollinhaltlich an, wobei auch der Rat die wirtschaftliche Bedeutung ausländischer Direktinvestitionen für den europäischen Binnenmarkt hervorhebt.⁵⁶² Was den Enteignungsschutz betrifft, so unterstreicht der Rat, dass dieser eine wichtige Säule künftiger europäischer ISA darstellen wird. Die Bestimmungen zum Enteignungsschutz werden das Recht auf adäquate, effektive und unverzügliche Entschädigung enthalten,⁵⁶³

⁵⁵⁹ KOM (2010) 2020 endg.: Mitteilung der Kommission – Europa 2020: Eine Strategie für intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum, 24f.

⁵⁶⁰ Mitteilung der KOM 2010, 10.

⁵⁶¹ Ebd., 10.

⁵⁶² Stellungnahme des Rats 2010, Erwägungsgrund 5.

⁵⁶³ Ebd., Erwägungsgrund 14.

wobei aber auch der Rat genauere Angaben zur konkreten Ausformung in seiner Mitteilung vermissen lässt.

Weitaus informationshaltiger ist dahingegen die EntschlieÙung des Europäischen Parlaments. Das Parlament kritisiert die Kommission eingangs für ihre zu starke Fokussierung auf den Investorenschutz. Laut Parlament sei vielmehr erforderlich, das Recht der Staaten legislative Anordnungen treffen zu dürfen, zu akzentuieren.⁵⁶⁴ In diesem Lichte ist auch das vom EP für den Enteignungsschutz vorgesehene Konzept zu begreifen.

„Schutz vor direkter und indirekter Enteignung, wobei ein klares und gerechtes Verhältnis zwischen Zielen des Gemeinwohls und privaten Interessen zu definieren ist (...)“⁵⁶⁵

Das Parlament bekennt sich nicht nur zum Schutz vor unrechtmäßiger direkter und indirekter Enteignung, sondern auch zum gerechten Ausgleich zwischen Allgemeinwohlintereessen und den Interessen Privater. Die EntschlieÙung bezieht sich damit ausdrücklich auf die Abgrenzung indirekter regulatoriver Enteignungen von (rechtmäßigen) regulatorischen Maßnahmen. Angesichts der Aktualität und Bedeutung dieser Problematik, ist die Initiative des Parlaments absolut begrüßenswert. Positiv zu erwähnen ist auch, die Aufforderung des EP an die Kommission klare Definitionen der Schutzstandards, hiermit auch des Enteignungsschutzes vorzunehmen. Diese Initiative wurzelt in der Besorgnis des Europäischen Parlaments vor zu extensiven Auslegungen der Schutzstandards durch Investitionsschiedsgerichte.⁵⁶⁶

Die Kommission replizierte in einem Positionspapier auf die vom Parlament vorgebrachten Empfehlungen. So folgt die Kommission dem EP inhaltlich und anerkennt das grundsätzliche Recht der Staaten regulatorische Maßnahmen aller Art zu treffen. Was jedoch die vom EP vorgebrachte sprachliche Spezifizierung der Schutzstandards in künftigen Abkommen anbelangt, so verwehrt sich die Kommission hiergegen.⁵⁶⁷ Die Prüfung der Kurzdarstellung zeigt aber, das insgesamt bestehende Bestreben der EK auf

⁵⁶⁴ EntschlieÙung des Parlaments 2011, Erwägungsgrund 6.

⁵⁶⁵ Ebd., Erwägungsgrund 19 - Spiegelstrich 3.

⁵⁶⁶ EntschlieÙung des Parlaments 2011, Erwägungsgrund 24.

⁵⁶⁷ *Calamita*, The Making of Europe's International Investment Policy: Uncertain First Steps, Legal Issues of Economic Integration Volume 39 No. 3 (2012), 301 (311), online abrufbar unter: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2284208> (17.06.2017).

die Wünsche des europäischen Parlaments einzugehen. So verwundert es auch nicht, dass die Kommission zuletzt häufig betonte ein ausgewogeneres Verhältnis zwischen dem Regulierungsrecht der Staaten und dem Investitionsschutz erreichen zu wollen.⁵⁶⁸

Bezüglich des Enteignungsschutzes, enthält die Kurzdarstellung neben der erneuten Hervorhebung der Wichtigkeit des Standards, die Intention aktiv zur sprachlichen Klarstellung indirekter Enteignungen beizutragen.⁵⁶⁹

„Um den Missbrauch des Verfahrens zu verhindern, werden in künftigen EU-Abkommen detaillierte Vorschriften enthalten sein, die den Schiedsrichtern Leitlinien an die Hand geben, mit deren Hilfe sie beurteilen können, ob eine staatliche Maßnahme eine indirekte Enteignung darstellt.“⁵⁷⁰

Die Kommission empfiehlt damit, den ISA der Union Leitlinien zur Beurteilung staatlicher Maßnahmen anzuschließen. Das Recht der Staaten regulatorische Maßnahmen zu treffen soll so einerseits festgehalten, andererseits zugleich an gewisse Voraussetzungen gebunden werden.

Die Europäische Kommission hat in der Folge vermehrt darauf hingewiesen, dass es die Aufgabe der Europäischen Union sei (i) einerseits im Rahmen ihrer Investitionszuständigkeit das Recht der Staaten regulatorische Maßnahmen im öffentlichen Interesse zu treffen festzuhalten und (ii) andererseits den Komplex der indirekten Enteignung (durch textliche Klarstellungen) genau einzugrenzen.⁵⁷¹

Die Mitteilungen zeigen insgesamt, dass die Institutionen der Europäischen Union bestrebt sind umfassende Abkommen zum Internationalen Investitionsschutz zu schließen. Wie erwartet, wird dem Enteignungsschutz dabei eine zentrale Rolle zu Teil. Neben der Absicht, die Entschädigungshöhe im Einklang mit der traditionellen "Hull-Formel"

⁵⁶⁸ Kurzdarstellung der Europäischen Kommission vom 18.12.2013, Investitionsschutz und Beilegung von Investor-Staat-Streitigkeiten in EU-Abkommen, 1, online abrufbar unter: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/december/tradoc_151995.pdf> (17.06.2017).

⁵⁶⁹ Ebd., 5.

⁵⁷⁰ Ebd., 9.

⁵⁷¹ Mitteilung der Europäischen Kommission vom März 2014, Investment Protection and Investor-to-State Dispute Settlement (ISDS) in EU agreements, 1, online abrufbar unter: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc_153044.pdf> (16.06.2017).

(unverzögliche, angemessene und effektive Entschädigung) zu regeln, intendiert die Union auch rechtlich heikles Terrain zu erschließen. Durch die angepeilte Textierung von Parametern zur Beurteilung indirekter Enteignungen, dürften sich Unionsabkommen sohin bald nordamerikanischen ISA annähern.

(b) Der Abschluss umfassender Handels- und Investitionsschutzabkommen

Die Europäische Union ist seit der Kompetenzerweiterung um ADI an zahlreichen Verhandlungen zum Abschluss umfassender Handels- und Investitionsschutzabkommen beteiligt. Neben Übereinkünften mit den Vereinigten Staaten von Amerika (*TTIP*) und Kanada (*CETA*) steht die Union gegenwärtig auch in Verhandlungen mit einer Vielzahl asiatischer Staaten (Singapur, Malaysia, Vietnam, Thailand, Japan und Indien).⁵⁷² Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass die europäische Investitionspolitik – entgegen mitgliedstaatlicher Praxis – nicht an einem Muster-BIT oder ähnlichem Standardvertrag angelehnt ist.⁵⁷³ Da insbesondere das CETA- und TTIP-Abkommen für eine medial scheinbar nicht endend wollende Diskussion hinsichtlich des Investitionsschutzes im Allgemeinen gesorgt haben,⁵⁷⁴ werden die beiden Abkommen im nachfolgenden Textpassus hinsichtlich des Enteignungsschutzes näher analysiert. Die Ergebnisse werden dann in weiterer Folge an den politischen Erklärungen der Europäischen Union gemessen.

(i) Das europäisch-kanadische Freihandelsabkommen (CETA)

Die Europäische Union und Kanada starteten im Mai 2009 erste Verhandlungen zum Abschluss des umfassenden Handels- und Investitionsabkommens CETA. Bereits im Juni 2009 erfolgte die Einigung über erste allgemeine Modalitäten. Die Kommission erarbeitete daraufhin, auf Grundlage adaptierter Verhandlungsrichtlinien vom September 2011,⁵⁷⁵

⁵⁷² Für eine Übersicht über den aktuellen Verhandlungsstand, <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/december/tradoc_118238.pdf> (17.06.2017).

⁵⁷³ *Titi*, International Investment Law and the European Union: Towards a New Generation of International Investment Agreements, *European Journal of International Law* Volume 26 No. 3 (2015), 639, (652).

⁵⁷⁴ Reuters Deutschland, Koalition streitet über EU-Kanada-Handelsabkommen, <<http://de.reuters.com/article/domesticNews/idDEKCN0HO1HX20140929>> (17.06.2017).

⁵⁷⁵ Rat der Europäischen Union, 12838/11 EXT 2.

intensiv gemeinsam mit kanadischen Vertretern das Abkommen.⁵⁷⁶ Nach langwierigen, jahrelangen Verhandlungen zum Vertragstext wurde CETA am 30.10.2016 schließlich während des Gipfels zwischen der Europäischen Union und Kanada unterzeichnet.⁵⁷⁷ Das Europäische Parlament hat am 15.02.2017 seine Zustimmung erteilt, womit der Weg für ein vorläufiges Inkrafttreten⁵⁷⁸ des Abkommens – nach erfolgter Ratifizierung auf kanadischer Seite – frei ist.⁵⁷⁹

Vertreter beider Parteien erhoffen sich durch den Abschluss dieses umfassenden Abkommens, 99 % der Zölle zwischen den zwei Volkswirtschaften abzubauen und neue, beachtliche Marktchancen für Investoren zu schaffen.⁵⁸⁰

Auf der Basis des (veröffentlichten) Vertragstextes⁵⁸¹ lassen sich einige aufschlussreiche Ergebnisse zum Enteignungsschutz gewinnen. Die Betrachtung des Vertragstextes zeigt generell, dass sich die Union offensichtlich am Modell nordamerikanischer Investitionsabkommen orientiert.⁵⁸² Vorweg, soll daher die zentrale Bestimmung zum Enteignungsschutz wiedergegeben werden:

„A Party shall not nationalize or expropriate a covered investment either directly, or indirectly through measures having an effect equivalent to nationalization or expropriation (“expropriation”), except: (a) for a public purpose; (b) under due process of law; (c) in a non-discriminatory manner; and (d) on payment of prompt, adequate and effective compensation. (Hervorhebung durch den Verfasser)“⁵⁸³

CETA unterbindet direkte und indirekte Enteignungen bei Nichterfüllung der allgemeinen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen. Die weite Formulierung des Enteignungstatbestands ist

⁵⁷⁶ Hoffmeister/Ünivar in Bungenberg/Reinisch/Tietje (Hrsg.), EU and Investment Agreements, 84.

⁵⁷⁷ <<http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1569>> (28.01.2017).

⁵⁷⁸ Siehe hierzu die Ausführungen auf Seite 138.

⁵⁷⁹ <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-270_de.htm> (16.06.2017).

⁵⁸⁰ <<http://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/countries/canada>> (17.06.2017).

⁵⁸¹ <data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10973-2016-INIT/en/pdf> (“CETA-Vertragstext”) (17.06.2017).

⁵⁸² So enthält CETA etwa, dem nordamerikanischen Modell folgend, Regeln zum Marktzugang, das Verbot der Regelung der Investitionstätigkeit (*performance requirements*) sowie das Verbot auf die Auswahl von Vorstand und Aufsichtsrat des Investors einzuwirken (*Senior Management and Board of Directors*).

⁵⁸³ Art. 8.12, Abs. 1, Satz 1 des CETA-Vertragstexts, 98.

der ursprünglich nordamerikanischen Vertragspraxis entnommen⁵⁸⁴ und entspricht wohl auch mitgliedstaatlichem Verständnis. Es zeigt sich, dass die Klausel zum Enteignungsschutz sehr umfänglich ausformuliert wurde. Neben den Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen, enthält sie auch Anordnungen zum Berechnungszeitpunkt und Berechnungsmaßstab der Entschädigung.⁵⁸⁵ Daneben beschäftigt sie sich mit der Frage der Zinsen⁵⁸⁶ und dem Recht des Investors, Anspruch und Entschädigungsberechnung gerichtlich nachprüfen zu können.⁵⁸⁷ Eine regelrechte Innovation ist aber insbesondere darin zu sehen, dass ein Annex zum CETA-Abkommen künftig sowohl zur Auslegung des direkten, als auch des indirekten Enteignungstatbestands beitragen wird.⁵⁸⁸

„The Parties confirm their shared understanding that:

1. Expropriation may be either direct or indirect:

*(a) **direct expropriation** occurs when an investment is nationalised or otherwise directly expropriated through formal transfer of title or outright seizure; and*

*(b) **indirect expropriation** occurs if a measure or series of measures of a Party has an effect equivalent to direct expropriation, in that it substantially deprives the investor of the fundamental attributes of property in its investment, including the right to use, enjoy and dispose of its investment, without formal transfer of title or outright seizure (Hervorhebung durch den Verfasser)“⁵⁸⁹*

CETA enthält damit Definitionen zu direkten als auch indirekten Enteignungen. Von direkten Enteignungen spricht man - nach dem Wortlaut in CETA - entweder bei Formalübergang des Titels des Investors, oder bei gänzlicher Besitzergreifung. Indirekte Enteignungen sind hingegen bei einer substantiellen Beeinträchtigung der Investition, also ohne Titelübergang, gegeben. Eine derartige Beeinträchtigung kann etwa in der

⁵⁸⁴ Art. 6 US-Model-BIT, online abrufbar unter: <<http://www.state.gov/documents/organization/117601.pdf>> (17.06.2017).

⁵⁸⁵ Art. 8.12, Abs. 2 des CETA-Vertragstexts, 99.

⁵⁸⁶ Art. 8.12, Abs. 3 des CETA-Vertragstexts, 99.

⁵⁸⁷ Art. 8.12, Abs. 4 des CETA-Vertragstexts, 99.

⁵⁸⁸ Art. 8.12, Abs. 1, Satz 2 des CETA-Vertragstexts, 99.

⁵⁸⁹ Annex 8-A (*Expropriation*) des CETA-Vertragstexts, 331.

Einschränkung des Rechts auf Verwendung oder Verfügung liegen, womit der Tatbestand der indirekten Enteignung im Einklang mit herrschender Lehre steht.⁵⁹⁰

Die Besonderheit von CETA ist eher in der Auflistung von Merkmalen zur Beurteilung staatlicher Maßnahmen zu sehen. Auf Basis dieser Elemente ist zu eruieren, ob eine Maßnahme oder eine Serie von Maßnahmen den Tatbestand der indirekten Enteignung erfüllt, oder eben nicht.

*„The determination of **whether a measure or series of measures** by a Party, in a specific fact situation, **constitutes an indirect expropriation** requires a case-by-case, fact-based inquiry that takes into consideration, among other factors:*

- (a) the economic impact of the measure or series of measures, although the sole fact that a measure or series of measures of a Party has an adverse effect on the economic value of an investment does not establish that an indirect expropriation has occurred;*
- (b) the duration of the measure or series of measures by a Party;*
- (c) the extent to which the measure or series of measures interferes with distinct, reasonable investment-backed expectations; and*
- (d) the character of the measure or series of measures, notably their object, context and intent. (Hervorhebung durch den Verfasser) “⁵⁹¹*

Bei der Beurteilung, ob eine indirekte Enteignung gegeben ist, muss neben dem wirtschaftlichen Einfluss der Maßnahme auch die Zeitdauer berücksichtigt werden. Wichtig ist, dass eine bloße Wertminderung der Investition nicht *eo ipso* eine indirekte Enteignung zur Folge hat. In die Abwägung mit einzubeziehen ist auch, inwieweit die fragliche Maßnahme des Gaststaats die legitimen Erwartungen des Investors störend beeinflusst. Überdies sind bei der Gesamtwürdigung Ziel, Kontext und Intention der Maßnahme mit zu berücksichtigen. Bei der Würdigung ist zu beachten, dass es sich bei den

⁵⁹⁰ Reinisch in Tietje (Hrsg.), Internationales Wirtschaftsrecht², 367.

⁵⁹¹ Annex 8-A (*Expropriation*) des CETA-Vertragstexts, 331.

vier Kriterien um ein typologisches System handelt. Die Schiedsrichter sind damit im Streitfall angehalten, Maßnahmen im Rahmen dieses beweglichen Systems zu beurteilen.

Absatz 3 des Annexes zur Enteignung normiert den Komplex der regulatorischen Maßnahmen. Der Passus sieht vor, dass nichtdiskriminierende Maßnahmen einer Partei, die darauf abzielen Gesundheit, Sicherheit oder Umwelt zu beschützen, keine indirekte Enteignung darstellen. Dies soll jedoch immer dann nicht gelten, wenn die Maßnahme im Vergleich zum beabsichtigten Zweck exzessiv scheint.⁵⁹²

Bei Durchsicht des CETA-Abkommens gelangt man insgesamt zum Schluss, dass sich dieses vor allem durch zwei wesentliche Innovationen auszeichnet: (i) die ausdrückliche Normierung des staatlichen Rechts zur Vornahme regulatorischer Maßnahmen bei Vorliegen öffentlichen Interesses und (ii) die Aufnahme präziserer Investitionsschutzstandards (insbesondere auch hinsichtlich des Enteignungsschutzes).⁵⁹³

Die vollständige Umsetzung von CETA (als nächstem Schritt) soll erst nach der Ratifizierung durch die mitgliedstaatlichen Parlamente gemäß interner verfassungsrechtlicher Vorgaben erfolgen. Im Hinblick auf die Frage der Zulässigkeit des Enteignungsschutzes ist anzumerken, dass bereits gemäß öffentlich verfügbarer Informationen zu den Verhandlungsrichtlinien geplant war, CETA – unter anderem wegen der Enteignungsschutzbestimmungen – als gemischtes Abkommen abzuschließen.⁵⁹⁴ Ein vom Völkerrechtsbüro des österreichischen Außenministeriums erstelltes Gutachten teilt diese Auffassung. So soll der in CETA enthaltene Enteignungsschutz wegen Artikel 345 AEUV⁵⁹⁵ in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fallen. Darüber hinaus, sei zwar anerkannt, dass die mitgliedstaatlichen Eigentumsregelungen dem Unionsrecht unterliegen; dies gelte aber nicht notwendigerweise für Abkommen mit Drittstaaten.⁵⁹⁶ Für die Frage der Zulässigkeit des Enteignungsschutzes ist hieraus noch nichts gewonnen. Diese

⁵⁹² Annex 8-A (*Expropriation*), Abs. 3 des CETA-Vertragstexts, 331.

⁵⁹³ Europäische Kommission vom Februar 2016, Investment provisions in the EU-Canada free trade agreement (CETA), 1, online abrufbar unter: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/november/tradoc_151918.pdf> (10.05.2017); Der Rat der Europäischen Union vom 27.10.2016, Gemeinsames Auslegungsinstrument zum Umfassenden Wirtschafts- und Handelsabkommen (CETA) zwischen Kanada und der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten, 5, online abrufbar unter: <<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13541-2016-INIT/de/pdf>> (10.05.2017).

⁵⁹⁴ <<http://www.bilaterals.org/?eu-negotiating-mandates-on&lang=en>> (17.06.2017).

⁵⁹⁵ Siehe hierzu (noch) die Ausführungen auf Seite 163ff.

⁵⁹⁶ BMeiA-Völkerrechtsbüro, Freihandelsabkommen EU-Kanada (CETA); Gutachten zu unionsrechtlichen Grundlagen für Unterzeichnung und Abschluss; zur Kompetenzabgrenzung EU-MS und zur vorläufigen Anwendung, 12f.

Thematik ist an dieser Stelle (noch) unkommentiert zu lassen, da hierauf im folgenden Kapitel der Arbeit noch genauer eingegangen wird.

Das CETA-Abkommen zeigt, dass die Union – wie angekündigt – gewillt ist, umfassende Regelungen zum Enteignungsschutz zu treffen. Der weite Enteignungstatbestand wird um umfassende Normen zur Zinsthematik und zum Entschädigungsmaßstab ergänzt. Ein ergänzender Anhang schafft durch die Auflösung strittiger Abgrenzungsprobleme Klarheit. Neben einem Klauselkatalog zur Beurteilung indirekter Enteignungen, geht der Annex auch auf regulatorische Maßnahmen ein.

Der Abschluss des CETA-Abkommens belegt, welche kontroversielle, geradezu „hochpolitische“ Wirkung dem Wirtschaftsvölkerrecht (namentlich dem Investitionsschutzrecht) mittlerweile zukommt. In Kanada wurde vor dem *Federal Court* gar ein Verfahren gegen die Unterzeichnung, Ratifikation und Umsetzung des CETA-Abkommens eingeleitet.⁵⁹⁷

Auch das deutsche Bundesverfassungsgericht (*BVerfG*) hat sich schon mit dem Freihandelsabkommen befasst.⁵⁹⁸ Die an den BVerfG gerichteten Verfassungsbeschwerden und Organstreitverfahren richteten sich im Kern gegen die Unterzeichnung, vorläufige Anwendung und Abschluss. Die Antragsteller brachten dabei im Wesentlichen vor, dass der Abschluss und die vorläufige Anwendbarkeit des Abkommens ihre Rechte nach dem Grundgesetz (insb. Überschreitung primärrechtlicher Kompetenzen durch die Union und sohin letztlich Handeln *ultra vires*) verletze.⁵⁹⁹

Die deutsche Bundesregierung erachtete dieses Vorbringen für unbegründet und replizierte hierauf, dass die Kompetenz zum Abschluss von Freihandelsabkommen an die Europäische Union übertragen worden und vom Bundesverfassungsgericht auch gebilligt worden sei. Eine qualifizierte Kompetenzüberschreitung sei sohin nicht erkennbar; überdies, so die Bundesregierung, sei durch den (avisierten) CETA-Abschluss in Form eines gemischten Abkommens sichergestellt, dass eine allfällige Kompetenzlücke der Union durch mitgliedstaatliche Zuständigkeiten aufgefangen werde.⁶⁰⁰

⁵⁹⁷ Siehe hierzu etwa die am 21.10.2016 beim kanadischen Federal Court eingereichte Klageschrift, online abrufbar unter: <<http://www.canadianbankreformers.ca/wp-content/uploads/2016/10/Court-Document.pdf>> (16.06.2017).

⁵⁹⁸ BVerfG, Urteil vom 13.10.2016, 2 BvR 1368/16, 2 BvR 1444/16, 2 BvR 1482/16, 2 BvR 1823/16, 2 BvE 3/16, NJW 2016.

⁵⁹⁹ Ebd., Rz. 18.

⁶⁰⁰ Ebd., Rz. 26f.

Das Bundesverfassungsgericht wies die Anträge im Ergebnis ab. Die Höchstrichter führten hierzu – vor dem Hintergrund des zum damaligen Zeitpunkt noch nicht vorliegenden Gutachtens 2/15 – aus, dass derzeit nicht abschließend beurteilt werden könne, auf welcher primärrechtlichen Grundlage und in welchem Umfang eine Unionskompetenz zum Abschluss von CETA bestehe und inwieweit entsprechende Vertragsschlusskompetenzen in der mitgliedstaatlichen Kompetenzsphäre verbleiben würden.⁶⁰¹ Die Höchstrichter führten dann aus, dass es der Europäischen Union – *inter alia* – an einer Vertragsschlusskompetenz für den Investitionsschutz (inklusive des Enteignungsschutzes) sowie für Portfolioinvestitionen fehlen dürfte. Die Höchstrichter brachten im Zusammenhang mit der angeblich fehlenden Vertragsschlusskompetenz für den Enteignungsschutz vor, dass Artikel 207 Absatz 1 AEUV den reinen Eigentumsschutz von Auslandsvermögen vor Enteignungen nicht erfasse und Artikel 345 AEUV einer Unionskompetenz entgegenstehe.⁶⁰²

Das Urteil des BVerfG traf in der Literatur auf kritische Stimmen.⁶⁰³ Richtigerweise wird den Ausführungen des BVerfG entgegengehalten, dass das Urteil mehrere Überlegungen unberücksichtigt lasse. So können sich Vertragsschlusskompetenzen der Union einerseits nicht nur aus dem Katalog ausschließlicher Zuständigkeiten gemäß Artikel 3 Absatz 1 AEUV ergeben, andererseits gehen die Höchstrichter in ihrer Würdigung nicht darauf ein, ob die Regelungsbereiche „Investitionsschutz“ und „Portfolioinvestitionen“ eventuell Nebenaspekte im Verhältnis zum primären Handelscharakter des CETA-Abkommens nach Artikel 207 Absatz 1 AEUV darstellen. In diesem Zusammenhang wäre, so die Argumentation, die langjährige EuGH-Rechtsprechung zu berücksichtigen gewesen, wonach die GHP in ihrer kompetenziellen Reichweite einem ständigen Wandel unterliegt.⁶⁰⁴ Auch das Argument des BVerfG, dass Artikel 345 AEUV einer umfassenden Unionszuständigkeit für Investitionen entgegenstehe, wurde entsprechend kritisiert.⁶⁰⁵

- (ii) Das transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaftsabkommen (TTIP)

⁶⁰¹ Ebd., Rz. 39.

⁶⁰² Ebd., Rz. 54.

⁶⁰³ Siehe hierzu etwa: *Nowrot/Tietje*, CETA an der Leine des Bundesverfassungsgerichts: Zum schmalen Grat zwischen Ultra-vires-Kontrolle und Ultra-vires-Handeln, *EuR* Heft 1 (2017), 137ff; *Ruffert*, *Völkerrecht, Europarecht und Verfassungsrecht: Zustimmung zur vorläufigen Anwendung von CETA*, *JuS* 2016, 1141ff.

⁶⁰⁴ *Nowrot/Tietje*, *EuR* Heft 1 (2017), 137, (148).

⁶⁰⁵ Siehe hierzu die Ausführungen auf Seite 178.

Ein geradezu identes Bild wie jenes zum CETA-Abkommen zeigt die Analyse des von der Kommission veröffentlichten Abkommenstextes zum transatlantischen Handels- und Investitionspartnerschaftsabkommen TTIP.⁶⁰⁶ Das zwischen der Europäischen Union und den Vereinigten Staaten von Amerika geplante Abkommen, will Handelshemmnisse beseitigen und die wirtschaftlichen Bände der beiden Volkswirtschaften stärken.⁶⁰⁷

Wegen anhaltender Proteste zur Investitionsschiedsgerichtsbarkeit aus Reihen der NGOs, verzögert sich allerdings der Abkommensabschluss. Die EK sah sich im Frühjahr/Sommer 2014 gar gezwungen, Online-Konsultationen zum Mechanismus der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit des TTIP-Abkommens durchzuführen, um den Ansatz weiterzuentwickeln, den die Europäische Union bei den TTIP-Verhandlungen weiterverfolgen soll. Die Ergebnisse der Online-Konsultationen sind letztlich in einem umfassenden Bericht verschriftlicht worden.⁶⁰⁸

Insgesamt gingen nach Ablauf der Teilnahmefrist knapp 150.000 Antworten ein. Das Gros, knapp 97 %, wurde dabei kollektiv von diversen Nichtregierungsorganisationen über Online-Plattformen eingebracht. Die Einsender übernahmen hierbei vorformulierte Antworten. Darüber hinaus, gingen bei der Europäischen Kommission auch individuell ausformulierte Antworten von 3144 Bürgern und 455 Organisationen ein. 22,6 % aller Eingaben stammen aus Österreich, welches damit nach dem Vereinigten Königreich den zweithöchsten Wert aufweist.⁶⁰⁹ Die Auswertung der Eingaben zeigt, dass die Meinungen zum TTIP-Abkommen – den einander entgegenstehenden Interessensgruppierungen entsprechend – stark auseinandergehen. So ergibt die Durchsicht der von NGOs eingebrachten kollektiven Beiträge etwa, dass TTIP im Allgemeinen und die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit im Besonderen auf breite Ablehnung stößt.⁶¹⁰

Für die Unionsorgane hat die Analyse der eingebrachten Antworten gezeigt, dass hinsichtlich des TTIP-Abkommensabschlusses weiterer Handlungsbedarf besteht, wobei

⁶⁰⁶ <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc_153807.pdf> ("TTIP-Vertragstext") (17.06.2017).

⁶⁰⁷ Centre for Economic Policy Research London, Reducing Transatlantic Barriers to Trade and Investment: An Economic Assessment (2013), 1, (95ff), online abrufbar unter: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/march/tradoc_150737.pdf> (17.06.2017).

⁶⁰⁸ Bericht der Europäischen Kommission vom 13.01.2015, Öffentliche Online-Konsultation zum Investitionsschutz und zur Investor-Staat-Streitbeilegung (ISDS) im Rahmen des Abkommens über die transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft (TTIP) ("ISDS-Bericht"), online abrufbar unter: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/march/tradoc_153302.pdf> (17.06.2017).

⁶⁰⁹ ISDS-Bericht, 11f.

⁶¹⁰ Ebd., 15.

hierbei insbesondere vier Bereiche verbesserungsbedürftig scheinen. Neben der Einrichtung und Funktionsweise von Schiedsgerichten, dem Verhältnis der innerstaatlichen Justiz zum ISDS-Mechanismus, sowie der Möglichkeit der Überprüfung von Entscheidungen im Rahmen des ISDS-Mechanismus, wurde auch der Schutz des Regulierungsrechts als verbesserungswürdig erachtet. Die Kommissionsdienststellen haben deswegen im Rahmen einer breit angelegten Debatte Interessensträger zu diesen Problemkreise kontaktiert, um weitere Verbesserungen dieser Mechanismen zu ermöglichen.⁶¹¹

Klar ist, dass TTIP das bislang am kontroversiell diskutierteste Freihandelsabkommen der Europäischen Union darstellt. Die regelmäßig in diesem Zusammenhang vorgebrachten Argumente, namentlich, dass der ISDS-Mechanismus transnationale Unternehmen bevorzuge und US-Unternehmen generell dazu neigen würden hiervon (zum Nachteil des Gaststaates) aktiv Gebrauch zu machen, überrascht. Auch wenn außer Frage steht, dass der gegenwärtige ISDS-Mechanismus weiter verbessert werden kann, ist eine derart pauschale Negativbeurteilung abzulehnen.⁶¹²

So fällt auf, dass die über 1.500 BITs der Mitgliedstaaten – vor Aufnahme der Verhandlungen mit den Vereinigten Staaten von Amerika – nie Gegenstand öffentlicher Debatte waren; nicht einmal im Zuge der Verhandlungen hinsichtlich des CETA-Abkommens oder des EUSFTA. Man könnte daher geneigt sein zu meinen, dass sich der Großteil der Kritiker wohl insgeheim eher am Vertragspartner und weniger am ISDS-Mechanismus bzw. dem Investitionsschutz im Allgemeinen stößt. Die regelmäßig öffentlichkeitswirksam vorgetragenen Befürchtungen vor einem Rückgang von Schutzstandards bekräftigen dies, hat die Europäische Union doch bereits mit einer Vielzahl an Staaten (in denen niedrigere Schutzstandards vorherrschen) Verträge abgeschlossen.⁶¹³ Darüber hinaus, übersehen die Kritiker, dass bereits seit Jahren Bemühungen zur Verbesserung des ISDS-Mechanismus bestehen.⁶¹⁴

Man gelangt daher zum Schluss, dass der Abschluss des TTIP-Abkommens ohne Regelungen zum ISDS-Mechanismus die bestehende Fragmentierung des Investitionsrechts prolongieren würde. Gegenwärtig haben neun Mitgliedstaaten BITs mit

⁶¹¹ Ebd., 32.

⁶¹² Für eine ausgewogene Darstellung sowie Verbesserungsvorschläge siehe *Lester*, Rethinking the International Investment Law System, *Journal of World Trade* Volume 49 Issue 2 (2015), 211.

⁶¹³ *Duran/Eliasson*, The Public Debate over Transatlantic Trade and Investment Partnership and its underlying Assumptions, *Journal of World Trade* Volume 51 Issue 1 (2017), 23, (30ff).

⁶¹⁴ *Bermann*, Reshaping the Investor-State Dispute Resolution System (2015); *Bishop*, Investor-State Dispute Settlement under the Transatlantic Trade and Investment Partnership: Have the Negotiations run around?, *ICSID Review* Volume 30, No. 1 (2015), 1, (7).

den Vereinigten Staaten abgeschlossen, die allesamt den ISDS-Mechanismus beinhalten.⁶¹⁵ Sollte TTIP in seiner finalen Fassung nun keinen ISDS-Mechanismus beinhalten, hätte dies letztlich zur Folge, dass die gegenwärtig bestehenden BITs europäischer Mitgliedstaaten nicht beendet werden würden. Das als Folge bestehende Nebeneinander mitgliedstaatlicher (ISDS beinhaltender) BITs und (das ISDS eben nicht beinhaltende) TTIP kann wohl nicht das erklärte Ziel europäischer Außenwirtschaftspolitik sein.⁶¹⁶ Die Europäische Kommission selbst hat sich der Diskussionen rund um den ISDS-Mechanismus angenommen und im Zusammenhang mit TTIP (so wie auch bei CETA⁶¹⁷) die Einrichtung einer permanenten Investitionsgerichtsbarkeit vorgeschlagen.⁶¹⁸ Nach dem Vorschlag wäre dem Investitionsschutzverfahren ein zwingender Mediationsversuch (Dauer von höchstens sechs Monaten) vorgelagert, nachgelagert wäre eine Berufungsinstanz mit endgültiger Entscheidungsgewalt. Der Vorschlag sieht letztlich ein mehrstufiges System vor um einfache Streitigkeiten bereits im Vorfeld beizulegen und Entscheidungen einer nachgelagerten Zweitprüfung zugänglich zu machen. Die Richter dieses permanenten Investitionsgerichts wären dauerhaft auf (maximal zweimal) sechs Jahre bestellt.⁶¹⁹ Das geschaffene Investitionsgericht würde nur das zu Grunde liegende Investitionsschutzabkommen und Völkerrecht anwenden, nicht aber Unionsrecht. Abschließend sei noch angemerkt, dass sich die Schaffung einer permanenten Investitionsgerichtsbarkeit aus unionsrechtlicher Perspektive (i.e. ausschließliche Zuständigkeit des EuGH) problematisch gestalten kann, wobei zu dieser Thematik auf weiterführende Literatur verwiesen sei.⁶²⁰

⁶¹⁵ Es handelt sich hierbei um BITs zwischen den Vereinigten Staaten von Amerika und Bulgarien, Tschechien, der Slowakei, Rumänien, Estland, Litauen, Kroatien und Lettland, online abrufbar unter: <http://tcc.export.gov/Trade_Agreements/Bilateral_Investment_Treaties/index.asp> (16.06.2017).

⁶¹⁶ *Quick*, Why TTIP should have an Investment Chapter Including ISDS, *Journal of World Trade* Volume 49 Issue 2 (2015), 199, (203ff).

⁶¹⁷ Siehe hierzu etwa *Pantaleo*, Investment Disputes under CETA: From Gold Standards to Best Practices?, *European Business Law Review* Volume 28 Issue 2 (2017), 163 und <https://ec.europa.eu/austria/news/weg-von-isds-eu-und-kanada-f%C3%BChren-f%C3%BCr-ceta-investitionsgericht-ein_de> (16.06.2017).

⁶¹⁸ EU-US TTIP Negotiations, Part on Trade in Services, Investment and E-Commerce, Chapter 2 – Investment, Section 3, Fassung vom 16.09.2015; EU-US TTIP Negotiations, Part on Trade in Services, Investment and E-Commerce, Chapter 2 – Investment, Section 3, Fassung vom 12.11.2015.

⁶¹⁹ Europäische Kommission, Investment in TTIP and beyond – the path for reform: Enhancing the right to regulate and moving from current ad hoc arbitration towards an Investment Court, Concept Paper, 3, online abrufbar unter: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF> (10.05.2017); *Jaeger*, Zum Vorschlag einer permanenten Investitionsgerichtsbarkeit, *EuR* Heft 2 (2016), 203, (211f).

⁶²⁰ *Dickson-Smith*, Does the European Union Have New Clothes?: Understanding the EU's New Investment Treaty Model, *Journal of World Investment & Trade* Volume 17 Issue 5 (2016), 773; *Gaspar-Szilagyi*, A Standing Investment Court under TTIP from the Perspective of the Court of Justice of the European Union, *Journal of World Investment & Trade* Volume 17 Issue 5 (2016), 701; *Lenk*, Investment Arbitration under EU Investment Agreements: Is There a Role for an Autonomous EU Legal Order?, *European Business Law Review* Volume 28 Issue 2 (2017), 135; *von Papp*, Clash of „Autonomous Legal Orders“: Can EU Member State Courts Bridge the Jurisdictional Divide between Investment Tribunals and the ECJ? – A Plea for Direct

Ungeachtet des teilweise herrschenden öffentlichen Widerstandes gegen das TTIP-Abkommen zeigt sich bei näherer Durchsicht, dass die Bestimmungen des veröffentlichten TTIP-Entwurfs jenem des CETA-Abkommens stark ähneln.

1. „Neither Party shall nationalize or expropriate a covered investment either directly or indirectly through measures having an effect equivalent to nationalisation or expropriation (hereinafter referred to as 'expropriation') except:

(a) for a public purpose;

(b) under due process of law;

(c) in a non-discriminatory manner; and

(d) against payment of prompt, adequate and effective compensation.

2. For greater certainty, this paragraph shall be interpreted in accordance with Annex I (on Expropriation).

3. Such compensation shall amount to the fair market value of the investment at the time immediately before the expropriation or the impending expropriation became public knowledge, whichever is earlier, plus interest at a normal commercial rate, from the date of expropriation until the date of payment.

4. Such compensation shall be effectively realisable, freely transferable in accordance with Article 6 [Transfers] and made without delay.

5. The investor affected shall have a right, under the law of the expropriating Party, to prompt review of its claim and of the valuation of its investment, by a judicial or other independent authority of that Party, in accordance with the principles set out in this Article.⁶²¹

Referral from Investment Tribunals to the ECJ, Common Market Law Review Volume 50 Issue 4 (2013), 1039.

⁶²¹ Art. 5 des TTIP-Vertragstexts, 5.

Auch TTIP verbietet, geradezu klassisch, Enteignungen bei Fehlen einer öffentlichen Zielsetzung und Leistung einer Entschädigung. Die Enteignungshandlung hat darüber hinaus diskriminierungsfrei zu sein und im Einklang mit den Grundsätzen des fairen Verfahrens zu stehen. Erläuterungen in Annex-Bestimmungen sorgen auch hier für Begriffsklarheit, so dass bei Auslegungsfragen zu indirekten Enteignungen auf die einschlägigen Annex-Vorschriften zurückzugreifen ist. Dieses Regelungssubstrat wird um Normen zum Bewertungsmaßstab der Entschädigung, der Zinsthematik und einer Nachprüfungsmöglichkeit ergänzt.

„indirect expropriation occurs where a measure or series of measures by a Party has an effect equivalent to direct expropriation, in that it substantially deprives the investor of the fundamental attributes of property in its investment, including the right to use, enjoy and dispose of its investment, without formal transfer of title or outright seizure.“⁶²²

Nach der relevanten Bestimmung ist von einer indirekten Enteignung dann auszugehen, wenn die fragliche(n) Maßnahme(n) denselben Effekt wie eine direkte Enteignung hat. Zentrales Merkmal ist hier die substantielle Beeinträchtigung der Investition, was sich bspw. in der Verwehrung des Rechts auf freie Nutzung konstatieren kann. Wann Maßnahmen einer Vertragspartei den Tatbestand der indirekten Enteignung erfüllen, macht der Abkommenstext von einer Einzelfallanalyse abhängig, wobei folgende Punkte in die Abwägung mit einbezogen werden:

- „a) the economic impact of the measure or series of measures, although the sole fact that a measure or series of measures of a Party has an adverse effect on the economic value of an investment does not establish that an indirect expropriation has occurred;*
- b) the duration of the measure or series of measures by a Party;*
- c) the extent to which the government action interferes with the possibility to use, enjoy or dispose of the property;*

⁶²² Ebd., 9.

d) the character of the measure or series of measures, notably their object and content. ⁶²³

In die Beurteilung sind die wirtschaftlichen Auswirkungen der Maßnahme daher genauso mit einzubeziehen wie Dauer und Effekt. Relevant ist außerdem, inwieweit die Maßnahme des Vertragspartners in das Recht des Investors auf freie Nutzung eingreift.

Absatz 3 des Annexes 1 sieht in Ergänzung hierzu vor, dass nicht-diskriminierende Maßnahmen in Verfolgung eines legitimen Zieles keine indirekten Enteignungen darstellen. Erforderlich ist jedoch, dass eine solche staatliche Maßnahme – im Hinblick auf die öffentliche Gesundheit, Sicherheit, Umwelt und Stabilität des Finanzsystems – den vorhin erläuterten Abwägungskriterien standhält.

Insgesamt können aber nur sehr zögerlich Aussagen zum TTIP-Abkommen und der Zuständigkeit für den Enteignungsschutz getroffen werden. Für die Frage der Kompetenz kann nur an die Verhandlungsrichtlinien angeknüpft werden. So lässt sich hieraus ableiten, dass das TTIP-Abkommen auch Bereiche gemischter Zuständigkeit, wie Portfolioinvestitionen oder den Enteignungsschutz, enthalten soll. Der Rat geht also davon aus, dass der Enteignungsschutz im TTIP-Abkommen eine gemischte Zuständigkeit darstellt.⁶²⁴ Insgesamt lassen sich aus den Verhandlungen zum TTIP-Abkommen aber nur schwerlich Ergebnisse zur Frage der Zulässigkeit des Enteignungsschutzes abstrahieren. So enthält der von der Europäischen Union bislang veröffentlichte Abkommenstext zum Investitionsschutz einerseits keinerlei Anmerkungen/Ideen der US-Regierung,⁶²⁵ andererseits sind die im Internet abrufbaren (und teilweise geleakten) Vertragstexte aufgrund der Dynamik der Vertragsverhandlungen und dem Wechsel der US-Administration mit Vorsicht zu genießen. Die US-Regierung hat bislang lediglich einige, wenige Anhaltspunkte zu ihrer Verhandlungsposition veröffentlicht.⁶²⁶

Auf der Basis der (gegenwärtig möglichen) Analyse des Enteignungsschutzes des TTIP-Abkommens kann man sagen, dass dieses CETA inhaltlich weitestgehend gleicht. So lassen sich auch in den verfügbaren Dokumenten zum TTIP-Abkommen Vorschriften zum

⁶²³ Ebd., 9.

⁶²⁴ Rat der Europäischen Union, 11103/13 DCL 1, 8.

⁶²⁵ Die Europäische Kommission hat bislang Teile des Abkommenstextes veröffentlicht, online abrufbar unter: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc_153807.pdf> (17.06.2017).

⁶²⁶ <<https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/transatlantic-trade-and-investment-partnership-t-tip/t-tip>> (06.03.2017).

Bewertungsmaßstab der Entschädigung und zur Zinsthematik ausmachen. Was allerdings die Bewertung des TTIP-Abkommens verkompliziert, ist, dass der Investitionsschutz gegenwärtig stillsteht. Die neue EU-Kommissarin für Handel (*Cecilia Malmström*) überlegt gar die investitionsrechtlichen Streitbeilegungsmechanismen aus den TTIP-Verhandlungen auszuklammern;⁶²⁷ wobei diesbezüglich aber noch der weitere Verhandlungsverlauf zu verfolgen ist. Die bislang letzte Verhandlungsrunde fand im Oktober 2016 statt. Die Verhandlungen pausieren jedoch gegenwärtig aufgrund des personellen Wechsels in der US Administration. Die Europäische Union ist aber jedenfalls gewillt, starke Handels- und Investitionsbeziehungen mit den Vereinigten Staaten von Amerika sicherzustellen.⁶²⁸ Die Ratifizierung des CETA-Abkommens gilt vielen daher als Blaupause für das (zumindest medial) wichtigere TTIP-Abkommen mit den USA.⁶²⁹

3.3.3 Die wichtigsten Erkenntnisse zur neuen europäischen Investitionsschutzpolitik

Die europäischen Institutionen betonten bereits frühzeitig nach dem Kompetenzübergang durch Artikel 207 AEUV die Bedeutung und herausragende Stellung des Enteignungsschutzes.

In den Mitteilungen der europäischen Institutionen kommt der Wille zum Ausdruck, einen möglichst weitreichenden Enteignungsschutz sicherzustellen. Die damit verbundenen Schwierigkeiten, wie die Abgrenzung rechtmäßiger, regulativer Maßnahmen von regulativen, indirekten Enteignungen wurden bereits frühzeitig erkannt.⁶³⁰ Die bisherige Vertragspraxis der Union zeigt, dass es dieser eindrucksvoll gelingt, den Spagat zwischen Investor- und Staatsinteressen zu meistern. So ist insbesondere im CETA-Abkommen ein potentieller künftiger Standard paneuropäischer Investitionspolitik zu sehen. Das Handels- und Investitionsschutzabkommen behilft sich mit Hilfe eines umfassenden Annexes der

⁶²⁷ Wirtschaftsblatt, Investitionsschutz: EU könnte TTIP-Kurs neu ausrichten, online abrufbar unter: <http://wirtschaftsblatt.at/home/nachrichten/international/3877505/Investitionsschutz_EU-konnte-TTIPKurs-neu-ausrichten> (17.06.2017).

⁶²⁸ <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/december/tradoc_118238.pdf> (29.01.2017).

⁶²⁹ *Hummer*, Was haben TTIP, CETA und TISA gemeinsam? „Investor-To-State Dispute Settlement“ (ISDS) als umstrittenes Element der EU-Freihandelsabkommen, *Integration* 1/2015 (2015), 1, (20); *Kurier*, TTIP: Verwirrung im Investorenschutz: EU-Handelskommissarin Malmström sorgt mit Aussagen zu den umstrittenen Schiedsgerichten für Verwirrung, online abrufbar unter: <<http://kurier.at/wirtschaft/wirtschaftspolitik/ttip-verwirrung-um-investorenschutz/88.197.566>> (17.06.2017).

⁶³⁰ Hierzu auch *Kriebaum*, FET and Expropriation in the (Invisible) EU Model BIT, *Journal of World Investment and Trade* Volume 15 Issue 3 (2014), 454, (456ff).

Eingrenzung des Tatbestands; es beinhaltet auch Normen zum Bewertungsmaßstab der Enteignung und zur Zinsproblematik.

Die bisherige Analyse hat ergeben, dass die neue Unionskompetenz für ADI mit einer Weiterentwicklung investitionsrechtlicher Schutzstandards, insbesondere auch des Enteignungsschutzes, Hand in Hand geht. Durch umfassende Reglements und die Listung von Beurteilungskriterien dürften sich künftig erhebliche Differenzen zur Enteignungsthematik erübrigen. Im Zusammenhang mit der Thematik der indirekten Enteignungen ist zu sagen, dass die entsprechenden Bestimmungen an die BITs der Vereinigten Staaten von Amerika und Kanada angelehnt sind.⁶³¹ Ob eine Anlehnung an nordamerikanischen Vertragsklauseln gutzuheißen ist und eine Weiterentwicklung europäischer Vertragspraxis zur Folge hat, soll an dieser Stelle offen gelassen werden.⁶³²

⁶³¹ *Titi*, International Investment Law and the European Union: Towards a New Generation of International Investment Agreements, *European Journal of International Law* Volume 26 No. 3 (2015), 639, (655).

⁶³² Siehe zu dieser Thematik *Paparinskis*, International Investment Law and the European Union: A Reply to Catharine Titi, *European Journal of International Law* Volume 26 No. 3 (2015), 663.

Ergebnisse des Kapitels III

Kapitel III widmete sich eingehend der Korrelation von Unionsrecht und Internationalem Investitionsrecht. Es konnte eingangs gezeigt werden, dass die Europäische Gemeinschaft wohl bereits "vor Lissabon" die Kompetenz hatte, umfassende – alle Schutzstandards inkludierende – Investitionsschutzabkommen abzuschließen. Obwohl die EG in dieser frühen Phase bereits an Initiativen zum Internationalen Investitionsschutz beteiligt war, zeigt sich letztlich doch eine weitestgehende Außerachtlassung dieser Investitionskompetenz.

Mit dem Vertrag von Lissabon, kam es erstmals zur ausdrücklichen Normierung der Unionskompetenz für den Bereich der ausländischen Direktinvestitionen. Artikel 207 AEUV überträgt der Europäischen Union explizit das Recht zum Abschluss völkerrechtlicher Abkommen für ADI. Der Europäische Gesetzgeber besitzt aber nicht nur das explizite Recht zum Abschluss internationaler Investitionsschutzabkommen, sondern auch zum Erlass (interner) handelspolitischer Verordnungen. Wesentlich für ADI, wie die Gemeinsame Handelspolitik im Generellen ist, dass es sich hierbei um eine ausschließliche Kompetenzmaterie der Europäischen Union handelt. Diese Unionskompetenz für ADI, Portfolioinvestitionen sind hiervon wohl ausgenommen, ist umfassend und behält den Mitgliedstaaten keinerlei Regelungsmaterien vor. Innerhalb dieses Rahmens der Unionszuständigkeit ist es den Mitgliedstaaten daher verwehrt ISA, die den Enteignungsschutz (mit) beinhalten, abzuschließen. Die Mitgliedstaaten sind dadurch aber nicht gehindert eigene Investitionsschutzpolitiken zu verfolgen, solange diese einerseits rechtlich nicht bindend sind, andererseits im Einklang mit Unionsrecht stehen. So steht es den Staaten der Union etwa offen finanzielle Anreize zum Enteignungsschutz zu schaffen, wie zahlreiche Investitionsversicherungen belegen.⁶³³

Wie im Anschluss hieran dargelegt wurde, konnte die Europäische Union auf der Basis dieser neuen Zuständigkeit bereits erste Ergebnisse verbuchen. Neben ausführlichen Statements aller europäischen Institutionen zur künftigen Ausgestaltung der paneuropäischen Investitionspolitik, steht die Union kurz vor der Finalisierung weitreichender Investitions- und Handelsabkommen. Die Analyse zweier hiervon, CETA und TTIP, hat ergeben, dass sich die Union künftig an nordamerikanischen FHA zu orientieren scheint. Für den Enteignungsschutz bedeutet dies neben umfassenden

⁶³³ *Ceyssens*, Legal Issues of Economic Integration Volume 32 Issue 3 (2005), 259, (286f).

Enteignungstatbeständen auch Annex-Bestimmungen, die ausführlich auf Kernfragen wie bspw. die indirekte Enteignung, eingehen.

4. **Kapitel IV: Artikel 345 AEUV und die Unionskompetenz für ADI**

Vorwort zu Kapitel IV

Wie in Kapitel III ausgeführt, überträgt der Vertrag von Lissabon (i.e. Artikel 207 AEUV) der Europäischen Union erstmals ausdrücklich das Recht, Abkommen über ausländische Direktinvestitionen abzuschließen. Die Investitionskompetenz der Union ist umfassend und kennt – ausgenommen Portfolioinvestitionen – keine inhaltlichen Schranken. Der Enteignungsschutz ist sohin grundsätzlich auch inkludiert. Bestimmungen zum Enteignungsschutz bilden einen essentiellen Bestandteil aller Investitionsschutzabkommen. Die EU ist nur dann in der Lage selbstständig umfassende – den Enteignungsschutz mit einbeziehende – Abkommen zu ratifizieren, wenn den nationalen Mitgliedstaaten keine diesbezüglichen Kompetenzmaterien verbleiben. Für den Bereich des Enteignungsschutzes, hält allerdings das europäische Primärrecht selbst potentielle Hürden bereit. Vorab sei erwähnt, dass die Analyse nicht rein akademischem Interesse dient. Vielmehr stellt sich die Ausgangslage so dar, dass Unvereinbarkeiten zwischen Primärrecht und Unionsabkommen die unionsrechtliche Gültigkeit der Abkommen beeinträchtigen. Es wäre geradezu inkonsistent, einerseits den Mitgliedstaaten die Vereinbarkeit ihrer Abkommen mit Unionsrecht abzuverlangen, selbiges aber nicht von der Europäischen Union vorauszusetzen.⁶³⁴ Die Forschungsfrage hat vielmehr weitreichende Auswirkungen auf das politische Kräfteverhältnis zwischen Mitgliedstaaten und Europäischer Union, sowie den praktischen Mehrwert der "neuen Unionskompetenz" über ADI.

Die nun folgende, umfassende Auslegung des Artikels 345 AEUV verfolgt insbesondere einen Zweck: Artikel 345 AEUV wird von Vertretern der Lehre immer wieder einer den Enteignungsschutz miteinbeziehenden Investitionskompetenz der Union entgegengehalten, so, dass eine präzise Analyse des Artikels geboten ist. Ergibt die Untersuchung aber, dass der Anwendungsbereich der Norm den Enteignungsschutz nicht der mitgliedstaatlichen Regelungssphäre zuweist, darf die EU im Zuge ihrer neuen Kompetenz (in Einklang mit Artikel 207 AEUV) auch Bestimmungen des Enteignungsschutzes in ihre ISA aufnehmen. Ein einführender Textpassus gibt vorherrschende Lehrmeinungen wieder, stellt die Problematik dar und ermöglicht so eine erste Annäherung an die Thematik (*Abschnitt 1*).

⁶³⁴ *Dimopoulos*, The Compatibility of future EU Investment Agreements with EU Law, *Legal Issues of Economic Integration* Volume 39 No. 4 (2012), 447, (450).

Im Anschluss hieran erfolgt der (eigentliche) Interpretationsprozess der Norm, wobei sich die Auslegung auf das Verhältnis des Artikels 345 AEUV zur Enteignungsthematik konzentriert. Die Untersuchung folgt der in Kapitel II erarbeiteten Methodik und inkludiert, wo möglich, höchstgerichtliche Judikate zur Erschließung mehrdeutiger Begrifflichkeiten. Eine abschließende Beurteilung wiegt alle Argumente gegeneinander ab und gibt Aufschluss über das Normverständnis des Artikels 345 AEUV. Den Beginn macht die historische Auslegung. Kenntnisse geschichtlicher Gegebenheiten sind nicht nur dem umfassenden Normverständnis dienlich, sondern sollen auch einen wesentlichen Beitrag für die Aufbauarbeit der übrigen Interpretationsmethoden leisten. Die hier ausgemachten Argumente sind daher in den nachfolgenden Abschnitten um weitere Überlegungen zu ergänzen (*Abschnitt 2*).

Die grammatische Auslegung folgt der historischen, erarbeitet weitere Ergebnisse und soll so die Erschließung des Normgehalts ermöglichen. Da an dieser Stelle eine umfassende Untersuchung des Wortlauts erfolgt, gliedert sich die wörtliche Interpretation in Tatbestands- und Rechtsfolgenseite des Artikels 345 AEUV (*Abschnitt 3*).

Die Untersuchung setzt mit der systematischen Auslegung fort. Es werden hierbei nicht nur Natur und Stellung des Artikels im Vertragsgefüge beleuchtet, sondern auch das Verhältnis zu relevanten Primärrechtsnormen. Einschlägig sind dabei die Normen der europäischen Wirtschaftsverfassung (*Abschnitt 4*).

Die Ausführungen zur Systematik werden anschließend um teleologisch-zweckorientierte Erläuterungen ergänzt. Besonderes Augenmerk gilt naturgemäß der *ratio legis* des Artikels 345 AEUV. Durch Überlegungen zur Teleologie ist beabsichtigt, die bislang gemachten Betrachtungen zu komplementieren und eine abschließende Eingrenzung des Normbereichs des Artikels 345 AEUV zu ermöglichen (*Abschnitt 5*).

Da der Schwerpunkt der Dissertation in der Auslegung dieser Eigentumsneutralitätsvorschrift liegt und diese einen wesentlichen Teil der Arbeit ausmacht, gibt ein abschließender Textpassus die wichtigsten Interpretationsargumente wieder und setzt sie in Verhältnis zur neuen Unionszuständigkeit (*Abschnitt 6*).

4.1 Die Problematik des Artikels 345 AEUV

„Die Verträge lassen die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten unberührt.“⁶³⁵

Obwohl sich Artikel 345 AEUV in einem kurzen Satz erschöpft, ist er Kernpunkt der Diskussionen zur Zulässigkeit des Enteignungsschutzes. Mit dem Inkrafttreten des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union und der neuen Kompetenz über ADI, wollen einige Vertreter der Lehre den Enteignungsschutz von der Unionszuständigkeit ausgeklammert wissen. Untermauert wird dieser Standpunkt regelmäßig durch Inanspruchnahme des Artikels 345 AEUV. Die Bestimmung entzieht die Eigentumsordnung der Mitgliedstaaten der Europäischen Union. Verfechter eines mitgliedstaatlichen Kompetenzreservoirs folgern hieraus, dass der Enteignungsschutz in ISA – als Teil der nationalen Eigentumsordnung – in die Kompetenz der Mitgliedstaaten fällt.⁶³⁶

Von anderen Lehrenden wird diese Position wiederum vehement bestritten. Dieser, wohl überwiegende Teil, sieht die Zuständigkeit der Union vielmehr auch für enteignungsrechtliche Bestimmungen in internationalen Investitionsübereinkünften als gegeben an. Unter Bemühung einer restriktiven Lesart des Artikels 345 AEUV, soll der Enteignungsschutz einen essentiellen Bestandteil der Unionskompetenz darstellen.⁶³⁷ Die

⁶³⁵ Art. 345 AEUV.

⁶³⁶ BMeiA-Völkerrechtsbüro, Freihandelsabkommen EU-Kanada (CETA); Gutachten zu unionsrechtlichen Grundlagen für Unterzeichnung und Abschluss; zur Kompetenzabgrenzung EU-MS und zur vorläufigen Anwendung, 12f; BVerfG, Urteil vom 13.10.2016, 2 BvR 1368/16, 2 BvR 1444/16, 2 BvR 1482/16, 2 BvR 1823/16, 2 BvE 3/16, NJW 2016, Rz. 54; *Braun*, Für einen komplementären, europäischen Investitionsschutz, in: *Bungenberg/Griebel/Hindelang* (Hrsg.), Internationaler Investitionsschutz und Europarecht (2010), 191, (195); *Chaisse*, Promises and Pitfalls of the European Union Policy on foreign investment – How will the new EU competence on FDI affect the emerging global regime?, *Journal of International Economic Law*, Volume 15 No. 1 (2012), 51, (64ff); *Johannsen*, Die Kompetenz der Europäischen Union für ausländische Direktinvestitionen nach dem Vertrag von Lissabon, 1, (16); *Ohler* in *Eilmansberger/Griller/Obwexer* (Hrsg.), Rechtsfragen der Implementierung des Vertrags von Lissabon, 432; *Mayer*, 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 (2014), 15; *Tietje*, Die Außenwirtschaftsverfassung der EU nach dem Vertrag von Lissabon, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht Heft 83 (2009), 1, (14f).

⁶³⁷ *Bungenberg*, Die Kompetenzverteilung zwischen EU und Mitgliedstaaten „nach Lissabon“, in: *Bungenberg/Griebel/Hindelang* (Hrsg.), Internationaler Investitionsschutz und Europarecht, 81, (90); *Dimopolous*, EU Foreign Investment Law (2011), 110ff; *Herrmann*, Die Zukunft der mitgliedstaatlichen Investitionspolitik nach dem Vertrag von Lissabon, *EuZW* Heft 6 (2010), 207, (209); *Hindelang*, Der primärrechtliche Rahmen einer EU Investitionsschutzpolitik: Zulässigkeit und Grenzen von Investor-Staat-Schiedsverfahren aufgrund künftiger Abkommen, *WHI – Paper* 01 (2011), 1, (7); *Mestmäcker*, Die

politischen Institutionen der Union schließen sich geschlossen letzterer Rechtsansicht an. Die Kommission ließ bereits in ihrer ersten umfassenden Mitteilung zur Investitionszuständigkeit wissen, dass Enteignungsbestimmungen in künftige EU-ISA einfließen werden.⁶³⁸ Aktuelle Vertragsverhandlungen, sowie bereits geschlossene Unionsabkommen stützen diese - in politischen Resolutionen zum Ausdruck kommende – Intention.⁶³⁹

Der aktuell in der Lehre geführte Diskurs, dreht sich im Wesentlichen um den tatsächlichen rechtlichen Gehalt des Artikels 345 AEUV. Die Diskussionen hierzu sind nicht neu, da Artikel 345 AEUV bzw. Ex - Artikel 222 EWGV in der Vergangenheit immer wieder zur Bemühung nationaler Kompetenzansprüche diente.⁶⁴⁰ Erstaunlicher ist vielmehr, dass sich nur vereinzelt umfassende Darstellungen der Bestimmung finden.⁶⁴¹

Die nachstehende detaillierte Auslegung möchte klären, ob der Anwendungsbereich des Artikels 345 AEUV tatsächlich einer umfassenden Unionskompetenz entgegengehalten werden kann.

4.2 Die historische Auslegung des Artikels 345 AEUV

Das vorangegangene Kapitel unterstrich die bloß sekundäre Relevanz der historischen Interpretationsweise bei der Auslegung supranationaler Primärrechtsbestimmungen. Da die Untersuchung des Artikels 345 AEUV einer umfassenden Gesamtschau verpflichtet ist, sind auch historische Auslegungsargumente zu erarbeiten. Inwiefern diese allerdings die Gesamtbeurteilung beeinflussen, kann erst an späterer Stelle beurteilt werden. Die Gewichtung historischer Interpretationsergebnisse hängt bekanntlich davon ab, wie viel Raum der Grundsatz der dynamischen Entwicklung von Unionsrecht hierfür gewährt.

Wirtschaftsverfassung der EU im globalen Systemwettbewerb, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht Heft 100 (2011), 1, (33).

⁶³⁸ KOM (2010) 343 endg., 9.

⁶³⁹ Siehe hierzu die Ausführungen auf Seite 151.

⁶⁴⁰ Wie etwa im Zusammenhang mit dem dritten Energiepaket der EU 2009, welches die Liberalisierung der Strom- und Gasmärkte innerhalb der Europäischen Union vorantrieb. Siehe hierzu: *Schmidt-Preuß*, Der Wandel der Energiewirtschaft vor dem Hintergrund der europäischen Eigentumsordnung, EuR Heft 4 (2006), 463, (464ff), online abrufbar unter: <http://europaerecht.nomos.de/fileadmin/eur/doc/Aufsatz_EUR_06_04.pdf> (17.06.2017).

⁶⁴¹ Eine umfassende Analyse findet sich bei *Burghardt*, Die Eigentumsordnungen in den Mitgliedstaaten und der EWG-Vertrag. Abhandlungen aus dem Seminar für Öffentliches Recht, Heft 57 (1969).

Das Kapitel beginnt mit der Darlegung der Entstehungsgeschichte des Artikels 345 AEUV. Darauf folgt die historische Auslegung, wobei diese der Unterteilung in objektiv-historisches und subjektiv-historisches Interpretationsmoment folgt.

4.2.1 Die Entstehungsgeschichte des Artikels 345 AEUV

Für ein umfassendes Normverständnis sind Informationen zur Entstehungsgeschichte unabdingbar. Artikel 345 AEUV blickt auf eine lange Vergangenheit zurück und ist seit Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft im Jahr 1957 fixer Bestandteil europäischen Primärrechts. Bereits der EWG-Vertrag sah in Ex-Artikel 222 den Schutz der mitgliedstaatlichen Eigentumsordnung vor.

„Dieser Vertrag läßt die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten unberührt.“⁶⁴²

Der Ausformulierung des Ex-Artikels 222 EWGV gingen zwei Textentwürfe voraus. Der erste Entwurf bezog sich auf die "*Eigentumsordnung an den Produktionsmitteln*", der zweite auf die "*Eigentumsordnung an den Unternehmen, für welche die Bestimmungen dieses Vertrages gelten*". Beide Konzepte blieben allerdings unberücksichtigt. Da man beide Vorschläge ausdrücklich verwarf, übernahm der Vertrag letztlich die aktuelle, weiter gefasste Formulierung der bloßen "Eigentumsordnung".⁶⁴³ Die Gründe für die Aufgabe der beiden Erstentwürfe wurden nie veröffentlicht so, dass hierüber bis heute Unklarheit herrscht.⁶⁴⁴

Die Bedeutung des Wortlauts des Ex-Artikels 222 EWGV beginnt sich für den Interessierten aber erst bei näherer Beschäftigung mit den frühen Jahren europäischer Integration zu erschließen.

⁶⁴² Art. 222 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWGV) vom 25.03.1957, online abrufbar unter: <europarl.europa.eu/brussels/website/media/Basis/Vertraege/Pdf/EWG-Vertrag.pdf> (17.06.2017).

⁶⁴³ *Bär-Bouyssiere* in *von der Groeben/Schwarze* (Hrsg.), Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft⁷ (2015), Art. 345 AEUV, Rz. 1; *Schneider* in *Mayer* (Hrsg.), Kommentar zu EUV/AEUV unter Berücksichtigung der österreichischen Judikatur und Literatur (2013), Art. 345 AEUV, Rz. 5.

⁶⁴⁴ *Milczewski*, Der grundrechtliche Schutz des Eigentums im Europäischen Gemeinschaftsrecht (1994), 24.

(a) Ex-Artikel 222 EWGV und die Vorgängerbestimmung des EGKSV

Bei der Konzipierung des Ex-Artikels 222 EWGV diente eine Regelung des mittlerweile außer Kraft getretenen EGKSV aus 1952 als Vorbild.

*„Die Einrichtung der Gemeinschaft berührt in keiner Weise die Ordnung des Eigentums an den Unternehmen, für welche die Bestimmungen dieses Vertrages gelten.“*⁶⁴⁵

Ex-Artikel 83 EGKSV enthielt somit den ersten Eigentumsvorbehalt dieser Art.⁶⁴⁶ Erwähnenswert ist, dass sich Ex-Artikel 83 EGKSV direkt aus dem Schuman-Plan vom 9. Mai 1950 ableiten lässt. So heißt es in der Erklärung des damaligen französischen Außenministers: *"Die Einrichtung einer Obersten Behörde präjudiziert in keiner Weise die Frage des Eigentums an den Betrieben."*⁶⁴⁷ Der Vorbehalt des EGKSV beschränkt sich deswegen auch sprachlich auf *"das Eigentum an den Unternehmen, für welche die Bestimmungen dieses Vertrages gelten"*. Der EGKSV bezieht sich, im Gegensatz zum EWGV, ausdrücklich auf das Eigentum an den Unternehmen. Diese Referenz auf Unternehmen fehlt im EWGV wohl deswegen, weil dieser auch für Privatpersonen Geltung beansprucht.⁶⁴⁸

Es zeigt sich aber, dass Sprache und Stil des Ex-Artikels 222 EWGV (Artikel 345 AEUV) im engen Zusammenhang mit Ex-Artikel 83 EGKSV stehen. Generalanwalt Ruiz-Jarabo misst Ex-Artikel 222 EWGV (Artikel 345 AEUV) gar eine besondere Stellung zu, weil er sich – über Ex-Artikel 83 EGKSV – auf den Schuman-Plan zurückführen lässt.⁶⁴⁹

(b) Ex-Artikel 222 EWGV und der EURATOM-Vertrag

Eine intensive Beschäftigung mit der Entstehung des Artikels 345 AEUV hat darüber hinaus auf die Bestimmungen des EURATOM-Vertrags zum Eigentum zu verweisen. So

⁶⁴⁵ Art. 83 des Vertrags über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl (EGKSV) vom 18.04.1951, online abrufbar unter: <eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:11951K/TXT&from=DE> (17.06.2017).

⁶⁴⁶ Kühling in Streinz (Hrsg.), Kommentar zu EUV/AEUV², Art. 345 AEUV, Rz. 4.

⁶⁴⁷ Die Schuman-Erklärung ist online abrufbar: >http://europa.eu/about-eu/basic-information/symbols/europe-day/schuman-declaration/index_de.htm> (17.06.2017).

⁶⁴⁸ Schlußanträge GA Jacobs, Rs. C-350/92, *Spanien/Rat*, Slg. 1995, I-1988, 1996, Rz. 29.

⁶⁴⁹ Schlußanträge GA Ruiz-Jarabo, Rs. C-367/98, *Kommission/Portugal*, Slg. 2002, I-4733, 4742, Rz. 45.

kennt auch der EURATOM-Vertrag eine Regelung zum Verhältnis nationalen Eigentums und der Gemeinschaftsrechtsordnung.

*„Die Ordnung des Eigentums an den Gegenständen, Stoffen und Vermögenswerten, an denen kein Eigentumsrecht der Gemeinschaft auf Grund dieses Kapitels besteht, richtet sich nach dem Recht der einzelnen Mitgliedstaaten.“*⁶⁵⁰

Setzt man die Norm des EURATOM-Vertrags zu den Vorschriften des EWGV und EGKSV in Vergleich, zeigt sich, dass die Bestimmung des EURATOM-Vertrags wesentlich restriktiver formuliert ist. Der sich verhältnismäßig restriktiv lesende Artikel 91 EURATOM-Vertrag ist dem Regel-Ausnahme-Verhältnis des Vertrags geschuldet. Die Artikel 86ff EURATOM-Vertrag übertragen der Gemeinschaft das Eigentumsrecht an spaltbaren Stoffen und ähnlichen Materien. Die Ausnahmebestimmung des Artikels 91 schränkt hier ein und ist dementsprechend konzise abgefasst.⁶⁵¹

(c) Die Konstanz des Artikels zur Eigentumsneutralität

Betrachtet man Ex-Artikel 222 EWGV über die Etappen der europäischen Integration, zeigt sich, dass sich die Norm stets behaupten konnte. Bis zum Vertrag von Lissabon wurde die Bestimmung gar stets wortwörtlich übernommen. Der Vertrag von Amsterdam brachte 1997 lediglich eine Neunummerierung, so, dass die Bestimmung fortan in Ex-Artikel 295 EGV beheimatet war.⁶⁵²

Seit der Novelle durch den Vertrag von Lissabon findet sich die Regelung in Artikel 345 AEUV. Bei der Redaktion der Norm kam es lediglich zu leichten sprachlichen Adaptierungen. So spricht Artikel 345 AEUV, im Gegensatz zu den vorangegangenen Versionen, nicht mehr nur "vom Vertrag", sondern von "den Verträgen". Die sprachliche

⁶⁵⁰ Art. 91 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft (EAGV) vom 25.03.1957, online abrufbar unter: <<http://www.europarl.europa.eu/brussels/website/media/Basis/Vertraege/Pdf/EURATOM-Vertrag.pdf>> (17.06.2017).

⁶⁵¹ *Bär-Bouyssièr* in *von der Groeben/Schwarze* (Hrsg.), Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft⁷, Art. 345 AEUV, Rz. 3.

⁶⁵² *Jochum* in *Hailbronner/Wilms* (Hrsg.), Recht der Europäischen Union (2010), Art. 295 EGV, Rz. 2.

Ausweitung auf "die Verträge" ist der Situation geschuldet, dass sich Artikel 345 AEUV auf AEUV und EUV gleichermaßen erstreckt.⁶⁵³

Letztlich bleibt zu sagen, dass Ex-Artikel 222 EWGV seit Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft ein elementarer Bestandteil europäischen Primärrechts ist. In Ex-Artikel 83 EGKSV und Artikel 91 EURATOM-Vertrag finden sich vergleichbare (Vorgänger)bestimmungen zur Eigentumsneutralität der Europäischen Gemeinschaft.

4.2.2 Das subjektiv-historische Argument des Artikels 345 AEUV

Bei der Erschließung des subjektiv-historischen Arguments interessiert der Wille des historischen Gesetzgebers. Nach Ende des zweiten Weltkriegs und dem folgenden Wiederaufbau, standen einander in Europa zwei diametral entgegengesetzte Wirtschaftsphilosophien gegenüber. Zwiespältigkeit herrschte über die vom Staat einzunehmende Rolle in der Wirtschaft, wobei insbesondere Ausmaß bzw. konkrete Ausgestaltung staatlicher Wirtschaftstätigkeit, sowie die Frage der Verstaatlichung der Industrie unterschiedlich beurteilt wurden.⁶⁵⁴

Mit Deutschland und den Benelux-Staaten auf der einen Seite und Italien und Frankreich auf der anderen Seite, standen einander sowohl liberale als auch regulierende Wirtschaftssysteme gegenüber. Während in Deutschland bloß ein marginaler Anteil an öffentlich geführten Unternehmen bestand, hatten Frankreich und Italien zentrale Industriebereiche wie Strom und Schwerindustrie - aber auch den Bankenbereich - weitestgehend sozialisiert. Hinzukommt, dass die Verfassungen Frankreichs und Italiens in gewissen Situationen die rechtliche Verpflichtung zur Verstaatlichung vorsahen.⁶⁵⁵ Angesichts dieser ökonomischen Verstimmung, fürchteten die Gründerstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft⁶⁵⁶ Eingriffe der EWG in relevante nationale Wirtschaftssegmente.⁶⁵⁷

⁶⁵³ *Schneider* in *Mayer* (Hrsg.), Art. 345 AEUV, Rz. 1.

⁶⁵⁴ *Bär-Bouysiere* in *von der Groeben/Schwarze* (Hrsg.), Kommentar⁷, Art. 345 AEUV, Rz. 2; *Jochum* in *Hailbronner/Wilms* (Hrsg.), Recht der EU, Art. 295 EGV, Rz. 2.

⁶⁵⁵ Siehe Art. 43 der italienischen Verfassung, online abrufbar unter: <<http://www.regione.taa.it/normativa/costituzione.pdf>> (17.06.2017).

⁶⁵⁶ Deutschland, Belgien, Frankreich, Italien, Luxemburg und die Niederlande.

⁶⁵⁷ *Kühling* in *Streinz* (Hrsg.), Kommentar zu EUV/AEUV², Art. 345 AEUV, Rz. 4.

Dieses damalige Nebeneinander unterschiedlicher Wirtschaftspolitiken, führte zeitgleich zu einem heutigen unionsrechtlichen Charakteristikum. So offenbart sich die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Gemeinschaft bzw. Europäischen Union bei näherer Betrachtung als Gemengelage marktwirtschaftlicher sowie "interventionistisch-eingreifender" Elemente. Ausdruck findet dieses Paradoxon in den liberalen Grundfreiheiten des AEUV einerseits und den regulierenden Elementen des Unionsrechts, bspw. im Rahmen der Landwirtschaftspolitik oder der Eigentumspolitik andererseits. Die Wirtschaftsverfassung der Union verkörpert damit eine, aus liberal marktwirtschaftlichen und interventionistisch-eingreifenden Zügen bestehende, gemischte Ordnung.⁶⁵⁸

Riegel leitet aus dem Willen des historischen Gesetzgebers ab, dass sich die Anwendung des Artikels 345 AEUV auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses beschränken soll. Seiner Ansicht nach wollte man tunlichst vermeiden, dass der Beitritt neuer Staaten zur EWG an Unterschieden der nationalen Eigentumsordnung scheitert. Die Norm stelle daher vielmehr fest, dass jeder Staat ungeachtet seiner Eigentumsordnung der EWG beitreten könne. Für die Zukunft entfalte die Regelung hingegen, so *Riegel*, keinerlei Wirkung. Nach dieser Argumentation, ist Ex- Artikel 222 EWGV damit eine bloße "Eintrittskarte" in das System des EWG-Vertrags.⁶⁵⁹

Dieser Auffassung ist nicht zu folgen, da die Auslegung einer Primärrechtsnorm einzig anhand historischer Argumente europarechtlicher Methodik zuwiderläuft. Darüber hinaus verkennt der Argumentationsstrang, dass sich Ex-Artikel 222 EWGV wohl nach dem Willen des historischen Gesetzgebers gerade nicht in einer statischen Norm erschöpfen soll. Die Norm ist vielmehr ein Entgegenkommen der EWG an die Mitgliedstaaten. Die Entstehungsgeschichte spricht dafür, dass den Staaten auch künftig das Recht zustehen soll die nationale Eigentumspolitik nach eigenem wirtschaftspolitischem Ermessen zu gestalten.

Ob auch das Recht zu enteignen und Fragen des Enteignungsschutzes zu regeln der mitgliedstaatlichen Zuständigkeitssphäre angehört, ist aus einer rein subjektiv-historischen Perspektive nur schwer zu beantworten. Da der EWG-Vertrag allerdings sowohl Wirtschaftsliberalismus als auch Etatismus anerkennt und den Staaten die Wahl der ökonomischen Ausrichtung überlässt, ist dies tendenziell wohl zu bejahen. Die Schuman-

⁶⁵⁸ *Jungbluth*, Überformung der grundgesetzlichen Wirtschaftsverfassung durch Europäisches Unionsrecht?, EuR Heft 4 (2010), 471, (475).

⁶⁵⁹ *Riegel*, Die Einwirkung des europäischen Gemeinschaftsrechts auf die Eigentumsordnung der Mitgliedstaaten, RIW/AWD Heft 11 (1979), 744, (746).

Erklärung stützt dies, da sie diese von der Gemeinschaft getragene Überzeugung verschriftlicht.

Die subjektiv-historische Auslegung hat ergeben, dass Artikel 345 AEUV der mitgliedstaatlichen Sorge vor gemeinschaftsrechtlich veranlassten Verstaatlichungs- bzw. Privatisierungsmaßnahmen geschuldet ist. Dies lässt den Schluss naheliegen, dass es den Staaten nach dem Willen des historischen Gesetzgebers offenstehen soll, Fragen der Enteignung autonom zu regeln.

4.2.3 Das objektiv-historische Argument des Artikels 345 AEUV

Das objektiv-historische Argument ermittelt die genaue Bedeutung eines interessierenden Artikels zur Zeit der Verabschiedung.

Hierzu ist zu sagen, dass die Furcht vor Eingriffen der Gemeinschaft in die nationale Wirtschaftsordnung immerzu das Wesen des Artikels 345 AEUV prägte. Die Bestimmung steht seit jeher im augenscheinlichen Widerspruch zur grundsätzlich marktwirtschaftlichen Ausrichtung der Europäischen Gemeinschaft bzw. Union.⁶⁶⁰ Die unterschiedlichen ökonomischen Ansichten der damaligen Zeit erlaubten allerdings keine Vollharmonisierung der europäischen Wirtschaftspolitik. Es erschien unter damaligen Umständen eher sachgerecht, den Mitgliedstaaten die Regelung der nationalen Eigentumsordnung zu überlassen. Eine gemeinschaftsrechtliche Eigentumspolitik wäre mit der Sorge vor tiefgreifenden Änderungen der Sozialstruktur einhergegangen.⁶⁶¹ Dieses politisch-ökonomische Klima hatte maßgeblichen Einfluss, auf die dem Artikel zur Zeit des Erlasses zugrundeliegende Bedeutung.

Eine Annäherung an die objektiv-historische Normsemantik ist am ehesten durch die Auswertung begleitender Unterlagen zum EWG-Vertrag erfolgsversprechend.

*„Durch den Vertrag soll nicht in die rechtlichen Bestimmungen der Mitgliedstaaten eingegriffen werden, durch die das Eigentum geregelt wird. Das gilt besonders für das Eigentum an den Unternehmen. **Keine***

⁶⁶⁰ Siehe etwa Art. 119 Abs. 1 AEUV, wonach die Tätigkeit der Mitgliedstaaten und der Union unter anderem dem Grundsatz der offenen Marktwirtschaft verpflichtet ist.

⁶⁶¹ *Franken*, Die Verstaatlichung und ihre Vereinbarkeit mit dem EWG-Vertrag (1972), 106.

Bestimmung des Vertrags darf daher so ausgelegt werden und keine Maßnahme der Organe der Gemeinschaft darf zum Ziel haben, ein Unternehmen in Gemeinwirtschaft zu überführen oder umgekehrt ein in Gemeineigentum stehendes Unternehmen zu privatisieren.

(Hervorhebung durch den Verfasser)⁶⁶²

Die oben angeführte amtliche Erklärung der Bundesrepublik Deutschland zum EWG-Vertrag zeigt unmissverständlich, dass Ex-Artikel 222 EWGV auf den Schutz nationaler Unternehmen vor gemeinschaftsrechtlichen Verstaatlichungen und Privatisierungen abzielt. Da die obige Amtserklärung derselben Periode des EWGV entstammt, gibt sie in besonderem Maße Aufschluss über den Normanwendungsbereich.

(a) Das objektiv-historische Argument und die Rechtssache *Costa/E.N.E.L.*

Den ersten Jahren der europäischen Integration entstammt auch – daher gleichfalls geeignet Aufschluss über den damaligen Sinngehalt der Bestimmung zu geben – die Rechtssache *Costa/E.N.E.L.*⁶⁶³ Der EuGH befasste sich im Zuge dieses Verfahrens mit der Rechtskonformität der Verstaatlichung der italienischen Stromindustrie mit einzelnen Vorschriften des EWG-Vertrags. Der Kläger, Rechtsanwalt *Flaminio Costa*, sah durch das italienische Verstaatlichungsgesetz die gemeinschaftsrechtlichen Regeln zum freien Wettbewerb (Verzerrung und System versteckter Beihilfen), der Niederlassungsfreiheit und des freien Warenverkehrs (Handelsmonopole) verletzt. Der Vorabentscheidungsantrag beinhaltete kein Gesuch um Auslegung des Ex-Artikels 222 EWGV.

Generalanwalt *Maurice Lagrange* äußerte sich in seinen Schlussanträgen trotzdem kurz zu Ex-Artikel 222 EWGV. So stellte er im Zusammenhang mit der Niederlassungsfreiheit fest, dass mitgliedstaatliche Maßnahmen, wie etwa Verstaatlichungen, aus der Perspektive des Ex-Artikels 222 EWGV durchaus zulässig seien.⁶⁶⁴

⁶⁶² Deutscher Bundestag, 2. Wahlperiode - BT-Drucksache 3440, Anlage C, 154.

⁶⁶³ EuGH 15.07.1964, Rs. C-6/64, *Flaminio Costa/E.N.E.L.*, Slg. 1964, I-1141.

⁶⁶⁴ Schlußanträge GA *Lagrange*, Rs. C-6/64, *Flaminio Costa/E.N.E.L.*, Slg. 1964, I-1141, 1299.

Die EK brachte im Rahmen des Verfahrens – mit Generalanwalt *Lagrange* inhaltlich übereinstimmend – vor, dass die gegenständliche Verstaatlichung im Lichte des Ex-Artikels 222 EWGV nicht zum Vertrag im Widerspruch stehe.⁶⁶⁵

Die Kommission hatte allerdings bereits vor dem Urteil, im Rahmen der Beantwortung einer schriftlichen Anfrage des Abgeordneten *Philipp*, ihre Meinung zur Verstaatlichung der italienischen Elektrizitätswirtschaft kundgetan. In ihrer Beantwortung ließ sie 1962 wissen, dass jeder Mitgliedstaat das Recht habe die Eigentumsordnung eines bestimmten Wirtschaftssektors zu ändern.⁶⁶⁶ Die EK war durch diese Anfrage das erste Mal gezwungen, zur Frage des Verhältnisses von nationalen Enteignungen und europäischen Verträgen Stellung zu nehmen.

Die rund um die Rechtssache *Costa/E.N.E.L.* verfügbaren Informationen beinhalten neben ersten profunden Aussagen zu Artikel 345 AEUV (Ex-Artikel 222 EWGV), auch wertvolle Erläuterungen zum Verhältnis der Vorschrift zu anderen Vertragsbestimmungen. So zeigt sich, dass staatliche Enteignungen auf ihre Vereinbarkeit mit den europarechtlichen Wettbewerbsregeln, der Niederlassungsfreiheit und dem freien Warenverkehr hin zu untersuchen sind. Die europäische Rechtsprechung bekräftigte in den folgenden Jahren das Recht der Mitgliedstaaten auf Ausgestaltung einer autonomen Eigentumsordnung.⁶⁶⁷

Ein ähnliches Bild zeichnet auch die Antwort der Europäischen Kommission auf eine schriftliche Anfrage des EP-Abgeordneten *Lord O'Hagan*. Dieser wollte 1974 von der Kommission theoretisch und bloß grundsätzlich wissen, ob der EWG-Vertrag zu nationalen Verstaatlichungen im Widerspruch stehe. Die Kommission teilte daraufhin, unter Bezugnahme auf Ex-Artikel 222 EWGV, mit, dass die Verstaatlichung eines Wirtschaftsbereichs durch einen Mitgliedstaat grundsätzlich nicht dem Vertrag widerspreche. Die Mitgliedstaaten seien hierbei aber an andere Vorschriften des EWG-Vertrags, insbesondere jene zum Wettbewerb, gebunden.⁶⁶⁸

Es war nach *Costa/E.N.E.L.* die zweite Fallkonstellation, in der sich die EK mit dem Verhältnis staatlicher Enteignungen zu den europäischen Verträgen zu beschäftigen hatte. Die Anfrage *O'Hagans* stammt zwar aus 1974, kann aber aufgrund des ausdrücklichen

⁶⁶⁵ EuGH 15.07.1964, Rs. C-6/64, *Flaminio Costa/E.N.E.L.*, Slg. 1964, I-1141, 1265.

⁶⁶⁶ Antwort auf die parlamentarische Anfrage des Abgeordneten Philipp Nr. 100, ABIEG Nr. 121 vom 20.11.1962, 2716.

⁶⁶⁷ Schlußanträge GA *Reischl*, Rs. C-155/73, *Sacchi*, Slg. 1974, I-409, 444f.

⁶⁶⁸ Antwort auf die parlamentarische Anfrage des Abgeordneten O'Hagan Nr. 703/73, ABIEG Nr. C53 vom 09.05.1974, 27f.

Verweises auf Ex-Artikel 222 EWGV von Seiten der Kommission trotzdem für gegenständliche Interpretationszwecke fruchtbar gemacht werden.

(b) Das objektiv-historische Argument und die französische Verstaatlichungswelle

Auch die französische Verstaatlichungswelle der Jahre 1981/1982 ist für das objektiv-historische Argument erheblich. Nach dem ersten umfassenden französischen Verstaatlichungsprogramm 1936/37 und einem weiteren 1945/46, kam es 1981/1982 zur Verstaatlichung fünf bedeutender Industriekonzerne, zweier großer Finanzgesellschaften und 36 Banken. Um die wirtschaftlichen Implikationen dieser Enteignungswelle hervorzuheben sei gesagt, dass alleine besagte Industriekonzerne 8,9 % des gesamten damaligen Umsatzes in der Industrie ausmachten.⁶⁶⁹ Diese beträchtlichen ökonomischen Umwälzungen sorgten innerhalb des Europäischen Parlaments und der Europäischen Kommission für lebhafte Diskussionen. Im Zuge der Kontroversen wollten Abgeordnete des EP von der EK wissen, ob dieser französische Nationalisierungsplan mit unterschiedlichsten Bestimmungen des EWGV, darunter die Wettbewerbsvorschriften und Ex-Artikel 222 EWGV, vereinbar ist.⁶⁷⁰

Die Kommission sah die Vereinbarkeit der französischen Verstaatlichungswelle mit dem EWG-Vertrag als gegeben an, wobei sie diese Auffassung letztlich auf Ex-Artikel 222 EWGV stützte. Für die Vereinbarkeit mit dem EWGV sei es, so die Kommission, gleichgültig ob die Unternehmen eines Wirtschaftssektors infolge einer Nationalisierung in die öffentliche Trägerschaft gelangen.⁶⁷¹ Nach *Costa/E.N.E.L.* und der Anfrage *O'Hagans*, war dies der dritte Fall, der die Europäische Kommission zur Beschäftigung mit der Frage der Vereinbarkeit von Verstaatlichungen und Ex-Artikel 222 EWGV drängte. Die Rechtsmeinung der Kommission zum französischen Nationalisierungsprogramm enthält wertvolle Informationen für das Verständnis der Norm.

„In Artikel 222 EWG-Vertrag, 83 EGKS-Vertrag und 91 EAG-Vertrag ist der Grundsatz der Neutralität im Hinblick auf die Regelung des Eigentumsrechts verankert; damit wird sowohl den Befürwortern als

⁶⁶⁹ Wölker, Die Nationalisierungen in Frankreich 1981/1982 Darstellung und Untersuchung der dritten Verstaatlichungswelle, ZaöRV Heft 43 (1983), 213, (215f).

⁶⁷⁰ Capelli, Nationalisierungen im Gemeinsamen Markt, RIW 5 (1983), 313.

⁶⁷¹ Ebd., 318.

auch den Gegnern einer Ausweitung des öffentlichen Eigentums die Zusicherung gemacht, daß die Tatsache, daß man Teil der Gemeinschaft ist, einen nicht daran hindert, eigene Ziele auf diesem Gebiet zu verfolgen. In dieser Hinsicht bleiben die Mitgliedstaaten völlig frei. (Hervorhebung durch den Verfasser)⁶⁷²

Die Kommission hält damit ausdrücklich fest, dass den Mitgliedstaaten die Verfolgung einer eigenständigen Eigentumszuordnungspolitik offensteht. Der Anteil der öffentlichen Hand an der Wirtschaftstätigkeit soll, nach der EK, rein nationalen Abwägungskriterien unterstehen.

Im Ergebnis hat die objektiv-historische Betrachtung erwiesen, dass Artikel 345 AEUV Unternehmen vor Privatisierungen und Verstaatlichungen durch die Gemeinschaft schützt. Damit kann wohl jenen gefolgt werden, die Artikel 345 AEUV als Vorbehaltsbestimmung zu Gunsten der nationalen Eigentumsordnung auslegen. *Callies* formuliert zutreffend, dass aus der historischen Interpretation der Norm die Neutralität der EG/EU gegenüber nationalen Eigentumszuordnungsentscheidungen in die öffentliche oder private Trägerschaft abzuleiten ist.⁶⁷³

Die objektiv-historische Interpretation der Norm verbietet jedenfalls Enteignungen der Europäischen Union. Das Enteignungsrecht obliegt vielmehr den einzelnen Mitgliedstaaten. Ob der Union auch, wie in ISA regelmäßig der Fall, das Recht genommen ist die Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen zu regeln, wird noch an gesonderter Stelle zu beurteilen sein.⁶⁷⁴

4.2.4 Die Ergebnisse der historischen Auslegung des Artikels 345 AEUV

Artikel 345 AEUV blieb von sämtlichen Vertragsrevisionen verschont. Für ein historisches Verständnis der Norm, konnte daher an die ursprüngliche Fassung des EWG-Vertrags angeknüpft werden. Neben dem Willen des historischen Gesetzgebers, wurde auch der allgemeinen Bedeutung der Norm zur Zeit des Erlasses nachgegangen.

⁶⁷² Der Wortlaut ist abgedruckt bei: *Capelli*, Nationalisierungen im Gemeinsamen Markt, RIW Heft 5 (1983), Fußnote 43.

⁶⁷³ *Callies*, Sinn, Inhalt und Reichweite einer europäischen Kompetenz zu einer kombinierten Umwelt-, Klima-, und Energiepolitik, Berliner Online Beiträge zum Europarecht : Nummer 52 (2009), 1, (31).

⁶⁷⁴ Siehe hierzu die Ausführungen auf Seite 255f.

Der Verabschiedung des Artikels 345 AEUV lag die Befürchtung einiger Mitgliedstaaten vor Verstaatlichungsmaßnahmen der Europäischen Gemeinschaft zu Grunde. Andere Gründerstaaten fürchteten, geradezu spiegelbildlich, Privatisierungen durch die EWG. Um trotz alledem der unterschiedlichen ökonomischen Gesinnung der sechs Gründerstaaten gerecht zu werden, wurde Ex-Artikel 222 EWGV in den Vertragskorpus der EWG inkorporiert.

Artikel 345 AEUV sieht die eigentumspolitische Neutralität europäischen Primärrechts vor. Die Norm ist im Einklang mit historischen Unterlagen und Erklärungen so zu verstehen, dass die Kompetenz für Privatisierungen und Sozialisierungen von Unternehmen in mitgliedstaatlicher Hand verbleibt. Es zeigt sich indessen auch, dass Ex-Artikel 222 EWGV kein unbegrenzter Anwendungsbereich unterstellt werden darf. Vielmehr setzen andere Vorschriften des Unionsrechts, namentlich jene zum Wettbewerbsrecht diesem Grenzen.

Insgesamt ist auf Basis historischer Argumente zu sagen, dass Artikel 345 AEUV den Staaten das Recht einräumt die Eigentumszuordnung autonom auszugestalten. Den Mitgliedstaaten steht es nach dem Vertrag offen, das Ausmaß der Tätigkeit der öffentlichen Hand eigenständig festzulegen. Maßnahmen der Union auf diesem Gebiet sind unzulässig.

Im Hinblick auf die neue Unionskompetenz für ADI bleibt schließlich anzumerken, dass Artikel 345 AEUV der neuen Zuständigkeit – nach bisherigem Wissenstand – wohl nicht entgegensteht. Investitionsschutzabkommen enthalten, wie in Kapitel I und II gezeigt, bloß Regelungen zur Rechtmäßigkeit von Enteignungen. Die typischerweise in ISA zum Enteignungsschutz enthaltenen Bestimmungen, rütteln nicht am mitgliedstaatlichen Kompetenzreservoir. Sie binden nationale Enteignungsentscheidungen bloß an Voraussetzungen, wie jene des öffentlichen Interesses oder des Fehlens jeglicher Diskriminierung. Da ISA das Recht der Staaten zu enteignen per se nicht berühren, ist wohl keine Unvereinbarkeit gegeben.

4.3 Die grammatische Auslegung (Wortinterpretation) des Artikels 345 AEUV

Mit dem notwendigen historischen Wissen, wird nun in einem weiteren Schritt an den Wortlaut der Rechtsvorschrift angeknüpft. Ausgangspunkt muss hierbei der stilistisch-sprachliche Ausdruck der Norm sein. Wie im Kapitel zur Methodik ausgeführt, kommt Rechtsbegriffen oft eine unionsautonome, vom nationalen Rechtsdenken unabhängige Bedeutung zu,⁶⁷⁵ wobei die rechtsauslegende bzw. rechtsschöpfende Funktion des EuGH nicht unterschätzt werden darf.

„Die Verträge lassen die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten unberührt.“

In Ansehung des Artikels 345 AEUV sind die Termini "Eigentumsordnung" und "unberührt" auslegungsbedürftig. Die Wortinterpretation folgt dieser Zweiteilung und behandelt erst die Tatbestandsseite ("Eigentumsordnung"), ehe die Rechtsfolgenseite ("unberührt") erarbeitet wird. Mit Hilfe grammatischer Argumente soll eine weitere Annäherung an die juristische Essenz der Bestimmung erfolgen.

Vorwegzunehmen ist, dass Artikel 345 AEUV - dem Wortlaut nach - sowohl für AEUV als auch EUV gilt.⁶⁷⁶

4.3.1 Die Wortinterpretation der Tatbestandsseite ("Eigentumsordnung")

Die juristische Konnotation des Ausdrucks „Eigentumsordnung“ ist für gegenständliche Arbeit von oberster Priorität. Ein weites Verständnis des Terminus hätte ein umfassendes und zugleich wirtschaftlich bedeutendes Kompetenzreservoir (*domaine réservé*) der Mitgliedstaaten zur Folge. Der Europäischen Union wäre in diesem Fall ein weitschichtiger Bereich ökonomischer Tätigkeit entzogen.

Vorab ist festzuhalten, dass weder der AEU-Vertrag noch vorangegangene Vertragsversionen eine Definition des Begriffs "Eigentumsordnung" kennen. Der Begriff bleibt für den Rechtsanwender augenscheinlich nicht greifbar. Hinzu kommt, dass - wie illustriert - bereits Ex-Artikel 222 EWGV bloß an die Eigentumsordnung der Mitgliedstaaten anknüpfte. Die weit enger gefassten Vorschläge des "*Eigentums an den*

⁶⁷⁵ Siehe hierzu die Ausführungen auf Seite 52.

⁶⁷⁶ Siehe die Definition in Art. 1 Abs. 2 Satz 2 AEUV.

Produktionsmitteln" bzw. des "*Eigentums an den Unternehmen [...]*" blieben, ebenso wie die Formulierung des Artikels 83 EGKSV, unberücksichtigt. Als Anknüpfungspunkt der Deutung hat daher der, auf den ersten Blick zugleich viel- und nichtssagende Begriff der Eigentumsordnung zu dienen.

In der Literatur finden sich zum Fachbegriff unterschiedlichste Auslegungsansätze. Ein Teil der Lehre subsumiert hierunter die Gesamtheit der Vorschriften, welche die konstitutiven Elemente des Instituts Eigentum ausmachen. Diese weite Lesart beinhaltet neben Normen des Verfassungsrechts, insbesondere auch bürgerlich-rechtliche Vorschriften zum Eigentum, seiner Übertragung, Belastung sowie Enteignung.

Andere lesen die Eigentumsordnung des Artikels 345 AEUV hingegen so, dass lediglich ein gestaltendes System umfasst sein soll. Dieses System umfasst das staatliche Recht Unternehmen als Alleineigentümer zu kontrollieren oder im Privateigentum zu belassen. Dem Ausdruck „Eigentumsordnung“ unterstellt man hier die Unterscheidung in öffentliches Eigentum und Privateigentum so, dass diese Lehrmeinung „Eigentumsordnung“ dem Recht auf "Eigentumszuordnung" gleichsetzt.⁶⁷⁷

Eine zwischen beiden Ansichten stehende, geradezu vermittelnde, Rechtsauffassung subsumiert im Verhältnis dazu, nur verfassungsrechtliche Vorschriften über das Eigentum – regelmäßig auch jene zur Enteignung – unter "Eigentumsordnung".⁶⁷⁸

Angesichts der Schar an möglichen Deutungsmöglichkeiten, kommt der Wortinterpretation des Terminus "Eigentumsordnung" erhebliche Bedeutung bei der ersten Eruiierung des Normgehalts zu. Um die unionsautonome Semantik der Begrifflichkeit zu erschließen, geht die Untersuchung neben dem AEUV auch auf die Vorschriften des EURATOM-Vertrags und EGKSV ein.

(a) "Eigentumsordnung" in den Sprachversionen des AEUV

Die Tatsache, dass Artikel 345 AEUV über die Jahrzehnte hinweg sprachlich unverändert blieb, erleichtert die grammatische Auslegung ungemein, da infolgedessen Bezug auf die

⁶⁷⁷ Thiel, Europa 1992: Grundrechtlicher Eigentumsschutz im EG-Recht, JuS Heft 4 (1991), 274, (274f).

⁶⁷⁸ Möllinger, Eigentumsrechtliche Entflechtung der Übertragungsnetze unter besonderer Berücksichtigung des 3. Binnenmarktpaketes für Energie (2009), 266.

erläuternden Ausführungen zum EWGV genommen werden kann. Da aus Praktikabilitätsgründen nicht alle authentischen Sprachen des AEUV berücksichtigt werden können, behandelt die Wortauslegung die verbindlichen Amtssprachen des EWG-Vertrags⁶⁷⁹ sowie den englischen Wortlaut. Die Bezugnahme auf mehrere Vertragsübersetzungen, erlaubt aus einem größeren Wissenspool zu schöpfen und eine möglichst punktgenaue Auslegung.

Da die Termini des Artikels 345 AEUV in den einzelnen Sprachübersetzungen stets auch durch nationales Rechtsdenken beeinflusst sind, ist ihnen in einem ersten Schritt ein genuin-nationaler Begriffsinhalt zu unterstellen.⁶⁸⁰

Erst in weiterer Folge, kann hieraus die unionsautonome Bedeutung der "Eigentumsordnung" des Artikels 345 AEUV abstrahiert werden. Hierzu ist aber erforderlich, dass der Auslegungsprozess eingangs die nationale Semantik erforscht, ehe dann der unionsrechtliche Normgehalt ergründet wird.

(i) Die Auslegung des deutschen AEUV-Wortlauts

Der Begriff "Eigentumsordnung" enthält, wie etwa auch jener der Sozial- oder Wirtschaftsordnung, eine ordnungspolitische Komponente. Die Eigentumsordnung ist essentieller Bestandteil der Wirtschaftsordnung und als solche bedeutender Bestandteil des gesamten Rechtswesens. Die wirtschaftswissenschaftliche Literatur sieht in der "Eigentumsordnung" ein wesentliches Fundament der staatlichen Wirtschaftsverfassung. In der Literatur findet sich dabei vermehrt der Gedanke, dass sich die Eigentumsordnung eines Staates im rechtlich ausgestalteten Verhältnis privaten und öffentlichen Eigentums erschöpft.⁶⁸¹

Dem Begriff der Eigentumsordnung ist damit unweigerlich eine fundamentale Wertung des Gesetzgebers immanent, die der herrschenden politischen Klasse entspricht und

⁶⁷⁹ Gemäß Ex-Art. 248 EWGV ist der Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft in seiner Urschrift in deutscher, französischer, italienischer sowie niederländischer Sprache gleichermaßen verbindlich.

⁶⁸⁰ *Burghardt*, Die Eigentumsordnungen in den Mitgliedstaaten und der EWG-Vertrag, 15.

⁶⁸¹ *Breyer/Kolmar*, Grundlagen der Wirtschaftspolitik² (2005), 92f; *Fischborn*, Enteignung ohne Entschädigung nach der EMRK? (2010), 88f; *Hax/Wessels*, Handbuch der Wirtschaftswissenschaften: Band II Volkswirtschaft² (1966), 643ff.

dementsprechend ausgeprägte Formen annehmen kann.⁶⁸² Der wirtschaftswissenschaftliche Zugang präferiert auf Basis des deutschen Wortlauts richtigerweise jene Ansicht, die unter dem Terminus Eigentumsordnung alle mit der Eigentumszuordnung zusammenhängenden Rechtsvorschriften subsumiert. Naturgemäß trifft vor allem das nationale Verfassungsrecht Grundsatzaussagen zur Frage der Eigentumszuordnung.

Diese Arbeitshypothese darf nicht darüber hinweg täuschen, dass auch andere Rechtsdisziplinen – teils umfangreiche – Regelungen zum Eigentum kennen.⁶⁸³ "Eigentumsordnung" ist aber wohl auf die Vorschriften des Verfassungsrechts zu beschränken. Dies ist dem Umstand geschuldet, dass sich Fragen der Eigentumszuordnung in der Regel in Verfassungen finden;⁶⁸⁴ die Verwendung des Begriffs "Ordnung" deutet verstärkend daraufhin. Durch die Bezugnahme auf "Eigentumsordnung" scheint wohl auf fundamentale Reglements, namentlich jene des Verfassungsrechts abgestellt.

Die bisherigen Arbeitsergebnisse decken sich auch mit der europäischen Rechtsprechung. GA *Capotorti* unterstellt Artikel 345 AEUV das unionsrechtliche Verbot, den Mitgliedstaaten eine neue Konzeption bzw. Ausgestaltung des Eigentums vorzuschreiben. Er sieht vom Wortlaut, unter Anknüpfung an nationales Verfassungsrecht, drei Bereiche umfasst. *Capotorti* ist der Ansicht, dass sich die Eigentumsordnung im Recht auf Privateigentum, sowie dem staatlichen Recht auf Enteignung bzw. Eigentumsbeschränkung – vorausgesetzt die hierfür erforderlichen Voraussetzungen liegen vor – erschöpft.⁶⁸⁵ Die Schlussanträge zur Rechtssache *Hauer* decken im Ergebnis das bislang Gesagte und legen den Schluss nahe, dass das staatliche Recht auf Enteignung jedenfalls unter "Eigentumsordnung" zu subsumieren ist. Einer allzu weiten Wortinterpretation der Eigentumsordnung stehen sie entgegen. *Capotortis* Schlussanträge deuten darauf hin, den Begriff Eigentumsordnung des Artikels 345 AEUV mit Eigentumszuordnung gleichzusetzen.

Es widerspricht europäischer Methodik, auf Grundlage des deutschen Wortlauts und Rechtsdenkens eine abschließende Entscheidung zu treffen. Ergiebiger scheint vielmehr, die übrigen Sprachfassungen in die Analyse mit einzubeziehen.

⁶⁸² So verneinten etwa viele sozialistische oder kommunistische Systeme das Privateigentum an Produktionsmitteln, *Palyi*, *Der Kommunismus, sein Wesen – sein Ziel – seine Wirtschaft* (2012), 36f.

⁶⁸³ Das Eigentum spielt etwa regelmäßig im Strafrecht bei den Delikten gegen fremdes Vermögen eine Rolle. Für Österreich etwa § 135 StGB.

⁶⁸⁴ Für Österreich: Art. 5 StGG; Für Deutschland: Art. 14 GG.

⁶⁸⁵ Schlussanträge GA *Capotorti*, Rs. C-44/79, *Hauer/Land Rheinland-Pfalz*, Slg. 1979, I-3727, 3759, Rz. 7.

(ii) Die Auslegung des französischen und italienischen AEUV-Wortlauts

Da der französische und italienische Vertragstext einige Gemeinsamkeiten teilen, werden sie an dieser Stelle gemeinsam behandelt.

Im Französischen bzw. Italienischen finden sich für "Eigentumsordnung" die Formulierungen "*le régime de la propriété*" bzw. "*il regime di proprietà*". Damit knüpfen augenscheinlich beide Vertragsversionen an einen extensiv zu verstehenden Terminus an. Der Begriff "*régime*", stellt im Rechtsfranzösischen auf die Summe bzw. Gesamtheit von Gesetzen und Maßnahmen ab.⁶⁸⁶ Spricht der AEUV daher vom "*régime de la propriété*", ist die Summe der Normen zur Eigentumsthematik impliziert. Ähnlich verhält es sich bei Durchsicht der italienischen Fassung. Im italienischen Text findet sich "*regime di proprietà*". "*Regime*" ist ein terminus technicus und bezeichnet alle, eine konkrete Rechtsmaterie betreffenden Vorschriften.⁶⁸⁷ Auch im Italienischen schließt man daher unter "Eigentumsordnung" grundsätzlich alle Normen zum Eigentum ein.

Diese, auf den bloßen Wortlaut abstellende Auslegung, lässt allerdings Charakteristika französischen und italienischen Rechtsdenkens außer Acht. Französisch- und italienischsprachige Rechtswissenschaftler gehen davon aus, dass in einem Staat mindestens zwei unterschiedliche "*régime de la propriété*" bzw. "*regime di proprietà*" nebeneinander existieren. Neben einem öffentlichen System, existiert stets auch ein privates, sowie Formen gemischter Ausgestaltung. Die Eigentumsordnung wird im Französischen und Italienischen deswegen oft im Sinne einer Eigentumszuordnung, also als Entscheidung für ein öffentliches oder privates Eigentumssystem verstanden.⁶⁸⁸

Man kann hier zwar einwenden, dass die Unterscheidung in öffentliches und privates Eigentum allen Rechtsordnungen, ergo auch den deutschsprachigen immanent ist. Die Besonderheit liegt jedoch darin, dass die französische und italienische Rechtslehre dem Begriff "Eigentumsordnung" bereits eine Einschränkung auf eines der beiden Schemata zu Grunde legen.

Da die Auslegung in dieser Phase an den nationalen Wortgehalt anknüpft, sind regionale Besonderheiten entsprechend zu würdigen. Die Betrachtung der französischen und

⁶⁸⁶ Köbler, Rechtsfranzösisch : deutsch-französisches und französisch-deutsches Rechtswörterbuch für jedermann (2013), 301.

⁶⁸⁷ Strambaci/Mariani, Vocabolario del diritto e dell'economia. Italiano-Tedesco (2009), 952.

⁶⁸⁸ Milczewski, Der grundrechtliche Schutz des Eigentums im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 25.

italienischen Vertragsausgabe zeigt, dass wohl die Tendenz besteht, den Begriff der Eigentumsordnung im Sinne einer Eigentumszuordnung in öffentliche oder private Trägerschaft zu verstehen.

(iii) Die Auslegung des niederländischen AEUV-Wortlauts

Blickt man die niederländische Fassung des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union durch, findet sich "Eigentumsordnung" als "*eigendomsrecht*" wieder. Die niederländische Rechtslehre versteht hierunter das Eigentumsrecht, also die mit der wirtschaftlichen Verfügungsmacht über das Eigentum zusammenhängende Regelungssumme.⁶⁸⁹

Die Verwendung des Begriffs "*eigendomsrecht*" steht im Widerspruch zu den bisherigen Ergebnissen. Er stellt nicht, wie die bisherigen Sprachfassungen, auf die Eigentumszuordnung ab, sondern auf das (umfassende) Eigentumsrecht.

(iv) Die Auslegung des englischen AEUV-Wortlauts

Zu Letzt ist die nähere Betrachtung der englischen AEUV-Fassung geboten. Artikel 345 AEUV spricht davon, dass "*The Treaties shall in no way prejudice the rules in Member States governing the system of property ownership.*" "Eigentumsordnung" wurde mit "*system of property ownership*" übersetzt.

Der in Artikel 345 AEUV enthaltene Teilausdruck "*property ownership*" ist wohl richtigerweise als Eigentumsverhältnisse zu übersetzen. Eine derartige Translation lässt sich unter Heranziehung von Dokumenten des europäischen Parlaments bestätigen.⁶⁹⁰ Spricht Artikel 345 AEUV daher vom "*system of property ownership*", stellt er auf die Organisation bzw. Ausgestaltung der Eigentumsverhältnisse ab. Ein derartiges Wortverständnis begünstigt somit auch im Englischen eine restriktive Lesart des Tatbestands.

⁶⁸⁹ Langendorf, Wörterbuch der deutschen und niederländischen Rechtssprache: Teil 1 Niederländisch-Deutsch (1996), 98.

⁶⁹⁰ Entschließung des Europäischen Parlaments vom 4. Februar 2009 zu 2050: Die Zukunft beginnt heute - Empfehlungen für eine künftige integrierte EU-Klimaschutzpolitik, 2008/2105 (INI), 10.

Die Eigentumsverhältnisse unterscheiden sich in den einzelnen Staaten insbesondere im Hinblick auf den Umfang staatlicher Wirtschaftstätigkeit.⁶⁹¹ "Eigentumsordnung" meint wohl auch nach dem englischen Text Eigentumszuordnung.

(v) "Eigentumsordnung" in den unterschiedlichen Sprachausgaben des AEUV

Die bislang gemachten Ausführungen, befürworten die "Eigentumsordnung" des Artikels 345 AEUV als "Eigentumszuordnung" aufzufassen. Die Mehrzahl der einzelnen Fassungen deckt dieses Interpretationsergebnis.

Der unionsrechtliche Auslegungskanon verbietet es jedoch, einerseits bei widersprüchlichen Interpretationsergebnissen zum Wortlaut an das Gros der Ergebnisse anzuknüpfen, andererseits auf Basis von Grammatikargumenten definitive Resultate abzuleiten. Außerdem kommt hinzu, dass noch immer keine Ergründung der unionsautonomen Semantik erfolgte. Die vorangegangenen Abschnitte berücksichtigten vielmehr stets auch nationales Begriffsverständnis. Um eine emanzipierte europarechtliche Bedeutung zu gewinnen, sind deswegen die ebenfalls "artverwandten" Bestimmungen des EAGV und EGKSV in die Untersuchung mit einzubeziehen. Erst die Gesamtheit all dieser einzelnen Argumente, gestattet die Eingrenzung eines unionsautonomen Fachausdrucks.

(b) "Eigentumsordnung" in den Sprachversionen des EGKSV und EURATOM-Vertrags

Da sowohl der EURATOM- als auch der EGKS-Vertrag Artikel 345 AEUV ähnliche Bestimmungen enthalten, werden auch diese zur Gewinnung unionsautonomer Semantik in die Durchsicht mit einbezogen. Ex-Artikel 83 EGKSV diente Ex-Artikel 222 EWGV (Artikel 345 AEUV) als Vorbild, weshalb mit der Darstellung dieser Bestimmung begonnen wird.

⁶⁹¹ Deutsche Bank Research, Daseinsvorsorge – Alibi für staatliche Wirtschaftstätigkeit? (2003), 1, (3ff), online abrufbar unter: <https://www.dbresearch.com/PROD/DBR_INTERNET_DE-PROD/PROD0000000000064864/Daseinsvorsorge+-+Alibi+f%C3%BCr+staatliche+Wirtschaftst%C3%A4tigkeit%3F.PDF> (17.06.2017).

(i) "Eigentumsordnung" im Kontext des EGKSV

Die Beschäftigung mit dem EGKSV beschränkt sich auf die französische Sprachfassung, da gemäß Ex-Artikel 100 EGKSV nur diese verbindlich ist. Zum besseren Verständnis werden aber deutsche Übersetzungen zur Rate gezogen.

*„L'institution de la Communauté ne préjuge en rien le régime de propriété des entreprises soumises aux dispositions du présent Traité. (Hervorhebung durch den Verfasser)“*⁶⁹²

Die amtliche Übersetzung ins Deutsche liest sich folgendermaßen:

*„Die Einrichtung der Gemeinschaft berührt in keiner Weise die **Ordnung des Eigentums an den Unternehmen**, für welche die Bestimmungen dieses Vertrags gelten. (Hervorhebung durch den Verfasser)“*

Aufgrund dessen Verbindlichkeit ist primär an die französische Version anzuknüpfen. Das "Eigentumsordnung" des AEUV (EWGV) findet sich im EGKS-Vertrag in der französischen Formulierung "*le régime de propriété des entreprises*" wieder. *Milczewski* leitet aus der französischen Formulierung ab, dass die Gesamtheit der Regelungen zum Eigentum an Unternehmen der Gemeinschaftskompetenz entzogen ist. Diese, sehr weite, Wortauslegung schränkt sie aber wenig später durch Rückgriff auf systematische Argumente und den deutschen Wortlaut wieder ein.⁶⁹³

Zu vertreten ist allerdings auch ein anderer Argumentationsstrang. Da Ex-Artikel 83 EGKSV an "*regime*" und nicht an "*droit*" anknüpft, bezieht sich die französische Version ausdrücklich auf die Eigentumsordnung und nicht das Eigentumsrecht. Der deutsche Vertragstext belegt dies. Da gemäß Ex-Artikel 83 EGKSV die Eigentumsordnung an den Unternehmen unberührt bleiben soll, ergibt sich überdies bereits aus dem Wortlaut, dass der Vertrag mindestens zwei unterschiedliche Eigentumsordnungen – eine öffentliche sowie eine private – kennen muss.⁶⁹⁴

⁶⁹² Art. 91 EAGV.

⁶⁹³ *Milczewski*, Der grundrechtliche Schutz des Eigentums im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 17.

⁶⁹⁴ *Riegel*, Das Eigentum im europäischen Recht (1975), 82.

Im Ergebnis bleibt damit zu sagen, dass offensichtlich auch Ex-Artikel 83 EGKSV unter der "Ordnung des Eigentums" (=der Eigentumsordnung) die Eigentumszuordnung in die öffentliche oder private Trägerschaft meint. Die Verwendung des Begriffs "*regime*" und nicht "*droit*" im Französischen, sowie die sinngemäße Auslegung der Vorschrift legen diese Schlussfolgerung nahe.

(ii) "Eigentumsordnung" im Kontext des EURATOM-Vertrags

Der EURATOM-Vertrag widmet, im Gegensatz zu AEUV (EWGV) und EGKSV, dem Eigentum ein ganzes Vertragskapitel (Kapitel Acht). Artikel 86 des Vertrags ordnet an, dass alle spaltbaren Stoffe in den Mitgliedstaaten im Eigentum der Gemeinschaft stehen. Artikel 87 gewährt den Besitzern - als Ersatz - ein grundsätzlich umfassendes Nutzungsrecht, Artikel 89 eine Quasi-Entschädigung.⁶⁹⁵ In diesem Regelungsgewebe findet sich Artikel 91 EURATOM-Vertrag wieder.

Da der Vertragstext nach Artikel 225 EURATOM-Vertrag in Deutsch, Französisch, Italienisch und Niederländisch abgefasst und in allen Sprachen gleichermaßen verbindlich ist, sind auch alle Editionen in die Beurteilung mit einzubeziehen. Der englische Wortlaut ergänzt wieder die Darstellung.

*„Die **Ordnung des Eigentums** an den Gegenständen, Stoffen und Vermögenswerten, an denen kein **Eigentumsrecht** der Gemeinschaft aufgrund dieses Kapitels besteht, richtet sich nach dem Recht der einzelnen Mitgliedstaaten. (Hervorhebung durch den Verfasser)“⁶⁹⁶*

Die erste Annäherung an den Wortlaut des Artikels 91 EURATOM-Vertrag zeigt, dass der Europäische Gesetzgeber strikt zwischen "*der Ordnung des Eigentums*" und dem "*Eigentumsrecht*" unterscheidet. Die Auswahl der Termini spiegelt diese bewusste rechtliche Differenzierung wieder, wobei die Überschrift zu Kapitel Acht schlicht vom "*Eigentum*" spricht.

⁶⁹⁵ Müller-Michaels, Grundrechtlicher Eigentumsschutz in der Europäischen Union (1997), 35.

⁶⁹⁶ Art. 91 EAGV.

Artikel 91 EAGV bedient sich dreier, dem Wortlaut nach scheinbar gleicher, dem Sinn nach aber unterschiedlicher Begriffe. Die Struktur des Artikels legt nahe, "Eigentumsordnung", "Eigentumsrecht" und "Eigentum" strikt auseinanderzuhalten.

So ist unter dem Eigentumsrecht das absolute Recht eines Rechtssubjekts zu verstehen, mit einer Sache so zu verfahren wie es ihm zusagt. Es steht insbesondere die Möglichkeit offen, jeden anderen von der Nutzung der Sache auszuschließen oder zuzulassen.⁶⁹⁷ Das Eigentumsrecht als Bündel von Herrschaftsrechten ist damit richtigerweise umfänglicher als die Eigentumsordnung, da "Eigentumsordnung" – wie oben gezeigt⁶⁹⁸ – die praktische Ausgestaltung des Verhältnisses privaten und öffentlichen Eigentums meint.

Die Struktur des Kapitels Acht EURATOM-Vertrag und der Wortlaut der Bestimmung regen an, den Begriff der Eigentumsordnung restriktiver zu interpretieren, als jenen des absoluten und uneingeschränkten Eigentumsrechts.

Der französische Vertragstext verwendet in Artikel 91 EURATOM-Vertrag für "Eigentumsordnung" "*régime de propriété*" und "*droit de propriété*" für "Eigentumsrecht". Der Text achtet damit, die dem Rechtsfranzösischen immanente Unterscheidung in "*regime*" und "*droit*". "*Regime*" ist die Summe der Normen zu einer Materie; in diesem Fall zum Eigentum. "*Droit*" stellt hingegen auf ein subjektives Recht ab, womit es sich klar von "*régime*" abgrenzt.⁶⁹⁹

Ähnlich verhält es sich mit dem italienischen Vertragstext. Auch hier ist zwischen "*regime di proprietà*" und "*diritto di proprietà*" zu differenzieren, womit stets die Unterscheidung zwischen Normensumme und subjektivem Recht zu beachten ist. Die zur französischen Formulierung gemachten Ausführungen gelten sinngemäß.

Außerdem ist nochmals in Erinnerung zu rufen, dass die Termini "*régime de propriété*" bzw. "*regime di proprietà*" im Französischen bzw. Italienischen stets Eigentumszuordnung meinen.⁷⁰⁰

Komplizierter gestaltet sich hingegen der niederländische Wortlaut. Während der deutsche Text von der Eigentumsordnung spricht, findet sich im niederländischen Vertrag bloß "*eigendomsrecht*". "Eigentumsrecht" wurde treffenderweise als "*eigendom*" übersetzt.

⁶⁹⁷ Riegel, Das Eigentum im europäischen Recht (1975), 16ff.

⁶⁹⁸ Siehe hierzu die Ausführungen auf Seite 180.

⁶⁹⁹ Köbler, Rechtsfranzösisch : deutsch-französisches und französisch-deutsches Rechtswörterbuch für jedermann, 221 und 301.

⁷⁰⁰ Siehe hierzu die Ausführungen auf Seite 181.

Problematisch ist, dass die richtige Übersetzung sowohl für "*eigendomsrecht*" als auch "*eigendom*" im deutschen "Eigentumsrecht" liegt.⁷⁰¹

In der niederländischen Formulierung fehlt damit ein, dem deutschen "Eigentumsordnung" ähnlicher, Wortlaut. Es wird hier bloß an das "Eigentumsrecht" angeknüpft.

Die englische EAGV-Bestimmung lässt eine rigorose sprachliche Unterscheidung zwischen der Ordnung des Eigentums und dem Eigentumsrecht vermissen.

„The system of ownership applicable to all objects, materials and assets which are not vested in the Community under this Chapter shall be determined by the law of each Member State.“

Auch der englische Wortlaut zielt aber darauf ab, die Eigentumsordnung ("*system of ownership*") anderen Fällen entgegenzuhalten. Weitere Schlüsse sind auf Basis der englischen Formulierung aber nicht ableitbar.

Die Auswertung des EURATOM-Vertrags in all seinen unterschiedlichen Sprachfassungen hat ergeben, dass in Artikel 345 AEUV der Ausdruck "Eigentumsordnung" bewusst gewählt wurde. Er ist von anderen Termini, wie bspw. jenem des Eigentumsrechts, strikt auseinanderzuhalten.

Die unterschiedliche Bedeutung und Reichweite des in Artikel 91 EURATOM-Vertrag enthaltenen Begriffspaares „Eigentumsordnung“ und „Eigentumsrecht“ spricht dafür, den Ausdruck „Eigentumsordnung“ restriktiver auszulegen.

- (c) Zusammenfassung der Wortinterpretation der Tatbestandsseite ("Eigentumsordnung")

Der vorangegangene Textabschnitt widmete sich der Wortinterpretation des Tatbestands des Artikels 345 AEUV. Auszulegen galt es den Begriff der Eigentumsordnung. Hierzu wurde einerseits an Artikel 345 AEUV, andererseits an "artverwandte Vorschriften" des EURATOM-Vertrags und EGKSV (Artikel 91 EURATOM-Vertrag und Ex-Artikel 83

⁷⁰¹ Langendorf, Wörterbuch der deutschen und niederländischen Rechtssprache: Teil 1 Niederländisch-Deutsch, 98.

EGKSV) angeknüpft. Die Analyse berücksichtigte möglichst viele Sprachversionen, um eine Verfälschung der Interpretationsergebnisse durch nationale Rechtscharakteristika hintanzuhalten.

Die Analyse des AEUV, EURATOM-Vertrag und EGKSV erlaubte eine Annäherung an den unionsautonomen Gehalt des Ausdrucks "Eigentumsordnung". Die Untersuchung zeigte, dass "Eigentumsordnung" bewusst gewählt ist und von anderen Begrifflichkeiten, wie bspw. jenem des Eigentumsrechts, auseinanderzuhalten ist.

"Eigentumsordnung" ist richtigerweise als "Eigentumszuordnung" aufzufassen. Der Großteil der Sprachausgaben des AEUV sowie die Bestimmungen des EURATOM-Vertrags und EGKSV decken dieses Ergebnis, womit eine unionsautonome Auslegung gegeben scheint. Dieses Ergebnis hat zur Folge, dass der Europäischen Union nach Artikel 345 AEUV die Ausgestaltung der nationalen Eigentumskonzeption – gemeint ist die Bestimmung des Verhältnisses öffentlichen und privaten Eigentums – entzogen ist. Die Rechtssache *Parke, Davis & Co.* bestätigt dieses Auslegungsergebnis. So hält das Judikat fest, dass Artikel 345 AEUV (Ex-Artikel 222 EWGV) den Mitgliedstaaten die Möglichkeit eröffnet, frei zwischen Systemen privaten und öffentlichen Eigentums zu wählen. Die Höchstrichter hielten allerdings im selben Atemzug fest, dass es dem Gemeinschaftsrecht obliegt, dieses Recht in gewissen Fällen einzugrenzen.⁷⁰²

Eine extensive Auslegung, die der Union den gesamten Eigentumskomplex entzieht, findet im Rahmen der Wortinterpretation bislang aber keinen Halt. Im Hinblick auf die neue Unionskompetenz für ADI hat das bislang Gesagte zur Folge, dass die Union nicht das mitgliedstaatliche Enteignungsrecht beschneiden darf. Die Normierung der Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen von Enteignungen durch die Europäische Union in ISA ist nach derzeitigem Wissenstand zwar zulässig, bedarf aber noch einer näheren Untersuchung.⁷⁰³

4.3.2 Die Wortinterpretation der Rechtsfolgenseite ("unberührt")

⁷⁰² EuGH 29.02.1968, Rs. C-24/67, *Parke, Davis & Co./Probel u.a.*, Slg. 1968, I-81, 98.

⁷⁰³ Siehe hierzu die Ausführungen auf Seite 255f.

Nach der Auslegung des Tatbestands, gilt das Interesse nun der Rechtsfolgenseite. Artikel 345 AEUV schreibt vor, die Eigentumsordnung der Mitgliedstaaten *unberührt zu lassen*. Ergebnisse hierzu sollen auch im Rahmen dieses Abschnitts, unter Anknüpfung an die unterschiedlichen Sprachfassungen des AEUV bzw. EURATOM-Vertrag und EGKSV, gewonnen werden. Da nicht alle verbindlichen AEUV-Sprachen in die Untersuchung mit einbezogen werden können, sind wieder die Sprachausgaben der EWG-Gründerstaaten, sowie die englische Fassung zu analysieren.

(a) Die Rechtsfolge in den Sprachversionen des AEUV

Es ist in der Folge der rechtliche Gehalt der Formulierung "*unberührt lassen*" zu ermitteln. Als deutsches Synonym kommt unter anderem "nicht tangieren" in Frage. Der Wortlaut stellt damit augenscheinlich darauf ab, jegliche Interaktion zwischen Unionsrecht und nationaler Eigentumsordnung, ungeachtet der tatsächlichen Reichweite des Tatbestands, zu unterbinden.⁷⁰⁴

Im Englischen liest sich der Artikel folgendermaßen: "*The Treaties shall in no way prejudice the rules in Member States governing the system of property ownership.*" Die Rechtsfolge wurde in der englischen Vertragsversion als "*shall in no way prejudice*" übersetzt. Das Verb "prejudice" ist am ehesten als beeinträchtigen oder beeinflussen zu übersetzen,⁷⁰⁵ wobei mit "prejudice" auch die Beeinträchtigung oder Störung der Rechte eines Dritten gemeint sein kann.⁷⁰⁶ Bei der Revision der englischen Fassung sticht überdies die Formulierung "*in no way*" ins Auge. Dieses verstärkende Wortpartikel, am ehesten als "keineswegs" zu erfassen,⁷⁰⁷ fehlt im deutschen AEU-Vertragstext. Es werden daher die weiteren Sprachausgaben insbesondere dahingehend begutachtet, ob sie die Rechtsfolge gesondert hervorheben oder nicht.

Der französische und italienische Text folgen dem weiteren englischsprachigen Ansatz. So heißt es im Französischen zur Frage der Rechtsfolge "*ne préjugent en rien*". Es kommt zum Ausdruck, dass die Eigentumsordnung der Mitgliedstaaten keineswegs beeinträchtigt

⁷⁰⁴ Da keine genuin rechtswissenschaftliche Bedeutung existiert, ist auf den gewöhnlichen Sprachgebrauch abzustellen.

⁷⁰⁵ Köbler, Rechtsenglisch: englisch-deutsches und deutsch-englisches Rechtswörterbuch für jedermann (2011), 439.

⁷⁰⁶ Garner, Black's Law Dictionary (2014), 1218.

⁷⁰⁷ Da keine genuin rechtswissenschaftliche Bedeutung existiert ist auf den gewöhnlichen Sprachgebrauch abzustellen.

werden darf.⁷⁰⁸ Im Italienischen, wo Artikel 345 AEUV "*I trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri*" lautet, findet eine derartige Übersetzung ebenfalls Halt. Der italienische Text normiert, der Sprache verschieden, dem Inhalt aber gleich, genauso die Eigentumsordnung der Mitgliedstaaten vollständig unberührt zu lassen.⁷⁰⁹

Was den italienischen Wortlaut anbelangt, so offenbart sich bei näherer Betrachtung eine weitere Besonderheit. In der Bestimmung heißt es, dass die *existierende* Eigentumsordnung ("*proprietà esistente*")⁷¹⁰ unberührt zu lassen ist. Diese stilistische Eigentümlichkeit lässt sich nur im Italienischen ausmachen. Den anderen AEUV-Ausgaben ist ein derartiger Verweis fremd. Welche Konsequenzen sich hieraus ergeben, ist im Anschluss gesondert aufzuzeigen.

Die niederländische Variante liest sich dagegen – dem deutschen Modell ähnlich – weitaus knapper. "*De Verdragen laten de regeling van het eigendomsrecht in de lidstaten onverlet*" entspricht geradezu spiegelbildlich dem deutschen Text. Das niederländische "*onverlet*" kommt den deutschen Begriffen "intakt, ungehindert" gleich.⁷¹¹ Auch hier spricht der Vertrag lediglich davon, das "*eigendomsrecht*" unberührt zu lassen. Dass "*eigendomsrecht*" nicht dem deutschen "Eigentumsordnung", sondern "Eigentumsrecht" entspricht, ist bereits dargelegt worden.⁷¹² Verstärkende Wortpartikel, wie "keineswegs" oder "auf keine Art und Weise" fehlen auch in der niederländischen Sprachfassung.

(i) Die Schrankenfunktion des Artikels 345 AEUV

Interessanter als die reine Darlegung des Wortlauts, ist die Frage nach den damit einhergehenden Rechtsfolgen. Hierzu ist zu sagen, dass sich ein Großteil der Sprachfassungen bekräftigender Wortpartikel ("keineswegs") bedient, welche eine extensive Auslegung der Rechtsfolge des Artikels 345 AEUV zu präferieren scheinen. Die exakte Wechselwirkung zwischen Wortlaut und Rechtsfolge konnte aber an dieser Stelle noch nicht beurteilt werden.

⁷⁰⁸ Köbler, Rechtsfranzösisch: deutsch-französisches und französisch-deutsches Rechtswörterbuch für jedermann³, 288.

⁷⁰⁹ Strambaci/Mariani, Vocabolario: Italiano – Tedesco del diritto e dell'economia, 572 und 1163.

⁷¹⁰ Ebd., 451 und 908.

⁷¹¹ Langendorf, Wörterbuch der deutschen und niederländischen Rechtssprache: Teil 1 Niederländisch-Deutsch, 207.

⁷¹² Siehe hierzu die Ausführungen auf Seite 182.

Richtigerweise folgt aus dem Wortlaut der Rechtsfolgenanordnung, dass die Eigentumsordnung, ungeachtet ihrer tatbestandlichen Reichweite, europäischer Kompetenz entzogen ist. Artikel 345 AEUV steht unionsrechtlichen Harmonisierungsbestrebungen in dieser Hinsicht gleichsam als Schranke entgegen. Die Stellung der Norm im Kapitel über die allgemeinen Bestimmungen und Schlussbestimmungen (Siebter Teil des AEUV) verstärkt diese Annahme. Im siebten Teil des AEUV finden sich außer Artikel 345 AEUV noch weitere Schrankennormen. Die Rechtsfolge des Artikels 345 AEUV zieht hinsichtlich der nationalen Eigentumsordnung im Ergebnis die grundsätzliche Neutralität des AEUV, ungeachtet anderer Unionskompetenzen, nach sich.⁷¹³ Die Schrankennorm des Artikels 345 AEUV sperrt also Unionsaktivitäten auf dem Gebiet der Eigentumsordnung.

Schwieriger gestaltet sich dagegen die Frage, ob aus der Schrankenfunktion des Artikels 345 AEUV auch ein mitgliedstaatlicher Kompetenzvorbehalt folgt. Dies mag auf den ersten Blick zu bejahen sein, scheint bei näherer Beschäftigung aber komplizierter als gedacht. Bejaht man nämlich einen unbegrenzten mitgliedstaatlichen Vorbehalt, hätte dies zur Folge, dass die Europäische Union keineswegs befugt wäre auf den Bereich der nationalen Eigentumsordnung einzuwirken. Systematische Argumente, die an späterer Stelle noch genauer behandelt werden, lassen hieran jedoch Zweifel aufkommen.⁷¹⁴

- (ii) Die Rechtsfolge des Artikels 345 AEUV : Bloß deklaratorisch oder konstitutiv?

Neben der Schranken- und zumindest partiellen Vorbehaltsfunktion des Artikels 345 AEUV, ergibt sich direkt aus dem Wortlaut ein weiteres Charakteristikum. Da Ex-Artikel 222 EWGV stets in europäisches Primärrecht übernommen worden ist, kann wohl angenommen werden, dass die Eigentumsordnung der Mitgliedstaaten europarechtskonform ist. Die kontinuierliche Weiterführung der Norm ließe sich andernfalls nicht erklären. Der europäische Verfassungsgesetzgeber hätte sich, im Falle des Widerspruchs einer nationalen Eigentumsordnung mit Europarecht, vielmehr dafür

⁷¹³ *Bär-Bouyssiere* in *von der Groeben/Schwarze* (Hrsg.), Kommentar⁷, Art. 345 AEUV, Rz. 9.

⁷¹⁴ Siehe etwa Art. 50 Abs. 2 lit. e AEUV, wonach der Europäischen Union, in Verbindung mit anderen Bestimmungen, das Recht zusteht, Richtlinien zu erlassen, welche Unionsangehörigen den Erwerb von Grund und Boden in anderen Staaten ermöglichen.

entscheiden müssen, die Norm entweder nicht in den europäischen Vertragsbestand aufzunehmen oder den betreffenden Mitgliedstaat anzuhalten den Missstand zu beseitigen.

In der Lehre sind auf Basis des bisher Gesagten unterschiedlichste Ansichten zur Rechtsfolgenthematik auszumachen. *Stendardi* vertritt, dass sich die Rechtsfolge der Bestimmung in einer deklaratorischen Niederschrift erschöpft, womit er Artikel 345 (Ex-Artikel 222 EWGV) keinen weiteren Normgehalt zugestehen möchte. Die Vorschrift bringt laut *Stendardi* lediglich deklaratorisch zum Ausdruck, dass die Eigentumsordnung der Mitgliedstaaten im Einklang mit den europäischen Verträgen steht. Seine Rechtsauffassung stützt er auf den italienischen Wortlaut, der sich ausdrücklich auf die *bestehende* Eigentumsordnung bezieht.⁷¹⁵

Ein ähnlicher Argumentationsstrang findet sich bei *Pernice* wieder. Auch er möchte Artikel 345 AEUV keine weitere Bedeutung zumessen, womit das eigentumspolitische Verhältnis zwischen Mitgliedstaaten und Union im Ergebnis lediglich durch einzelne Artikel bestimmt sein soll.⁷¹⁶

Derartige Auslegungen sind im Ergebnis aber zu verneinen. Zum Einen ist der Rückgriff auf bloß eine amtliche Übersetzung des AEUV (bzw. Ex-EWGV) nicht geeignet nationale Besonderheiten hintanzuhalten, andererseits ist es so nicht durchführbar eine genuin europarechtliche Semantik zu erschließen. Die imperativ-anordnende Formulierung der Norm und ihre Stellung im AEU-Vertragsgefüge weist eher darauf hin, dass sie nicht von bloß deklaratorischer Natur sein kann.⁷¹⁷

Ein weiterer höchst interessanter Ansatz findet sich bei *von Brunn*. Dieser stellt zu Beginn fest, dass die EWG eine marktwirtschaftliche Wirtschaftsordnung skizziert. Hieraus folgert er, dass es den Mitgliedstaaten nicht offensteht Artikel 345 AEUV (Ex-Artikel 222 EWGV) beliebig auszulegen. Es ist insbesondere untersagt, die Freiheit der Eigentumszuordnung für umfassende, geradezu überschießende Verstaatlichungsmaßnahmen zu gebrauchen. Laut *von Brunn* führen Enteignungen des Privateigentums nämlich zur Beseitigung der Eigentumsordnung, nicht zu ihrem Schutz.⁷¹⁸ Ob es aber nun möglich ist, den Europäischen Verträgen ein derartiges Verständnis zu unterstellen, soll an dieser Stelle unberücksichtigt bleiben. Das Kapitel zur teleologischen

⁷¹⁵ *Stendardi*, Il diritto degli scambi internazionali (1963), 275ff.

⁷¹⁶ *Pernice*, Grundrechtsgehalte im Europäischen Gemeinschaftsrecht (1979), 181ff.

⁷¹⁷ *Milczewski*, Der grundrechtliche Schutz des Eigentums im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 28.

⁷¹⁸ *Von Brunn*, Die Verpflichtung der EWG-Staaten zur Wettbewerbswirtschaft (1965), 45ff.

Auslegung des Artikels 345 AEUV wird auf die hierzu aufgeworfene Frage noch genauer eingehen.⁷¹⁹

Im Ergebnis ist davon auszugehen, dass Artikel 345 AEUV nicht nur die bestehende, also zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses existierende, sondern auch die künftige mitgliedstaatliche Eigentumsordnung schützt. Die Bestimmung räumt infolgedessen den Mitgliedstaaten das Recht ein, die nationale Eigentumsordnung auch in Zukunft auszugestalten bzw. abzuändern.⁷²⁰

Die Bekräftigung der Rechtsfolge durch Nachdruck verleihende Termini scheint ein derartiges Auslegungsergebnis zu decken. Überdies steht es im Einklang mit europäischer Systematik, einen der Europäischen Union entzogenen Regelungsbereich folgerichtig den Mitgliedstaaten zuzuweisen.⁷²¹

Es bleibt schließlich festzuhalten, dass die Wortauslegung das mitgliedstaatliche Recht ergeben hat, künftige Änderungen der Eigentumsordnung – insbesondere auch Enteignungen – vorzunehmen. Ob dieses Recht, wie der Wortlaut nahe legt, schrankenlos gilt oder Einschränkungen unterworfen ist, kann auf Basis grammatischer Argumente nicht letztgültig beantwortet werden. Hierfür benötigt es eher der Miteinbeziehung teleologisch-systematischer Argumente.

(b) Die Rechtsfolge in den Sprachversionen des EAGV und EGKSV

Ob das bisherige Auslegungsergebnis zur Rechtsfolge haltbar ist, zeigt die Analyse der Bestimmungen des EAGV und EGKSV. Die Durchsicht der Vorläuferbestimmungen beginnt wieder mit Ex-Artikel 83 EGKSV. Dieser sieht vor, dass die Einrichtung der Gemeinschaft – gemeint ist die EAG – in keiner Weise die Ordnung des Eigentums an den Unternehmen, für welche die Bestimmungen des EAGV gelten, berührt. Was die Rechtsfolge anbelangt, so zeigt sich, dass auch Ex-Artikel 83 EGKSV die Eigentumsordnung nicht berührt. Zur Bedeutung von "unberührt lassen" ist auf die bereits

⁷¹⁹ Siehe hierzu die Ausführungen auf Seite 233.

⁷²⁰ Siehe: *Franken*, Die Verstaatlichung und ihre Vereinbarkeit mit dem EWG-Vertrag, 94 mit weiteren Verweisen.

⁷²¹ Ein derartiges Ergebnis steht auch in Einklang mit der begrenzten Einzelermächtigung des Art. 5 Abs. 2 EUV.

gemachten Ausführungen zu verweisen.⁷²² Der EGKSV bedient sich in der deutschen Fassung, im Vergleich zur AEUV-Textierung, aber der verstärkenden Partikel "in keiner Weise".

Die französische Ausgabe gebraucht, so wie auch jene des AEUV, die Wendung "*ne préjuge en rien*". Im Italienischen findet sich die Formulierung "*non pregiudica in alcun modo*". AEUV und EGKSV gleichen sich hinsichtlich des Französischen und Italienischen zwar nicht exakt im Wortlaut, inhaltliche Änderungen können hieraus aber nicht abgeleitet werden. Beide Textierungen enthalten im Ergebnis die Partikel "keineswegs". Der niederländische Text sieht für die Frage der Rechtsfolge vor, dass "*raakt in geen enkel opzicht (...) onderworpen*". Die Rechtsfolge ähnelt stark der deutschen Fassung, wenn sie vorsieht, dass das Eigentumsrecht in dieser Hinsicht nicht der Gemeinschaft unterworfen ist.⁷²³ Angesichts der geradezu identischen Ausformulierungen, kann auch hier auf die zu Artikel 345 AEUV gemachten Erläuterungen verwiesen werden.⁷²⁴

Zum Abschluss ist noch auf Artikel 91 EURATOM-Vertrag einzugehen um eventuell bestehende Missverständnisse hintanzuhalten. Die Vorschrift des EURATOM-Vertrags lässt eine Artikel 345 AEUV ähnliche Formulierung vermissen. Artikel 91 EURATOM-Vertrag sieht vor, dass die Ordnung des Eigentums an Gegenständen, Stoffen und Vermögenswerten, an denen kein Eigentumsrecht der Gemeinschaft aufgrund dieses Kapitels besteht, nach dem einzelstaatlichen Recht zu beurteilen ist. Damit sind die Mitgliedstaaten - vereinfacht gesagt – ermächtigt, Maßnahmen zur Eigentumsordnung an nicht "vergemeinschafteten Stoffen" zu erlassen. Da die Rechtsfolgenanordnung des Artikels 91 EURATOM-Vertrag von jener des Artikels 345 AEUV wesentlich abweicht, kann hier auf eine tiefere Ausführung verzichtet werden.

Aus Artikel 91 EURATOM-Vertrag lassen sich, ungeachtet grammatikalischer Unterschiede, trotzdem Ergebnisse zur Auslegung des Artikels 345 AEUV abstrahieren. Die Bestimmung normiert das ausdrückliche Recht der Mitgliedstaaten zum Erlass gesetzgeberischer Maßnahmen. Man ist daher versucht, dieses legislative Recht – auf Basis systematisch-teleologischer Überlegungen – auf Artikel 345 AEUV umzumünzen. Dieses Gedankenkonstrukt hätte zur Folge, dass die Rechtsfolge des Artikels 345 AEUV das

⁷²² Siehe hierzu die Ausführungen auf Seite 189.

⁷²³ Langendorf, Wörterbuch der deutschen und niederländischen Rechtssprache: Teil 1 Niederländisch-Deutsch, 198 und 217.

⁷²⁴ Siehe hierzu die Ausführungen auf Seite 189.

mitgliedstaatliche Recht zum Erlass von Gesetzesmaßnahmen festigt. Die Vorbehaltsfunktion des Artikels 345 AEUV wäre insoweit einzementiert.⁷²⁵

- (c) Zusammenfassung der Wortinterpretation der Rechtsfolgenseite ("unberührt lassen")

Der vorangegangene Textabschnitt versuchte die Rechtsfolgenseite der Bestimmungen zur Eigentumsneutralität in AEUV sowie EURATOM-Vertrag und EGKSV zu beleuchten. Es zeigte sich, dass Artikel 345 AEUV mehrere Funktionen zukommen. Die Bestimmung sperrt einerseits die Eigentumsordnung der MS für Maßnahmen der Union, andererseits behält Artikel 345 AEUV den Mitgliedstaaten das Recht vor ihre Eigentumsordnung durch nationale Maßnahmen autonom auszugestalten. Eine Einschränkung dieses Rechts ist auf Basis grammatikalischer Argumente nicht erkennbar, wobei eine derart extensive Auslegung noch systematisch-teleologischen Überlegungen standzuhalten hat.

4.3.3 Die Ergebnisse der grammatischen Auslegung des Artikels 345 AEUV

An dieser Stelle sind noch einmal die wichtigsten Resultate zur Wortinterpretation des Artikels 345 AEUV zu verschriftlichen. Die grammatische Interpretation verfolgte einen zweigliedrigen, in Tatbestand und Rechtsfolge unterteilten Ansatz.

Die Untersuchung begann mit der Eruierung des Terminus "Eigentumsordnung" als elementarem Tatbestandsmerkmal. Es stellte sich hierbei heraus, dass die Begrifflichkeit bewusst gewählt ist und von den verwandten Bezeichnungen "Eigentum" und "Eigentumsrecht" auseinander zu halten ist. "Eigentumsordnung" ist richtigerweise enger zu verstehen als das absolute und unbeschränkte Eigentumsrecht. Es verwundert daher auch nicht, dass es sachgemäß scheint, "Eigentumsordnung" im Sinne des Rechts auf eine autonome Eigentumszuordnung zu begreifen. Der EuGH deckt in seiner Rechtsprechung dieses Ergebnis. Letztlich bleibt zu sagen, dass die "Eigentumsordnung" des Artikels 345

⁷²⁵ *Burghardt*, Die Eigentumsordnungen in den Mitgliedstaaten und der EWG-Vertrag, 69f.

AEUV das Recht der Staaten umfasst, den Anteil privater und öffentlicher Wirtschaftstätigkeit selbständig zu bestimmen.

Bei der Durchsicht der Rechtsfolgenanordnung galt die Aufmerksamkeit der Redewendung "unberührt lassen". Verstärkende Wortpartikel in vielen Sprachversionen des AEUV und EGKSV legen den Schluss nahe, eine extensive Auslegung zu präferieren. Aus der textlichen Anordnung ist jedenfalls abzuleiten, dass die Eigentumsordnung der Mitgliedstaaten im Einklang mit Unionsrecht steht. Der Wortlaut scheint außerdem darauf abzielen, Angelegenheiten der Eigentumsordnung generell und uneingeschränkt den Mitgliedstaaten vorzubehalten.

Die grammatische Auslegung konnte die bisher erzielten Interpretationsargumente ergänzen und so den Anwendungsbereich des Artikels 345 AEUV weiter eingrenzen. Die bislang eruierten Resultate sind in weiterer Folge um Argumente der übrigen Interpretationsmethoden zu ergänzen so, dass eine abschließende Beurteilung möglich wird. An dieser Stelle soll noch einmal hervorgehoben werden, dass grammatikalische Auslegungsargumente, im Einklang mit den Regeln unionsrechtlicher Methodik, der Bestätigung durch systematisch-teleologische Argumente bedürfen.

4.4 Die systematische Auslegung (systematische Interpretation) des Artikels 345 AEUV

Mit Hilfe eines systematisch-interpretierenden Ansatzes sollen weitere Ergebnisse zum Normgehalt des Artikels 345 AEUV gewonnen werden. Der EuGH hob bereits in den ersten Jahren seiner Rechtsprechungstätigkeit, die Relevanz der systematischen Arbeitsweise zur Erlangung von Auslegungsergebnissen bei völkerrechtlichen Verträgen hervor.⁷²⁶ Dieser höchstgerichtlichen Arbeitsmaxime folgend, gilt es nun die Stellung der Norm innerhalb des Vertragswerks und in Relation zu anderen wesentlichen Vertragsvorschriften zu analysieren.

⁷²⁶ EuGH 05.02.1963, Rs. C-26/62, *Van Gend en Loos/ Administratie der Belastingen*, Slg. 1963, I-3, 24.

Die Ausführungen zur Systematik beginnen mit einer ersten Auswertung der Stellung des Artikels 345 AEUV im AEU-Vertragskorpus. Im Zuge dessen, ist beabsichtigt die Norm auch ähnlich positionierten Vorschriften gegenüberzustellen, umso fundierte Ergebnisse zur Position des Artikels gewinnen zu können (*Abschnitt 1*).

Im Anschluss hieran erfolgt die Gegenüberstellung des Artikels 345 AEUV zu anderen Vorbehaltsnormen des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union. In einem ersten Schritt wird deswegen die Rechtsnatur des Artikels 345 AEUV geklärt, ehe dann zur Veranschaulichung die Ausnahmebestimmung des Artikels 346 AEUV und die Vorbehalte europäischer Grundfreiheiten untersucht werden (*Abschnitt 2*).

Hernach erfolgt die eigentliche Kernuntersuchung. Artikel 345 AEUV wird anderen bedeutenden AEUV-Wirtschaftsbestimmungen gegenübergestellt, um den Anwendungsbereich der Norm akkurater eruieren zu können. Da Artikel 345 AEUV nicht mit allen europäischen Wirtschaftsnormen verglichen werden kann, ist vorab das wirtschaftliche Fundament der EU – ihre "Wirtschaftsverfassung" – zu bestimmen.

Dieses ermittelte Substrat an Primärrechtsnormen ist in der Folge Gegenstand intensiver Untersuchungen. Das Forschungsinteresse dient hierbei der Wechselwirkung und gegenseitigen Beschneidung der Vorschriften der europäischen „Wirtschaftsverfassung“ und des Artikels 345 AEUV (*Abschnitt 3*).

Da die systematische Deutung das weitreichendste Feld der Interpretationsarbeit bildet, gibt ein abschließender Textpassus die wichtigsten Arbeitsergebnisse übersichtlich und konzise wieder (*Abschnitt 4*).

4.4.1 Artikel 345 AEUV und seine Stellung im Vertragskorpus

Der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union besteht aus insgesamt 358 Artikeln, die in sieben Teilen zusammengefasst sind. Die einzelnen Teile sind, wo erforderlich, weitergehend in Titel, Kapitel und Abschnitte untergliedert. Artikel 345 AEUV findet sich in Teil Sieben, der allgemeine Regelungen und Schlussbestimmungen beinhaltet wieder. Er kennt keine Abstufungen in Titel oder Kapitel und beheimatet die Artikel 335 bis 358 AEUV. Die Überschrift des Artikels 345 AEUV erschöpft sich im vagen Ausdruck "Eigentumsordnung".

Die Norm sieht sich mit einer Vielzahl inhaltlich unterschiedlichster Bestimmungen zusammengewürfelt. So finden sich in Teil Sieben grundlegende Aussagen zur Funktionsfähigkeit der Europäischen Union, wie der Rechts- und Geschäftsfähigkeit, der Haftungsfrage oder den Vorrechten und Befreiungen.⁷²⁷

Auch elementare Anordnungen zur Ausgestaltung der Unionsorgane lassen sich in Teil Sieben ausmachen. Die Frage des Amtssitzes der Organe ist genauso Thema wie jene der Amtssprachen.⁷²⁸ Daneben finden sich gleichermaßen Grundsatzbestimmungen zu den Bediensteten der Europäischen Union. Artikel 336 AEUV behandelt das Beamtenstatut und die Beschäftigungsbedingungen, 339 AEUV ordnet das Berufsgeheimnis europäischer Bediensteter an und Artikel 340 Absatz 2 AEUV normiert die persönliche Haftung der Bediensteten gegenüber der EU. Neben Grundaussagen zur Funktionsweise der Europäischen Union, ihrer Organe sowie ihrer Bediensteten, enthält Teil Sieben des AEUV gleichfalls Normen zum Binnenmarkt. Die Artikel 347f AEUV zielen darauf ab, auch bei schwerwiegenden innerstaatlichen Störungen der öffentlichen Ordnung oder ähnlicher Gefahrenmomente, das reibungslose Funktionieren des Binnenmarkts zu gewährleisten.

Auch die - allen völkerrechtlichen Verträgen immanenten - Schlussbestimmungen finden sich in Teil Sieben wieder. Die Anwendung des Vertrags ist hier genauso Gegenstand der Erörterung, wie Anwendungsdauer und Ratifizierung.⁷²⁹

Es zeigt sich insgesamt, dass Artikel 345 AEUV einer Gruppe grundlegender Bestimmungen des AEUV angehört. Diese unterscheiden sich zwar im Hinblick auf ihre Regelungsmaterie, für die Anwendung des Vertrags kommt ihnen jedoch allen fundamentale Bedeutung zu. Die Artikel des siebten Teils regeln wichtige Unionsrechtsmaterien wie den räumlichen Geltungsbereich oder die Geltungsdauer.⁷³⁰

Die Eingliederung des Artikels 345 AEUV in diesen Teil des AEUV betont die Wichtigkeit der Bestimmung und hebt seine umfassende Anwendbarkeit hervor. Knüpft man bloß an die Stellung innerhalb des Vertrags an, scheint eine extensive umfassende Interpretation des Anwendungsbereichs geboten. Dieses erste Ergebnis bedarf im Zuge einer umfassenden systematischen Betrachtung aber erst der Bestätigung.

⁷²⁷ Art. 335 AEUV; Art. 340 AEUV und Art. 343 AEUV.

⁷²⁸ Art. 341f AEUV.

⁷²⁹ Art. 353ff AEUV.

⁷³⁰ *Hellmann*, Der Vertrag von Lissabon: Vom Verfassungsvertrag zur Änderung der bestehenden Verträge – Einführung mit Synopse und Übersichten (2009), 31.

4.4.2 Die Kompetenzschränken des AEUV

Der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union regelt vorwiegend die der Europäischen Union übertragenen Zuständigkeiten. Dahingehend normiert bereits Artikel 1 Absatz 1 AEUV, dass der Vertrag die Arbeitsweise der Union regelt und die Bereiche, die Abgrenzung und Einzelheiten der Ausübung europäischer Zuständigkeiten festlegen.

Aus dieser Regelungsabsicht und der Natur der Sache ergibt sich, dass die europäischen Verträge auf die Integration der nationalen Volkswirtschaften abzielen. Beim Studium der Vorschriften zeigt sich, dass Bestimmungen wie Artikel 345 AEUV, die der Union Kompetenzen ausdrücklich verwehren, im Vertrag die Ausnahmeerscheinung darstellen.

(a) Die Rechtsnatur des Artikels 345 AEUV

Der Schutz des Eigentums findet sich in unterschiedlicher Ausgestaltung in mehreren Europarechtvorschriften wieder. Neben Artikel 345 AEUV, sind Artikel 17 der Europäischen Grundrechtecharta und Artikel 1 des ersten Zusatzprotokolls zur EMRK anzuführen, wobei diese an geeigneter Stelle noch gesondert behandelt werden. Aus Gründen der Abgrenzung und korrekten Ausarbeitung der Normsystematik, interessiert erst die Rechtsnatur des Artikels 345 AEUV.

Artikel 4 Absatz 1 und 5 Absatz 2 EUV normieren das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung. Die Kompetenz-Kompetenz verbleibt damit auch "nach Lissabon" bei den Mitgliedstaaten, die infolgedessen die Herren der Verträge bleiben. Sind die Organe der Europäischen Union durch Primärrecht oder die *implied powers* - Lehre nicht zur Rechtsetzung ermächtigt worden, verbleibt eine Rechtsmaterie im Regelungsbereich der Mitgliedstaaten.⁷³¹

Die grammatische Auslegung der Rechtsfolgenseite des Artikels 345 AEUV zeigte ja bereits, dass es sich bei Artikel 345 AEUV um eine Schrankennorm handelt.⁷³² Inwieweit Artikel 345 AEUV auch eine Vorbehaltssnorm zu Gunsten der Mitgliedstaaten ist, insbesondere ob diese unbeschränkt gilt, ist auf Basis systematischer Argumente zu ermitteln. Festzuhalten ist aber, dass Artikel 345 AEUV sowohl eine Schrankenvorschrift

⁷³¹ Nowak, Europarecht nach Lissabon, 117.

⁷³² Siehe hierzu die Ausführungen auf Seite 190.

als auch eine Vorbehaltsnorm ist; fraglich ist aber wie weit der Vorbehalt tatsächlich reicht.

(i) Der Vorbehalt des Artikels 346 AEUV

Um die tatsächliche Reichweite des Vorbehalts des Artikels 345 AEUV abstecken zu können, empfiehlt sich ein Vergleich mit Bestimmungen gleicher Rechtsnatur. Eine ähnliche, derartig umfassend formulierte Norm ist in Artikel 346 AEUV zu sehen.

„(1) Die Vorschriften der Verträge stehen folgenden Bestimmungen nicht entgegen:

a) Ein Mitgliedstaat ist nicht verpflichtet, Auskünfte zu erteilen, deren Preisgabe seines Erachtens seinen wesentlichen Sicherheitsinteressen widerspricht;

b) jeder Mitgliedstaat kann die Maßnahmen ergreifen, die seines Erachtens für die Wahrung seiner wesentlichen Sicherheitsinteressen erforderlich sind, soweit sie die Erzeugung von Waffen, Munition und Kriegsmaterial oder den Handel damit betreffen; diese Maßnahmen dürfen auf dem Binnenmarkt die Wettbewerbsbedingungen hinsichtlich der nicht eigens für militärische Zwecke bestimmten Waren nicht beeinträchtigen.

(2) Der Rat kann die von ihm am 15. April 1958 festgelegte Liste der Waren, auf die Absatz 1 Buchstabe b Anwendung findet, einstimmig auf Vorschlag der Kommission ändern. (Hervorhebung durch den Verfasser)“

Artikel 346 AEUV gestattet den Mitgliedstaaten zum Schutz bzw. zur Wahrung wesentlicher Sicherheitsinteressen ein Abweichen von den Vorgaben der europäischen Verträge. Absatz 1 räumt ein Auskunftsverweigerungsrecht (*littera a*) und das Recht Rüstungsmaßnahmen vorzunehmen (*littera b*) ein.

Die Besonderheit liegt darin, dass in beiden Fallkonstellationen keine Unionsrechtsverletzung gegeben ist. Artikel 346 AEUV entzieht der EU somit, bei Gefährdung wesentlicher nationaler Sicherheitsinteressen, einen wirtschaftlich bedeutenden Eingriffsbereich. Artikel 346 AEUV steht augenscheinlich im Konflikt zu Artikel 45 EUV, der die Koordinierung von Forschungs- und Beschaffungsvorhaben für Kriegsmaterial durch die Europäische Verteidigungsagentur vorsieht.⁷³³ Der Sicherheitsvorbehalt des Artikels 346 AEUV scheint Fragen der Rüstungspolitik offenkundig der alleinigen mitgliedstaatlichen Zuständigkeit vorzubehalten.

Die Mitgliedstaaten unterstellten Artikel 346 AEUV lange eine extensive Lesart, welche letztlich die Zersplitterung des europäischen Rüstungsmarktes zur Folge hatte. So sahen einige Staatenvertreter in Artikel 346 AEUV eine Bereichsausnahme für die gesamte Kriegsrüstung.⁷³⁴ Andere wiederum wollten gar jene Bereiche, welche die nationale Sicherheit berühren, stets von den Verträgen exkludiert wissen. Die EK kritisierte in der Vergangenheit wiederholt derart extensive Auslegungsversuche.⁷³⁵

Richtig ist, dass Artikel 346 AEUV (Ex-Artikel 296 EGV) aufgrund des Vorbehaltscharakters zu AEUV und EUV⁷³⁶ nach höchstgerichtlicher Judikatur einem restriktiven Auslegungsgebot unterliegt.

„Überdies sind die Abweichungen nach den Art. 296 EG [Anmerkung des Verfassers: Artikel 346 AEUV] und 297 EG, wie es nach ständiger Rechtsprechung bei den Abweichungen von den Grundfreiheiten (...) der Fall ist, eng auszulegen.“⁷³⁷

Für littera a des Artikels 346 AEUV ist im Einklang mit der EuGH-Rechtsprechung etwa erforderlich, dass der Empfänger für die Vertraulichkeit der Information nicht verbürgen kann. Genauso ist auch littera b Einschränkungen unterworfen. Sie findet nur auf Waren Anwendung, die Teil einer vom Rat verabschiedeten Kriegsmaterialliste sind. "Dual-Use-Güter", also Waren die sowohl militärisch als auch zivil nutzbar sind, sind von der Anwendung exkludiert.⁷³⁸ Der tatsächlich bloß eingegrenzte Anwendungsbereich des

⁷³³ Karpenstein in Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar³ (2012), Art. 346 AEUV, Rz. 1.

⁷³⁴ Ebd., Rz. 13.

⁷³⁵ KOM (1996) 10 endg., 17.

⁷³⁶ Art. 346 AEUV spricht von „den Verträgen“, womit auf AEUV und EUV Bezug genommen wird.

⁷³⁷ EuGH 15.12.2009, Rs. C-372/05, *Kommission/Deutschland*, Slg. 2009, I-11801, Rz. 69.

⁷³⁸ Karpenstein in Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar³, Art. 346 AEUV, Rz. 6ff.

Artikels 346 AEUV, findet im Bestreben der Union zur Schaffung eines Binnenmarktes für Güter der Verteidigung und Sicherheit Niederschlag.⁷³⁹

Die lange bestehenden Auslegungsdifferenzen zu Artikel 346 AEUV zeigen unweigerlich Parallelen zum eigentlich interessierenden Artikel 345 AEUV auf. Beiden ist gemein, dass sie den europäischen Verträgen einen wesentlichen Politikbereich entziehen. Artikel 346 AEUV ist in der Vergangenheit des Öfteren, gleich wie Artikel 345 AEUV in gegenständlicher Diskussion über ADI, zur Beanspruchung einer kompletten Bereichsausnahme herangezogen worden. Die zu Artikel 346 AEUV ergangene Rechtsprechung zeigt allerdings, dass Vorbehaltssnormen einem engen Auslegungsverständnis unterliegen. Obwohl die Formulierung des Artikels 345 AEUV geradezu unbeschränkt scheint, muss wohl auch für ihn – aufgrund des Ausnahmecharakters – ein enges Interpretationsverständnis gelten.

(ii) Die Vorbehalte europäischer Grundfreiheiten

Der AEUV kennt neben Artikel 346 AEUV weitere Vorbehaltssnormen. Diese gilt es jetzt auf die Richtigkeit der These von der beschränkten Auslegung von Vorbehalten zu überprüfen.

Die Grundfreiheiten des europäischen Binnenmarkts enthalten alle, in ihrer konkreten Reichweite teils unterschiedliche Einschränkungen. Der freie Warenverkehr zielt unter anderem auf die Beseitigung mengenmäßiger Beschränkungen zwischen den Mitgliedstaaten ab. Hierzu ist das Verbot mengenmäßiger Ein- und Ausfuhrbeschränkungen, sowie Maßnahmen gleicher Wirkung vorgesehen. Der Vorbehalt des Artikels 36 AEUV schränkt den freien Warenverkehr ein. Dieser sieht vor, dass Beschränkungen des freien Warenverkehrs aus Gründen der öffentlichen Sittlichkeit, Ordnung und Sicherheit sowie bestimmter anderer normierter Rechtsgüter gerechtfertigt sein können. Die Maßnahmen dürfen weder willkürlich diskriminieren noch eine verschleierte Handelsbeschränkung darstellen. Im Zusammenhang mit der Auslegung von Artikel 36 AEUV sprach der EuGH aus, dass Artikel 36 AEUV – als Ausnahmeregelung

⁷³⁹ Relevant ist insbesondere RL 2009/81/EG vom 13. Juli 2009. Siehe hierzu: *Kerber*, Mehr Wettbewerb wagen: Anmerkungen zur Öffnung der nationalen Märkte und Schaffung eines Binnenmarktes für Güter der Verteidigung und Sicherheit durch Richtlinie 2009/81/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009, online abrufbar unter: <http://ivsg.de/pdf/schriftenreihe_n8.pdf> (17.06.2017).

zum freien Warenverkehr – eng zu interpretieren ist.⁷⁴⁰ Artikel 36 AEUV ist neben der sachlichen Begrenzung auf den freien Warenverkehr, ein zusätzlich bloß beschränkter Anwendungsbereich gemein.⁷⁴¹

Auch die anderen Grundfreiheiten kennen ähnliche Vorbehalte. Die Arbeitnehmerfreizügigkeit ist Kernelement des freien Personenverkehrs, Artikel 45 Absatz AEUV erlaubt die Einschränkung dieser Freiheit. Analog verhält es sich bei der Niederlassungsfreiheit, die durch Artikel 51 und 52 AEUV limitiert werden kann. Auch diese Bereichsausnahmen unterstehen nach EuGH-Judikatur einem eng aufzufassenden Interpretationsgebot.⁷⁴² Artikel 62 AEUV sieht die Anwendung des Vorbehalts der Niederlassungsfreiheit für den freien Dienstleistungsverkehr vor. Für die Kapitelverkehrsfreiheit greift Artikel 65 AEUV.

Die Durchsicht der Vorbehalte zu den Grundfreiheiten offenbarte ein eindeutiges Ergebnis. Sie gelten für die jeweils in Frage stehende Grundfreiheit und genießen eingeschränkte Anwendung. Abweichungen sind lediglich zum Schutz vertraglich normierter Rechtsgüter zulässig. Der EuGH judizierte den Ausnahmecharakter dieser Bestimmungen und das sich hieraus ergebende Gebot der restriktiven Interpretation bereits mehrfach aus.

(b) Das Gebot der restriktiven Auslegung bei Vorbehaltsbestimmungen

Artikel 346 AEUV und die anderen Vorbehalte der europäischen Grundfreiheiten demonstrieren, dass nach ständiger EuGH-Rechtsprechung vom AEUV exkludierte Kompetenzbereiche restriktiv zu interpretieren sind. Ist eine Vorschrift als Schranke und Vorbehalt ausgestaltet, hat dies aber keine gänzliche vertragliche Freistellung der Mitgliedstaaten zur Folge.

Für Artikel 345 AEUV ergibt sich, dass er – ungeachtet des geradezu unbegrenzten Wortlauts – grundsätzlich restriktiv zu interpretieren ist.

⁷⁴⁰ EuGH 25.01.1977, Rs. C-46/76, *Bauhuis*, Slg. 1977, I-5, 15; EuGH 17.06.1981, Rs. C-113/80, *Kommission/Irland*, Slg. 1981, I-1625, 1638.

⁷⁴¹ *Becker in Schwarze* (Hrsg.), EU-Kommentar³, Art. 36 AEUV, Rz. 5.

⁷⁴² EuGH 21.06.1974, Rs. C-2/74, *Reyners/Belgischer Staat*, Slg. 1974, I-631, 654, Rz. 42f; EuGH 30.03.2006, Rs. C-451/03, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, Slg. 2006, I-2941, 2973, Rz. 45; EuGH 22.10.2009, Rs. C-438/08, *Kommission/Portugal*, Slg. 2009, I-10219, Rz. 34.

4.4.3 Der Begriff der Wirtschaftsverfassung

Ein umfassendes Verständnis des Artikels 345 AEUV macht Kenntnisse über die Relation der Norm zum restlichen AEU-Vertragskorpus erforderlich. Es interessiert hierbei nicht das Verhältnis zur Gesamtheit der übrigen Vertragsbestimmungen, sondern bloß zu den Vorschriften der „europäischen Wirtschaftsverfassung“.

In einem ersten Schritt stellt sich damit unweigerlich die Aufgabe, die „europäische Wirtschaftsverfassung“ zu verdeutlichen. Der Begriff entstammt ursprünglich der Volkswirtschaftslehre und beschreibt die politischen Grundentscheidungen über Ausgestaltung und Organisation der Volkswirtschaft.⁷⁴³ Für gegenständliche Zwecke bedarf es aber einer juristischen Betrachtung. AEUV und vorangegangene Verträge lassen eine Begriffsdefinition vermissen. Die Wirtschaftsverfassung regelt wohl richtigerweise die rechtliche Interaktion von Politik und Wirtschaft. Die Wirtschaftsverfassung beschäftigt sich demnach, insbesondere auf europarechtlicher Ebene, mit dem Spannungsverhältnis der Marktfreiheit einerseits sowie den interventionistischen Elementen der Unionsverträge andererseits.⁷⁴⁴

- (a) Die Bedeutung der formellen Wirtschaftsverfassung für gegenständliche Untersuchung

Da die Wirtschaftsverfassung Normen zum Verhältnis von Politik und Wirtschaft umfasst, drängt sich die Frage auf, ob alle in Frage kommenden Bestimmungen umschlossen sein sollen oder bloß alle im Verfassungsrang stehenden.

Die Wirtschaftsverfassung im formellen Sinn wird der materiellen entgegengestellt. Die formelle Wirtschaftsverfassung begreift alle Verfassungsnormen, welche die Wirtschaftspolitik näher ausgestalten. Die materielle Wirtschaftsverfassung beheimatet hingegen auch die im Stufenbau der Rechtsordnung unterhalb stehenden Vorschriften. Die Begrifflichkeit "Wirtschaftsverfassung" ist enger als die der "Wirtschaftsordnung". Die

⁷⁴³ Öhlinger, Die Wirtschaftsverfassung der EU, in Griller (Hrsg.), Die europäische Wirtschaftsverfassung de lege lata et ferenda (2007), 269.

⁷⁴⁴ Nowak, Europarecht nach Lissabon, 202.

Wirtschaftsordnung eines Staates meint auch Vorstellungen zur Regulierung bzw. Steuerung der Nationalökonomie.⁷⁴⁵

Im Rechtsbau des Unionsrechts steht es außer Frage, dass Primärrecht (Verträge und allgemeine Rechtsgrundsätze) Verfassungsrang zukommt. Europäischem Primärrecht kommt die gleiche Funktion einer nationalen Verfassung zu und es ist, genauso wie ein nationalstaatliches Grundgesetz, nur schwer abänderbar.⁷⁴⁶ Die gegenständliche Untersuchung legt einen formellen Wirtschaftsverfassungsrechtsbegriff zu Grunde. Die Normen der primärrechtlichen Wirtschaftsverfassung stellen nämlich gleichzeitig die Vorgabe für den europäischen Gesetzgeber, als auch – aufgrund des Vorrangs des Unionsrechts – für die einzelnen Mitgliedstaaten dar. Hinzukommt, dass Artikel 345 AEUV eine Primärrechtsbestimmung ist und daher auch nur an ranggleichen Vorschriften gemessen werden soll. Ein systematischer Vergleich soll zeigen, ob Gründe für das Nichtzugeständnis einer umfassenden Unionskompetenz über ADI bestehen.

(b) Die Elemente der formellen Wirtschaftsverfassung

Ein essentielles Wesensmerkmal der primärrechtlichen Wirtschaftsverfassung ist zweifelsohne der Binnenmarkt. Im Einklang mit Artikel 26 Absatz 2 AEUV, versteht man hierunter einen Raum ohne Binnengrenzen. Dieser Raum gewährleistet nach den entsprechenden Vertragsbestimmungen den freien Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital. Die vier Grundfreiheiten nehmen in der europäischen Wirtschaftsverfassung eine wesentliche Rolle ein. Sie sind notwendiges Mittel zur Errichtung des Binnenmarkts und von immenser Bedeutung für das reibungslose Funktionieren des europäischen Wirtschaftsraums.

Um einen intakten Wirtschaftsraum sicherstellen zu können, ist des Weiteren das Verbot jeglicher Diskriminierung zu achten. Das allgemeine Diskriminierungsverbot des Artikels 18 AEUV, verbietet Diskriminierungen auf Grund der Staatsangehörigkeit und ist unerlässlicher Bestandteil der EU-Wirtschaftsverfassung. Erst die Sicherheit vor diskriminierenden Maßnahmen geschützt zu sein, ermöglicht ein sorgenfreies Unternehmertum.

⁷⁴⁵ *Busch*, Zur Wirtschaftsverfassung der Europäischen Union, in Beiträge zur Ordnungspolitik aus dem Institut der deutschen Wirtschaft Köln Nr. 31 (2008), 1, (9).

⁷⁴⁶ *Griller*, Wirtschaftsverfassung und Binnenmarkt, in *Griller/Kneihls/Madner/Potacs* (Hrsg.), Wirtschaftsverfassung und Binnenmarkt (2010), 3.

Ein funktionierender Binnenmarkt erfordert in Ergänzung zu den vier Grundfreiheiten ein umfassendes Wettbewerbsregime, so wie es Artikel 3 Abs. 1 lit. b AEUV ausdrückt.

Richtigerweise, sind in die Aufzählung auch die europäischen Wirtschaftsgrundrechte mit einzubeziehen. Schlagend sind dabei die Artikel 15ff der europäischen Grundrechte-Charta. Artikel 15 garantiert die Berufsfreiheit und das Recht zu arbeiten, Artikel 16 schützt die unternehmerische Freiheit und Artikel 17 der Charta das Eigentumsrecht.

Als Bausteine der europäischen Wirtschaftsverfassung konnten also die Grundfreiheiten, das allgemeine Diskriminierungsverbot des Artikels 18 AEUV, das europäische Wettbewerbsrecht sowie die europäischen Wirtschaftsgrundrechte ausgemacht werden.⁷⁴⁷ Da diese Bestimmungen der Wirtschaftsverfassung von nicht zu unterschätzender Relevanz sind und elementare Aussagen treffen, ist Artikel 345 AEUV zu den Normen der EU-Wirtschaftsverfassung in Relation zu setzen und dahingehend auf seine rechtliche Reichweite zu analysieren.

Die Beziehung zwischen Artikel 345 AEUV und den Komponenten der europäischen Wirtschaftsverfassung, war in der Vergangenheit bereits des Öfteren Gegenstand von Kontroversen. Die Relation der beiden Regelungsbereiche wurde etwa bereits im Rahmen der französischen Verstaatlichungswelle von 1981/1982 thematisiert.⁷⁴⁸ Die Aufmerksamkeit galt hierbei dem Verhältnis von Artikel 345 AEUV (Ex-Artikel 295 EGV) zu den Grundfreiheiten und dem allgemeinen Diskriminierungsverbot.⁷⁴⁹ Auch der EuGH beschäftigt sich im Zuge der "Goldenen Aktien" mit der Abgrenzung des Artikels 345 AEUV zu den europäischen Grundfreiheiten und dem Wettbewerbsregime.⁷⁵⁰

Die Abgrenzung des Artikels 345 AEUV zu den Bausteinen der europäischen Wirtschaftsverfassung ist somit nicht nur für die interessierende Auslegung der Bestimmung bedeutend, sondern seit Jahren Teil europäischer Rechtskontroversen.

4.4.4 Artikel 345 AEUV und die europäischen Grundfreiheiten

⁷⁴⁷ Diese Ansicht wird in der Literatur übereinstimmend vertreten. Siehe: *Busch*, Zur Wirtschaftsverfassung der Europäischen Union, in *Beiträge zur Ordnungspolitik aus dem Institut der deutschen Wirtschaft Köln* Nr. 31, 1, (10ff); *Griller*, Wirtschaftsverfassung und Binnenmarkt, in: *Griller/Kneih/Madner/Potacs* (Hrsg.), *Wirtschaftsverfassung und Binnenmarkt* 16ff; *Nowak*, *Europarecht nach Lissabon*, 210ff.

⁷⁴⁸ Siehe hierzu die Ausführungen auf Seite 174.

⁷⁴⁹ *Hatje*, in *Schwarze* (Hrsg.), *EU-Kommentar*³, Art. 345 AEUV, Rz. 4.

⁷⁵⁰ *Schlußanträge GA Ruiz-Jarabo*, Rs. C-367/98, C-483/99 und C-503/99, *Goldene Aktien*, Slg. 2002, I-4731, 4750, Rz. 78ff.

Die europäischen Grundfreiheiten sind nach dem Vertrag von Lissabon in den Artikeln 28 bis 66 AEUV geregelt. Diese sind eine elementare Grundsäule des europäischen Binnenmarkts und genießen insoweit eine besondere Stellung innerhalb des Vertragsgefüges. Es ist vor allem der Rechtsprechungstätigkeit des EuGH geschuldet, dass die Grundfreiheiten im Lauf der Jahre eine derart beträchtliche Durchschlagskraft entwickelten. Die Judikatur zur unmittelbaren Anwendbarkeit ist Zeugnis dieses Wirkens.⁷⁵¹

Da die Europäische Union durch die Grundfreiheiten weitreichende Eingriffsbefugnisse in das Wirtschaftsleben der Mitgliedstaaten hat, interessiert in der folgenden Analyse das Verhältnis des Artikels 345 AEUV zu den einzelnen Grundfreiheiten.

(a) Der freie Warenverkehr

Die Regeln zum freien Warenverkehr finden sich in den Artikeln 28 bis 44 AEUV wieder. Sie gewährleisten den innereuropäischen Warenverkehr und halten staatliche Hindernisse hintan. Der freie Warenverkehr verbietet beispielsweise mengenmäßige Beschränkungen sowie Maßnahmen gleicher Wirkung.⁷⁵² Der EuGH bezeichnete in *Dassonville* unter Maßnahmen gleicher Wirkung all jene nationalen Handelsregelungen, die geeignet sind den Handelsverkehr innerhalb der Gemeinschaft mittelbar oder unmittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern.⁷⁵³

(i) Das gewerbliche und kommerzielle Eigentum des Artikels 36 AEUV

Blickt man aufmerksam die Artikel 28ff AEUV durch, fällt der Blick unweigerlich auf jene Bestimmungen, deren Wortlaut Grund zur Annahme lässt, dass sie geeignet sind die Eigentumsordnung der Mitgliedstaaten zu berühren. Zu diesen Vorschriften gehört jedenfalls, der bereits vorhin ins Treffen geführte Vorbehalt des Artikels 36 AEUV.

⁷⁵¹ EuGH 05.02.1963, Rs. C-26/62, *Van Gend en Loos/Administratie der Belastingen*, Slg. 1963, I-3, 25ff.

⁷⁵² *Hobe*, Europarecht, 180.

⁷⁵³ EuGH 11.07.1974, Rs. C-8/74, *Dassonville*, Slg. 1974, I-837, 852, Rz. 5.

*„Die Bestimmungen der Artikel 34 und 35 stehen Einfuhr-, Ausfuhr- und Durchfuhrverboten oder -beschränkungen nicht entgegen, die aus Gründen der öffentlichen Sittlichkeit, Ordnung und Sicherheit, zum Schutze der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren oder Pflanzen, des nationalen Kulturguts von künstlerischem, geschichtlichem oder archäologischem Wert oder **des gewerblichen und kommerziellen Eigentums gerechtfertigt sind**. Diese Verbote oder Beschränkungen dürfen jedoch weder ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten darstellen. (Hervorhebung durch den Verfasser)“*

Steht eine staatliche Maßnahme im Einklang mit Artikel 36 AEUV, ist sie gerechtfertigt und es liegt keine Verletzung der Grundfreiheit vor. Artikel 36 AEUV gestattet den Mitgliedstaaten, bei Einhaltung der normierten Voraussetzungen, die Nichteinhaltung der Regeln des freien Warenverkehrs. Diese Nichteinhaltung darf aber nur zum Schutz eines gesetzlich geregelten Rechtsguts erfolgen, nicht willkürlich diskriminieren, sowie keine verschleierte Handelsbeschränkung darstellen. Eines jener geschützten Rechtsgüter, zu deren Gunsten ex-lege Einschränkungen des freien Warenverkehrs erlaubt sind, ist das gewerbliche und kommerzielle Eigentum. Unter dem gewerblichen und kommerziellen Eigentum versteht man vorrangig die gewerblichen Schutzrechte. Hierunter sind jedenfalls das Patent- und Markenrecht, sowie das Urheberrecht - oft als geistiges Eigentum bezeichnet - zu verstehen.⁷⁵⁴

Burghardt schließt nach einem systematischen Vergleich, das gewerbliche und kommerzielle Eigentum aus der Eigentumsordnung des Artikels 345 AEUV (Ex-Artikel 222 EWGV) aus. Er stützt seine These darauf, dass Artikel 345 AEUV für den gesamten Vertrag gilt, während der das gewerbliche und kommerzielle Eigentum regelnde Artikel 36 AEUV, bloß im Rahmen des Kapitels über die mengenmäßigen Beschränkungen zu beachten ist. Wäre das gewerbliche und kommerzielle Eigentum aber, so *Burghardt*, vom Tatbestand des Artikels 345 AEUV mit umfasst, so wäre die Formulierung des Artikels 36 AEUV redundant. Da europäischer Legistik ein derartiges Verständnis aber nicht unterstellt werden darf, schließt *Burghardt* seinen Gedankengang damit ab, dass das

⁷⁵⁴ *Becker in Schwarze* (Hrsg.), EU-Kommentar³, Art. 36 AEUV, Rz. 23.

gewerbliche und kommerzielle Eigentum nicht unter die „Eigentumsordnung“ des Art. 345 AEUV fallen kann.⁷⁵⁵

Vertretbar ist auch eine konträre Argumentation. Da Artikel 36 AEUV den Mitgliedstaaten das Recht gewährt, Maßnahmen zum Schutz des gewerblichen und kommerziellen Eigentums zu treffen, ist dieser eigentumsrechtliche Bereich wohl Teil der nationalen Eigentumsordnung. Der EuGH beschäftigte sich in der Vergangenheit bereits des Öfteren mit dem Verhältnis gewerblicher Schutzrechte und Artikel 345 AEUV. So judizierte er etliche Male, dass das gewerbliche und kommerzielle Eigentum Teil der nationalen Eigentumsordnung und als solches von Artikel 345 AEUV geschützt ist.⁷⁵⁶ Hieraus ist allerdings nicht zu schließen, dass die Staaten bei der Regelung ihrer Materie an keinerlei Vorgaben gebunden sind. Vielmehr ist stets der Grundsatz des freien Warenverkehrs zu beachten.⁷⁵⁷ Aus dieser Rechtsprechungslinie ergibt sich zweierlei. Einerseits ist das gewerbliche und kommerzielle Eigentum Teil des Tatbestands von Artikel 345 AEUV, andererseits ist der freie Warenverkehr auch bei den Materien des Artikels 345 AEUV mit zu beachten.

Fraglich ist, ob diese Judikaturlinie heutiger Rechtslage standhält. Die Union betätigte sich bereits sekundärrechtlich auf dem Gebiet der gewerblichen Schutzrechte, womit sie eine Teilharmonisierung herbeiführte.⁷⁵⁸ Der EuGH sprach außerdem – in concreto ging es um eine Verordnung über die Schaffung eines ergänzenden Schutzzertifikats für Arzneimittel – aus, dass die gewerblichen Schutzrechte keineswegs allein mitgliedstaatlicher Zuständigkeit unterliegen. Vielmehr besteht laut EuGH auch für die Zukunft die Möglichkeit der Vereinheitlichung patentrechtlicher Vorschriften.⁷⁵⁹ Rat und Kommission brachten im Zuge des Verfahrens *notabene* vor, dass Ex-Artikel 222 EWGV (Artikel 345 AEUV) nicht jeden Eingriff der Gemeinschaft in die subjektiven Eigentumsrechte ausschließt, da die Gemeinschaftszuständigkeiten sonst blockiert wären.⁷⁶⁰

Diese hier skizzierte neuere Judikatur gewinnt an Relevanz, wenn man bedenkt, dass die Europäische Union mit Artikel 118 AEUV mittlerweile über eine explizite Kompetenzgrundlage zur Schaffung eigenständiger europäischer Rechtstitel zum Schutz

⁷⁵⁵ Burghardt, Die Eigentumsordnungen in den Mitgliedstaaten und der EWG-Vertrag, 22f.

⁷⁵⁶ EuGH 29.02.1968, Rs. 24/67, *Parke, Davis & Co. / Probel u.a.*, Slg. 1968, I-81, 92; EuGH 17.10.1990, Rs. C-10/89, *CNL-SUCAL/HAG*, Slg. 1990, I-3711, 3758, Rz. 12.

⁷⁵⁷ EuGH 13.07.1966, Rs. C-56/64, *Consten und Grundig/Kommission der EWG*, Slg. 1966, I-429, 394; EuGH 18.02.1992, Rs. C-30/90, *Kommission/Vereinigtes Königreich*, Slg. 1992, I-829, 865, Rz. 18.

⁷⁵⁸ Angleichung der Rechtsvorschriften über Marken – RL 2008/95/EG.

⁷⁵⁹ EuGH 13.07.1995, Rs.C-350/92, *Spanien/Rat*, Slg. 1995, I-1985, 2011, Rz.22.

⁷⁶⁰ Ebd., Rz.14.

des geistigen Eigentums besitzt. Hierunter fallen vor allem originär unionsrechtliche Schutzrechte. Artikel 118 AEUV wurde erst durch die Änderungen des Vertrags von Lissabon neu eingefügt und verdrängt auf diesem Rechtsgebiet die Flexibilitätsklausel des Artikels 352 AEUV.⁷⁶¹

Die Analyse der gewerblichen Schutzrechte ergab mehrere, der Auslegung des Artikels 345 AEUV dienliche Erkenntnisse. In Anbetracht der ausdrücklichen Unionszuständigkeit in Artikel 118 AEUV und des bereits zuvor ergangenen Sekundärrechts ist zu sagen, dass die gewerblichen Schutzrechte offensichtlich nicht unter den Tatbestand des Artikels 345 AEUV fallen. Der in der Judikatur vorhandene Rechtsprechungswandel bekräftigt dieses Ergebnis.

Es kristallisierte sich weiters heraus, dass die Rechtsfolgenanordnung des Art. 345 AEUV, die nationale Eigentumsordnung "unberührt zu lassen", wohl nicht zu eng zu interpretieren ist. Die Europäische Union erließ bereits vor Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon, zahlreiche Sekundärrechtsakte zu den gewerblichen Schutzrechten. Entgegen der damals teilweise vorherrschenden Auffassung, die gewerblichen Schutzrechte seien der nationalen Eigentumsordnung zuzurechnen, lag keine "Berührung" iSd Artikels 345 AEUV vor.

(ii) Die staatlichen Handelsmonopole des Artikels 37 AEUV

Im Kontext der Regeln des freien Warenverkehrs gilt es auch Artikel 37 AEUV zu beachten, da eine Überschneidung der Absätze Eins und Zwei mit Artikel 345 AEUV möglich scheint.

„(1) Die Mitgliedstaaten formen ihre staatlichen Handelsmonopole derart um, dass jede Diskriminierung in den Versorgungs- und Absatzbedingungen zwischen den Angehörigen der Mitgliedstaaten ausgeschlossen ist.

Dieser Artikel gilt für alle Einrichtungen, durch die ein Mitgliedstaat unmittelbar oder mittelbar die Einfuhr oder die Ausfuhr zwischen den Mitgliedstaaten rechtlich oder tatsächlich kontrolliert, lenkt oder

⁷⁶¹ Holz Müller in Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar³, Art. 118 AEUV, Rz. 1ff.

merklich beeinflusst. Er gilt auch für die von einem Staat auf andere Rechtsträger übertragenen Monopole.

(2) Die Mitgliedstaaten unterlassen jede neue Maßnahme, die den in Absatz 1 genannten Grundsätzen widerspricht oder die Tragweite der Artikel über das Verbot von Zöllen und mengenmäßigen Beschränkungen zwischen den Mitgliedstaaten einengt (Hervorhebung durch den Verfasser).“

Die Absätze Eins und Zwei des Artikels 37 AEUV treffen Anordnungen zur Ausgestaltung staatlicher Handelsmonopole. Hierunter sind vom Staat betriebene Monopole zu verstehen, die den Handel mit Waren betreiben.⁷⁶² Derartige Handelsmonopole sind das Vermächtnis merkantilistischer Staatswirtschaft und umfassen regelmäßig die Monopole der Energiebranche.⁷⁶³

Artikel 37 AEUV bewegt sich im Rahmen eines eng abgegrenzten Spannungsverhältnisses. Einerseits räumt er den Mitgliedstaaten das Recht ein Handelsmonopole zur Verfolgung öffentlicher Interessen beizubehalten, andererseits ist dieses Recht im Einklang mit dem Binnenmarkt und seinen Freiheiten auszuüben.⁷⁶⁴ Artikel 37 AEUV stellt hierzu in Absatz 1 ein Umformungsgebot, in Absatz 2 eine "Stillhalteklausele" bereit. Beide Absätze sind unmittelbar anwendbar und für den Einzelnen einklagbar. Das Umformungsgebot verbietet staatliche Handelsmonopole nicht *per se*, sondern verlangt die Umgestaltung von staatlichen Unternehmen, um den Vorgaben des Diskriminierungsverbots zu genügen. Absatz Zwei ergänzt dies um das Verbot jener neuer Maßnahmen, die gegen die Grundsätze des Absatzes Eins verstoßen.⁷⁶⁵

Zu Absatz 3 ist anzumerken, dass er die Handelsmonopole der Landwirtschaft regelt. Da dieser mit Ablauf der Übergangszeit am 31.12.1969 gegenstandslos geworden ist,⁷⁶⁶ erübrigt sich allerdings seine Erörterung.

Artikel 37 AEUV zeigt, dass der AEUV gewisse Staatsunternehmen, der Verwirklichung des Binnenmarktes willen, Restriktionen unterwirft. An der Befugnis des Staates,

⁷⁶² Berg in Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar³, Art. 37 AEUV, Rz. 1.

⁷⁶³ Mestmäcker, Grenzen staatlicher Monopole im EG-Vertrag, in Mestmäcker/Möschel/Streit (Hrsg.), Wirtschaft und Verfassung in der Europäischen Union (2004), 278.

⁷⁶⁴ EuGH 23.10.1997, Rs. C-189/95, Franzen, Slg. 1997, I-5909, 5967, Rz. 39.

⁷⁶⁵ Berg in Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar³, Art. 37 AEUV, Rz. 9ff.

⁷⁶⁶ Ebd., Rz. 15.

Eigentümer von Unternehmen mit Monopolstellung zu sein, rüttelt die Bestimmung zwar nicht, sie unterwirft die Ausübung allerdings Beschränkungen.

(iii) Der freie Warenverkehr und Artikel 345 AEUV

Die Untersuchung des Verhältnisses des Artikels 345 AEUV zum freien Warenverkehr zeigte, dass das gewerbliche und kommerzielle Eigentum nicht Teil der nationalen Eigentumsordnung iSd Artikels 345 AEUV ist. Außerdem sind die Bestimmungen des freien Warenverkehrs immer, auch bei Materien des Artikels 345 AEUV, zu beachten.

Der AEUV kennt und akzeptiert darüber hinaus öffentliche und private Unternehmen. Das Unionsrecht unterwirft die Führung öffentlicher Wirtschaftsbetriebe, wie staatliche Handelsmonopole, aber gewissen Vorgaben. Insgesamt zeigt das Zusammenspiel der Artikel 37 und 345 AEUV, dass das Unionsrecht auch Angelegenheiten der nationalen Eigentumsordnung reglementieren darf. In diesem Rahmen liegt eine Berührung der Eigentumsordnung des Artikels 345 AEUV auch nicht vor.

(b) Der freie Personenverkehr

Der freie Personenverkehr ist ein weiteres wichtiges Element des Binnenmarkts und in den Artikeln 45 bis 55 AEUV niedergeschrieben. Der freie Personenverkehr kennt zwei Ausformungen, die Arbeitnehmerfreizügigkeit und die Niederlassungsfreiheit. Erstere schützt unselbständig Erwerbstätige, während die Niederlassungsfreiheit bei selbständig Erwerbstätigen greift.

Die Niederlassungsfreiheit (Artikel 49 bis 55 AEUV) ermöglicht selbständig Erwerbstätigen die freie Wahl des Unternehmensstandortes und fördert die innereuropäische Mobilität Wirtschaftstreibender. Da die Niederlassungsfreiheit die dauerhafte wirtschaftliche und rechtliche Eingliederung in den Aufnahmestaat bezweckt, ist sie strikt von der Dienstleistungsfreiheit abzugrenzen. Die Niederlassungsfreiheit ist aufgrund der mittlerweile ergangenen EuGH-Judikatur ein allgemeines

Beschränkungsverbot.⁷⁶⁷ Juristische Personen sind im Rahmen der Niederlassungsfreiheit nach Artikel 54 AEUV natürlichen gleichgestellt.

(i) Die Eigentumszuordnungskompetenz des Artikels 50 Absatz 2 AEUV

Bei Betrachtung der Niederlassungsfreiheit sticht unweigerlich Artikel 50 AEUV ins Auge. Die Absätze Eins und Zwei sind dabei, wenngleich einander dienend, voneinander zu unterscheiden. Artikel 50 Absatz 1 AEUV überträgt EP und Rat zur Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit die Kompetenz zum Richtlinienenerlass. Absatz Zwei regelt die methodischen und inhaltlichen Zielvorgaben, welche die Kompetenzausübung bestimmen. Die Zielvorgaben des Artikels 50 Absatz 2 AEUV sind somit durch die Richtlinienkompetenz des Absatzes Eins zu verwirklichen.⁷⁶⁸ Der taxative Zielkatalog des Artikels 50 Absatz 2 AEUV beinhaltet zwei Spiegelstriche, die einer systematischen Untersuchung zuträglich sind.

„Das Europäische Parlament, der Rat und die Kommission erfüllen die Aufgaben, die ihnen aufgrund der obigen Bestimmungen übertragen sind, indem sie insbesondere (...)

***e) den Erwerb und die Nutzung von Grundbesitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats durch Angehörige eines anderen Mitgliedstaats ermöglichen, soweit hierdurch die Grundsätze des Artikels 39 Absatz 2 nicht beeinträchtigt werden;** (Hervorhebung durch den Verfasser)⁷⁶⁹*

Der obige Spiegelstrich gestattet der EU den Erlass von Maßnahmen, um Angehörigen anderer Mitgliedstaaten die Nutzung und den Erwerb von Grund und Boden im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates zu ermöglichen. Ein mittelbarer oder unmittelbarer Zusammenhang mit der Verrichtung einer selbständigen Tätigkeit ist erforderlich, womit die Vorschrift *de facto* bei der Nutzung oder dem Erwerb von Grundeigentum zu gewerblichen Zwecken greift.⁷⁷⁰

⁷⁶⁷ Hobe, Europarecht, 209f.

⁷⁶⁸ Jung in Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar³, Art. 50 AEUV, Rz. 1ff.

⁷⁶⁹ Art. 50 Abs. 2 lit. e AEUV.

⁷⁷⁰ Jung in Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar³, Art. 50 AEUV, Rz. 9.

Ein Teil der Literatur folgert aus obiger Bestimmung, dass das Primärrecht Regeln zur Eigentumszuordnung enthält. Deswegen, so die Vertreter, sei Artikel 345 AEUV auch restriktiv zu interpretieren.⁷⁷¹ Hierzu ist zu sagen, dass die Ziffer bislang noch nicht zum Sekundärrechtserlass herangezogen wurde.⁷⁷² Wortlaut und Telos zeigen aber, dass Artikel 50 Abs. 2 lit. e AEUV der Union die Möglichkeit – wenn auch im abgesteckten Rahmen der Niederlassungsfreiheit – zur Eigentumszuordnung überträgt.

(A) Artikel 50 Absatz 2 littera e AEUV und die Rechtssache *Fearon*

Der EuGH beschäftigte sich bereits in der Rechtssache *Fearon/Irish Land Commission*, mit der Abgrenzung des Artikels 345 AEUV von der Zielbestimmung des Artikels 50 Abs. 2 lit. e AEUV.⁷⁷³ Die *Fearon*, eine Gesellschaft beschränkter Haftung nach irischem Recht, hatte fünf Gesellschafter. Vier von ihnen waren Briten, die auch ihren Wohnsitz in England hatten. Der fünfte Gesellschafter, ein britisch-irischer Doppelstaatsangehöriger, wohnte hingegen in Irland. Die Gesellschaft besaß ein ungefähr 21 Hektar großes Grundstück. Die *Irish Land Commission* war eine staatliche Einrichtung, der von Gesetzes wegen Enteignungsbefugnisse übertragen worden sind. Sie war nach staatlichem Recht aber dann nicht zur Enteignung befugt, wenn der Eigentümer seit einem Jahr selbst auf dem Grundstück wohnt oder seinen Wohnsitz nicht weiter als drei Meilen entfernt vom Grundstück hat. Bei juristischen Personen wurde verlangt, dass das Wohnsitzerfordernis von allen Gesellschaftern erfüllt wird.

Die *Irish Land Commission* enteignete in der Folge das Grundstück der *Fearon*, da keiner der Gesellschafter das Wohnsitzerfordernis erfüllt hatte. Die Gesellschaft erhob dagegen Klage, woraufhin das Supreme Court Dublin um Auslegung des Ex-Artikels 58 EWGV (Art. 54 AEUV) bat. Zu klären war, ob Ex-Artikel 58 EWGV (der im Kapitel der Niederlassungsfreiheit juristische und natürliche Personen gleichstellt) dahin gehend auszulegen ist, ob das für Einzelne erforderliche Wohnsitzerfordernis bei juristischen Personen von allen wirtschaftlich Berechtigten der Gesellschaft verlangt werden kann.⁷⁷⁴

Im Laufe des Verfahrens brachte die EK vor, dass Vorschriften zur Enteignung und ihrer Voraussetzungen Teil der Eigentumsordnung des Ex-Artikels 222 EWGV (Artikel 345

⁷⁷¹ *Schneider in Mayer* (Hrsg.), Art. 345 AEUV, Rz. 4.

⁷⁷² *Jung in Schwarze* (Hrsg.), EU-Kommentar³, Art. 50 AEUV, Rz. 9.

⁷⁷³ EuGH 06.11.1984, Rs. C-182/83, *Fearon/Irish Land Commission*, Slg. 1984, I-3677.

⁷⁷⁴ EuGH 06.11.1984, Rs. C-182/83, *Fearon/Irish Land Commission*, Slg. 1984, I-3677, 3678f.

AEUV) sind. Generalanwalt *Darmon* verneinte diese Rechtsauffassung, wobei er seine Negation des Kommissionsarguments auf den oben angeführten Ex-Artikel 54 Abs. 3 lit. e EWGV (Artikel 50 Abs. 2 lit. e AEUV) stützte. Seine Ausführungen ergänzte er um die Aufzählung von Maßnahmen des Rates zur Beseitigung von Beschränkungen des Grunderwerbs. Er schloss seine Überlegungen mit der Feststellung ab, dass die Eigentumsordnung nicht allgemeinen unionsrechtlichen Rechtsgrundsätzen entzogen ist.⁷⁷⁵ So kam es, dass sich in der Folge der EuGH mit der Enteignungsfrage zu beschäftigen hatte. Dieser stellte eingangs fest, dass der Kommission nicht zu folgen ist. Das Höchstgericht wies das Argument der EK, wonach Systeme staatlicher Enteignung als Teil der Eigentumsordnung der Gemeinschaft entzogen sind, ausdrücklich zurück. Der EuGH stellte vielmehr – unter Bezugnahme auf Artikel 50 Abs. 2 lit. e AEUV – fest, dass das System staatlicher Enteignung durch die nationale Eigentumsordnung geschützt ist. Auch für dieses System gilt aber, so der EuGH, das in der Niederlassungsfreiheit zum Ausdruck kommende Diskriminierungsverbot.⁷⁷⁶

Der EuGH sprach in *Fearon/Irish Land Commission* ausdrücklich aus, dass es sich bei der Regelung der Enteignung und ihrer Voraussetzungen nicht um eine rein mitgliedstaatliche Materie handelt. Die Relevanz dieses Ausspruchs ist insbesondere im Licht der Tatsache zu sehen, dass die Union zum Zeitpunkt des Judikats noch keine Kompetenz für ADI besaß.

(B) Artikel 50 Absatz 2 littera e AEUV und die Rechtssache *Konle*

Weitere Erkenntnisse zur Abgrenzung zwischen Artikel 50 Abs. 2 lit. e AEUV und Artikel 345 AEUV bzw. zum Normverständnis des Artikels 345 AUV im Engeren, sind aus der Rechtssache *Konle* ableitbar.⁷⁷⁷

Ein deutscher Staatsangehöriger erhielt im Rahmen eines Zwangsversteigerungsverfahrens den Zuschlag für ein Grundstück in Tirol. Er sah sich durch Tiroler Grundverkehrsvorschriften, gegenständlich waren das Tiroler Grundverkehrsgesetz 1993 (*TGVG 1993*) und das darauffolgende Tiroler Grundverkehrsgesetz 1996 (*TGVG 1996*), in

⁷⁷⁵ Schlußanträge GA *Darmon*, Rs. C-182/83, *Fearon/Irish Land Commission*, Slg. 1984, I-3677, 3688, Rz. 2.

⁷⁷⁶ EuGH 06.11.1984, Rs. C-182/83, *Fearon/Irish Land Commission*, Slg. 1984, I-3677, 3684, Rz. 5ff.

⁷⁷⁷ EuGH 01.07.1999, Rs. C-302/97, *Konle*, Slg. 1999, I-3099.

seiner Kapital - und Niederlassungsfreiheit verletzt. Die beiden Vorschriften zielten auf die Einschränkung von Freizeitwohnsitzen in Tirol ab.⁷⁷⁸ Generalanwalt *La Pergola* und der EuGH beschäftigten sich in der Folge mit der Frage der Zulässigkeit von Beschränkungen des Erwerbs von Grund und Boden.

Sowohl das TGVG 1993 als auch das TGVG 1996, sahen für den wirksamen Grunderwerb die Einholung einer behördlichen Genehmigung vor. Während das TGVG 1993 österreichische Staatsbürger von der Genehmigungspflicht ausnahm, sah das TGVG 1996 hingegen nunmehr die Genehmigungspflicht für alle Erwerber – unabhängig von der Staatsangehörigkeit – vor. Die Lösung der Rechtsfrage wurde durch das zu ermittelnde Verhältnis der Tiroler Vorschriften zu Artikel 70 der Akte über die Bedingungen des Beitritts Österreichs (Beitrittsakte) verschärft. Artikel 70 der Beitrittsakte sah die Möglichkeit des österreichischen Staates vor, bestehende Rechtsvorschriften betreffend Zweitwohnungen während eines Zeitraumes von fünf Jahren ab Beitrittszeitpunkt beizubehalten.⁷⁷⁹

Inhaltlich hielt die Republik Österreich dem Klägervorbringen entgegen, dass die Genehmigungsverfahren nicht diskriminierend seien und keine Einschränkung der vertraglich gewährleisteten Freiheiten darstellen. Vielmehr, lasse Ex-Artikel 222 EWGV (Artikel 345 AEUV) die in den Mitgliedstaaten bestehende Eigentumsordnung unberührt. Generalanwalt *La Pergola* führte hierzu aus, dass die gegenständlichen Tiroler Rechtsvorschriften nicht deswegen vom Erfordernis der Vereinbarkeit mit dem Vertrag und der Prüfung durch den Gerichtshof befreit seien, weil sie eine Materie des Ex-Artikels 222 EWGV (Artikel 345 AEUV) betreffen. Nähme man dies fälschlicherweise an, wäre die in Artikel 70 der Beitrittsakte enthaltene Ausnahmeregelung obsolet.⁷⁸⁰ Der Generalanwalt prüfte in der Folge das TGVG 1996 auf seine Vereinbarkeit mit der Niederlassungsfreiheit, wobei neben dem Vorliegen zwingender Gründe des Allgemeininteresses auch der Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes Aufmerksamkeit geschenkt wurde.⁷⁸¹

Der EuGH konnte der Argumentation, dass eine Raumordnungspolitik im Allgemeininteresse nur durch ein Verfahren, das den Erwerb eines Grundstückes an eine vorherige Genehmigung knüpfe möglich sei, nicht folgen. Der EuGH führte aus, dass das

⁷⁷⁸ EuGH 01.07.1999, Rs. C-302/97, *Konle*, Slg. 1999, I-3099, 3127, Rz. 15ff.

⁷⁷⁹ Schlußanträge GA *La Pergola*, Rs. C-302/97, *Konle*, Slg. 1999, I-3099, 3104, Rz. 4f.

⁷⁸⁰ Ebd., Rz. 14.

⁷⁸¹ Ebd., Rz. 15ff.

Grundeigentum zwar eine Materie des Ex-Artikels 222 EWGV (Artikel 345 AEUV) darstelle und dieses daher weiterhin in den mitgliedstaatlichen Zuständigkeitsbereich falle, die gegenständlichen Regelungen aber nicht den EG-Vertragsgrundprinzipien entzogen seien. Ein Genehmigungsverfahren zum Grunderwerb habe daher jedenfalls die Anforderungen der Grundfreiheiten zu erfüllen.⁷⁸²

Letztlich gelangte der EuGH zum Ergebnis, dass das Genehmigungserfordernis des TGVG 1996 den freien Kapitalverkehr verletzt, weil der Republik Österreich andere, gelindere Möglichkeiten offenstehen um raumplanerische Ziele zu verfolgen. Das Genehmigungsverfahren stellt daher auch keine unerlässliche Beschränkung des freien Kapitalverkehrs dar, um Verstöße gegen Rechtsvorschriften betreffend Zweitwohnsitze hintanzuhalten. Da der Gerichtshof eine Verletzung des freien Kapitalverkehrs festgestellt hatte, erübrigte sich eine tiefere Beschäftigung mit der Niederlassungsfreiheit.⁷⁸³ Was das TGVG 1993 anbelangt, so subsumierte der EuGH dieses unter die Ausnahmeregelung des Artikels 70 der Beitrittsakte.⁷⁸⁴

Aus der Rechtssache *Konle* können wichtige Schlüsse für das Normverständnis des Ex-Artikels 222 EWGV (Artikel 345 AEUV) abgeleitet werden. Regelungen zum Grundeigentum fallen als Anwendungsmaterie des Ex-Artikels 222 EWGV (Artikel 345 AEUV) in die nationale Zuständigkeitssphäre. Ungeachtet dessen, sind sie aber weder vertraglichen Grundprinzipien, noch einer Überprüfung durch den EuGH entzogen.⁷⁸⁵ Zum Zusammenspiel der Artikel 50 Abs. 2 lit. e AEUV und Artikel 345 AEUV ist zu sagen, dass innerstaatliche Regelungen des Grundstückserwerbs den Erfordernissen der Niederlassungsfreiheit zu genügen haben. Das Recht, in einem anderen Mitgliedstaat Grundstücke zu erwerben, zu nutzen und darüber zu verfügen, stellt eine Ergänzung der Niederlassungsfreiheit dar, wie sie sich aus Artikel 50 Abs. 2 lit. e AEUV ergibt.⁷⁸⁶

- (ii) Die gesellschaftsrechtliche Harmonisierungskompetenz des Artikels 50 Absatz 2 AEUV

⁷⁸² EuGH 01.07.1999, Rs. C-302/97, *Konle*, Slg. 1999, I-3099, 3131, Rz. 37ff.

⁷⁸³ Ebd., 49ff.

⁷⁸⁴ Ebd., 31.

⁷⁸⁵ Schlußanträge GA *La Pergola*, Rs. C-302/97, *Konle*, Slg. 1999, I-3099, 3112, Rz. 14; EuGH 01.07.1999, Rs. C-302/97, *Konle*, Slg. 1999, I-3099, 3134, Rz. 37f.

⁷⁸⁶ Schlußanträge GA *La Pergola*, Rs. C-302/97, *Konle*, Slg. 1999, I-3099, 3112, Rz. 15; EuGH 01.07.1999, Rs. C-302/97, *Konle*, Slg. 1999, I-3099, 3131, Rz. 22.

Bei Artikel 50 Abs. 2 AEUV sticht noch ein weiterer Spiegelstrich ins Auge, der offensichtlich Einfluss auf Artikel 345 AEUV hat.

„Das Europäische Parlament, der Rat und die Kommission erfüllen die Aufgaben, die ihnen aufgrund der obigen Bestimmungen übertragen sind, indem sie insbesondere (...)

*g) soweit erforderlich, die **Schutzbestimmungen** koordinieren, **die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 54 Absatz 2 im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten**; (Hervorhebung durch den Verfasser)⁷⁸⁷*

Da unterschiedliche nationale Regelungen zur Errichtung, Struktur und dem Aktionsradius von Gesellschaften die Niederlassungsfreiheit beschneiden, verbirgt sich hinter Artikel 50 Abs. 2 lit. g AEUV der primärrechtliche Auftrag, das mitgliedstaatliche Gesellschaftsrecht zu harmonisieren und eigene, genuin-europäische Gesellschaftsformen zu schaffen.⁷⁸⁸

Aus dem Wortlaut und der Stellung der Norm folgt, dass Artikel 50 Abs. 2 lit. g AEUV alle Rechtsangleichungsmaßnahmen erfasst, die geeignet sind, Hemmnisse zwischen den unterschiedlichen einzelstaatlichen Gesellschaftsrechten zu beseitigen. Erforderlich ist aber, dass die Maßnahmen der primären und sekundären Niederlassungsfreiheit dienen.⁷⁸⁹

Spiegelstrich g genießt im Zielkatalog des Artikels 50 Abs. 2 AEUV eine herausragende Stellung, da auf ihm zahlreiche kapitalmarkt- und gesellschaftsrechtliche Richtlinien beruhen.⁷⁹⁰ Dieses Sekundärrecht, hatte eine stufenweise Vereinheitlichung und "Europäisierung" bislang rein nationaler Gesellschaftsrechte zur Folge.⁷⁹¹

Da Artikel 50 Abs. 2 lit. g AEUV die EU zur Angleichung nationaler Gesellschaftsrechte ermächtigt und diese Kompetenz bereits umfassend beansprucht wurde, ist wohl davon

⁷⁸⁷ Art. 50 Abs. 2 lit. g AEUV.

⁷⁸⁸ Hobe, Europarecht, 215.

⁷⁸⁹ Jung in Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar³, Art. 50 AEUV, Rz. 15.

⁷⁹⁰ Für eine kompakte Übersicht dieser Richtlinien: Jung in Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar³, Art. 50 AEUV, Rz. 25ff.

⁷⁹¹ Ebd., Rz. 17.

auszugehen, dass die Eigentumsordnung des Artikels 345 AEUV in diesem abgegrenzten Rahmen nicht berührt wird.

(iii) Die Niederlassungsfreiheit und Artikel 345 AEUV

Die Analyse der Niederlassungsfreiheit zeigt, dass die im Zusammenhang mit Enteignungen stehenden Maßnahmen, nicht den europäischen Verträgen und der Überprüfung durch den EuGH entzogen sind. Es steht den Staaten zwar offen, ein System staatlicher Enteignung einzurichten; dieses ist von Artikel 345 AEUV auch geschützt. Nichtsdestotrotz hat dieses Recht aber einer unionsrechtlichen Überprüfung standzuhalten. Daneben ist zu sagen, dass Maßnahmen der Union zur Angleichung und Ausgestaltung des Gesellschaftsrechts nicht die Eigentumsordnung des Artikels 345 AEUV berühren.

(c) Der freie Kapital- und Zahlungsverkehr

Die Artikel 63 bis 66 AEUV regeln den freien Kapital- und Zahlungsverkehr. Die Garantie freier Kapitalflüsse ist in einer zunehmend globalisierten Weltwirtschaft von nicht zu unterschätzender Bedeutung. Die beiden Freiheiten (Kapital- und Zahlungsverkehr) sind zwar gemeinsam reguliert, unterscheiden sich allerdings in Funktion und Anwendungsbereich. Während der freie Kapitalverkehr eine der vier Hauptgrundfreiheiten darstellt, handelt es sich beim freien Zahlungsverkehr um eine sogenannte "Ergänzungs- bzw. Hilfsfreiheit".⁷⁹²

„(1) Im Rahmen der Bestimmungen dieses Kapitels sind alle Beschränkungen des Kapitalverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten sowie zwischen den Mitgliedstaaten und dritten Ländern verboten.“

⁷⁹² Hobe, Europarecht, 233.

*(2) Im Rahmen der Bestimmungen dieses Kapitels sind alle Beschränkungen des Zahlungsverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten sowie zwischen den Mitgliedstaaten und dritten Ländern verboten.*⁷⁹³

Der freie Kapitalverkehr (Artikel 63 Abs. 1 AEUV) verbietet das Recht, zwischen einzelnen Mitgliedstaaten sowie Mitgliedstaaten und Drittstaaten frei und ungehindert Kapital zu transferieren. Sie inkludiert die Kapitalbeteiligung an einer Gesellschaft durch Anteilsverkauf. Bei Direktinvestitionen, wie Aktienverkauf, kann es zu Überschneidungen mit der Niederlassungsfreiheit kommen.⁷⁹⁴

Der freie Zahlungsverkehr (Artikel 63 Abs. 2 AEUV) standardisiert die grenzüberschreitende Erfüllung von Zahlungsverbindlichkeiten. Die Art der Erfüllung spielt keine Rolle, womit sie die monetäre Ergänzung der übrigen Grundfreiheiten ist. Man tituliert sie aufgrund der dienenden Funktion oft auch als Hilfsfreiheit. Der freie Kapital- und Zahlungsverkehr haben beide - in den Mitgliedstaaten - ein allgemeines Beschränkungsverbot unmittelbarer Wirkung zur Folge.⁷⁹⁵

Der Vorbehalt des Artikels 65 AEUV enthält eine Auflistung an Möglichkeiten, die es erlaubt Beschränkungen der beiden Grundfreiheiten zu rechtfertigen, wie bspw. aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit.⁷⁹⁶ Aus der EuGH-Judikatur zum freien Kapitalverkehr, können wichtige Aussagen zum Verhältnis nationaler Enteignungen zu Artikel 345 AEUV abgeleitet werden. Diese sind gesondert und ausführlich darzulegen.

(i) Die Thematik der "golden-shares-Fälle"

Wichtige Informationen zum Anwendungsbereich des Artikels 345 AEUV sind aus den "Golden Shares – Fällen"⁷⁹⁷ abstrahierbar.

⁷⁹³ Art. 63 Abs. 1 und 2 AEUV.

⁷⁹⁴ Hobe, Europarecht, 234f.

⁷⁹⁵ Ebd., 235f.

⁷⁹⁶ Erlaubt ist etwa die Anwendung von Steuerrechtsvorschriften, die Steuerpflichtige unterschiedlichen Wohnorts auch unterschiedlich behandeln (Art. 65 Abs. 1 lit. a AEUV).

⁷⁹⁷ Um bei Privatisierungen größerer Unternehmen in sensiblen Bereichen weiterhin die Kontrolle zu behalten, führten Staaten in der Vergangenheit immer wieder staatliche Sonderrechte ein. Eine mögliche Form staatlicher Sonderrechte sind "Golden Shares", das sind Aktien mit Vorzugsrechten, online abrufbar unter: <http://ec.europa.eu/internal_market/capital/framework/court/index_de.htm> (17.06.2017).

Die Kommission klagte in *Kommission/Frankreich* den französischen Staat wegen Verstoßes gegen die Niederlassungsfreiheit und den freien Kapitalverkehr. Streitpunkt der Klage war ein nationales Dekret, das eine staatliche Sonderaktie an einem privatisierten Mineralölunternehmen errichtete. Die Sonderaktie räumte der französischen Republik das Recht ein, die Wirksamkeit von Beteiligungen, die einen gewissen Schwellenwert erreichen, an die Zustimmung des französischen Wirtschaftsministers zu koppeln. Die Sonderaktie gewährte der französischen Republik darüber hinaus das Recht, Abtretungen von Aktiva sowie ihrer Verwendung als Sicherheit zu widersprechen.⁷⁹⁸

Die Begründung des französischen Staates lag im Wesentlichen darin, dass ein essentielles nationales Interesse am Energiemarkt und der Möglichkeit der Kontrolle der Mineralölindustrie besteht. Die EK erwiderte dagegen, dass die stetige Versorgung mit Erdölprodukten zwar zu den zwingenden Interessen der Allgemeinheit gehört, Maßnahmen hierzu aber den Voraussetzungen der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit genügen müssen. Die Kommission brachte außerdem vor, dass einige Mitgliedstaaten im Zusammenhang mit Privatisierungen Maßnahmen getroffen haben, die geeignet sind das Ausmaß innergemeinschaftlicher Investitionen zu beeinträchtigen. Diese Maßnahmen, so die Kommission, seien daher mit Gemeinschaftsrecht unvereinbar.⁷⁹⁹

Der EuGH stellte in seiner Urteilsbegründung zunächst fest, dass der freie Kapitalverkehr Beschränkungen des Kapitalverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten im Allgemeinen verbiete. Das Höchstgericht betonte, dass dieses Verbot aber richtigerweise über die Beseitigung der Ungleichbehandlung aufgrund der Staatsangehörigkeit hinausgehe. Für eine Verletzung des freien Kapitalverkehrs reicht es laut EuGH vielmehr aus, Anleger anderer Mitgliedstaaten von einer Investition abzuhalten. Das gegenständliche nationale Dekret stelle daher eine Beschränkung des freien Kapitalverkehrs dar. Zwar können mitgliedstaatliche Einflüsse auf ursprünglich öffentliche Unternehmen den Umständen nach gerechtfertigt sein, eine Ausgestaltung wie im konkreten Fall, sei aber unter Rückgriff auf Ex-Artikel 222 EWGV (Artikel 345 AEUV) nicht zu rechtfertigen. Außerdem stellten die Höchstrichter fest, dass die Bestimmung die Eigentumsordnung der Mitgliedstaaten nicht den Grundprinzipien des Vertrags entziehe.⁸⁰⁰

⁷⁹⁸ EuGH 04.06.2002, Rs. C-483/99, *Kommission/Frankreich*, Slg. 2002, I-4781, 4788, Rz. 1.

⁷⁹⁹ Ebd., Rz. 17ff.

⁸⁰⁰ Ebd., Rz. 40ff.

Kommission/Frankreich ist nicht der einzige "Golden-Shares-Fall". Der EuGH sah sich vielmehr mit einer regelrechten Fülle an Rechtsstreitigkeiten zur unionsrechtlichen Vereinbarkeit staatlicher Sonderaktien konfrontiert.⁸⁰¹

Der EuGH bekräftigte die oben gemachten Ausführungen zum Verhältnis staatlicher Sonderaktien an privatisierten Unternehmen und Ex-Artikel 222 EWGV (Artikel 345 AEUV), auch in anderen hierzu ergangenen Urteilen. Obwohl sich die Judikate alle in ihrem konkreten Sachverhalt unterscheiden, enthalten sie doch dieselbe Erkenntnis. Der EuGH stellte in dieser Judikaturlinie unmissverständlich fest, dass die nationale Eigentumsordnung nicht den Grundprinzipien der nationalen Eigentumsordnung entzogen ist.⁸⁰² Darüber hinaus scheint kein Zweifel daran zu bestehen, dass es den Mitgliedstaaten offenstehen soll, Unternehmen nach eigenen wirtschaftspolitischen Vorstellungen zu verstaatlichen bzw. zu privatisieren. Der EuGH zweifelte diese mitgliedstaatliche Befugnis in keiner Weise an. Die "Golden-Shares-Fälle" zeigen aber, dass Privatisierungen folgende Maßnahmen – wie etwa die Einrichtung staatlicher Sonderaktien – der umfassenden Vereinbarkeitsüberprüfung mit Unionsrecht unterliegen. Es ist auch kein Grund ersichtlich, wieso das zur Privatisierung Gesagte nicht auch für den Enteignungskomplex gelten soll.

(ii) Ergänzende Judikate zum freien Kapitalverkehr

Die Urteilsaussprüche der "Golden-Shares" finden sich in anderen zum freien Kapitalverkehr ergangenen Urteilen wieder. So sprach der EuGH im Zusammenhang mit der Auslandsinvestitionsfähigkeit offener Pensionsfonds aus, dass die in den Mitgliedstaaten bestehende Eigentumsordnung nicht den EG-Grundprinzipien entzogen ist. Ex - Artikel 295 EGV (Artikel 345 AEUV) kann daher auch nicht von der Pflicht zur Einhaltung des freien Kapitalverkehrs befreien. Eine Beeinträchtigung oder Einschränkung der Vorschriften des freien Kapitalverkehrs durch Artikel 345 AEUV ist damit ausgeschlossen.⁸⁰³ Der EuGH verwarf so den von der Republik Polen vorgebrachten Einwand, dass Ex-Artikel 295 EGV (Artikel 345 AEUV) einem Mitgliedstaat die Wahl der

⁸⁰¹ Siehe: EuGH 04.06.2002, Rs. C-503/99, *Kommission/Belgien*, Slg. 2002, I-4809; EuGH 13.05.2003, Rs. C-463/00, *Kommission/Spanien*, Slg. 2003, I-4581.

⁸⁰² EuGH 04.06.2002, Rs. C-503/99, *Kommission/Belgien*, Slg. 2002, I-4809, 4832, Rz. 44; EuGH 04.06.2002, Rs. C-367/98, *Kommission/Portugal*, Slg. 2002, I-4731, 4774, Rz. 48; EuGH 08.07.2010, Rs. C-171/08, *Kommission/Portugal*, Slg. 2010, I-6817, Rz. 64.

⁸⁰³ EuGH 21.12.2011, Rs. C-271/09, *Kommission/Polen*, Slg. 2011, I-13613, Rz. 44.

Modalitäten erlaube, mit denen er die - mit dem Eigentum an öffentlichen Mitteln verbundenen - Vorrechte ausübt.⁸⁰⁴

Gleich verhielt es sich in *Salzmann*, als der EuGH ein System behördlicher Genehmigungen zum Grundstückserwerb zu prüfen hatte. Der EuGH urteilte, dass die Regelung des Grundeigentums zwar den Mitgliedstaaten vorbehalten, EG-Grundprinzipien allerdings nicht entzogen ist. Damit ergibt sich, dass innerstaatliche Vorschriften stets den Regeln zum freien Kapitalverkehr zu genügen haben.⁸⁰⁵ Diese Ansicht findet sich auch in den davor getätigten Ausführungen des GA *Leger*.⁸⁰⁶

(iii) Der freie Kapitalverkehr und Artikel 345 AEUV

Der freie Kapitalverkehr bestätigt, dass zweifelsohne bestehende mitgliedstaatliche Recht Privatisierungen – folgerichtig auch Verstaatlichungen – vorzunehmen. Artikel 345 AEUV lässt in dieser Hinsicht die nationale Eigentumsordnung unberührt.

Der Eigentumszuordnung nachfolgende Maßnahmen, wie etwa die Einrichtung staatlicher Sonderaktien, unterliegen aber vollinhaltlich den Vertragsprinzipien und der Überprüfung durch den EuGH.

(d) Das allgemeine Diskriminierungsverbot des Artikels 18 AEUV

Artikel 18 AEUV ist zweifelsohne eine der geläufigsten und bedeutendsten Unionsrechtsbestimmungen. Sie greift bei grenzüberschreitenden Sachverhalten und verbietet Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit. Das Verhältnis zu den Diskriminierungsverboten der Grundfreiheiten ist von bloß subsidiärer Anwendbarkeit gekennzeichnet. Anzumerken ist, dass die Norm Diskriminierungen nicht *per se* aufgrund der Staatsangehörigkeit verbietet. Vielmehr ist hierfür eine Rechtfertigung erforderlich.⁸⁰⁷ Der EuGH sieht Artikel 18 AEUV (Ex-Artikel 12 EGV) als Ausformung des allgemeinen

⁸⁰⁴ Ebd., Rz. 38.

⁸⁰⁵ EuGH 15.05.2013, Rs. C-300/01, *Salzmann*, Slg. 2003, I-4899, 4936, Rz. 39.

⁸⁰⁶ Schlußanträge GA *Leger*, Rs. C-300/01, *Salzmann*, Slg. 2003, I-4899, 4910, Rz. 34.

⁸⁰⁷ *Holoubek* in *Schwarze* (Hrsg.), EU-Kommentar³, Art. 18 AEUV, Rz. 3ff.

Gleichheitssatzes, der ein gemeinschaftsrechtliches Grundprinzip darstellt.⁸⁰⁸ Als fundamentales Prinzip des Gemeinschafts- bzw. Unionsrechts, ist Artikel 18 AEUV bei der Interpretation anderer Vertragsbestimmungen stets mit zu berücksichtigen.⁸⁰⁹

Die europäische Judikatur hat in der Vergangenheit nicht nur die Bedeutung der Grundfreiheiten bei der Auslegung des Artikels 345 AEUV, sondern auch den Stellenwert des allgemeinen Diskriminierungsverbots unterstrichen. So erläuterte bspw. GA *Geelhoed* im Zusammenhang mit einem Liegenschaftsverkauf, dass auch nationale Vorschriften zu Regelungsmaterien des Ex-Artikels 295 EGV (Artikel 345 AEUV) im Einklang mit dem allgemeinen Diskriminierungsverbot zu stehen haben.⁸¹⁰ Der EuGH schloss sich dieser Ansicht vollinhaltlich an und betonte, dass selbst die Materien des Ex-Artikels 295 EGV (Artikel 345 AEUV) die Grundsätze des Gemeinschaftsrechts – wie das allgemeine Diskriminierungsverbot – zu beachten haben.⁸¹¹

Artikel 18 AEUV bestätigt im Ergebnis, was bereits die Analyse der Grundfreiheiten offenbarte. Artikel 345 AEUV hat nicht zur Folge, dass die Mitgliedstaaten von der Bindung an die Grundprinzipien der europäischen Verträge befreit sind. Artikel 18 AEUV muss stets, wie die besonderen Diskriminierungsverbote der Grundfreiheiten, auch bei Angelegenheiten des Artikels 345 AEUV mit überprüft werden.

(e) Artikel 345 AEUV und das europäische Wettbewerbsrecht

Das Wettbewerbsrecht ist, neben den Grundfreiheiten, eine tragende Säule der europäischen Wirtschaftsverfassung und ein Hauptinstrument zur Regulierung des Binnenmarkts. Es schützt den Wettbewerb innerhalb der Union vor Verfälschungen und stellt insoweit eine Rahmenordnung ungehinderten Wirtschaftens dar.⁸¹² Das europäische Wettbewerbsrecht ist für die gegenständliche Durchsicht in zwei Teile zu segmentieren:

⁸⁰⁸ EuGH 27.10.2009, Rs. C-115/08, *CEZ*, Slg. 2009, I-10265, Rz. 89.

⁸⁰⁹ *Kingreen in Ehlers* (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten³ (2009), Art. 18 AEUV, Rz. 2.

⁸¹⁰ Schlußanträge GA *Geelhoed*, Rs. C-452/01, *Ospelt und Schlössle Weissenberg*, Slg. 2003, I-9743, 9766, Rz. 82.

⁸¹¹ EuGH 23.09.2009, Rs. C-452/01, *Ospelt und Schlössle Weissenberg*, Slg. 2003, I-9743, 9789, Rz. 24.

⁸¹² *Hobe*, Europarecht, 264.

das Kartellrecht oder Wettbewerbsrecht im engeren Sinn (Artikel 101 bis 106 AEUV) und das System der Beihilfenkontrolle (Artikel 107 bis 109 AEUV).

Das Kartellrecht findet sich im AEU-Vertrag unter der Überschrift "Vorschriften für Unternehmer" und richtet sich sinngemäß an Unternehmer. Es hat unterschiedlichste Bestimmungen zum Inhalt. Artikel 101 normiert das Kartellverbot und Artikel 102 AEUV das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung. Artikel 103 AEUV ermächtigt den Rat zum Erlass von kartellrechtlichen Durchführungsvorschriften. Artikel 104 und 105 AEUV sehen die Zuständigkeit der Union zur Umsetzung des EU-Kartellrechts vor. Artikel 106 AEUV legt fest, inwieweit die Wettbewerbsvorschriften auf öffentliche Unternehmen bzw. Unternehmen, denen die Mitgliedstaaten besondere oder ausschließliche Rechte gewährt haben, anzuwenden sind.⁸¹³

Der AEUV kennt keine Definition des im Kartellrecht so elementaren Unternehmerbegriffs. Der EuGH wendet allerdings in der Regel das europäische Kartellrecht auf all jene Einheiten an, die - unabhängig von Rechtsform und Finanzierungsart - wirtschaftliche Tätigkeiten ausüben.⁸¹⁴ Der erste Blick auf die Wettbewerbsvorschriften zeigt, dass die Union sowohl private als auch öffentliche Unternehmen anerkennt und zulässt. Andernfalls wäre der Regelungsgehalt des Artikels 106 AEUV, der die Anwendung des Wettbewerbsrechts auf öffentliche Unternehmen ausdehnt, nicht zu erklären.

Eine erfolgreiche Wirtschaftspolitik, so zeigte auch die Finanzkrise 2008, verlangt oft umfangreiche staatliche Unterstützungsmaßnahmen. Dem AEUV ist ein ausgewogenes System der Beihilfenkontrolle inne. Ziel der Vorschriften ist es, Verzerrungen des freien Markts und Wettbewerbs durch staatliche Unterstützungen hintanzuhalten. Das System der Beihilfenkontrolle richtet sich im Gegensatz zum Kartellrecht an den Staat und seine Organisationseinheiten.⁸¹⁵

Die Artikel 107 bis 109 AEUV (Beihilfenkontrolle) unterwerfen alle staatliche Maßnahmen, die den Beihilfentatbestand erfüllen, materiell- und verfahrensrechtlich der Kontrolle durch die EK. Das AEUV-System folgt dabei einem grundsätzlichen Verbotssystem, das aber Genehmigungsmöglichkeiten kennt. Absatz Eins normiert

⁸¹³ *Brinker* in *Schwarze* (Hrsg.), EU-Kommentar³, Art. 101 AEUV, Rz. 2.

⁸¹⁴ *Reinisch*, EU-Wettbewerbsrecht und internationale Organisationen, in *Schuhmacher/Stockenhuber/Straube/Torggler/Zib* (Hrsg.), Festschrift für Josef Aicher (2012), 651.

⁸¹⁵ *Hobe*, Europarecht, 280.

grundsätzlich das Verbot staatlicher Beihilfen. Die Absätze Zwei und Drei regeln die Ausnahmen vom Verbot der Beihilfengewährung.⁸¹⁶

Aufgrund der ökonomischen Bedeutung, sind sowohl das Kartellrecht als auch die Beihilfenkontrolle auf ihr Verhältnis zu Artikel 345 AEUV hin zu analysieren.

(i) Artikel 345 AEUV und das europäische Kartellrecht

Da das europäische Kartellrecht Aussagen zur zwischenstaatlichen Wirtschaftstätigkeit nationaler Unternehmen enthält, ergeben sich zwangsläufig Überschneidungen mit Artikel 345 AEUV.

Die Kommission verhängte 1982 gegen ein britisches Fernmeldemonopol (**British Telecommunications - BT**) eine Entscheidung wegen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung. Dieses Staatsmonopol hatte zuvor private Übermittlungsagenturen, durch den Erlass von Benutzungsordnungen, in der Möglichkeit frei zu wirtschaften weitestgehend eingeschränkt. BT versuchte sich vor dem EuGH damit zu rechtfertigen, dass im konkreten Fall ein Monopol vorliegt und Ex-Artikel 222 EWGV (Artikel 345 AEUV) daher der Anwendung der Wettbewerbsvorschriften entgegensteht.⁸¹⁷

Den Ausführungen des EuGH ist zu entnehmen, dass es den Mitgliedstaaten grundsätzlich offensteht, die Tätigkeiten festzulegen, die durch den öffentlichen Sektor ausgeführt werden. Dies hindert allerdings nicht die Anwendung der Wettbewerbsbestimmungen auf Wirtschaftstätigkeiten öffentlicher Wirtschaftsteilnehmer.⁸¹⁸

Der EuGH wiederholte in späterer Judikatur, dass das Wettbewerbsrecht für Unternehmen der öffentlichen und privaten Hand gleichermaßen verbindlich ist.⁸¹⁹ Das europäische Höchstgericht, sprach im Zusammenhang mit einer staatlichen Beihilfe unter anderem aus, dass die Anwendung der Wettbewerbsregeln nicht zur Einschränkung der Wirtschaftsmöglichkeit öffentlicher Unternehmen führt. Vielmehr sei dies notwendige Folge, des für öffentlichen und privaten Eigentums gleichermaßen geltenden Gleichbehandlungsgebots.⁸²⁰ Dieses Gleichbehandlungsgebot der Wettbewerbsvorschriften für öffentliche und private Unternehmen, hat laut EuGH auch nicht zur Folge, dass der Schutzbereich des Ex-Artikels 295 EGV (Artikel 345 AEUV) eingeschränkt wird. Den

⁸¹⁶ *Bär-Bouyssiere in Schwarze* (Hrsg.), EU-Kommentar³, Art. 107 AEUV, Rz. 2f.

⁸¹⁷ EuGH 20.03.1985, Rs. C-41/83, *Italien/Kommission*, Slg. 1985, I-873, 884, Rz. 13.

⁸¹⁸ Ebd., Rz. 21f.

⁸¹⁹ EuGH 29.03.2001, Rs. C-163/99, *Portugal/Kommission*, Slg. 2001, I-2613, 2659, Rz. 58f.

⁸²⁰ EuGH 03.07.2003, Rs. C-83/01, *Chronopost/Ufex u.a.*, Slg. 2003, I-6993, 7031, Rz. 77.

Mitgliedstaaten verbleibt vielmehr auch weiterhin das Recht, Unternehmen zu betreiben, Beteiligungen zu halten und andere Transaktionen durchzuführen, wie folgender Textpassus aus der höchstgerichtlichen Judikatur illustriert.

„Außerdem führt diese Anwendung der Wettbewerbsregeln auf Unternehmen unabhängig von der für sie geltenden Eigentumsordnung entgegen dem Vorbringen der Kläger nicht dazu, dass der Schutzbereich von Artikel 295 EG eingeschränkt würde und den Mitgliedstaaten praktisch kein Raum mehr verbliebe, öffentliche Unternehmen zu betreiben, an ihnen Beteiligungen zu halten oder andere als rein ertragsorientierte Erwägungen anzustellen.“⁸²¹

Die Rechtssache *Landes Nordrhein-Westfalen/Kommission* zeigt eindrucksvoll, dass der EuGH die Eigentumsordnung des Artikels 345 AEUV als Eigentumszuordnung verstanden haben möchte. Die Judikatur zeigt auch, dass der EuGH den Mitgliedstaaten das Recht zugesteht, Unternehmen – auch solche mit Monopolstellung – zu betreiben. Die staatlichen Unternehmen sind im Rahmen ihrer Wirtschaftstätigkeit aber, so wie auch die der privaten Hand, auf umfassende Art und Weise den Wettbewerbsvorschriften unterworfen. Dies ist notwendige Folge des Grundsatzes der Gleichbehandlung privaten und öffentlichen Eigentums.

(ii) Artikel 345 AEUV und das System der Beihilfenkontrolle

Der EuGH hatte sich in seiner wettbewerbsrechtlichen Judikatur auch schon mit der Beihilfenkontrolle zu beschäftigen, wobei Artikel 345 AEUV hier regelmäßig als Verteidigungsargument bedient wurde.

Der EuGH stellte allerdings fest, dass Ex-Artikel 295 EGV (Artikel 345 AEUV) nicht eine Einschränkung des Begriffs der staatlichen Beihilfe iSd Ex-Artikels 87 Absatz 1 EGV (Artikel 107 Absatz 1 AEUV) zur Folge hat. Es gilt vielmehr, dass die Regelung des

⁸²¹ EuGH 06.03.2003, Rs. T-233/99, *Landes Nordrhein-Westfalen/Kommission*, Slg. nicht verfügbar, Rz. 195.

Eigentums eine mitgliedstaatliche Angelegenheit ist und die bestehende Eigentumsordnung nicht den Grundprinzipien des Vertrags entzogen ist.⁸²²

Es war nicht das erste Mal, dass der EuGH betonte, dass Ex-Artikel 295 EGV nicht den Begriff der Beihilfe einschränkt. In der Rechtssache *Landes Nordrhein-Westfalen/Kommission* führte der EuGH hierzu aus, dass für öffentliche Unternehmen, die Ausnahmebestimmung des Ex-Artikels 86 Absatz 2 EGV (Artikel 106 Absatz 2 AEUV) schlagend ist. Diese Vorschrift nimmt Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen oder den Charakter eines Finanzmonopols haben, von den Wettbewerbsvorschriften aus, soweit diese sonst – gemeint sind die Wettbewerbsvorschriften – die Erfüllung der, den Unternehmen übertragenen, Aufgaben rechtlich oder tatsächlich verhindern würden.⁸²³

Aus Artikel 345 AEUV darf keine Einschränkung der Vorschriften der Beihilfenkontrolle abgeleitet werden. Vielmehr, ist die mitgliedstaatliche Eigentumsordnung umfassend den Artikeln 107ff AEUV unterworfen.

(iii) Das europäische Wettbewerbsrecht und Artikel 345 AEUV

Die Gesamtschau der Wettbewerbsvorschriften und des Artikels 345 AEUV hat ergeben, dass die nationale Eigentumsordnung nicht den AEUV-Vorschriften zum freien Wettbewerb entzogen ist. Öffentliche und private Unternehmen haben sich gleichermaßen an die Wettbewerbsregeln zu halten. Die Eigentumsordnung des Artikels 345 AEUV ist in dieser Hinsicht nicht berührt.

Die rege Rechtsprechungstätigkeit des EuGH auf dem Gebiet des europäischen Wettbewerbsrechts, konnte außerdem zeigen, dass sich das Tatbestandsmerkmal "Eigentumsordnung" richtigerweise im Recht auf autonome Eigentumszuordnung erschöpft

(f) Die Wirtschaftsgrundrechte der EU-Grundrechte-Charta

⁸²² EuGH 05.08.2003, verb. Rs. T-116/01 und T-118/01, *P & O European Ferries (Vizcaya)/Kommission*, Slg. 2003, II-2957, 3003, Rz. 150ff.

⁸²³ EuGH 06.03.2003, Rs. T-233/99, *Landes Nordrhein-Westfalen/Kommission*, Slg. nicht verfügbar, Rz. 194 und 197.

Die EU verfügt seit Inkrafttreten des VvL über einen eigenen Grundrechtekatalog. Dieser beweist die kontinuierliche Entwicklung der Union vom wirtschaftlichen Zweckverband hin zur politischen Grundrechtsgemeinschaft. Die Grundrechte-Charta war 2004 ursprünglich in den Vertrag über die Verfassung für Europa integriert. Das Scheitern des europäischen Verfassungsvertrags hatte allerdings zur Folge, dass die Charta erst 2009 rechtsverbindlich in Kraft treten konnte.⁸²⁴

Die Grundrechte-Charta steht im Primärrechtsrang und ist den europäischen Verträgen folglich gleichgestellt.⁸²⁵ Wichtig zu wissen ist, dass die EU-GRC Teil des Rechtsregimes von AEUV und EUV ist. Die EU-GRC ist von den europäischen Verträgen also nicht separiert, weshalb bei Änderungen der Charta, auch die Bestimmungen des Europarechts und nicht jene des Völkerrechts zur Anwendung gelangen müssen.⁸²⁶

Die Wirtschaftsgrundrechte der EU-GRC stellen einen wesentlichen Bestandteil der primärrechtlichen Wirtschaftsverfassung dar und sollen deshalb auf ihre möglichen Wechselwirkungen bezüglich Artikel 345 AEUV untersucht werden. Die Analyse gewinnt an Bedeutung, wenn man bedenkt, dass die EU-GRC ein eigenes Eigentumsgrundrecht beinhaltet.

Die Wirtschaftsgrundrechte finden sich in den Artikeln 15ff EU-GRC und sollen die weitreichende "wirtschaftliche Betätigungsfreiheit"⁸²⁷ gewährleisten. Artikel 15 verbürgt die Berufsfreiheit und das Recht zu arbeiten, wobei Artikel 15 Absatz 1 EU-GRC die allgemeine Garantie der Berufsfreiheit regelt. Wichtig festzuhalten ist, dass das Recht zu arbeiten, kein subjektives Recht auf Arbeit bzw. einen Arbeitsplatz bedeutet.⁸²⁸ Artikel 16 der Charta sichert die unternehmerische Freiheit. Sie umfasst das Recht auf selbständige Ausübung einer Wirtschafts- oder Geschäftstätigkeit, womit auch das Recht einhergeht Unternehmen zu gründen. Artikel 16 ist im Vergleich zu Artikel 15 EU-GRC die speziellere Gewährleistung.⁸²⁹

⁸²⁴ *Hatje* in *Schwarze* (Hrsg.), EU-Kommentar³, Art. 6 EUV, Rz. 3f.

⁸²⁵ Art. 6 Abs. 1 EUV stellt die Charta der Grundrechte ausdrücklich den Verträgen rechtlich gleich.

⁸²⁶ Einschlägig ist somit das ordentliche Änderungsverfahren des Art. 48 Abs. 2 EUV.

⁸²⁷ *Ruffert* in *Ehlers* (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten (2009), Art. § 16, Rz. 10.

⁸²⁸ *Bezemek* in *Holoubek/Lienbacher* (Hrsg.), GRC-Kommentar: Charta der Grundrechte der Europäischen Union (2014) Art. 15 GRC, Rz. 4ff.

⁸²⁹ Ebd., Art. 16 GRC, Rz. 6f.

(i) Das Eigentumsgrundrecht des Artikels 17 EU-GRC

Das Eigentumsrecht des Artikels 17 EU-GRC wird an dieser Stelle detaillierter behandelt.

„(1) Jede Person hat das Recht, ihr rechtmäßig erworbenes Eigentum zu besitzen, zu nutzen, darüber zu verfügen und es zu vererben. Niemandem darf sein Eigentum entzogen werden, es sei denn aus Gründen des öffentlichen Interesses in den Fällen und unter den Bedingungen, die in einem Gesetz vorgesehen sind, sowie gegen eine rechtzeitige angemessene Entschädigung für den Verlust des Eigentums. Die Nutzung des Eigentums kann gesetzlich geregelt werden, soweit dies für das Wohl der Allgemeinheit erforderlich ist.

(2) Geistiges Eigentum wird geschützt.“

Artikel 17 ist das dritte maßgebliche Wirtschaftsgrundrecht und entstehungsgeschichtlich im Lichte des Artikels 1 1.ZP zur EMRK, sowie den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten zu sehen.⁸³⁰

Der sachliche Anwendungsbereich gleicht weitestgehend jenem des EMRK-Eigentumsrechts, wobei Artikel 17 Absatz 1 EU-GRC hinsichtlich seiner textlichen Ausgestaltung wesentlich detaillierter ist. So schützt er das Recht Eigentum zu besitzen, zu nutzen, zu verfügen und zu vererben. Der Eigentumserwerb wird nicht geschützt.⁸³¹

Aufgrund der stetigen Bedeutung geistigen Eigentums und der emsigen Sekundärrechtspraxis auf dem Gebiet des Urheberrechts, bezieht Artikel 17 (2) EU-GRC das geistige Eigentum ausdrücklich in den Schutz der Grundrechte-Charta mit ein.⁸³²

Satz Zwei und Drei des Artikels 17 Absatz 1 EU-GRC erinnern an die, zum Enteignungsschutz in ISA enthaltenen Formulierungen. Die Grundrechtecharta der Union regelt sowohl die Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen von Enteignungen, als auch von sonstigen Beschränkungen des Eigentums. Vorweggeschickt sei noch, dass die EU-GRC – ähnlich der EMRK – einen weiten völkerrechtlichen Eigentumsbegriff kennt. Dieser

⁸³⁰ Schwarze in Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar³, Art. 17 GRC, Rz. 1.

⁸³¹ Blauensteiner/Hanslik in Holoubek/Lienbacher (Hrsg.), GRC-Kommentar, Art. 17 GRC, Rz. 11.

⁸³² Siehe: Richtlinie des Rates vom 14.05.1991 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen (91/250/EWG); Richtlinie des Rates vom 27.09.1993 zur Koordinierung bestimmter urheber- und leistungsschutzrechtlicher Vorschriften (93/83/EWG); Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.03.1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken (RL 96/9/EG).

umfasst nicht nur bewegliche und unbewegliche Sachen, sondern alle erworbenen vermögenswerten Rechte.⁸³³

Artikel 17 Absatz 1 EU-GRC schützt nicht nur vor unrechtmäßigen formellen Enteignungen, sondern auch vor faktischen Enteignungen (sogenannten "de facto Enteignungen"). "De facto Enteignungen" sind nur schwer von bloßen Eigentumsnutzungsregelungen abgrenzbar, und schränken Betroffene in der Regel wirtschaftlich genauso stark ein wie tatsächliche Enteignungen. Enteignungen sind nach der EU-GRC dann rechtskonform, wenn ein öffentliches Interesse besteht und ein Gesetz den Eigentumsentzug anordnet. Darüber hinaus verlangt Artikel 17 eine rechtzeitige und angemessene Entschädigungszahlung. Was die Entschädigungsleistung anbelangt, so folgt die EU-GRC weitestgehend der anerkannten "Hull-Formel". Diese verlangt eine prompte, adäquate und effektive Entschädigungszahlung und ist inzwischen *state of the art* mitgliedstaatlicher ISA. Eine entschädigungslose Enteignung, ist aufgrund der gesetzlichen Normierung ausdrücklich nicht zulässig.⁸³⁴ Aus den übrigen Bestimmungen der Charta ergibt sich weiters, dass Eigentumsentziehungen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu wahren haben.⁸³⁵

Nutzungsbeschränkungen gebieten oder untersagen den Eigentumsgebrauch und erfüllen nicht den Tatbestand der Enteignung. Artikel 17 Abs. 1 Satz 3 EU-GRC erklärt Beschränkungen des Eigentums für rechters, sofern sie dem Allgemeinwohl dienlich sind. Entscheidend sind die gesetzliche Anordnung und die Achtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Nutzungsbeschränkungen erfordern für die Rechtmäßigkeit grundsätzlich, im Gegensatz zu Enteignungen, keine Entschädigungsleistung.⁸³⁶

Artikel 17 EU-GRC deckt sich in vielerlei Hinsicht mit den Enteignungsschutzklauseln mitgliedstaatlicher ISA. Grundrechtsverpflichtete der Charta sind einerseits die Organe,

⁸³³ Blauensteiner/Hanslik in Holoubek/Lienbacher (Hrsg.), GRC-Kommentar, Art. 17 GRC, Rz. 12.

⁸³⁴ Ebd., Rz. 26ff.

⁸³⁵ Art. 52 Abs. 1 der EU-GRC verlangt, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz stets gewahrt wird.

⁸³⁶ Blauensteiner/Hanslik in Holoubek/Lienbacher (Hrsg.), GRC-Kommentar, Art. 17 GRC, Rz. 37ff.

Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union, andererseits die Mitgliedstaaten bei der Durchführung des Unionsrechts.⁸³⁷

EuGH-Judikatur zur Enteignung liegt bis dato keine vor, was allerdings auf das Fehlen einer europäischen Enteignungsbefugnis rückzuführen ist.⁸³⁸ Inwieweit Artikel 17 EU-GRC die neue Unionskompetenz für ADI beeinflusst, kann an dieser Stelle unbeantwortet bleiben, da diese Thematik bereits behandelt wurde.

(ii) Die Grundrechtsqualität des Artikels 345 AEUV

Aus dem bisher Gesagten, lassen sich trotzdem mehrere Schlüsse für die korrekte Auslegung des Artikels 345 AEUV ziehen. Abzulehnen ist die Ansicht, nach der Artikel 345 AEUV grundrechtsähnlicher Charakter zukommen soll.⁸³⁹ Es scheint eher systemkonform, Artikel 17 EU-GRC als europäisches Eigentumsgrundrecht anzuerkennen. Hinzukommt, dass der EuGH das gemeinschaftsrechtliche Grundrecht - vor Inkrafttreten der Charta - unter Rückgriff auf die Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten und die EMRK bildete, nicht unter Rückgriff auf Artikel 345 AEUV.⁸⁴⁰

Es lässt sich sagen, dass aus der EU-GRC keine Kompetenz der Union für den Enteignungsschutz gefolgert werden kann. Artikel 17 EU-GRC bedeutet auch nicht, dass die Mitgliedstaaten zur alleinigen Regelung des Enteignungsschutzes berufen sind. Die EU-GRC ist zwar essentieller Bestandteil der europäischen Rechtsordnung, lässt aber die Zuständigkeitsverteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten unberührt.

Insgesamt zeigt sich, dass Artikel 17 EU-GRC die Forschungsfrage im Kern nicht beantwortet. Von Bedeutung bleibt Artikel 345 AEUV, dessen Schutzbereich weiter eingegrenzt werden konnte. Artikel 345 AEUV kommt kein grundrechtsähnlicher Charakter zu.

⁸³⁷ Art. 51 Abs. 1 Satz 1 EU-GRC.

⁸³⁸ Schwarze in Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar³, Art. 17 GRC, Rz. 5.

⁸³⁹ Boß in Lenz/Borchardt (Hrsg.), EU Verträge Kommentar nach dem Vertrag von Lissabon⁶, Art. 345 AEUV, Rz. 2.

⁸⁴⁰ EuGH 13.12.1979, Rs. C-44/79, *Hauer/Land Rheinland-Pfalz*, Slg. 1979, I-3727, 3745, Rz. 17.

4.4.5 Die Ergebnisse der systematischen Auslegung des Artikels 345 AEUV

Der systematischen Auslegung kommt in der Rechtsprechungstätigkeit des EuGH eine beachtliche Rolle zu. Die Praxis zeigt, dass teleologisch-systematische Interpretationsargumente bei der Gesamtbeurteilung in den Genuss vorrangiger Würdigung kommen.

Die Stellung des Artikels 345 AEUV in Teil Sieben des Vertragskorpus, hebt einerseits die umfassende Geltung der Vorschrift, andererseits die ihr zukommende Bedeutung hervor. Diese scheinbar überragende Stellung des Artikels 345 AEUV kann einer systematischen Gesamtschau allerdings nicht statthalten. Die Judikatur des EuGH zeigt, dass für Vorbehaltssnormen, wie etwa Artikel 345 AEUV, ein restriktives Interpretationsgebot gilt. Da Vorbehalte grundsätzlich Ausnahmebestimmungen zum Integrationsregime der europäischen Verträge sind, sind sie eingrenzend auszulegen. Die Qualifikation einer Rechtsvorschrift als Vorbehaltssnorm führt aber nicht zur vertraglichen Freistellung.

Verworfen werden konnte die These, wonach Artikel 345 AEUV grundrechtsähnlicher Charakter zukommt. Im Rahmen des europäischen Grundrechtsschutzes, ist vielmehr an Artikel 1 1.ZP EMRK und Artikel 17 EU-GRC anzuknüpfen.

Hinsichtlich des Tatbestands des Artikels 345 AEUV, ergab die systematische Auslegung, dass das gewerbliche und kommerzielle Eigentum nicht vom Begriff „Eigentumsordnung“ umfasst ist. Die Norm vermag es auch nicht, Eigentumszuordnungen durch die Union zu verhindern. Die Grenzen europäischer Eigentumszuordnung werden, wie im Rahmen der Niederlassungsfreiheit, durch das Primärrecht abgesteckt. Rechtsangleichungsmaßnahmen der Union, wie die gesetzlich normierten zum Gesellschaftsrecht, berühren die Eigentumsordnung des Artikels 345 AEUV nicht.

Die Systematik ergab außerdem, dass die nationale Eigentumsordnung nicht den Vertragsgrundprinzipien, insbesondere den Diskriminierungsverboten, entzogen ist. Artikel 345 AEUV schützt grundsätzlich das Recht der Mitgliedstaaten ein System staatlicher Enteignung einzurichten. Der EuGH gesteht den Mitgliedstaaten das Recht auf Enteignung und Privatisierung auch zu. Der Privatisierung oder Enteignung unmittelbar folgende Maßnahmen, sind allerdings umfassend den europäischen Verträgen und der Nachprüfung durch den EuGH unterworfen. Die Regeln zum Wettbewerbsrecht bekräftigen dieses Ergebnis. Sie schränken die Tätigkeit der öffentlichen Hand nicht per se ein, unterwerfen die Ausübung aber ordnungspolitischen Spielregeln.

Die systematische Auslegung ergab im Hinblick auf die neue Unionskompetenz, dass Artikel 345 AEUV der Zuständigkeit der EU zur Regelung des Enteignungsschutzes in ISA nicht entgegensteht. Den Mitgliedstaaten obliegt es zwar, das Ausmaß privaten und öffentlichen Eigentums zu bestimmen und Enteignungen bzw. Privatisierungen vorzunehmen, die damit einhergehenden Maßnahmen stehen aber alle unter dem Vorbehalt der Vereinbarkeit mit europäischem Recht und der Überprüfung durch den EuGH.

4.5 Die teleologische Auslegung (zweckorientierte Interpretation) des Artikels 345 AEUV

In einem abschließenden Arbeitsschritt sind nun die teleologischen Auslegungsargumente des Artikels 345 AEUV zu erarbeiten. Auf diese Weise sollen die bislang erzielten Interpretationsergebnisse verfeinert und eine abschließende Beurteilung ermöglicht werden.

Die teleologische Interpretation erörtert die wirtschaftspolitische Ausrichtung des Lissaboner Vertragswerks. Dieser Arbeitsschritt erforscht den ökonomischen Geist des AEUV und berücksichtigt ihn bei der Auslegung des Artikels 345 AEUV. Die Bestimmung zur Neutralität der Eigentumsordnung ist bekanntermaßen im Einklang mit dem Gesamtgefüge europäischer Wirtschaftspolitik zu verstehen (*Abschnitt 1*).

Artikel 345 AEUV formuliert die eigentumspolitische Neutralität europäischen Rechts aus. Gegenständlicher Textpassus geht auf dieses facettenreiche unionsrechtliche Grundprinzip ein, ehe ein eingeschobener Exkurs die Frage beantwortet, inwieweit die eigentumspolitische Vertragsneutralität realpolitisch verwirklicht ist. *Telos* des Artikels 345 AEUV kann in seinem ganzen Umfang erst dann eruiert werden, wenn der Neutralitätsgrundsatz näher behandelt wurde. Dieser besteht richtigerweise aus mehreren Elementen, weshalb - der Ermöglichung einer abschließenden Behandlung willen - diese Ausformungen näher zu ergründen sind (*Abschnitt 2*).

Die Arbeit geht im Anschluss hieran auf das Verhältnis der *ratio legis* des Artikels 345 AEUV zur neuen Kompetenz für ADI ein, wobei sachlich dienliche Judikatur der Themenaufbereitung gereicht. Im Zuge dieses Abschnitts ist eine detaillierte Analyse der Entschädigungsthematik geplant. Auf Basis der dazu gewonnenen Ergebnisse wird *Telos*

des Artikels 345 AEUV dann dem Internationalen Enteignungsschutz gegenübergestellt (*Abschnitt 3*).

Ein finaler Textteil hält die wichtigsten Resultate zur Regelungsabsicht der Norm noch einmal konzise fest. Diese Interpretationsargumente sollen es folglich in einer Gesamtbetrachtung mit den übrigen Ergebnissen erlauben, eine abschließende Eingrenzung und Präzisierung des Anwendungsbereichs des Artikels 345 AEUV vorzunehmen (*Abschnitt 4*).

4.5.1 Die wirtschaftspolitische Ausrichtung der Europäischen Union

Bevor die teleologische Auslegung im Detail erfolgen kann, gilt das Augenmerk der wirtschaftspolitischen Ausrichtung des AEUV. Die Historie ist zum besseren Verständnis der sozioökonomischen Umstände mit einzubeziehen, weshalb in einem ersten Schritt der EG-Vertrag behandelt wird.

Da europäischem Primärrecht – insbesondere den Verträgen der Union – Verfassungscharakter zukommt, trifft dieses notwendigerweise auch Aussagen zur wirtschaftlichen Ausgestaltung der EU. Das Scheitern des Europäischen Verfassungsvertrags und die Abwesenheit des Begriffs "Verfassung" im AEUV, dürfen nicht darüber hinweg täuschen, dass bereits seit Jahren dem europäischen Primärrecht Verfassungscharakter eingeräumt wird.⁸⁴¹ Das europäische Verfassungsrecht beinhaltet somit unweigerlich einen wirtschaftspolitischen "Geist", der bei der Auslegung des Artikels 345 AEUV mit zu beachten ist.

(a) Die ökonomische Ausrichtung des EGV

Im Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft verpflichtete sich die EG, durch die Errichtung eines Gemeinsamen Markts und einer Wirtschafts- und Währungsunion, unter anderem zur ausgewogenen und nachhaltigen Entwicklung des Wirtschaftslebens, einer hohen Beschäftigungsrate, einem hohen Grad an

⁸⁴¹ Griller, *Wirtschaftsverfassung und Binnenmarkt*, in: *Griller/Kneih/Madner/Potacs* (Hrsg.), *Wirtschaftsverfassung und Binnenmarkt: Festschrift für Heinz-Peter-Rill zum 70. Geburtstag* (2010), 3; *Nowak*, *Europarecht nach Lissabon*, 203.

Wettbewerbsfähigkeit und der Anhebung des Niveaus der Lebenshaltung und Lebensqualität.⁸⁴²

Zu den wesentlichsten Aufgaben der Gemeinschaft gehören damit seit jeher, die Verwirklichung eines freien europäischen Marktes und die Errichtung eines Systems unverfälschten Wettbewerbs.⁸⁴³ Diese Intention findet auch an anderer Stelle des EG-Vertrags Niederschlag. So verpflichtet Ex-Artikel 4 EGV die Tätigkeit der Mitgliedstaaten und der Europäischen Gemeinschaft den Grundsätzen der offenen Marktwirtschaft und des freien Wettbewerbs.⁸⁴⁴ Die Bestimmung trifft damit eine wirtschaftspolitische Grundentscheidung; ein geradezu "wirtschaftsrechtliches Leitbild der EG".⁸⁴⁵ Das Bekenntnis zur offenen Marktwirtschaft zeigt sich auch bei Durchsicht anderer EGV-Textstellen. So normiert das Kapitel zur Wirtschafts- und Währungspolitik, dass sowohl Mitgliedstaaten, als auch die Gemeinschaft im Einklang mit den Grundsätzen der offenen Marktwirtschaft und des freien Wettbewerbs zu handeln haben.⁸⁴⁶

Der EGV normiert letztlich eine wettbewerbsorientierte freie Marktwirtschaft. Diese Grundaussage darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass auch der EGV zahlreiche eingreifende *dirigistische* Elemente enthält.⁸⁴⁷ Die gemeinschaftsrechtlichen Eingriffsbefugnisse stellen jedoch bloß Ausnahmen dar,⁸⁴⁸ womit der EGV im Ergebnis eine freie – dem Wettbewerb verpflichtete – europäische Marktwirtschaft skizziert. Zu beachten ist darüber hinaus, dass sich die Eingriffsintensität in den unterschiedlichen Kompetenzgebieten teils erheblich unterscheidet.⁸⁴⁹

(b) Die ökonomische Ausrichtung des AEUV

In diesem Lichte muss folglich auch die ökonomische Ausrichtung des AEUV gesehen werden. Der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union brachte keine

⁸⁴² Ex-Art. 2 EGV.

⁸⁴³ *Schachtschneider*, Verfassungsrecht der Europäischen Union : Teil 2 Wirtschaftsverfassung mit Welthandelsordnung (2010), 48.

⁸⁴⁴ Ex-Art. 4 Abs. 1 EGV.

⁸⁴⁵ *Öhlinger*, Die Wirtschaftsverfassung der EU, in *Griller* (Hrsg.), Die europäische Wirtschaftsverfassung de lege lata et ferenda (2007), 272.

⁸⁴⁶ Ex-Art. 98 EGV.

⁸⁴⁷ Siehe etwa Titel II und Titel XIV EGV zur Landwirtschaft und zum Verbraucherschutz.

⁸⁴⁸ *Nowak*, Europarecht nach Lissabon, 208.

⁸⁴⁹ *Öhlinger*, Die Wirtschaftsverfassung der EU, in: *Griller* (Hrsg.), Die europäische Wirtschaftsverfassung de lege lata et ferenda, 275ff.

wirtschaftspolitische Revolution. Er hält vielmehr an wichtigen Elementen bisheriger Vertragspraxis fest und führt diese kontinuierlich fort.

Neu ist, dass die soziale Marktwirtschaft erstmals Aufnahme in die europäischen Verträge fand.⁸⁵⁰ Der EUV normiert in Artikel 3 Absatz 3 das Bestreben der Union, auf eine wettbewerbsfähige *soziale Marktwirtschaft* hinzuwirken. Der Zielkatalog des Artikels 3 EUV enthält darüber hinaus die Absicht, einen Binnenmarkt zu errichten, der nach Artikel 26 Absatz 2 AEUV einen Raum ohne Binnengrenzen darstellt. Dieser soll den freien Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital (die europäischen Grundfreiheiten) gewährleisten.

Die Frage, ob europäischem Primärrecht eine freie oder nun erstmals doch soziale Marktwirtschaft zugrunde liegt, beeinflusst merklich die teleologische Deutung des Artikels 345 AEUV. Die beiden Wirtschaftssysteme unterscheiden sich bekanntermaßen grundlegend und beurteilen Fragen staatlicher Wirtschaftstätigkeit, damit auch der Verstaatlichung und Privatisierung, unterschiedlich.⁸⁵¹ Die Bezugnahme auf eines der beiden Wirtschaftsmodelle beinhaltet unweigerlich eine zeitgleiche Grundsatzwertung der Enteignungsthematik.

Funk beschäftigte sich in einer seiner Abhandlungen mit der Frage, wie sozial die Marktwirtschaft der Union tatsächlich ist.⁸⁵² Er hielt richtigerweise fest, dass das Bestreben der Staaten Wettbewerbsvorteile aus niedrigen Sozialkosten zu lukrieren, der Entwicklung der EU zur echten Sozialunion entgegensteht.⁸⁵³ Die Europäische Grundrechtecharta, welche nach Artikel 6 Absatz 1 EUV den Verträgen rechtlich gleichgestellt ist, enthält in Kapitel IV sozialrechtliche Garantien. Ob allerdings hieraus und Artikel 3 Absatz 3 EUV abgeleitet werden kann, dass die Europäische Union einem sozialmarktwirtschaftlichen Modell folgt, ist anzuzweifeln. Richtig ist wohl eher, dass den Angelegenheiten des Binnenmarktes bereits aus der Gründungsidee der Union als wirtschaftlichem Zusammenschluss heraus stets Priorität zukommt. Es zeigt sich somit notgedrungen die Tendenz, wirtschaftliche Fragen sozialen Themen gegenüber zu präferieren.⁸⁵⁴

Die Bestimmungen der europäischen Verträge decken dieses Ergebnis. Es stimmt zwar, dass der Lissaboner Vertrag erstmals die soziale Marktwirtschaft in die Zielbestimmung des Artikels 3 EUV aufgenommen hat. Es darf allerdings nicht außer Acht gelassen

⁸⁵⁰ *Schachtschneider*, Verfassungsrecht der Europäischen Union, 49.

⁸⁵¹ *Hax/Wessels*, Handbuch der Wirtschaftswissenschaften: Band II², 643f.

⁸⁵² *Funk*, Wie sozial ist die Marktwirtschaft in der EU?, in: *Griller/Kneihs/Madner/Potacs* (Hrsg.), Wirtschaftsverfassung und Binnenmarkt: Festschrift für Heinz-Peter-Rill zum 70. Geburtstag (2010).

⁸⁵³ Ebd., 184.

⁸⁵⁴ *Öhlinger*, Die Wirtschaftsverfassung der EU, in: *Griller* (Hrsg.), Die europäische Wirtschaftsverfassung de lege lata et ferenda, 277.

werden, dass die europäische Wirtschafts- und Währungspolitik (Artikel 119 AEUV) weiterhin die offene Marktwirtschaft und den freien Wettbewerb hochhält. Sozialpolitische Verweise oder Belege sind der Bestimmung fremd. Hinzukommt, dass die Kompetenzen der Union auf dem Gebiet der Sozialpolitik, insbesondere im Vergleich zu jenen der Wirtschafts- und Währungspolitik, von bloß geringer Schlagkraft sind.⁸⁵⁵

(c) Das Wirtschaftsmodell der Europäischen Union und die Unionskompetenz für ADI

In Summe zeigt sich, dass die europäischen Verträge dem Modell der freien Marktwirtschaft, unter strikter Einhaltung der freien Wettbewerbsregeln folgen. Auf Basis einer einzelnen Bestimmung des EUV einen Paradigmenwechsel hin zum sozialmarktwirtschaftlichen Modell abzuleiten, steht wohl im Widerspruch zur Gesamtsystematik des europäischen Primärrechts. Die europäischen Verträge kennen zweifelsfrei eine sozialpolitische Komponente, die in der europäischen Grundrechtecharta und wenigen Kompetenztatbeständen der Union Niederschlag findet. Im Ergebnis ergibt aber die Analyse der gesamten Unionsrechtssystematik eine offene, wettbewerbsorientierte Marktwirtschaft. Diese ist aber auch zur Achtung sozialpolitischer Verpflichtungen verpflichtet.

Im Hinblick auf die neue Unionskompetenz für ADI bleibt zu sagen, dass europäisches Primärrecht faktisch dem Modell einer freien wettbewerbsorientierten Marktwirtschaft folgt. Weitgehende Eingriffe von Seiten der Mitgliedstaaten in die Eigentumsordnung, widersprechen wohl dem wirtschaftspolitischen Grundtenor der europäischen Verträge und sind dementsprechend eng zu fassen.

Das bisher Gesagte spricht, ungeachtet der noch folgenden Auslegungsteile, für eine bloß limitierte Zuständigkeit der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet des Enteignungsschutzes und dessen Ausgestaltung. Eine weite Lesart des Artikels 345 AEUV sowie die hiermit einhergehenden eigentumsrechtlichen mitgliedstaatlichen Eingriffe, ständen im Widerspruch zum wirtschaftspolitischen Geist der Verträge. In der Literatur findet man daher zu Recht vermehrt den Hinweis, dass Artikel 345 AEUV im Konflikt zur

⁸⁵⁵ Der Art. 4 Abs. 2 lit. b AEUV iVm Art. 151ff AEUV räumt der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten vor allem die geteilte Zuständigkeit über Maßnahmen des Arbeitnehmerschutzes zu. Das Europäische Parlament und der Rat können hierzu Richtlinien erlassen, die als Mindestvorschriften schrittweise anzuwenden sind.

marktwirtschaftlichen Ausrichtung des AEUV steht.⁸⁵⁶ Zu bejahen ist wohl auch, dass die Entfaltung der, in den europäischen Verträgen vorgesehenen, freien Marktwirtschaft eines hohen Maßes an Privateigentums und privater Wirtschaftsinitiative bedarf. Der totalen Abschaffung des Privateigentums, sowie planwirtschaftlichen Eigentumsmodellen der Mitgliedstaaten ist damit eine Absage erteilt.⁸⁵⁷ In dieser Hinsicht "berühren" die europäischen Verträge wohl auch die nationale Eigentumsordnung.

Es darf allerdings nicht außer Acht gelassen werden, dass die teleologische Auslegung im Rahmen einer umfassenden Gesamtschau erfolgt. Die in diesem Textabschnitt getroffenen Aussagen sind daher Teilergebnisse.

4.5.2 Die Neutralität der europäischen Rechtsordnung gegenüber der mitgliedstaatlichen Eigentumsordnung

Artikel 345 AEUV verbirgt eine wesentliche Stütze europäischen Wirtschaftsrechts. Die europäischen Verträge verhalten sich, so der rigoros anmutende Wortlaut, gegenüber der mitgliedstaatlichen Eigentumsordnung neutral. Artikel 345 AEUV konzipiert damit den eigentumspolitischen Neutralitätsgrundsatz europäischen Primärrechts, der in der Judikaturlinie des EuGH auch gefestigt ist.⁸⁵⁸ Da der Neutralitätsgrundsatz unterschiedliche Ausgestaltungen kennt, werden diese gesondert dargelegt.

(a) Die Akzeptanz der bestehenden mitgliedstaatlichen Eigentumsordnung

Artikel 345 AEUV ist eine Konstante europäischen Rechts und findet sich, über den Lauf der Jahrzehnte gesehen, in allen Versionen europäischer Verträge. Diese Kontinuität belegt eindrucksvoll, dass die bestehende nationale Eigentumsordnung jedenfalls im Einklang mit Unionsrecht steht. Die Union nimmt, unter Achtung des Neutralitätsgrundsatzes, alle in

⁸⁵⁶ *Schneider in Mayer* (Hrsg.), Kommentar, Art. 345 AEUV, Rz. 4.

⁸⁵⁷ *Riegel*, Das Eigentum im europäischen Recht, 114f.

⁸⁵⁸ EuGH 29.03.2001, Rs. C-163/99, *Portugal/Kommission*, Slg. 2001, I-2613, 2659, Rz. 58f.

den Mitgliedstaaten bestehenden, unterschiedlichen Eigentumsordnungen in ihrer Individualität zur Kenntnis.⁸⁵⁹

Hieraus folgt zwangsläufig, dass für die Union geltende Verbot, den Mitgliedstaaten eine neue wirtschaftspolitische Konzeption oder tiefgreifende Änderungen der Eigentumsordnung vorzuschreiben. GA *Darmon* bestätigte bereits in seinen Ausführungen zu *Fearon/Irish Land Commission*, dass Artikel 345 AEUV die Neukonzeption des Eigentums untersagt.⁸⁶⁰

Diese Rechtsansicht ist keine Eigenheit europäischer Rechtsprechung. Vielmehr wird diese Rechtsauffassung auch von den europäischen Institutionen geteilt. Die EK hob in der Vergangenheit, bereits die Neutralität des Artikels 345 AEUV gegenüber der nationalen Eigentumszuordnung hervor.

„Die Neutralität in Bezug auf die Form der Unternehmensorganisation - öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich - wird durch Artikel 295 EG-Vertrag gewährleistet. Die Kommission macht also keine Vorgaben dahingehend, dass Leistungen der Daseinsvorsorge von öffentlichen oder von privaten Unternehmen zu erbringen sind, und verlangt auch nicht die Privatisierung öffentlicher Unternehmen. Gleichzeitig gelten aber die Vorschriften des Vertrags und insbesondere die wettbewerbs- und die binnenmarktrechtlichen Bestimmungen ungeachtet des (öffentlich- oder privatrechtlichen) Status eines Unternehmens. (Hervorhebung durch den Verfasser)“⁸⁶¹

Obige Mitteilung behandelt die Frage der Unternehmensorganisation im Zusammenhang mit Leistungen der Daseinsvorsorge. Was die Eigentumszuordnung anbelangt, so betont auch die EK – unter Bezugnahme auf Artikel 345 AEUV – die Neutralität europäischer Verträge. Hinzu kommt die abermals entschieden prononcierte Pflicht zur Einhaltung wichtiger Grundpfeiler europäischen Primärrechts. Die EK unterstrich, dass die Vorschriften des Vertrags – gemeint sind Grundfreiheiten und Wettbewerbsrecht –

⁸⁵⁹ *Drasch*, Die Rechtsgrundlagen des europäischen Einheitsrechts im Bereich des gewerblichen Eigentums im Lichte des europäischen Einheitsrechts, ZEuP Heft 1 (1998), 118, (126f).

⁸⁶⁰ Schlußanträge GA *Darmon*, Rs. C-182/83, *Fearon/Irish Land Commission*, Slg. 1984, I-3677, 3689, Rz. 2.

⁸⁶¹ KOM (2000) 580 endg., Rz. 21.

ungeachtet des in Artikel 345 AEUV verankerten Neutralitätsgrundsatzes, stets mit zu berücksichtigen sind. Dieses Ergebnis findet in der Analyse der "Golden-Shares-Fälle" Bestätigung. Der EuGH überprüfte in diesen Fällen, ungeachtet des mitgliedstaatlichen Rechts auf Eigentumszuordnung, die primärrechtliche Vereinbarkeit der gegenständlichen Maßnahmen.

Das *Telos* des Artikels 345 AEUV umfasst somit das mitgliedstaatliche Recht auf autonome Eigentumszuordnung an Unternehmen. Zu verwerfen ist endgültig jene Ansicht, die dem Schutz des Artikels 345 AEUV alle Arten nationaler Eigentumsrechte unterwirft.⁸⁶² Die *ratio legis* der Norm besteht im Wesentlichen darin, die einzelnen Mitgliedstaaten und ihre unterschiedlichen Wirtschaftsansichten gegen Maßnahmen der Union abzusichern.⁸⁶³

Artikel 345 AEUV beheimatet den Leitsatz der eigentumspolitischen Neutralität europäischen Rechts. Dieser stellt es den Mitgliedstaaten offen, den Anteil öffentlicher und privater Wirtschaftstätigkeit festzulegen und Entscheidungen zur Eigentumsordnung auf Basis nationaler Abwägungskriterien zu treffen. Artikel 345 AEUV führt aber nicht zur Freistellung von anderen Unionsrechtsbestimmungen.

(b) Die Enteignungs- und Privatisierungskompetenz der Mitgliedstaaten

Artikel 345 AEUV autorisiert die Mitgliedstaaten zur freien Ausgestaltung ihrer Wettbewerbswirtschaft und der autarken Festlegung des Umfangs staatlicher Wirtschaftstätigkeit. Um dieses Recht sicherzustellen, berechtigt Artikel 345 AEUV die einzelnen Staaten dazu, autonom über den Anteil des Privat- und Gemeineigentums zu entscheiden und so die Eigentumsordnung entscheidend wirtschaftspolitisch auszugestalten.

Aus dem Recht der Staaten, frei über die Eigentumsverhältnisse an den Unternehmen zu disponieren, folgt unweigerlich die Notwendigkeit über Enteignungskompetenzen zu besitzen. Die Kompetenz der Mitgliedstaaten zur Vornahme wirtschaftspolitisch motivierter Sozialisierungen und Privatisierungen ist damit zwangsläufiger Teil des *Telos*.

⁸⁶² *Milczewski*, Der grundrechtliche Schutz des Eigentums im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 29.

⁸⁶³ *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union unter Einbeziehung der vom EuGH entwickelten Grundrechte und der Grundrechtsregelungen der Verträge³ (2016), Art. 17 GRC, Rz. 5.

Den Mitgliedstaaten steht das Recht offen, verschiedene Eigentumsformen zu schaffen und diese anschließend der öffentlichen oder privaten Hand zuzuordnen.⁸⁶⁴

Diese Deduktion ist von der EuGH-Judikatur gedeckt, wie die Rechtssache *Annibaldi*⁸⁶⁵ eindrucksvoll belegt. Die Region Latium richtete, auf Basis eines Regionalgesetzes, den regionalen Natur- und Archäologiepark *Inviolata* ein. Die Region versuchte durch die Errichtung dieses Parks ein höheres Schutzniveau für lokale Umwelt- und Kulturgüter sicherzustellen. Um dies zu gewährleisten, untersagte das Regionalgesetz eine Reihe land- und forstwirtschaftlicher Tätigkeiten im Parkgebiet. Von diesem Verbot existierten aber Ausnahmen, welche die Erteilung einer besonderen Genehmigung voraussetzten. Ein Teil der zur Verfügung stehenden finanziellen Mittel wurde zur Entschädigung von Einkommensverlusten veranschlagt, die sich aus diesem Nutzungsverbot land- und forstwirtschaftlicher Flächen ergab. Der Kläger (*Daniele Annibaldi*) ist Inhaber eines 65 ha großen Landwirtschaftsbetriebs, wobei 35 Hektar seines Grundstücks im Parkgebiet liegen. Der Bürgermeister der zuständigen Gemeinde versagte *Annibaldi*, unter Berufung auf das gegenständliche Regionalgesetz, die Inbetriebnahme einer 3 ha großen Obstplantage auf einem im Parkgebiet gelegenen Grundstück. *Annibaldi* klagte daraufhin, da das Regionalgesetz seiner Ansicht nach eine Enteignung ohne Entschädigungsleistung vorsehe. Er sah sich durch die Vorgangsweise der Gemeinde in seinen Grundrechten, sohin dem Grundrecht auf Eigentum, dem Grundrecht der unternehmerischen Freiheit, der Gleichbehandlungspflicht sowie Ex-Artikel 40 Absatz 3 EGV verletzt.⁸⁶⁶

Generalanwalt *Cosmas* und der EuGH kamen zum Schluss, dass die gegenständlichen Regelungen des Regionalgesetzes nicht in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts fallen. Dies deshalb, da ihr Erlass weder auf einer Vorschrift des Gemeinschaftsrechts basiert, sie nicht der Einhaltung der Vorschriften des Gemeinschaftsrechts dienen und auch kein auslandsbezogenes Element vorliegt.⁸⁶⁷

Ungeachtet des Umstandes, dass es letztlich zu keiner materiellen Sachentscheidung gekommen war, enthält die Rechtssache *Annibaldi* wesentliche Auslegungsergebnisse zum Anwendungsbereich des Ex-Artikels 222 EGV (Artikel 345 AEUV).

So führte Generalanwalt *Cosmas* hierzu aus:

⁸⁶⁴ *Thiel*, Europa 1992 – Grundrechtlicher Eigentumsschutz im EG-Recht, Jus 1991 (Heft 4), 274, (276).

⁸⁶⁵ EuGH 18.12.1997, Rs. C-309/96, *Annibaldi/Sindaco del Comune di Guidonia und Presidente Regione Lazio*, Slg. 1997, I-7493.

⁸⁶⁶ Ebd., Rz. 1ff.

⁸⁶⁷ Schlußanträge GA *Cosmas*, Rs. C-309/96, *Annibaldi*, Slg. 1997, I-7493, 7502, Rz. 23; EuGH 18.12.1997, Rs. C-309/96, *Annibaldi/Sindaco del Comune di Guidonia und Presidente Regione Lazio*, Slg. 1997, I-7493, 7512, Rz. 21f.

„Aus dieser Rechtsprechung ergibt sich, daß Artikel 222 des Vertrages es grundsätzlich den Mitgliedstaaten überläßt, die Eigentumsordnung einschließlich der Eigentumsbeschränkungen aus Gründen des Allgemeininteresses zu regeln (...)“⁸⁶⁸

GA *Cosmas* hielt zunächst die mitgliedstaatliche Zuständigkeit für die Eigentumsordnung fest. Daneben bekräftigte er, das den MS hieraus erfließende Recht ein System staatlicher Enteignung einzurichten,⁸⁶⁹ wobei er seiner Argumentation durch Verweis auf das Judikat *Fearon*⁸⁷⁰ Nachdruck verlieh. In dieselbe Kerbe schlug auch der EuGH in seiner Urteilsbegründung. Die Höchstrichter hielten fest, dass eine Gemeinschaftsregelung für den Enteignungskomplex fehlt und dieser daher – sinngemäß nach Ex-Artikel 222 EWGV (Artikel 345 AEUV) – einen mitgliedstaatlichen Regelungsbereich darstellt.⁸⁷¹

Der Neutralitätsgrundsatz besteht damit, neben dem für die Union geltenden Verbot der Neukonzipierung der mitgliedstaatlichen Eigentumsordnung, auch aus dem mitgliedstaatlichen Recht auf Schaffung eigener Eigentumsformen und der anschließenden Eigentumszuordnung. Die, den MS zuzustehende Privatisierungs- bzw. Enteignungskompetenz, ist Ausdruck dieser Befugnis.

Aus dem bislang Gesagten ergibt sich ein weiteres Charakteristikum des europäischen Neutralitätsgrundsatzes. Das vom Normzweck umfasste Recht der Staaten, ihre Eigentumsordnung nach eigenem wirtschaftspolitischen Gutdünken auszugestalten, beinhaltet die Pflicht zur Gleichbehandlung privaten und öffentlichen Eigentums.

Die Privatisierungs- und Enteignungskompetenz der Mitgliedstaaten lässt nicht nur Grund zur Annahme, dass beide Eigentumsformen (öffentliche und private Trägerschaft) unionsrechtlich anerkannt und akzeptiert sind, sondern auch, dass einander beide Eigentumsträgerschaften gleichberechtigt gegenüber stehen. Der Grundsatz der Gleichbehandlung öffentlichen und privaten Eigentums ist in der Rechtsprechung des EuGH – unter Rückkoppelung an Artikel 345 AEUV – anerkannt.⁸⁷²

⁸⁶⁸ Schlußanträge GA *Cosmas*, Rs. C-309/96, *Annibaldi*, Slg. 1997, I-7493, 7501, Rz. 21.

⁸⁶⁹ Ebd., Rz. 21.

⁸⁷⁰ EuGH 06.11.1984, Rs. C-182/83, *Fearon/Irish Land Commission*, Slg. 1984, I-3677.

⁸⁷¹ EuGH 18.12.1997, Rs. C-309/96, *Annibaldi/Sindaco del Comune di Guidonia und Presidente Regione Lazio*, Slg. 1997, I-7493, 7512, Rz. 23.

⁸⁷² EuGH 21.03.1991, Rs. C-305/89, *Italien/Kommission*, Slg. 1991, I-1603, 1641, Rz. 24.

- (c) Exkurs: Das realpolitische Verhältnis der mitgliedstaatlichen Eigentumsordnung zum Unionsrecht

Da sich die MS immer wieder des Artikels 345 AEUV als "*Bollwerk nationaler Gestaltungsansprüche in der Wirtschaftspolitik*"⁸⁷³ bedienen – so wie auch im Rahmen der aktuellen Diskussionen zur neuen Unionskompetenz für ADI – ist die Vorschrift auf ihre realpolitische Bedeutung hin zu untersuchen. Das *Telos* der Bestimmung wird dabei der europäischen Realpolitik gegenübergestellt. Die systematische Interpretation konnte ja bereits zeigen, dass Artikel 345 AEUV eigentumspolitischen Maßnahmen der Union nicht entgegensteht.

Die *Ratio legis* des Artikels 345 AEUV besteht im Wesentlichen – so zeigte sich bislang – im mitgliedstaatlichen Recht auf eine autonome Eigentumszuordnung. Die folgenden Ausführungen illustrieren die hieraus resultierenden ökonomischen Problemstellungen. Die Ausarbeitung dient ausschließlich dem Gesamtverständnis und soll bei der rechtsdogmatischen Abhandlung des Normzwecks unbeachtlich bleiben.

Das Primär- und Sekundärrecht der Union beeinflusste in den vergangenen Jahren maßgeblich die mitgliedstaatliche Eigentumsordnung. Es ist die Europäische Kommission, die in den unterschiedlichsten Wirtschaftsbereichen erfolgreich eine Liberalisierung vorantreibt. Den Mitgliedstaaten wurden so bereits umfassende Privatisierungen abverlangt; die Energiewirtschaft, das Postwesen, sowie die Telekommunikationsbranche sind Zeugen dieses - real existierenden - europarechtlichen Privatisierungsdrucks.⁸⁷⁴ Um den, zwischen grundsätzlicher Vertragsneutralität (Artikel 345 AEUV) und Realpolitik bestehenden Widerspruch aufzuzeigen, wird in der Folge kurz die Entwicklung des europäischen Energierechts dargelegt.⁸⁷⁵

⁸⁷³ *Hatje* in *von Bogdandy/Bast* (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht Theoretische und dogmatische Grundzüge*² (2009), 814.

⁸⁷⁴ *Kröger*, Das "full ownership unbundling" als vollständige eigentumsrechtliche Entflechtung der Übertragungsnetzbetreiber in der EU auf der Grundlage der Richtlinie 2009/72/EG (2013), 5.

⁸⁷⁵ Für eine genauere Darstellung der österreichischen Rechtslage: *Karl*, Entflechtung der Übertragungs- und Fernleitungsnetzbetreiber in Deutschland und Österreich (2014); *Krennmayer*, Rechtliche Rahmenbedingungen der gaswirtschaftlichen Produktentwicklung (2010); *Mayr*, Ownership Unbundling: Eigentumsentflechtungen im Energiesektor und ihre Vereinbarkeit mit den Unionsgrundrechten (2011); *Scharfe*, Unbundling als Regulierungsinstrument im Eisenbahnsektor: Ein Rechtsvergleich zwischen Österreich und Deutschland unter Berücksichtigung der europarechtlichen Vorgaben (2013).

Energieversorgungsnetze, sohin Strom- und Gasleitungsnetze, stellen "natürliche Monopole"⁸⁷⁶ dar. Diese kennzeichnen sich dadurch, dass sie nicht duplizierbar sind. Die Errichtung von Parallelnetzen wäre weder faktisch, ökologisch, noch ökonomisch realistisch durchführbar. Unternehmer sind damit angehalten, die bestehenden Versorgungsnetze in Anspruch zu nehmen.⁸⁷⁷

Es liegt auf der Hand, dass es eines Grundstockes staatlicher Regulierung bedarf, um offenen Wettbewerb zu ermöglichen. Die EG/EU nahm sich dieser Thematik ab dem Jahr 1996 an und setzte fortan Initiativen zur Liberalisierung der Energiewirtschaft. Die tragenden Gründe hierbei waren einerseits die Senkung der Energiepreise, andererseits die Sicherstellung der Wettbewerbsfähigkeit der europäischen Industrie im globalen Wettbewerb.⁸⁷⁸

Den Anfang machte das erste Liberalisierungs-Paket der Europäischen Gemeinschaft, bestehend aus der Strom-Binnenmarkt-Richtlinie 1996 und der Gas-Binnenmarkt-Richtlinie 1998.⁸⁷⁹ Dieses erste Liberalisierungs-Paket zielte darauf ab, einen europäischen Binnenmarkt für Elektrizität und Gas zu schaffen. Ein erster echter Durchbruch gelang aber erst mit dem zweiten Liberalisierungs-Paket, welches die Mitgliedstaaten zur Einrichtung einer unabhängigen Regulierungsbehörde und eines vierstufigen Unbundling-Regimes verpflichtete.⁸⁸⁰ Die allmählich voranschreitende Liberalisierung des Energiemarktes gipfelte 2009 im dritten Legislativpaket, bestehend aus drei Verordnungen und zwei Richtlinien.^{881 882} Dieses setzte Vorgängerbestimmungen außer Kraft und sah für

⁸⁷⁶ Von natürlichen Monopolen spricht man immer dann, wenn ein einzelnes Unternehmen kostengünstiger den Markt beliefert als mehrere Unternehmen gemeinsam; Telekommunikationsbranche, Energiewirtschaft und Bahn sind Beispiele hierfür, siehe *Siebert/Lorz*, Einführung in die Volkswirtschaftslehre (2007), 137.

⁸⁷⁷ *Schmidt-Preuß*, Energierecht – eine innovative wissenschaftliche Disziplin, in *Storr* (Hrsg.), Neue Impulse für die Energiewirtschaft (2012), 9.

⁸⁷⁸ *Hauer*, Energierecht, in *Hauer/Leitl-Staudinger/Mayrhofer/Pabel* (Hrsg.), Wirtschaftsverwaltungsrecht (2013), 137.

⁸⁷⁹ Richtlinie 96/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.12.1996 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt, AB L 27/1997; Richtlinie 98/30/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.06.2003 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 98/30/EG, AB L 176/2003.

⁸⁸⁰ Richtlinie 2003/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2003 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt, AB L 176/2003; Richtlinie 2003/55/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2003 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 98/30/EG, AB L 176/2003.

⁸⁸¹ Richtlinie 2009/72/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.07.2009 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/54/EG, AB L 211/2009; Richtlinie 2009/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.07.2009 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/55/EG, AB L 211/2009; VO (EG) 713/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.7.2009 zur Gründung einer Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden, AB L 211/2009; VO (EG) 714/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.7.2009 über die Netzzugangsbedingungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel und zur Aufhebung der VO (EG) Nr 1228/2003, AB L 211/2009; VO (EG) 715/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.7.2009 über die Bedingungen für

die Energiewirtschaft ein - drei Alternativen beinhaltendes - ausgeklügeltes Entflechtungssystem vor. Entflechtungs- bzw. Unbundlingvorschriften zielen darauf ab, die Bereiche der Energiebelieferung und des Netzbetriebs auseinander zu dividieren und so allen Energielieferanten einen diskriminierungsfreien Zugang zu ermöglichen.

Die Vorschriften des dritten Liberalisierungspakets räumen Netzbetreibern, die bis zum 3. September 2009 bestanden haben, die Möglichkeit ein aus drei unterschiedlichen Modellen zu wählen. Das erste der drei Modelle ist das "Ownership Unbundling". Hierbei kommt es zu einem vollständigen Verlust am Netzeigentum, wodurch Erzeugung / Vertrieb von Energie und Netzbetrieb komplett separiert werden. Durch diese vollständige eigentumsrechtliche Trennung des Netzbetriebs von der Energieversorgung, sollen Interessenskonflikte und Quersubventionen verhindert und ein diskriminierungsfreier – dem offenen Wettbewerb verpflichteter – Netzbetrieb gewährleistet werden.

Die zweite Entflechtungsmöglichkeit stellt das "ISO-Modell" dar. Bei dieser Möglichkeit verbleibt das Eigentum am Netzbetrieb im Energieversorgungsunternehmen, der "ISO" (Independent System Operator) übernimmt aber ausschließlich und vollständig das Netzmanagement. Dem ursprünglichen Mutterunternehmen verbleibt hier nur mehr die äußere rechtliche Hülle, was einer "de-facto"-Enteignung gleichkommt.

Beim "ITO-Modell" ist die Eingriffsintensität am geringsten. Die Muttergesellschaft behält hier das Eigentum an der Netzgesellschaft, wobei allerdings zahlreiche Vorschriften einen diskriminierungsfreien Netzbetrieb sicherstellen. So sehen die Reglements etwa vor, dass eine gemeinsame Nutzung des IT-Bereichs untersagt ist und die Netzgesellschaft über eigene Beschäftigte verfügen muss.⁸⁸³

Es liegt auf der Hand, dass die beiden erstgenannten Entflechtungsmodelle, ergo das "Ownership-Unbundling" und das "ISO-Modell", augenscheinlich nur schwer mit Artikel 345 AEUV in Einklang zu bringen sind.

Läge man Artikel 345 AEUV ein extensives Verständnis zu Grunde, wäre eine dynamische Entwicklung des Binnenmarktes aber geradezu ausgeschlossen. Auf Basis der bisherigen Interpretation hat sich gezeigt, dass Artikel 345 AEUV wirtschaftspolitisch motivierte Privatisierungen oder Verstaatlichungen den Mitgliedstaaten vorbehält. Hierzu ist

den Zugang zu den Erdgasfernleitungsnetzen und zur Aufhebung der VO (EG) Nr 1775/2005, ABl L 211/2009.

⁸⁸² *Schmidt-Preuß*, Energierecht – eine innovative wissenschaftliche Disziplin, in *Storr* (Hrsg.), Neue Impulse für die Energiewirtschaft, 1, (2f).

⁸⁸³ *Karl*, Entflechtung der Übertragungs- und Fernleitungsnetzbetreiber in Deutschland und Österreich (2014), 10ff.

anzumerken, dass die Entflechtungsvorschriften keinen lediglich eigentumsspezifischen Charakter aufweisen. Vielmehr zielen Sie darauf ab, einen Beitrag zur Harmonisierung des Binnenmarktes zu leisten. Diese Maßnahmen stehen auch nicht im Widerspruch zu Artikel 345 AEUV, da dieser richtigerweise nicht auf alle unionsrechtlichen Maßnahmen Anwendung finden kann. Artikel 345 AEUV umfasst Bestimmungen eigentumsrechtlicher Natur. Der eigentumsrechtlichen Entflechtung dahingegen liegt kein rein eigentumsspezifischer Charakter zu Grunde, sondern sie dient vielmehr der Vollendung des Binnenmarktes bzw. des funktionierenden Wettbewerbs.⁸⁸⁴

Zu einer ähnlichen Einschätzung kommt auch *Devroe* in einem bereits 1997 verfassten Artikel. Nach Wiedergabe der grundsätzlich bestehenden Vertragsneutralität kommt er zum Schluss, dass die Eigentumsneutralität der Gemeinschaft / Union *realiter* nicht vollständig verwirklicht ist. Als Hauptgrund hierfür nennt *Devroe*, den ständig auf der EU lastenden ökonomischen Fortentwicklungsdruck. Um diesen Kraftakt meistern zu können, bedarf es seiner Ansicht nach eines stetigen Schritthaltes mit dem globalen, faktisch-existierenden Privatisierungszwang. Der in vielen Richtlinien zum Ausdruck kommende Privatisierungsgedanke ökonomisch bedeutender Wirtschaftsbereiche, sei daher unweigerliche Folge des freien Marktprinzips der Union. Um im Wettbewerb der Weltwirtschaft Schritt halten zu können, animiere die EU daher – so *Devroe* – ihre Mitgliedstaaten unaufhörlich zur Privatisierung bisheriger Staatsmonopole.⁸⁸⁵

Die Wirtschaftspolitik der Europäischen Union ist in der Tat dem Grundsatz der offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb verpflichtet, wie auch an mehreren Stellen der europäischen Verträge zum Ausdruck kommt.⁸⁸⁶ Zwar folgt aus der Verpflichtung zur Marktwirtschaft und freiem Wettbewerb noch kein generelles Verbot nicht marktkonformer Eingriffe, wie auch aus interventionistischen Tendenzen in anderen Politikbereichen (z.B. Landwirtschaftspolitik) folgt;⁸⁸⁷ ein Abweichen von diesem unionsrechtlichen Grundsatz bedarf jedoch einer besonderen Rechtfertigung.⁸⁸⁸ Es ist vor diesem Hintergrund daher wohl auch verständlich, dass es im Rahmen europäischer

⁸⁸⁴ Mayer, Das dritte Liberalisierungspaket unter besonderer Berücksichtigung der eigentumsrechtlichen Entflechtung im Energiebinnenmarkt (2009), 69; Schmidt-Preuß, Energierecht – eine innovative wissenschaftliche Disziplin, in Storr (Hrsg.), Neue Impulse für die Energiewirtschaft, 18f.

⁸⁸⁵ *Devroe*, Privatizations and Community Law: Neutrality versus Policy, Common Market Law Review Volume 34 Issue 2 (1997), 267, (268ff).

⁸⁸⁶ Vgl. Art. 3 Abs. 3 Satz 2 EUV; Art. 119 Abs. 1 AEUV; Art. 120 Satz 2 AEUV; Art. 127 Abs. 1 Satz 3 AEUV und Art. 2 Satz 3 ESZB-Satzung.

⁸⁸⁷ Jungbluth, Überformung der grundgesetzlichen Wirtschaftsverfassung durch Europäisches Unionsrecht?, EuR Heft 4 (2010), 471 (475f.).

⁸⁸⁸ Häde in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV⁵ (2016), Rz. 8f.

Wirtschaftspolitik – als Ausfluss des Grundsatzes der offenen Marktwirtschaft – zwangsläufig zu einer mittelbaren Beeinflussung der nationalen Eigentumsordnung durch unionsrechtliche Einflüsse kommen kann.

Ein Widerspruch zum Neutralitätsgrundsatz des Artikels 345 AEUV dürfte sich hieraus aber nicht ergeben. Die in Artikel 119 Abs. 1 AEUV normierte europäische Wirtschaftspolitik beruht nämlich auf einer engen Koordinierung mitgliedstaatlicher Wirtschaftspolitiken, dem Binnenmarkt und der Festlegung gemeinsamer Ziele. Es handelt sich daher hierbei eben gerade nicht um eine zentralisierte Wirtschaftspolitik der Union, sondern um einen Politikbereich, für den grundsätzlich die Mitgliedstaaten zuständig bleiben.⁸⁸⁹ Es kann daher unter Berücksichtigung dessen, wohl keine Verletzung des Neutralitätsgrundsatzes des Artikels 345 AEUV argumentiert werden.

Hinzu kommt, dass die Unionsrechtsordnung – trotz ihrer Eigenständigkeit – auf dem Substrat mitgliedstaatlicher Rechtsordnungen beruht. Dies gilt insbesondere auch für das Privatrecht, welches die für Unternehmen geltenden Unionsnormen voraussetzt. So sind in diesem Zusammenhang insbesondere auch die eigentumsrechtlichen Voraussetzungen für die Funktionsfähigkeit der Marktwirtschaft, nämlich die Verfügbarkeit von *property rights*, gegeben.⁸⁹⁰

4.5.3 Die Kompetenz der Europäischen Union für Fragen des Enteignungsschutzes

Der obige Textabschnitt zeigte, dass das *Telos* des Artikels 345 AEUV den Mitgliedstaaten die wirtschaftspolitische Enteignungs- und Privatisierungskompetenz einräumt. Diese ist von der potentiellen Zuständigkeit der Union für die Ausformulierung des Enteignungsschutzes aber strikt zu trennen.

Bei der Auslegung des Anwendungsbereichs des Artikels 345 AEUV konnten bereits viele wertvolle Erkenntnisse gewonnen werden, wobei allerdings einige Feinheiten weiterhin der rechtlichen Klärung bedürfen. Diese sind im nachfolgenden Textabschnitt final zu behandeln.

⁸⁸⁹ Ebd., Rz. 3ff.

⁸⁹⁰ *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht³ (2014), Rz. 38.

(a) Artikel 345 AEUV und die Kompetenzfrage

Es fällt auf, dass die bisher analysierten Judikate zu Artikel 345 AEUV marginal von der Forschungsfrage der gegenständlichen Dissertation abweichen. Bei den EuGH-Fällen zu Artikel 345 AEUV ging es nämlich regelmäßig um die Vereinbarkeit nationaler Gesetzesmaßnahmen mit Gemeinschafts- bzw. Unionsrecht. Die hier interessierende Problematik, ob Artikel 345 AEUV eine Unionskompetenz, also eine andere europäische Vertragsvorschrift einschränkt, entspricht nicht exakt diesem Schema.

Dies heißt aber keinesfalls, dass die Interpretationsresultate nicht zu verwerten sind. Vielmehr gilt, dass die zu Artikel 345 AEUV gemachten Erläuterungen regelmäßig auch im *reinen Unionsverhältnis* gelten. Artikel 345 AEUV ist auch dann restriktiv zu lesen, wenn im gegenständlichen Fall nur Aktivitäten der Union zu bewerten sind.⁸⁹¹ Es ist kein Grund ersichtlich, wieso die Frage der Unionszuständigkeit anders zu behandeln wäre als der Fall nationaler Zuständigkeiten. Halt findet dieser Standpunkt auch in der EuGH-Judikatur, wo anerkannt ist, dass das im Zusammenhang mit Artikel 345 AEUV zur nationalen Legislativtätigkeit Gesagte, auch für Unionsorgane bei der Ausübung ihrer Zuständigkeiten gelten muss.⁸⁹²

(b) Die Kompetenz der Europäischen Union zur Regelung von Entschädigungsleistungen

Ob der Regelungszweck des Artikels 345 AEUV einer umfassenden Unionskompetenz für ADI entgegensteht, kann an dieser Stelle mit Hilfe einer Schwerpunktbetrachtung der Entschädigungsthematik beurteilt werden. Wertvolle Erkenntnisse lassen sich hierfür aus den beiden verbundenen Rechtssachen *Booker Aquaculture und Hydro Seafood* abstrahieren.⁸⁹³

In den gegenständlichen Rechtsfällen waren zwei Gemeinschaftsrichtlinien, die beide auf die Kontrolle und Bekämpfung von Fischseuchen abzielen streitig. Die beiden Sekundärrechtsakte sahen unter anderem vor, dass der Fischbestand einer Aquakultur bei Ausbruch einer gesetzlich normierten Seuche zu vernichten ist. Von Bedeutung ist, dass

⁸⁹¹ *Biondi/Eeckhout*, EU Law after Lisbon (2012), 319.

⁸⁹² Schlußanträge GA *Jacobs*, Rs. C-350/92, *Spanien/Rat*, Slg. 1995, I-1985, 1995, Rz. 28.

⁸⁹³ EuGH 10.07.2003, verb. Rs. C-20/00 und C-64/00, *Booker Aquaculture und Hydro Seafood*, Slg. 2003, I-7411.

das Gemeinschaftsrecht für den Schadensfall keine Entschädigung der Eigentümer der betroffenen Aquakulturbetriebe vorsah. Das Vereinigte Königreich setzte die Gemeinschaftsrechtsakte ordnungsgemäß um. Die Betreiber zweier schottischer Aquakulturbetriebe sahen sich in der Folge, nach Ausbruch einer in der RL normierten Fischseuche, gezwungen ihre Fische zu vernichten. Die schottischen Behörden versagten den Unternehmern eine Entschädigungsleistung, weshalb beide den Staat klagten. Der Rechtsstreit gelangte anschließend zum EuGH, wo es zu eruieren galt, ob aus dem Recht auf Eigentum unweigerlich eine Entschädigungsleistung der Fischzüchter folgt.⁸⁹⁴

Im Zusammenhang mit dem Erfordernis einer Entschädigungsleistung führten die Höchstrichter aus:

*„Zwar kann der Gemeinschaftsgesetzgeber im Rahmen des weiten Ermessensspielraums, über den er auf dem Gebiet der Agrarpolitik verfügt (vgl. Urteil vom 6. April 1995 in der Rechtssache C-315/93, **Flip und Verdegem**, Slg. 1995, I-913, Randnr. 26), die Auffassung vertreten, dass die teilweise oder vollständige Entschädigung der Inhaber von Zuchtbetrieben, in denen Tiere vernichtet und geschlachtet werden, angebracht ist. Daraus kann jedoch nicht abgeleitet werden, dass es einen gemeinschaftsrechtlichen Grundsatz gäbe, der in jedem Fall zur Gewährung einer Entschädigung verpflichtet. (Hervorhebung durch den Verfasser)“⁸⁹⁵*

Der EuGH verneinte im Ergebnis die Existenz eines Grundsatzes, der die Europäische Gemeinschaft zur Entschädigungsgewährung verpflichtet. Das europäische Höchstgericht stellte aber gleichermaßen fest, dass es dem Europäischen Gesetzgeber offensteht ("kann"), die Regelung einer teilweisen oder vollständigen Entschädigungsleistung für angebracht zu erachten. Der EuGH stützte das Recht des Gesetzgebers zur Normierung von Entschädigungsleistungen auf den weiten Ermessensspielraum, der auf dem Gebiet der Agrarpolitik existiert.

Der AEUV enthält in seinem dritten Teil ("Die internen Politiken und Maßnahmen der Union") einen eigenen Titel zu den Bereichen der Landwirtschaft und Fischerei. Titel III

⁸⁹⁴ Zum Urteil: <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2009-03/cp0360de.pdf> (17.06.2017).

⁸⁹⁵ EuGH 10.07.2003, verb. Rs. C-20/00 und C-64/00, *Booker Aquaculture und Hydro Seafood*, Slg. 2003, I-7411, 7479, Rz. 85.

("Die Landwirtschaft und die Fischerei") reicht von Artikel 38 bis 44 AEUV und soll eine gemeinsame Agrar- und Fischereipolitik festlegen und durchführen.⁸⁹⁶ Die Europäische Union verfolgt mit Hilfe der Gemeinsamen Agrarpolitik (**GAP**) im Wesentlichen zwei Regelungsziele, welche die beiden GAP-Säulen darstellen. Die "erste Säule" beinhaltet die Regelung der Agrarmärkte, die zweite die Entwicklung des ländlichen Raums.⁸⁹⁷

Zu fragen ist, ob die Normierung von Bestimmungen des Enteignungsschutzes (i.e. Regelungen betreffend die Leistung einer Entschädigungszahlung) in den Anwendungsbereich der Union fallen soll. *Prima facie* ist keine Rechtfertigung auszumachen, wieso es der Union zwar gestattet sein soll auf dem Gebiet der GAP Vorkehrungen für den Enteignungsschutz zu treffen, nicht jedoch im Rahmen der Aushandlung umfassender Investitionsschutzabkommen.⁸⁹⁸ Der Europäische Gerichtshof verplausibilisierte die Befugnis des Gemeinschafts-/Unionsgesetzgebers zur Regelung von Entschädigungsleistungen auf dem Gebiet der GAP mit dem in diesem Zusammenhang bestehenden, weiten Ermessensspielraum.

Richtigerweise muss selbiges wohl auch für andere Unionspolitiken, wie die Gemeinsame Handelspolitik (und sohin die Investitionspolitik), die Sozialpolitik, die Regionalpolitik, den Umweltschutz usw., die mit der Gemeinsamen Agrarpolitik sogar in Wechselwirkung stehen gelten.⁸⁹⁹ So erkannte der Europäische Gerichtshof im Rahmen der Gemeinsamen Handelspolitik bereits bei der Verfolgung der allgemeinen Ziele des Artikels 206 AEUV einen großen Ermessensspielraum zu.^{900 901} Vor diesem Hintergrund erscheint es daher sachgemäß, in beiden Fallkonstellationen (i.e. GAP und GHP) auch gleich zu verfahren, da es sich in beiden Konstellationen auch um primärrechtliche Zuständigkeitsmaterien, sowie die Frage nach den mit Enteignungen verbundenen Rechtsfolgen dreht. Eine anderweitige Handhabe trotz ausdrücklicher Kompetenz sowie des Bestehens eines Ermessensspielraumes, wäre wohl nicht sachgerecht .

⁸⁹⁶ Art. 38 Abs. 1 AEUV.

⁸⁹⁷ Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft (Lebensministerium), Die Agrarpolitik der EU (2013) 6f, online abrufbar unter: <<http://www.netzwerk-land.at/netzwerk/news/die-agrarpolitik-der-eu-einfach-erklart>> (17.06.2017).

⁸⁹⁸ *Biondi/Eeckhout*, EU Law after Lisbon (2012), 320.

⁸⁹⁹ *Van Rijn* in *von der Groeben/Schwarze/Hatje* (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht⁷ (2015), Rz. 4.

⁹⁰⁰ *Jakob/Müller/Schultheiß* in *von der Groeben/Schwarze/Hatje* (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht⁷, Rz. 66ff.

⁹⁰¹ Siehe zum Ermessensspielraum der Unionsorgane bei der Verhängung von handelspolitischen Schutzmaßnahmen etwa EuGH 27.09.2007, Rs. C-351/04, *Ikea Wholesale Ltd/Commissioners of Customs & Excise*, Slg. 2007, I-7723, Rz. 40; EuGH 28.02.2008, Rs. C-398/05, *AGST Draht- und Biegetechnik GmbH/Hauptzollamt Aachen*, Slg. 2008, I-1057, Rz. 33; EuGH 11.02.2010, Rs. C-373/08, *Hoesch Metals and Alloys GmbH/Hauptzollamt Aachen*, Slg. 2010, I-951, Rz. 61.

(c) Die Europäische Union und der Internationale Enteignungsschutz

Auf der Grundlage bisheriger Resultate lässt sich sagen, dass der Regelungszweck des Artikels 345 AEUV jedenfalls die Verstaatlichungs- und Privatisierungskompetenz der Mitgliedstaaten begreift. Das *Telos* der Vorschrift hindert die Europäische Union auch nicht, Fragen der Entschädigung im Enteignungsfall unionsrechtlich zu normieren. Die Entschädigungsleistung ist das wesentlichste Charakteristikum des - in ISA bestehenden - Enteignungsschutzes. Angesichts dieser Auslegungsargumente ist wohl davon auszugehen, dass Artikel 345 AEUV einer umfassenden Unionskompetenz für Fragen des Enteignungsschutzes nicht entgegensteht. Eine abschließende Würdigung wird noch im Rahmen dieser Arbeit erfolgen.

4.5.4 Die Ergebnisse der teleologischen Auslegung

Artikel 345 AEUV bringt den eigentumspolitischen Neutralitätsgrundsatz europäischer Verträge zum Ausdruck. Die Vorschrift hat im Kern nicht nur die Akzeptanz der bestehenden mitgliedstaatlichen Eigentumsordnung durch die Union zur Folge, sondern beinhaltet auch das hieraus folgende Recht der Gleichbehandlung öffentlichen und privaten Eigentums.

Die wirtschaftspolitische Ausrichtung der europäischen Verträge deckt diese Auffassung. So folgen AEUV und EUV dem Modell einer wettbewerbsorientierten, freien Marktwirtschaft. Das heißt, dass die komplette Abschaffung des Privateigentums der wirtschaftlichen Unionsausrichtung zuwiderläuft. Die ökonomische Orientierung der Union stärkt jene Auffassung, welche die mitgliedstaatliche Kompetenz für den Enteignungsschutz eng versteht. Umfassende mitgliedstaatliche Eingriffe widersprechen bekanntermaßen dem Geist der Verträge und dem Modell der freien Marktwirtschaft.

Die *Ratio legis* des Artikels 345 AEUV besteht insbesondere darin, den Mitgliedstaaten das Recht auf Ausgestaltung einer autonomen Eigentumsordnung zu gewähren. Das Recht der Staaten, den Anteil öffentlicher und privater Wirtschaftstätigkeit festzulegen, ist ein essentielles Merkmal dieses Regelungszwecks. Erst so ist es den Mitgliedstaaten möglich,

autonom ihre wirtschafts- und finanzpolitischen Vorstellungen zu verfolgen und aktiv das nationale Wirtschaftsleben zu gestalten.

Aus dem bislang Gesagten folgt notwendigerweise die Kompetenz der Staaten, Verstaatlichungen und Privatisierungen nach eigenen wirtschaftspolitischen Motiven vorzunehmen. Die Mitgliedstaaten sind hierbei aber an die Vorgaben des Unionsrechts gebunden. Das Enteignungsrecht der Mitgliedstaaten ist essentieller Grundbestandteil des einzuhaltenden Normzwecks.

Das *Telos* des Artikels 345 AEUV widerspricht somit wohl nicht der Zuständigkeit der EU für Fragen des Enteignungsschutzes. Die Union besitzt die Kompetenz, Fragen der Entschädigungsleistung zu normieren, womit es der EU folglich wohl generell offensteht Themen des Enteignungsschutzes in ISA zu regeln.

4.6 Artikel 345 AEUV und die Unionszuständigkeit für den Enteignungsschutz

Artikel 345 AEUV wird, unter Bemühung einer extensiven Lesart, immer wieder einer umfassenden, den Enteignungsschutz mitumfassenden Unionskompetenz für ADI entgegeng gehalten.⁹⁰² Der bestehende Diskurs zur Zulässigkeit des Enteignungsschutzes, erforderte es den genauen Anwendungsbereich dieser in der Literatur nur "stiefmütterlich behandelten Norm"⁹⁰³ zu ergründen.

An dieser Stelle ist in Erinnerung zu rufen, dass Investitionsschutzabkommen den Enteignungsschutz im Einklang mit den völkerrechtlich anerkannten Bedingungen des Eigentumsentzugs normieren. Eine typische Enteignungsklausel sieht vor, dass alle Eigentumsbeeinträchtigungen, die den Enteignungstatbestand erfüllen, nur unter gewissen Voraussetzungen zulässig sind und die Zahlung einer adäquaten Entschädigungsleistung auslösen. Die gegenständliche Arbeit ging daher der Frage nach, ob der Union künftig die

⁹⁰² *Braun*, Für einen komplementären, europäischen Investitionsschutz, in: *Bungenberg/Griebel/Hindelang* (Hrsg.), *Internationaler Investitionsschutz und Europarecht* (2010), 191, (195); *Chaisse*, Promises and Pitfalls of the European Union Policy on foreign investment – How will the new EU competence on FDI affect the emerging global regime?, *Journal of International Economic Law* Volume 15 No. 1 (2012), 51, (64ff); *Johannsen*, Die Kompetenz der Europäischen Union für ausländische Direktinvestitionen nach dem Vertrag von Lissabon, 1, (16); *Ohler* in: *Eilmansberger/Griller/Obwexer* (Hrsg.), *Rechtsfragen der Implementierung des Vertrags von Lissabon*, 432; *Tietje*, Die Außenwirtschaftsverfassung der EU nach dem Vertrag von Lissabon, 1, (14f).

⁹⁰³ So wird Artikel 345 AEUV bei *Kühling* in *Streinz* (Hrsg.), *Kommentar zu EUV/AEUV*², Art. 345 AEUV, Rz.1, als „weitgehend rätselhaft Norm“ titulierte.

Zuständigkeit zukommt in Völkerrechtsabkommen Bestimmungen aufzunehmen, die (i) den Enteignungstatbestand, (ii) die Voraussetzungen einer rechtmäßigen Enteignung und (iii) die Entschädigungsmodalitäten festlegen.⁹⁰⁴

4.6.1 Der Anwendungsbereich des Artikels 345 AEUV

Der Anwendungsbereich der Bestimmung lässt sich, wie folgt, skizzieren:

- Artikel 345 AEUV kommt keine Grundrechtsqualität zu;
- Artikel 345 AEUV ist, seiner Natur als Vorbehaltssnorm gemäß, restriktiv auszulegen;
- der Terminus "Eigentumsordnung" in Artikel 345 AEUV ist richtigerweise als mitgliedstaatliches Recht auf Eigentumszuordnung zu verstehen;
- den Mitgliedstaaten steht es offen, den Anteil privater und staatlicher Wirtschaftstätigkeit autonom auszugestalten;
- den Mitgliedstaaten kommt unweigerlich die (allerdings nicht schrankenlose) Kompetenz für Enteignungen und Privatisierungen zu, wobei das Primärrecht dieser mitgliedstaatlichen Befugnis Grenzen setzt; und
- im Zusammenhang mit Enteignungen und Privatisierungen der Mitgliedstaaten stehende Maßnahmen haben jedenfalls den Vorgaben des Unionsrechts zu genügen.

Versucht man die Ergebnisse auf einen Nenner herunterzukürzen, so lässt sich sagen, dass die Mitgliedstaaten im Endeffekt damit das Recht haben über die Vornahme einer Enteignung oder Privatisierung ("*Ob*") zu entscheiden.

4.6.2 Der Enteignungsschutz als Teil der Investitionskompetenz der Union

⁹⁰⁴ *Bings*, Neuordnung der Außenhandelskompetenzen der Europäischen Union durch den Reformvertrag von Lissabon: Mit Fokus auf ausländische Direktinvestitionen und Handelsaspekte des geistigen Eigentums (2014), 97f.

Nachdem die Untersuchung bisher ergeben hat, dass die Mitgliedstaaten das Recht haben über die Vornahme einer Enteignung oder Privatisierung zu entscheiden („Ob“), ist nunmehr zu klären, ob der Union (in Einklang mit Artikel 207 AEUV) auch die Investitionskompetenz zukommt. Artikel 345 AEUV führt richtigerweise – wie gezeigt – nicht dazu, dass die in den Mitgliedstaaten bestehenden (und deren Verfügung unterliegenden) Eigentumsordnungen den AEUV Grundprinzipien entzogen sind.⁹⁰⁵

Um Investitionsströme zu fördern ist es notwendig, dass Investoren gewisse Rechte genießen und ihnen auch ein Mechanismus offensteht, diese Rechte (rechtsstaatlich) durchzusetzen.⁹⁰⁶ Die Artikel 206 AEUV und 207 AEUV unterscheiden in ihrer Formulierung nicht zwischen Fragen des Marktzugangs und des Investitionsschutzes, was für eine extensive, weite Investitionszuständigkeit spricht. Hinzu kommt, dass der EuGH bereits im Rahmen des internationalen Handelsverkehrs, wie folgt, ausjudizierte:

*„Auch steht fest, dass ein Rechtsakt der Union, wie ein von dieser geschlossenes Übereinkommen, nicht schon deshalb zu der Kategorie von Übereinkommen, die unter die gemeinsame Handelspolitik fallen, zu zählen ist, weil er bestimmte Auswirkungen auf den internationalen Handelsverkehr haben kann. Dagegen ist ein **Rechtsakt der Union Teil der gemeinsamen Handelspolitik**, wenn er speziell den internationalen Warenaustausch betrifft, weil er im Wesentlichen **den Handelsverkehr fördern, erleichtern oder regeln soll und sich direkt und sofort auf ihn auswirkt**. (Hervorhebung durch den Verfasser)“⁹⁰⁷*

Derselbe Maßstab muss richtigerweise auch für Ausländische Direktinvestitionen (als Teil der GHP) gelten. Maßnahmen der Europäischen Union, die ADI daher fördern, erleichtern oder regeln und sich direkt und sofort auf Investitionen und Investoren auswirken, fallen daher – wie auch von Generalanwältin *Sharpston* im Gutachten zum Freihandelsabkommen zwischen der Union und Singapur festgestellt – in die Kompetenzsphäre der Europäischen Union.⁹⁰⁸ Bestimmungen zum Enteignungsschutz

⁹⁰⁵ EuGH 22.10.2003, verbundene Rechtssachen C-105/12 bis C-107/12, *Staat der Nederlanden/Essent NV (C-105/12), Essent Nederland BV (C-105/12), Eneco Holding NV (C-106/12) und Delta NV (C-107/12)*, Slg. 2013, I-677.

⁹⁰⁶ *Koller*, TTIP und die (möglichen) Auswirkungen auf die Europäische Union und ihre Mitgliedstaaten (2016), 43.

⁹⁰⁷ EuGH 18.07.2013, Rs. C-414/11, *Daiichi Sankyo Co. Ltd, Sanofi-Aventis Deutschland GmbH/DEMO Anonymos Viomichanki kai Emporiki Etairia Farmakon*, Slg. 2013, I-520, Rz. 51.

⁹⁰⁸ Schlußanträge GA *Sharpston*, Gutachten 2/15, ECLI:EU:C:2016:992, Rz. 328.

wären auf dieser Grundlage unweigerlich Bestandteil der europäischen Investitionskompetenz.

Hinzukommt, dass die Unionskompetenz betreffend ADI höchst ineffizient wäre, wenn dem ausländischen Investor – nachdem er eine Investition im Unionsgebiet getätigt hat – keinerlei Rechtsschutz (insbesondere im Zusammenhang mit einer allfälligen Enteignung) zukäme. Würde man eine ausländische Investition nämlich zulassen und käme es im Anschluss hieran zu einer (entschädigungslosen) Enteignung oder enteignungsgleichen Maßnahme, so wäre der Investor in einem solchen Fall schlechter gestellt als im Fall einer Verweigerung des Marktzugangs seiner Investition.⁹⁰⁹ Es sprechen daher auch Gründe der wirtschaftspolitischen Effizienz dafür, den Enteignungsschutz unter die Investitionskompetenz des Artikels 207 AEUV zu subsumieren.⁹¹⁰

Vor diesem Hintergrund überrascht es daher auch nicht, dass sich die Befugnis der Union (insbesondere aus der EuGH-Rechtsprechung) zur Normierung einer allfälligen Entschädigungsleistung ergibt.⁹¹¹

Hinsichtlich der Investitionskompetenz ergibt sich hieraus, dass die Europäische Union befugt ist (i) den Enteignungstatbestand, (ii) die Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen einer Enteignung, sowie (iii) die Entschädigungsleistung in ISA umfassend zu normieren. Aus diesem Recht der Union ergibt sich auch keine Beschneidung mitgliedstaatlicher Zuständigkeiten, da die Unionszuständigkeit nicht die Frage der Vornahme einer Enteignung („*Ob*“) determiniert. Dieses Entscheidungsmonopol verbleibt vielmehr auch weiterhin in der mitgliedstaatlichen Kompetenzsphäre.⁹¹²

Wie bereits festgehalten, handelt es sich bei der Gemeinsamen Handelspolitik gemäß Art. 3 Abs. 1 lit. e AEUV um eine ausschließliche Unionszuständigkeit. Der genaue Umfang dieser exklusiven Unionszuständigkeit ergibt sich – in Einklang mit Art. 2 Abs. 6 AEUV – aus den jeweils einschlägigen Vertragsbestimmungen; im gegenständlichen Fall sohin aus den Artikeln 206f AEUV. Subsumiert man den Enteignungsschutz (als Teil der Investitionskompetenz) unter Artikel 207 AEUV und fällt dieser sohin in die Zuständigkeitssphäre der Union, folgt hieraus auch, dass es den Mitgliedstaaten verwehrt ist in diesem Zusammenhang gesetzgeberisch tätig zu werden bzw. rechtsverbindliche

⁹⁰⁹ Ebd., Rz. 333.

⁹¹⁰ Siehe hierzu (auch) die Ausführungen auf Seite 93ff.

⁹¹¹ Siehe hierzu die Ausführungen auf Seite 249ff.

⁹¹² *Bings*, Neuordnung der Außenhandelskompetenzen der Europäischen Union durch den Reformvertrag von Lissabon, 101.

Akte zu erlassen; dies unabhängig davon, ob und inwieweit die Union von ihrer Kompetenz Gebrauch macht.⁹¹³

Letztlich bleibt es sohin beim Ergebnis, dass der Europäischen Union nach Artikel 207 AEUV die Kompetenz zum Abschluss umfassender ISA zukommt. Artikel 345 AEUV steht einer Regelung in ISA, wonach ein Mitgliedstaat einen ausländischen Investor nur unter bestimmten Voraussetzungen gegen Leistung einer Entschädigung enteignen darf, nicht entgegen.⁹¹⁴ Die Zuständigkeitserweiterung des Lissaboner Vertrags erstreckt sich sohin auch auf den – hier interessierenden – Enteignungsschutz.

⁹¹³ *Mayr*, „Mixed“ oder „EU-only“ – Sind die Investitionsschutzbestimmungen im CETA von der Außenhandelskompetenz der EU „gedeckt“?, *EuR* Heft 5 (2015), 575, (578).

⁹¹⁴ Dasselbe Ergebnis findet sich auch bei *Bings*, Neuordnung der Außenhandelskompetenzen der Europäischen Union durch den Reformvertrag von Lissabon, 104, *Herrmann*, Die Zukunft der mitgliedstaatlichen Investitionspolitik nach dem Vertrag von Lissabon, *EuZW* Heft 6 (2010), 207, (212); *Bungenberg*, Die Kompetenzverteilung zwischen EU und Mitgliedstaaten „nach Lissabon“, in: *Bungenberg/Griebel/Hindelang* (Hrsg.), Internationaler Investitionsschutz und Europarecht, 81, (90f); *Hindelang/Maydell*, Die Gemeinsame Europäische Investitionspolitik – Alter Wein in neuen Schläuchen?, in: *Bungenberg/Griebel/Hindelang* (Hrsg.), Internationaler Investitionsschutz und Europarecht (2010), 11, (73); *Hinjosa-Martinez*, *The Journal of World Investment and Trade* Volume 17 Issue 1 (2016), 86, (105f).

Ergebnisse des Kapitels IV

Das vorangegangene Kapitel beschäftigte sich mit dem Anwendungsbereich des Artikels 345 AEUV. Artikel 345 AEUV schreibt vor, dass die europäischen Verträge die Eigentumsordnung der Mitgliedstaaten unberührt lassen. Die Auslegung der Bestimmung ist der Tatsache geschuldet, dass die Primärrechtsnorm immer wieder einer umfassenden Unionskompetenz für ADI des Artikels 207 AEUV entgegengehalten wird.⁹¹⁵ Im Zuge der Analyse interessierte, ob Anhaltspunkte bestehen, die es rechtfertigen Artikel 345 AEUV einer umfassenden Unionskompetenz für den Enteignungsschutz in ISA entgegenzuhalten. Der Arbeitshergang folgte strikt dem Auslegungskanon des Kapitels III.

1) Die *historische Auslegung* verfolgte einen, in objektiv-historisch und subjektiv-historisch unterteilten, zweigliedrigen Forschungsansatz. Die subjektiv-historische Perspektive ergab, dass Artikel 345 AEUV (Ex- Artikel 222 EWGV) der mitgliedstaatlichen Sorge vor gemeinschaftsrechtlichen Privatisierungen und Verstaatlichungen geschuldet ist. Der objektiv-historische Deutungsansatz offenbarte, dass der Wille des historischen Gesetzgebers darin liegt, den Mitgliedstaaten die Verfolgung einer eigenen Eigentumspolitik zu ermöglichen.

Sowohl EURATOM-Vertrag als auch EGKSV, kennen beide vergleichbare "Vorgängerbestimmungen". Ex-Artikel 83 EGKSV diente der Vorschrift des AEUV (Ex-EWGV) als Vorbild. Der Grund für die einengende Ausformulierung im EGKSV – der Wortlaut beschränkt sich ausdrücklich auf Unternehmen – ist darin zu sehen, dass der EWG-Vertrag auch für natürliche Personen Geltung beanspruchte. Stellt man Artikel 345 AEUV (Ex-Artikel 222 EWGV) zu den wesensgleichen Bestimmungen des EAGV und EGKSV in Verknüpfung, stellt sich heraus, dass letzten Endes all diese Vorschriften ihren Ursprung in der Erklärung des französischen Außenministers Robert Schuman vom 9. Mai 1950 ("Schuman-Erklärung") haben. Diese dokumentiert eindeutig, dass die Verträge der Union nicht darauf abzielen, das Eigentum an den Betrieben in irgendeiner Form zu präjudizieren.

⁹¹⁵ *Braun*, Für einen komplementären, europäischen Investitionsschutz, in: *Bungenberg/Griebel/Hindelang* (Hrsg.), *Internationaler Investitionsschutz und Europarecht* (2010), 191, (195); *Chaisse*, Promises and Pitfalls of the European Union Policy on foreign investment – How will the new EU competence on FDI affect the emerging global regime?, *Journal of International Economic Law* Volume 15 No. 1 (2012), 51, (64ff); *Johannsen*, Die Kompetenz der Europäischen Union für ausländische Direktinvestitionen nach dem Vertrag von Lissabon, 1, (16); *Ohler* in *Eilmansberger/Griller/Obwexer* (Hrsg.), *Rechtsfragen der Implementierung des Vertrags von Lissabon*, 432; *Tietje*, Die Außenwirtschaftsverfassung der EU nach dem Vertrag von Lissabon, *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht* Heft 83 (2009), 1, (14f).

Das historische Argument des Artikels 345 AEUV liegt im Wesentlichen in folgender Feststellung: Der mitgliedstaatlichen Sorge vor Eingriffen der Gemeinschaft in das nationale Wirtschaftsgeschehen, folgt das mitgliedstaatliche Recht auf eine autonome Eigentumsordnung. Die Historie präferiert im Ergebnis eine, auf das Eigentum an Unternehmen (= den Betrieben) beschränkte, Erläuterung.

Die Regeln der europäischen Methodenlehre verbieten es allerdings, bloß auf Basis historischer Auslegungsargumente eine Beurteilung vorzunehmen. Vielmehr sind die hier getroffenen Resultate im Fall mehrdeutiger Interpretationsmöglichkeiten heranzuziehen.

2) Der historischen folgte die *grammatische Auslegung*. Bei der Beschäftigung mit Artikel 345 AEUV interessieren die beiden Begrifflichkeiten "Eigentumsordnung" und "unberührt". Die Analyse folgte dieser Schwerpunktsetzung und beschäftigte sich eingangs mit der Tatbestandsseite ("Eigentumsordnung"), ehe die Eruiierung der Rechtsfolgenreise ("unberührt") erfolgte.

Die Recherchen zur Tatbestandsseite ergaben, dass den europäischen Verträgen eine Definition der Begrifflichkeit "Eigentumsordnung" fremd ist. Die Gegenüberstellung des Artikels 345 AEUV mit Normen des EURATOM-Vertrags und Ex-EGKS zur Eigentumsneutralität (Artikel 91 EURATOM-Vertrag und Ex-Artikel 83 EGKS) brachte zum Ausdruck, dass der Terminus "Eigentumsordnung" des Artikels 345 AEUV bewusst gewählt ist. Dieser ist von den inhaltlich verschiedenen Bezeichnungen "Eigentum" und "Eigentumsrecht" abzugrenzen und umfasst richtigerweise das mitgliedstaatliche Recht auf Eigentumszuordnung. Diese Wortauslegung ist, insbesondere auch von der wirtschaftswissenschaftlichen Lehre gedeckt.

Was die Rechtsfolgenreise ("unberührt") anbelangt, so ist zu sagen, dass diese insbesondere die Schrankenwirkung des Artikels 345 AEUV ausdrückt. Verstärkende Partikel, wie "keineswegs" oder "in keiner Weise" in vorangegangenen Vertragsfassungen, betonen den Schrankencharakter der Norm. Artikel 345 AEUV entzieht der Europäischen Union den wirtschaftlich bedeutenden Bereich der Eigentumsordnung. Fraglich ist, ob aus der Schranke des Artikels 345 AEUV folgt, dass Angelegenheiten der Eigentumsordnung *eo ipso* Teil der mitgliedstaatlichen Kompetenz sind. Bejaht man dies, hätte dies die Einschränkung der Funktionsweise des europäischen Binnenmarkts zur Folge. Die genaue Reichweite der Vorbehaltswirkung des Artikels 345 AEUV konnte erst nach einer

systematischen Gesamtschau abschließend beurteilt werden. Im Zuge der Beschäftigung mit der Rechtsfolgenseite, konnte jedenfalls dargelegt werden, dass Artikel 345 AEUV nicht nur die bestehende, sondern auch die künftige Eigentumsordnung schützt. Jene Ansicht, die Artikel 345 AEUV (Ex-Artikel 222 EWGV) als bloße "Eintrittskarte" in die europäische Wirtschaftsordnung verstanden haben möchte, konnte damit verworfen werden.

Die Untersuchung des Wortlauts des Artikels 345 AEUV lieferte zwei wesentliche Erkenntnisse. "Eigentumsordnung" iSd Artikels 345 AEUV meint Eigentumszuordnung, also das Recht Unternehmen der öffentlichen oder privaten Trägerschaft zuzuordnen. Die Bestimmung sperrt die nationale Eigentumsordnung außerdem für Maßnahmen der Union.

3) Die *systematische Auslegung* trug etliche signifikante Resultate zur Eingrenzung des Artikels 345 AEUV bei. Artikel 345 AEUV findet sich im siebten Teil des AEU-Vertrags und ist als solcher Bestandteil einer Gruppe fundamental-bedeutender Bestimmungen. Vorbehalte, wie jener des Artikels 345 AEUV, stellen im "Integrationsvertrag" des AEUV die Ausnahme dar. Ein erster systematischer Vergleich ergab, dass die Vorbehaltssnorm des Artikels 345 AEUV richtigerweise restriktiv auszulegen ist. Der Gegenüberstellung dienten dabei Artikel 346 AEUV und die Vorbehalte europäischer Grundfreiheiten.

In der Folge stellte die gegenständliche Arbeit Artikel 345 AEUV in Verhältnis zu den Elementen der Wirtschaftsverfassung, wobei die Grundfreiheiten, das allgemeine Diskriminierungsverbot, das Wettbewerbsrecht sowie die Wirtschaftsgrundrechte als deren Bestandteile ausgemacht wurden. Im Rahmen der europäischen Grundfreiheiten interessierte der freie Waren-, Personen-, Kapital- und Zahlungsverkehr. Die Durchsicht der Vorschriften zum freien Warenverkehr ergab, dass das Unionsrecht öffentliches und privates Eigentum gleichermaßen anerkennt. Hinsichtlich des Tatbestandes zeigte sich, dass gewerbliche Schutzrechte wohl nicht mehr unter die Eigentumsordnung des Artikels 345 AEUV fallen. Diese sind vom Tatbestand des Artikels 345 AEUV richtigerweise zu exkludieren, da die Europäische Union mit Artikel 118 AEUV mittlerweile über einen eigenen Kompetenztatbestand für europäische Schutztitel des geistigen Eigentums verfügt. Der Themenkomplex der gewerblichen Schutzrechte ist außerdem Zeugnis dafür, dass die Rechtsfolgenseite des Artikels 345 AEUV ("unberührt") gewiss einem restriktiven Interpretationsgebot folgt. Selbst als nämlich Einigkeit darüber herrschte, dass die

gewerblichen Schutzrechte Teil des Artikels 345 AEUV sind, erließ die Europäische Union thematisch einschlägiges Sekundärrecht. Die Regeln zum freien Warenverkehr zeigen weiters, dass der Union nicht jeder Eingriff in die subjektiven Eigentumsrechte genommen ist, da die Unionszuständigkeiten sonst blockiert wären.

Bei der Analyse des freien Personenverkehrs galt das Interesse der Niederlassungsfreiheit. Artikel 50 Abs. 2 lit. e AEUV räumt der EU das Recht ein, Maßnahmen zur Nutzung und zum Erwerb von Grund und Boden durch Unionsangehörige zu erlassen. Auch das Primärrecht kennt somit Normen der Eigentumszuordnung. Die Durchsicht relevanter Judikate ergab, dass die Systeme staatlicher Enteignung zwar durch Artikel 345 AEUV geschützt sind, diese aber nicht den Grundprinzipien des Unionsrechts – insbesondere den Grundfreiheiten – entzogen sind. Im Zusammenhang mit Enteignungen stehende Maßnahmen, unterliegen dem Gebot der Vereinbarkeit mit europäischem Recht und sind nicht der Prüfung durch den EuGH entzogen. Die Niederlassungsfreiheit enthält des Weiteren den primärrechtlichen Auftrag das mitgliedstaatliche Gesellschaftsrecht zu harmonisieren. Europäisches Sekundärrecht konnte die etappenweise „Europäisierung“ der Gesellschaftsrechte bislang auch realisieren.

Die Prüfung bedeutender Judikate zum Verhältnis des freien Kapital- und Zahlungsverkehrs zu Artikel 345 AEUV illustrierte eindrucksvoll, dass Artikel 345 AEUV nicht die Freistellung der nationalen Eigentumsordnung von den Grundprinzipien der europäischen Verträge zur Folge hat. Die hierzu zu beachtenden "Golden-Shares-Fälle" zweifeln das Recht der Mitgliedstaaten auf Enteignung zwar nicht an, der Enteignung folgende nationale Maßnahmen haben aber der unionsrechtlichen Überprüfung standzuhalten.

Das allgemeine Diskriminierungsverbot des Artikels 18 AEUV ist eine wesentliche unionsrechtliche Stütze. Dieses ist stets mit zu berücksichtigen und hat zur Folge, dass auch die Rechtsmaterien des Artikels 345 AEUV hieran zu messen sind.

Neben den europäischen Grundfreiheiten, ist vor allem auch das europäische Wettbewerbsrecht beim korrekten Verständnis des Artikels 345 AEUV dienlich. Das europäische Kartellrecht schränkt das Recht der Mitgliedstaaten, weiterhin öffentliche Unternehmen zu betreiben, nicht ein. Den einzelnen Staaten steht es vielmehr offen, die Tätigkeiten, die der öffentlichen Hand obliegen, festzulegen; wobei die Wettbewerbsregeln stets anwendbar sind. Daneben gilt, dass die Eigentumsordnung der MS umfassend dem System der Beihilfenkontrolle unterliegt. Artikel 345 AEUV hat nicht die Einschränkung des Beihilfenbegriffs des Artikels 107 Absatz 1 AEUV zur Folge.

Artikel 345 AEUV ist ferner in Relation zu den Wirtschaftsgrundrechten der Artikel 15ff EU-GRC gestellt worden. Artikel 345 AEUV ist den Grundrechten aber nicht gleichzustellen, da ihm weder Grundrechts- noch grundrechtsähnlicher Charakter zukommt.

4) Die *teleologische Auslegung* konnte eingangs festhalten, dass dem Vertragskorpus des AEUV die freie, wettbewerbsorientierte Marktwirtschaft immanent ist. Weitreichende staatliche Eingriffe stehen damit im grundsätzlichen Widerspruch zum Vertragsgeist. Es kann aber festgehalten werden, dass der AEUV Privateigentum schützt und einer kompletten Abschaffung des Instituts Privateigentum durch die Mitgliedstaaten konträr gegenübersteht.

Der Regelungszweck des Artikels 345 AEUV kommt in der Neutralität der europäischen Verträge gegenüber der mitgliedstaatlichen Eigentumsordnung zum Ausdruck. Man muss hier aber hinzufügen, dass die Bestimmung zwar die nationale Eigentumsordnung schützt, nicht aber von der Pflicht der Achtung der Grundfreiheiten und des Wettbewerbsrechts befreit. Die teleologische Auslegung festigte, dass die Enteignungsbefugnis – bei gleichzeitigem Fehlen einer Unionsregelung – in die mitgliedstaatliche Zuständigkeit fällt. Die Union hat aber die umfassende Kompetenz zur Regelung von Entschädigungsleistungen, was aus der Würdigung facheinschlägiger Judikatur zur Gemeinsamen Agrarpolitik abstrahiert werden konnte.

Die Ratio legis des Artikels 345 AEUV offenbart sich darüber hinaus auch im Gebot der Gleichbehandlung öffentlichen und privaten Eigentums.

Die in Kapitel IV ausgemachten Mosaikstückchen der Interpretationsarbeit sind im Rahmen einer abschließenden Gesamtwürdigung so in Einklang zu bringen, dass eine Gesamtbewertung erfolgen kann. Der Rangordnung europäischer Methodik folgend, sind teleologisch-systematische Argumente richtigerweise prioritär zu behandeln. Bei der Deutung des Artikels 345 AEUV gilt ein restriktives Interpretationsverständnis. Artikel 345 AEUV schützt die bestehende und künftige mitgliedstaatliche Eigentumsordnung. Die Vorschrift erlaubt es den Staaten eine eigene Eigentumpolitik zu verfolgen, die sich allerdings im Recht auf autonome Eigentumszuordnung erschöpft. Den Mitgliedstaaten steht damit offen, Unternehmen entweder der öffentlichen oder der privaten Eigentumsträgerschaft zuzuordnen.

Daneben sind weitere Eingrenzungen des Tatbestands und der Rechtsfolge der Norm zu beachten. Gewerbliche Schutzrechte sind von der Eigentumsordnung des Artikels 345 AEUV nicht umfasst. Artikel 345 AEUV hindert die Union auch nicht – im Rahmen der primärrechtlichen Grenzen – Maßnahmen der Eigentumszuordnung zu treffen. In dieser Hinsicht ist die nationale Eigentumsordnung auch nicht berührt.

Im Zuge der Untersuchung stellte sich heraus, dass es den Mitgliedstaaten im Rahmen ihres Rechts auf Eigentumszuordnung offensteht, Verstaatlichungen und Privatisierungen vorzunehmen. Das Enteignungsrecht der Staaten ist vom Tatbestand des Artikels 345 AEUV mit umfasst und als solches primärrechtlich geschützt. Hieraus darf allerdings nicht der Schluss gezogen werden, dass der Enteignungskomplex europäischen Verträgen entzogen ist. Vielmehr sind alle - im Zusammenhang mit der Enteignung stehenden - Maßnahmen auf ihre Vereinbarkeit mit Unionsrecht hin zu überprüfen. Sie unterstehen ferner der Kontrolle durch den EuGH.

Artikel 345 AEUV steht einer umfassenden Investitionszuständigkeit der Union letztlich nicht entgegen. Vielmehr bestimmt sich deren Kompetenzbereich nach den (einschlägigen) Regelungen der GHP.

5. Kapitel V: Zusammenfassung der Forschungsergebnisse in Thesen

- 5.1** Es bestehen mehrere Systeme zum Schutz des Eigentums vor ungerechtfertigten Enteignungen. Neben Völkergewohnheitsrecht, der EU-Grundrechtecharta, der Europäischen Menschenrechtskonvention, der nationalen Rechtsordnung des Gaststaates und investitionsbezogenen Versicherungssystemen (z.B. MIGA), erfolgt dieser vor allem durch die zahlreichen Investitionsschutzabkommen. Erst der Schutz einer Investition vor ungerechtfertigten Enteignungen, ermöglicht ausländischen Investoren ein ungestörtes Investieren und Wirtschaften. Investitionsschutzabkommen erkennen den Staaten nicht *per se* das Enteignungsrecht ab, sondern knüpfen die Ausübung der staatlichen Enteignungsbefugnis an Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen.
- 5.2** Investitionsschutzabkommen verlangen für die Rechtmäßigkeit einer Enteignung, dass die in Frage stehende staatliche Maßnahme (i) einem öffentlichen Zweck dient, (ii) sie nicht willkürlich oder diskriminierend ist, (iii) in Einklang mit den Regeln des fairen Verfahrens steht und (iv) die Zahlung einer prompten, adäquaten und effektiven Entschädigungszahlung zur Folge hat.
- 5.3** Der Europäischen Gemeinschaft bzw. der Europäischen Union kam bereits nach Ex-Art. 57 Abs. 2 Satz 1 EGV die implizite, konkurrierende (geteilte) Kompetenz zum Abschluss von Investitionsschutzabkommen zu. Diese umfasste alle typischerweise in Investitionsschutzabkommen enthaltenen Bestimmungen; folglich auch den Enteignungsschutz. Ex-Art. 57 Abs. 2 Satz 1 EGV stellte außerdem eine explizite Kompetenzbasis für interne Maßnahmen auf dem Gebiet der Ausländischen Direktinvestitionen dar. Trotz dieser bereits vor dem Vertrag von Lissabon bestehenden Zuständigkeiten waren es insbesondere die Mitgliedstaaten, die mit ihren zahlreichen BITs maßgeblich zur Investitionsförderung und zum Investitionsschutz beitrugen.
- 5.4** Der Vertrag von Lissabon dehnte die Gemeinsame Handelspolitik erstmals in der Geschichte der europäischen Integration explizit auf ADI aus. Mit den Ausländischen Direktinvestitionen besteht damit eine neue Unionszuständigkeit. Diese Kompetenz ist ausschließlicher Natur (Art. 3 Abs. 1 lit. e AEUV), womit die Mitgliedstaaten in diesem Zusammenhang nicht mehr handlungsbefugt sind. Die GHP ist mit dem Lissaboner Vertrag systematisch den Bestimmungen über das auswärtige Handeln der Union (Art. 205 bis Art. 222 AEUV) eingegliedert worden. Wechselseitige Gesetzesverweise stellen sicher, dass sich die Union verpflichtet bei

allen auswärtigen Handlungen aktiv zur Entfaltung von Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und Menschenrechtsschutz beizutragen.

- 5.5** Der Vertrag von Lissabon räumt der Europäischen Union zwei handelspolitische Handlungsmöglichkeiten ein. Während die autonome Handelspolitik des Artikels 207 Absatz 2 AEUV zum Erlass von Verordnungen ermächtigt, enthalten Artikel 207 Absatz 3 und 4 AEUV die Unionsbefugnis zum Abschluss internationaler Abkommen im Rahmen der vertraglichen Handelspolitik. Die autonome Handelspolitik zeigt sich in Verordnungen, wobei durch die Normierung des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens für die autonome Handelspolitik mittlerweile auch eine volle Partizipation des Europäischen Parlaments sichergestellt ist. Beim Abschluss eines Investitionsschutzabkommens sind neben den allgemeinen Verfahrensregeln der Artikel 216 bis 219 AEUV auch die Sondernormen des Artikels 207 Absatz 3 und 4 AEUV mit zu berücksichtigen. Der Abschluss eines Investitionsschutzabkommens gliedert sich in eine (i) Verhandlungs- und (ii) eine Abschlussphase und sieht die Beteiligung aller drei europäischen Institutionen (Kommission, Parlament und Rat) vor. Die EK ist – nach Ermächtigung durch den Rat – für die Verhandlungsführung zuständig. Der Abschluss eines Abkommens ist grundsätzlich durch den Rat mit qualifizierter Mehrheit zu beschließen. Von Seiten des Europäischen Parlaments ist für den Abkommensabschluss entweder eine Zustimmung oder eine (bloße) Anhörung erforderlich.
- 5.6** Die nach dem Kompetenzübergang veröffentlichten Mitteilungen der Europäischen Institutionen zeigen, dass die Europäische Union bestrebt ist umfassende Investitionsschutzabkommen abzuschließen. Dem Enteignungsschutz soll dabei eine zentrale Rolle zukommen, wie auch die aktuelle Vertragspraxis (CETA und TTIP) belegt.
- 5.7** Die Investitionskompetenz des Artikels 207 AEUV ist umfassend und erstreckt sich sowohl auf Marktzugangsfragen (*pre-establishment*) als auch die Regelung materieller Schutzstandards (*post-establishment*). Die Europäische Union ist im Rahmen der GHP zur Normierung aller typischerweise in BITs enthaltenen Inhalte – also auch den Enteignungsschutz – berechtigt. Diese Investitionszuständigkeit beschränkt sich dabei weder auf handelsbezogene Aspekte Ausländischer Direktinvestitionen, noch erschöpft sie sich in einer bloßen Verhandlungskompetenz. Portfolioinvestitionen sind von der exklusiven

Investitionskompetenz des Artikels 207 AEUV hingegen ausgenommen. Portfolioinvestitionen sind von Direktinvestitionen strikt auseinanderzuhalten und von der Kompetenzerweiterung der GHP wohl nicht mit umfasst. Eine Direktinvestition liegt immer dann vor, wenn der Investor eine gewisse Kontrollmöglichkeit bzw. einen Mindestmanagementeinfluss über die Investition erwirbt. Als Schwellenwert für eine derartige Investition gilt eine Beteiligung in Höhe von 10 Prozent, wobei im Einzelfall besondere Umstände zu würdigen sind. Beziehen sich künftige Investitionsschutzabkommen der Union daher auf beide Investitionsformen, hat dies wohl den Abschluss gemischter Abkommen zur Folge.

- 5.8** Die Europäische Union haftet im Fall allein abgeschlossener Abkommen für Enteignungen und enteignungsgleiche Maßnahmen. Ob die Maßnahme letztlich von einem Unionsorgan oder einer mitgliedstaatlichen Stelle gesetzt wurde, ist im Rahmen des internen Regresses zu berücksichtigen.
- 5.9** Um eine exklusive Investitionszuständigkeit für Portfolioinvestitionen zu argumentieren, ist auf das Modell der impliziten Kompetenzen gemäß Art. 216 Abs. 1 AEUV iVm Art. 3 Abs. 2 AEUV abzustellen. Mit Hilfe des Modells der impliziten Kompetenzen scheint es unter Anknüpfung an die Bestimmungen des freien Kapitalverkehrs möglich, die implizite Vertragsschlusskompetenz für Portfolioinvestitionen herzuleiten. In diesem Fall, käme der Union auch die Zuständigkeit für die Regelung des Enteignungsschutzes im Zusammenhang mit Portfolioinvestitionen zu.
- 5.10** Artikel 345 AEUV ist seit der Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft Bestandteil europäischen Primärrechts. So sah bereits Ex-Artikel 222 EWGV den Schutz der mitgliedstaatlichen Eigentumsordnung vor. Die Aufnahme des Artikels 345 AEUV in das europäische Primärrecht ist der Sorge der Mitgliedstaaten vor gemeinschaftsrechtlich veranlassten Verstaatlichungs- bzw. Privatisierungsmaßnahmen geschuldet. Artikel 345 AEUV ermöglicht es den Mitgliedstaaten eine eigenständige Eigentumszuordnungspolitik zu verfolgen. Aus Artikel 345 AEUV folgt aber keineswegs die Freistellung der nationalen Eigentumsordnung von den Grundprinzipien europäischen Rechts. Die mitgliedstaatliche Enteignungsbefugnis wird durch die Vorschrift zwar nicht eingeschränkt, mit einer Enteignung in Zusammenhang stehende nationale Maßnahmen haben aber unionsrechtlichen Vorgaben (insbesondere den

Grundfreiheiten) und der höchstgerichtlichen Kontrolle durch den EuGH zu genügen.

- 5.11** Artikel 345 AEUV steht einer Unionszuständigkeit für die Regelung des Enteignungsschutzes nicht entgegen. Die Union ist berechtigt in künftigen ISA Regelungen aufzunehmen, die (i) den Enteignungstatbestand und (ii) die Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen einer Enteignung betreffen. Die Befugnis zur Ausformulierung der Entschädigungsmodalitäten ergibt sich aus der EuGH-Judikatur.

Literaturverzeichnis

Lehrbücher/Fachliteratur

- *Bermann*, Reshaping the Investor-State Dispute Resolution System (2015)
- *Bings*, Neuordnung der Außenhandelskompetenzen der Europäischen Union durch den Reformvertrag von Lissabon (2014)
- *Biondi/Eeckhout*, European Union Law after the Treaty of Lisbon (2012)
- *Boschitz*, Funktionsweise, Abschluss und Ratifizierung von Freihandelsabkommen TTIP (Transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft) und CETA (Comprehensive Economic and Trade Agreement) (2017)
- *Brandauer*, Eigentumsschutz und Enteignung – Eine vergleichende Darstellung der Rechtslage in Frankreich und Österreich mit Schwerpunkt Bodeneigentum (1989)
- *Buchhold*, Die ausschließlichen Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaft nach dem EGV (2003)
- *Buck*, Über die Auslegungsmethoden der Europäischen Gemeinschaft (1998)
- *Bungenberg* (Hrsg.), International investment law (2015)
- *Bungenberg/Griebel/Hindelang* (Hrsg.), Internationaler Investitionsschutz und Europarecht (2010)
- *Bungenberg/Herrmann*, Die gemeinsame Handelspolitik der Europäischen Union nach Lissabon (2011)
- *Bungenberg/Reinisch/Tietje* (Hrsg.), EU and Investment Agreements (2013)
- *Burghardt*, Die Eigentumsordnungen in den Mitgliedstaaten und der EWG-Vertrag (1969)
- *Breyer/Kolmar*, Grundlagen der Wirtschaftspolitik (2005)
- *Brown*, Commentaries on Selected Model Investment Treaties (2013)
- *Cardwell* (Hrsg.), EU External Relations Law and Policy in the Post-Lisbon Era (2011)
- *Depenhauer* (Hrsg.), Eigentum-Ordnungsidee, Zustand, Entwicklungen (2005)
- *Dimopoulos*, EU Foreign Investment Law (2011)
- *Dolzer*, Eigentum, Enteignung und Entschädigung im geltenden Völkerrecht (1985)
- *Dolzer/Schreuer*, Principles of international investment law (2012)
- *Ehlers* (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten (2009)
- *Eilmansberger/Griller/Obwexer* (Hrsg.), Rechtsfragen der Implementierung des Vertrags von Lissabon (2011)
- *Fastenrath/Nowak* (Hrsg.), Der Lissabonner Reformvertrag: Änderungsimpulse in einzelnen Rechts- und Politikbereichen (2009)
- *Feil*, Enteignung und Enteignungsentschädigung: System und Praxiskommentar (2011)
- *Fischborn*, Enteignung ohne Entschädigung nach der EMRK? (2010)
- *Franken*, Die Verstaatlichung und ihre Vereinbarkeit mit dem EWG-Vertrag (1972)
- *Gao/Qureshi*, International Investment law (2011)
- *Garner*, Black's Law Dictionary (2014)
- *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention (2009)
- *Grabenwarter/Holoubek*, Verfassungsrecht – Allgemeines Verwaltungsrecht (2014)
- *Griebel*, Internationales Investitionsrecht (2008)

- *Griller* (Hrsg.), Die europäische Wirtschaftsverfassung de lege lata et ferende (2007)
- *Griller/Kneihs/Madner/Potacs* (Hrsg.), Wirtschaftsverfassung und Binnenmarkt – Festschrift für Heinz-Peter Rill zum 70. Geburtstag (2010)
- *Griller/Ziller* (Hrsg.), The Lisbon Treaty: EU Constitutionalism without a Constitutional Treaty?
- *Hafner/Kumin/Weiss* (Hrsg.), Recht der Europäischen Union: Entwicklung, Institutionen, Politiken, Verfahren (2013)
- *Hauer/Leitl-Staudinger/Mayrhofer/Pabel* (Hrsg.), Wirtschaftsverwaltungsrecht (2013)
- *Hax/Wessels*, Handbuch der Wirtschaftswissenschaften: Band II Volkswirtschaft (1966)
- *Heliskoski*, Mixed Agreements as a technique for organizing the International Relations of the European Community and its Member States (2001)
- *Hellmann*, Der Vertrag von Lissabon: Vom Verfassungsvertrag zur Änderung der bestehenden Verträge – Einführung mit Synopse und Übersichten (2009)
- *Herdegen*, Internationales Wirtschaftsrecht – Ein Studienbuch (2014)
- *Hilf/Oeter* (Hrsg.), WTO-Recht (2010)
- *Hilpold*, Die EU im GATT/WTO-System (2009)
- *Hobe*, Europarecht (2014)
- *Hofmann/Tams*, International Investment Law and General International Law: From Clinical Isolation to Systemic Integration? (2011)
- *Hummer/Obwexer* (Hrsg.), Rechtsfragen der Implementierung des Vertrags von Lissabon (2010)
- *Kaddous*, The European Union in International Organisations and Global Governance (2015)
- *Karakostas* (Hrsg.), Methoden- und Verfassungsfragen der Europäischen Rechtsangleichung (2011)
- *Karl*, Entflechtung der Übertragungs- und Fernleitungsnetzbetreiber in Deutschland und Österreich (2014)
- *Köbler*, Rechtsfranzösisch: deutsch-französisches und französisch-deutsches Rechtswörterbuch für jedermann (2001)
- *Köbler*, Rechtsenglisch: englisch-deutsches und deutsch-englisches Rechtswörterbuch für jedermann (2013)
- *Koller*, TTIP und die (möglichen) Auswirkungen auf die Europäische Union und ihre Mitgliedstaaten (2016)
- *Krajewski*, Wirtschaftsvölkerrecht (2012)
- *Krenzler/Herrmann* (Hrsg.), EU-Außenwirtschafts- und Zollrecht (2015)
- *Kriebaum*, Eigentumsschutz im Völkerrecht – Eine vergleichende Untersuchung zum internationalen Investitionsrecht sowie zum Menschenrechtsschutz (2008)
- *Kröger*, Das "full ownership unbundling" als vollständige eigentumsrechtliche Entflechtung der Übertragungsnetzbetreiber in der EU auf der Grundlage der Richtlinie 2009/72/EG (2013)
- *Kronke/Melis/Schnyder*, Handbuch Internationales Wirtschaftsrecht (2016)
- *Langendorf*, Wörterbuch der deutschen und niederländischen Rechtssprache : Lexikon für Justiz, Verwaltung, Wirtschaft und Handel: Band I und II (1996)
- *Marboe*, Die Berechnung von Entschädigung und Schadenersatz in der internationalen Rechtsprechung (2009)
- *Martens*, Methodenlehre des Unionsrechts (2014)

- *Maydell*, The European Community's Competence to conclude International Agreements on Investment: revealing the inconvenient truth (Dissertation Universität Wien)
- *Mayr*, Das dritte Liberalisierungspaket unter besonderer Berücksichtigung der eigentumsrechtlichen Entflechtung im Energiebinnenmarkt (2009)
- *Mestmäcker/Möschel/Streit* (Hrsg.), Wirtschaft und Verfassung in der Europäischen Union (2004)
- *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht (2014)
- *Milczewski*, Der grundrechtliche Schutz des Eigentums im Europäischen Gemeinschaftsrecht (1994)
- *Möllinger*, Eigentumsrechtliche Entflechtung der Übertragungsnetze unter besonderer Berücksichtigung des 3. Binnenmarktpaketes für Energie (2009)
- *Muchlinski/Ortino/Schreuer*, The Oxford Handbook of International Investment Law (2008)
- *Müller/Christensen*, Juristische Methodik – Band II Europarecht (2007)
- *Müller-Michaels*, Grundrechtlicher Eigentumsschutz in der Europäischen Union (1997)
- *Neubauer*, Implizite Vertragsschlusszuständigkeiten der Europäischen Gemeinschaft und Subsidiaritätsprinzip: Eine Untersuchung anhand des Partnerschafts- und Kooperationsabkommens mit Rußland (1999)
- *Niedobitek*, Das Recht der grenzüberschreitenden Verträge: Bund, Länder und Gemeinden als Träger grenzüberschreitender Zusammenarbeit (2014)
- *Nowak*, Europarecht nach Lissabon (2011)
- *Obwexer* (Hrsg.), Die Europäische Union im Völkerrecht (2012)
- *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht (2016)
- *Pernice*, Grundrechtsgehalte im Europäischen Gemeinschaftsrecht (1979)
- *Peters*, Jenseits der Menschenrechte: Die Rechtsstellung des Individuums im Völkerrecht (2014)
- *Pitschas*, Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit der Europäischen Gemeinschaft und ihrer Mitgliedstaaten (2001)
- *Pözl*, Gemeinschaftsrechtliche Kapitalverkehrsfreiheit und österreichisches Steuerrecht (2013)
- *Reinisch*, Standards of Investment Protection (2008)
- *Reinisch* (Hrsg.), Österreichisches Handbuch des Völkerrechts (2013)
- *Reinisch/Knahr* (Hrsg.), Aktuelle Probleme und Entwicklungen im Internationalen Investitionsrecht (2008)
- *Riegel*, Das Eigentum im europäischen Recht (1975)
- *Riesenhuber* (Hrsg.), Europäische Methodenlehre – Handbuch für Ausbildung und Praxis (2015)
- *Rosas/Levits/Bot* (Hrsg.), Court of Justice of the European Union – The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law (2012)
- *Salacuse*, The three laws of international investment – national, contractual and international frameworks for foreign capital (2013)
- *Schachtschneider*, Verfassungsrecht der Europäischen Union – Teil 2 Wirtschaftsverfassung mit Welthandelsordnung (2010)
- *Schmitt*, Die Kompetenzen der Europäischen Union für ausländische Investitionen in und aus Drittstaaten (2013)

- *Schuhmacher/Stockenhuber/Straube/Torggler/Zib* (Hrsg.), Festschrift für Josef Aicher (2012)
- *Schwartmann*, Private im Wirtschaftsvölkerrecht (2005)
- *Siebert/Lorz*, Einführung in die Volkswirtschaftslehre (2007)
- *Sornarajah*, The International Law on Foreign Investment (2010)
- *Stendardi*, Il diritto degli scambi internazionali (1963)
- *Storr* (Hrsg.), Neue Impulse für die Energiewirtschaft (2012)
- *Strambaci/Mariani*, Vocabolario del diritto e dell'economia. Italiano-Tedesco (2009)
- *Tietje* (Hrsg.), Internationales Wirtschaftsrecht (2015)
- *Vedder/Heintschel von Heinegg* (Hrsg.), Europäischer Verfassungsvertrag (2007)
- *Von Arnould*, Völkerrecht (2012)
- *Von Bogdandy/Bast* (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht Theoretische und dogmatische Grundzüge (2009)
- *Von Brunn*, Die Verpflichtung der EWG-Staaten zur Wettbewerbswirtschaft (1965)
- *Van Vooren/Wessel*, EU External Relations Law: Text, Cases and Materials (2014)
- *Wolff*, Die Enteignung im öffentlichen Interesse - Ein Rechtsvergleich: Frankreich und Österreich (2011)
- *Wouters/de Meester*, The World Trade Organization: A Legal and Institutional Analysis (2007)

Kommentare

- *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), Kommentar zu EUV/AEUV (2016)
- *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 58. EL (2016)
- *Hafner/Kumin/Weiss* (Hrsg.), Recht der Europäischen Union (2013)
- *Hailbronner/Wilms* (Hrsg.), Recht der Europäischen Union (2010)
- *Holoubek/Lienbacher* (Hrsg.), GRC-Kommentar (2014)
- *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union unter Einbeziehung der vom EuGH entwickelten Grundrechte und der Grundrechtsregelungen der Verträge (2016)
- *Lenz/Borchardt* (Hrsg.), EU Verträge Kommentar nach dem Vertrag von Lissabon (2012)
- *Mayer* (Hrsg.), Kommentar zu EUV/AEUV unter Berücksichtigung der österreichischen Judikatur und Literatur (2013), 167. EL
- *Pechstein*, Entscheidungen des EuGH, Kommentierte Studienauswahl (2014)
- *Schwarze* (Hrsg.), EU-Kommentar (2012)
- *Streinz* (Hrsg.), Kommentar zu EUV/AEUV – Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (2012)
- *Von der Groeben/Schwarze/Hatje* (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht (2015)

Publikationen in Fachzeitschriften

- *Andersen/Hindelang*, The Day After: Alternatives to Intra-EU BITs, Journal of World Investment & Trade Volume 17 Issue 6 (2016)

- *Ankersmit*, The Scope of the Common Commercial Policy after Lisbon: *The Daiichi Sankyo and Conditional Access Services* Grand Chamber Judgements, *Legal Issues of Economic Integration* Volume 41 No. 2 (2014)
- *Basedow*, A Legal History of the EU's International Investment Policy, *Journal of World Investment & Trade* Volume 17 Issue 5 (2016)
- *Bäumler*, Vom Vertragstext zum Inkrafttreten: Das Vertragsschlussverfahren im Mehrebenensystem am Beispiel CETA, *EuR* Heft 6 (2016)
- *Berrisch*, Neuerungen im Außenhandelsrecht der Gemeinschaft – Die Umsetzung der multilateralen Handelsabkommen der Uruguay-Runde, Vortrag vor dem Europa-Institut der Universität des Saarlandes (13.06.1995)
- *Binder*, A Treaty Law Perspective on Intra-EU BITs, *Journal of World Investment & Trade* Volume 17 Issue 6 (2016)
- *Bishop*, Investor-State Dispute Settlement under the Transatlantic Trade and Investment Partnership: Have the Negotiations run around?, *ICSID Review*, Volume 30 No. 1 (2015)
- *Busch*, Zur Wirtschaftsverfassung der Europäischen Union, *Beiträge zur Ordnungspolitik aus dem Institut der deutschen Wirtschaft Köln* Nr. 31 (2008)
- *Calamita*, The Making of Europe's International Investment Policy: Uncertain First Steps, *Legal Issues of Economic Integration* Volume 39 No. 3 (2012)
- *Callies*, Sinn, Inhalt und Reichweite einer europäischen Kompetenz zu einer kombinierten Umwelt-, Klima-, und Energiepolitik, *Berliner Onlinebeiträge zum Europarecht – Nummer 52* (2009)
- *Capelli*, Nationalisierungen im Gemeinsamen Markt, *RIW* Heft 5 (1983)
- *Ceyssens*, Towards a Common Foreign Investment Policy? – Foreign Investment in the European Constitution, *Legal Issues of Economic Integration* Volume 32 Issue 3 (2005)
- *Chaisse*, Promises and Pitfalls of the European Union Policy on foreign investment – How will the new EU competence on FDI affect the emerging global regime?, *Journal of International Economic Law* Volume 15 No. 1 (2012)
- *Cremona*, A Constitutional Basis for Effective External Action? An Assessment of the Provisions on EU External Action in the Constitution Treaty, *EUI Working Papers LAW* No. 30 (2006)
- *Cross/Carta*, Greenpeace's contribution to the European Commission's public consultation on "Investment protection and investor-to-state dispute settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement (TTIP)" (2014)
- *Daiber*, Das Freihandelsabkommen zwischen der EU und Südkorea, *EuR* Heft 5 (2015)
- *Devroe*, Privatizations and Community Law: Neutrality versus Policy, *Common Market Law Review* Volume 34 Issue 2 (1997)
- *Dickson-Smith*, Does the European Union Have New Clothes?: Understanding the EU's New Investment Treaty Model, *Journal of World Investment & Trade* Volume 17 Issue 5 (2016)
- *Dimopoulos*, The Compatibility of future EU Investment Agreements with EU Law, *Legal Issues of Economic Integration* Volume 39 No. 4 (2012)
- *Douma*, The Promotion of Sustainable Development through EU Trade Instruments, *European Business Law Review* Volume 28 Issue 2 (2017)
- *Drasch*, Die Rechtsgrundlagen des europäischen Einheitsrechts im Bereich des gewerblichen Eigentums, *ZEuP* Heft 1 (1998)

- *Duran/Eliasson*, The Public Debate over Transatlantic Trade and Investment Partnership and its underlying Assumptions, *Journal of World Trade* Volume 51 Issue 1 (2017)
- *Fairbrother/Quisthoudt-Rowohl*, Europäische Handelspolitik: Von Rom bis Lissabon, Konrad-Adenauer-Stiftung: Analysen & Argumente 73 (2009)
- *Garcia/Garmendia*, The EU as an actor at the WTO: its strengths and weakness throughout history, *Eastern Journal of European Studies* No. 3 (2012)
- *Gaspar-Szilagyi*, A Standing Investment Court under TTIP from the Perspective of the Court of Justice of the European Union, *Journal of World Investment & Trade* Volume 17 Issue 5 (2016)
- *Govaere*, „Setting the International Scene“: EU External Competence and Procedures post-Lisbon revisited in the light of ECJ opinion 1/13, *Common Market Law Review* Volume 52 Issue 5 (2015)
- *Griebel*, Überlegungen zur Wahrnehmung der neuen EU-Kompetenz für ausländische Direktinvestitionen nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon, *RIW* Heft 7 (2009)
- *Grzeszick/Hettche*, Zur Beteiligung des Bundestages an gemischten völkerrechtlichen Abkommen, *AöR* 141. Band (2016)
- *Herrmann*, Die Zukunft der mitgliedstaatlichen Investitionspolitik nach dem Vertrag von Lissabon, *EuZW* Heft 6 (2010)
- *Herrmann*, Vom misslungenen Versuch der Neufassung der gemeinsamen Handelspolitik durch den Vertrag von Nizza, *EuZW* Heft 9 (2001)
- *Hindelang*, Der primärrechtliche Rahmen einer EU Investitionsschutzpolitik: Zulässigkeit und Grenzen von Investor-Staat-Schiedsverfahren aufgrund künftiger Abkommen, *WHI-Paper* 01 (2011)
- *Hinojosa-Martinez*, The Scope of the EU Treaty-Making Power on Foreign Investment: Between Wishful Thinking and Pragmatism, *Journal of World Investment & Trade* Volume 17 Issue 1 (2016)
- *Hoffmeister*, Aktuelle Rechtsfragen in der Praxis der europäischen Außenhandelspolitik, *ZEuS* Heft 4 (2013)
- *Holterhus*, Die Rolle des Deutschen Bundestages in der auswärtigen Handelspolitik der Europäischen Union – insbesondere zu den parlamentarischen Einflussmöglichkeiten im völkerrechtlichen Vertragsschlussverfahren, *EuR* Heft 2 (2017)
- *Hummer*, Was haben TTIP, CETA und TISA gemeinsam? „Investor-To-State Dispute Settlement“ (ISDS) als umstrittenes Element der EU-Freihandelsabkommen, *integration* 1/2015 (2015)
- *Jaeger*, Zum Vorschlag einer permanenten Investitionsgerichtsbarkeit, *EuR* Heft 2 (2016)
- *Johannsen*, Die Kompetenz der Europäischen Union für ausländische Direktinvestitionen nach dem Vertrag von Lissabon, *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht* Heft 90 (2009)
- *Jungbluth*, Überformung der grundgesetzlichen Wirtschaftsverfassung durch Europäisches Unionsrecht?, *EuR* Heft 4 (2010)
- *Karl*, The Competence for Foreign Direct Investment: New Powers for the European Union?, *Journal of World Investment & Trade* Volume 5 Issue 3 (2004)
- *Kerber*, Mehr Wettbewerb wagen: Anmerkungen zur Öffnung der nationalen Märkte und Schaffung eines Binnenmarktes für Güter der Verteidigung und Sicherheit durch Richtlinie 2009/81/EG des Europäischen Parlaments und Rates vom 13.07.2009

- *Klamert/Maydell*, Lost in Exclusivity: Implied Non-exclusive External Competences in Community Law, *European Foreign Affairs Review* No. 13 (2008)
- *Kleimann*, Reading Opinion 2/15: Standards of Analysis, the Court’s Discretion, and the Legal View of the Advocate General, *Robert Schuman Centre for Advanced Studies Research Paper* No. 23 (2017)
- *Krajewski*, External trade law and the Constitution Treaty: Towards a federal and more democratic common commercial policy?, *Common Market Law Review* Volume 42 Issue 1 (2005)
- *Krajewski*, Normative Grundlagen der EU-Außenwirtschaftsbeziehungen: Verbindlich, umsetzbar und angewandt?, *EuR Heft* 3 (2016)
- *Krenzler/Pitschas*, Fortschritt oder Stagnation? Die gemeinsame Handelspolitik nach Nizza, *EuR Heft* 3 (2001)
- *Kriebaum*, FET and Expropriation in the (Invisible) EU Model BIT, *Journal of World Investment & Trade* Volume 15 Issue 3 (2014)
- *Kuhlmann*, Kompetenzrechtliche Neuerungen im europäischen Energierecht nach dem Vertrag von Lissabon: *Wirtschaftsuniversität Wien Arbeitspapier* (2008)
- *Larik*, No mixed feelings: The post-Lisbon Common Commercial Policy in *Daiichi Sankyo* and *Commission v. Council (Conditional Access Convention)*, *Kriebaum*, *Common Market Law Review* Volume 52 Issue 3 (2015)
- *Leczykiewicz*, Common Commercial Policy: The Expanding Competence of the European Union in the Area of International Trade, *German Law Journal* Volume 6 No. 11 (2010)
- *Lehne*, Stellungnahme zur Änderung von Artikel 90 Absatz 5 der Geschäftsordnung (2014) (online abrufbar)
- *Lenk*, Investment Arbitration under EU Investment Agreements: Is There a Role for an Autonomous EU Legal Order?, *European Business Law Review* Volume 28 Issue 2 (2017)
- *Lentner*, A Uniform European Investment Policy?: The unwritten EU Model BIT, *Journal of Law and Administrative Sciences* No. 2 (2014)
- *Lester*, Rethinking the International Investment Law System, *Journal of World Trade* Volume 49 Issue 2 (2015)
- *Mayer*, 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* (2014)
- *Mayr*, „Mixed“ oder „EU-only“ – Sind die Investitionsschutzbestimmungen im CETA von der Außenhandelskompetenz der EU „gedeckt“?, *EuR Heft* 5 (2015)
- *Meunier*, Integration by Stealth: How the European Union gained competence over Foreign Direct Investment, *Journal of Common Market Studies* Volume 55 Issue 3 (2017)
- *Mola*, Which Role for the EU in the Development of International Investment Law, *Working Paper* No. 26 (2008)
- *Mestmäcker*, Die Wirtschaftsverfassung der EU im globalen Systemwettbewerb, *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht* Heft 100 (2011)
- *Nawparwar*, Die Außenbeziehungen der Europäischen Union zu internationalen Organisationen nach dem Vertrag von Lissabon, *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht* Heft 4 (2009)
- *Neumayer/Spess*, Do bilateral investment treaties increase foreign direct investment to developing countries? (online abrufbar)

- *Nowrot/Tietje*, CETA an der Leine des Bundesverfassungsgerichts: Zum schmalen Grat zwischen Ultra-vires-Kontrolle und Ultra-vires-Handeln, EuR Heft 1 (2017)
- *Palchetti*, The Allocation of International Responsibility in the Context of Investor-State Dispute Settlement Mechanism Established By EU International Agreements, European Business Law Review Volume 28 Issue 2 (2017)
- *Pantaleo*, Investment Disputes under CETA: From Gold Standards to Best Practices?, European Business Law Review Volume 28 Issue 2 (2017)
- *Pantaleo/Andenas*, Introduction: The European Union as a Global (Legal) Role Model for Trade and Investment?, European Business Law Review Volume 28 Issue 2 (2017)
- *Paparinskis*, International Investment Law and the European Union: A Reply to Catharine Titi, European Journal of International Law Volume 26 No. 3 (2015)
- *P.J.K.*, Litigation on External Relations Powers after Lisbon: The Member States Reject Their Own Treaty, Legal Issues of Economic Integration Volume 43 No.1 (2016)
- *Puig*, The Scope of the new exclusive competence of the European Union with regard to ‘Foreign Direct Investment’, Legal Issues of Economic Integration Volume 40 No. 2 (2013)
- *Quick*, Why TTIP should have an Investment Chapter Including ISDS, Journal of World Trade Volume 49 Issue 2 (2015)
- *Riegel*, Die Einwirkung des europäischen Gemeinschaftsrechts auf die Eigentumsordnung der Mitgliedstaaten, RIW/AWD Heft 11 (1979)
- *Rösler*, Aufgaben einer europäischen Rechtsmethodenlehre, Rechtstheorie Band 43 Heft 4 (2012)
- *Ruffert*, Völkerrecht, Europarecht und Verfassungsrecht: Zustimmung zur vorläufigen Anwendung von CETA, JuS 2016
- *Schmidt-Preuß*, Der Wandel der Energiewirtschaft vor dem Hintergrund der europäischen Eigentumsordnung, EuR Heft 4 (2006)
- *Shan/Zhang*, The Treaty of Lisbon: Half Way toward a Common Investment Policy, European Journal of International Law Volume 21 No. 4 (2010)
- *Singh/Sharma*, Investor State Dispute Settlement Mechanism: The Quest for a Workable Roadmap in Merkourios 2013 – Volume 29 Issue 76 (2013)
- *Syrpis*, The Relationship between Primary and Secondary Law in the EU, CMLR Volume 52 Issue 2 (2015)
- *Titi*, International Investment Law and the European Union: Towards a New Generation of International Investment Agreements, European Journal of International Law Volume 26 No. 3 (2015)
- *Thiel*, Europa 1992: Grundrechtlicher Eigentumsschutz im EG-Recht, JuS Heft 4 (1991)
- *Tietje*, Die Außenwirtschaftsverfassung der EU nach dem Vertrag von Lissabon, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht Heft 83 (2009)
- *Tietje*, Internationales Investitionsschutzrecht im Spannungsverhältnis von staatlicher Regelungsfreiheit und Schutz wirtschaftlicher Individualinteressen, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht Heft 93 (2010)
- *Tietje*, Ganz, aber doch nur teilweise – die Beteiligung des Deutschen Bundestages an gemischten völkerrechtlichen Abkommen der EU, Policy Papers on Transnational Economic Law No. 45 (2016)

- *Titi*, International Investment Law and the European Union: Towards a New Generation of International Investment Agreements, *European Journal of International Law* Volume 26 No. 3 (2015)
- *von Papp*, 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* Volume 50 Issue 4 (2013)
- *Waibel*, Competence Review: Trade and Investment (2013) (online abrufbar)
- *Wehland*, The Enforcement of Intra-EU BIT Awards: *Micula v Romania* and Beyond, *Journal of World Investment & Trade* Volume 17 Issue 6 (2016)
- *Weiß*, Europarecht und Privatisierung, *AöR* Band 128 (2003)
- *Wessel/Takacs*, Constitutional Aspects of the EU's Actorness: Increased Exclusivity in Trade and Investment and the Role of the European Parliament, *European Business Law Review* Volume 28 Issue 2 (2017)
- *Wölker*, Die Nationalisierungen in Frankreich 1981/1982 Darstellung und Untersuchung der dritten Verstaatlichungswelle, *ZaöRV* Heft 43 (1983)

Völkerrechtliche Verträge

- Verfassung der Italienischen Republik vom 27.12.1947
- Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl vom 18.04.1951
- Erstes Zusatzprotokoll zur Europäischen Menschenrechtskonvention vom 20.03.1952
- Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 25.03.1957
- Vertrag zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft vom 25.03.1957
- Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23.05.1969
- Vertrag über die Europäische Union vom 07.02.1992
- Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 13.12.2007
- Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 12.12.2007
- Freihandelsabkommen zwischen der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Republik Korea andererseits vom 06.10.2010
- Staatsvertrag zwischen der österreichisch-ungarischen Monarchie und der Schweiz, wegen Regelung der Niederlassungsverhältnisse, Befreiung vom Militärdienste und den Militärsteuern, gleichmäßiger Besteuerung der beiderseitigen Staatsangehörigen in dem Gebiete des anderen vertragenden Theiles, gegenseitiger unentgeltlicher Verpflegung der mittellosen erkrankten oder verunglückten Staatsangehörigen und gegenseitiger kostenfreien Mittheilung von amtlichen Auszügen aus den Geburts-, Trauungs- und Sterbe-Registern vom 20.05.1876
- Abkommen zwischen der Republik Österreich und der Argentinischen Republik über die Förderung und den Schutz von Investitionen vom 07.08.1992
- Abkommen zwischen der Regierung der Republik Österreich und der Regierung der Arabischen Republik Ägypten über die Förderung und den Schutz von Investitionen vom 12.04.2000
- Abkommen zwischen der Republik Österreich und der Volksrepublik China über die Förderung und den gegenseitigen Schutz von Investitionen vom 12.09.1985

- Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der islamischen Republik Pakistan zur Förderung und zum Schutz von Kapitalanlagen (deutsch-pakistanischer BIT) vom 25.11.1959
- Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Sozialistischen Republik Rumänien über die Förderung und den gegenseitigen Schutz von Kapitalanlagen vom 12.10.1979
- Abkommen zwischen der Regierung des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland und der Regierung der Republik Argentinien zum Schutz und zur Förderung der Investitionen (englisch-argentinischer BIT) vom 11.12.1990
- Abkommen zwischen der Republik Österreich und der Bundesrepublik Nigeria über die Förderung und den Schutz von Investitionen vom 08.04.2013
- Statut des Internationalen Gerichtshofs vom 26.06.1945
- Übereinkommen zur Errichtung der Multilateralen Investitions-Garantie-Agentur vom 11.10.1985
- Vertrag über die Energiecharta vom 17.12.1994
- Partnerschaftsabkommen zwischen den Mitgliedern der Gruppe der Staaten in Afrika, im Karibischen Raum und im Pazifischen Ozean einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits, unterzeichnet in Cotonou am 23.06.2000 ABI L 317/3

Publikationen / Rechtsakte internationaler Organisationen

- BDI – Bundesverband der Deutschen Industrie e.V., Ausländische Direktinvestitionen in Deutschland: Investitionsfreiheit fördern und öffentliche Akzeptanz schaffen (2013)
- BMeiA-Völkerrechtsbüro, Freihandelsabkommen EU-Kanada (CETA); Gutachten zu unionsrechtlichen Grundlagen für Unterzeichnung und Abschluss, zur Kompetenzabgrenzung EU-MS und zur vorläufigen Anwendung (2016)
- Conference of the Representatives of the Governments of the Member States (CONF) 2500/96 vom 5.12.1996
- Deutscher Bundestag, 2.Wahlperiode – BT-Drucksache 3440, Anlage C
- IWF, IMF Publishes First Worldwide Survey of Foreign Direct Investment Positions: Press Release No. 10/510 (2010)
- OECD, OECD Benchmark Definition of Foreign Direct Investment⁴ (2008)
- UNCTAD, Comprehensive Study of the Interrelationship between Foreign Direct Investment and Foreign Portfolio Investment (1999)
- UNCTAD, World Investment Report 2016: Global Value Chains: Investment and Trade for Development (2016)
- United Nations, Report of the International Conference on Financing for Development – Monterrey, Mexiko, 18-22 March 2002 (2002)
- United Nations, World Investment Report 2003: FDI Policies for Development: National and International Perspective (2003)
- Resolution der Generalversammlung 1803 (XVII) zur Souveränität der nationalen Naturreichtümer vom 10. Dezember 1962, A/RES/1803 (XVII)
- Resolution der Generalversammlung 3281 (XXIX) zur Charta über die wirtschaftlichen Rechte und Pflichten der Staaten vom 12. Dezember 1974, A/RES/3281 (XXIX)

- Communication from the European Community and its Member States, WT/WGTI/W/89
- Property Rights Alliance, International Property Rights Index 2013 Report

EuGH-Judikatur

- EuGH 04.03.1960, Rs. C-1/60, *Acciaieria Ferriere di Roma/Hohe Behörde*, Slg. 1960, I-353
- EuGH 05.02.1963, Rs. C-26/62, *Van Gend en Loos/ Administratie der Belastingen*, Slg. 1963, I-3
- EuGH 15.07.1964, Rs. C-6/64, *Flaminio Costa/E.N.E.L.*, Slg. 1964, I-1141
- EuGH 13.07.1966, Rs. C-56/64, *Consten und Grundig/Kommission der EWG*, Slg. 1966, I-429
- EuGH 29.02.1968, Rs. C-24/67, *Parke, Davis & Co./Probel u.a.*, Slg. 1968, I-98
- EuGH 12.12.1970, Rs. C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft/Einfuhr- und Vorratsstelle Getreide*, Slg. 1970, I-1125
- EuGH 31.03.1971, Rs. C-22/70, *Kommission/Rat („AETR“)*, Slg. 1971, I-263
- EuGH 12.12.1972, Rs. C-21-24/72, *International Fruit Company*, Slg. 1972, I-1219
- EuGH 30.04.1974, Rs. 181/73, *Haegemann/Belgischer Staat*, Slg. 1974, I-449
- EuGH 14.05.1974, Rs. C-4/73, *Nold/Kommission*, Slg. 1974, I-491
- EuGH 21.06.1974, Rs. C-2/74, *Reyners/Belgischer Staat*, Slg. 1974, I-631
- EuGH 11.07.1974, Rs. C-8/74, *Dassonville*, Slg. 1974, I-837
- EuGH 25.01.1977, Rs. C-46/76, *Bauhuis*, Slg. 1977, I-5
- EuGH 13.12.1979, Rs. C-44/79, *Hauer/Land Rheinland-Pfalz*, Slg. 1979, I-3727
- EuGH 05.05.1981, Rs. C-804/79, *Kommission/Vereinigtes Königreich Großbritannien und Nordirland*, Slg. 1981, I-1045
- EuGH 17.06.1981, Rs. C-113/80, *Kommission/Irland*, Slg. 1981, I-1625
- EuGH 06.10.1982, Rs. C-283/81, *C.I.L.F.I.T./Ministero della Sanita*, Slg. 1982, I-3415
- EuGH 28.10.1982, Rs. C-135/81, *Groupement des agences des voyages/Kommission*, Slg. 1982, I-3799
- EuGH 06.11.1984, Rs. C-182/83, *Fearon/Irish Land Commission*, Slg. 1984, I-3677
- EuGH 20.03.1985, Rs. C-41/83, *Italien/Kommission*, Slg. 1985, I-873
- EuGH 30.09.1987, Rs. C-12/86, *Demirel/Stadt Schwäbisch Gmünd*, Slg. 1987, I-3719
- EuGH 14.07.1988, Rs. C-298/87, *Smanor*, Slg. 1988, I-4489
- EuGH 14.12.1988, Rs. C-291/87, *Hubert/Hauptzollamt Frankfurt am Main-Flughafen*, Slg. 1988, I-6449
- EuGH 17.10.1990, Rs. C-10/89, *CNL-SUCAL/HAG*, Slg. 1990, I-3711
- EuGH 21.03.1991, Rs. C-305/89, *Italien/Kommission*, Slg. 1991, I-1603
- EuGH 18.02.1992, Rs. C-30/90, *Kommission/Vereinigtes Königreich*, Slg. 1992, I-829
- EuGH 17.03.1993, Rs. C-155/91, *Kommission/Rat*, Slg. 1993, I-939
- EuGH 13.07.1995, Rs. C-350/92, *Spanien/Rat*, Slg. 1995, I-1985

- EuGH 14.12.1995, verbundene Rechtssachen C-163/94, C-165/94 und C-250/94, *Sanz de Lera u.a.*, Slg. 1995, I-4821
- EuGH 23.10.1997, Rs. C-189/95, *Franzen*, Slg. 1997, I-5909
- EuGH 18.12.1997, Rs. C-309/96, *Annibaldi/Sindaco del Comune di Guidonia und Presidente Regione Lazio*, Slg. 1997, I-7493
- EuGH 23.02.1999, Rs. C-42/97, *Parlament/Rat*, Slg. 1999, I-869
- EuGH 01.07.1999, Rs. C-302/97, *Konle*, Slg. 1999, I-3099
- EuGH 29.03.2001, Rs. C-163/99, *Portugal/Kommission*, Slg. 2001, I-2613
- EuGH 04.06.2002, Rs. C-367/98, *Kommission/Portugal*, Slg. 2002, I-4731
- EuGH 04.06.2002, Rs. C-483/99, *Kommission/Frankreich*, Slg. 2002, I-4781
- EuGH 04.06.2002, Rs. C-503/99, *Kommission/Belgien*, Slg. 2002, I-4809
- EuGH 06.03.2003, Rs. T-233/99, *Landes Nordrhein-Westfalen/Kommission*, Slg. nicht verfügbar
- EuGH 13.05.2003, Rs. C-463/00, *Kommission/Spanien*, Slg. 2003, I-4581
- EuGH 15.05.2003, Rs. C-300/01, *Salzmann*, Slg. 2003, I-4899
- EuGH 03.07.2003, Rs. C-83/01, *Chronopost/Ufex u.a.*, Slg. 2003, I-6993
- EuGH 10.07.2003, verb. Rs. C-20/00 und C-64/00, *Booker Aquaculture und Hydro Seafood*, Slg. 2003, I-7411
- EuGH 05.08.2003, verb. Rs. T-116/01 und T-118/01, *P & O European Ferries (Vizcaya)/Kommission*, Slg. 2003, II-2957
- EuGH 10.07.2003, verb. Rs. C-20/00 und C-64/00, *Booker Aquaculture und Hydro Seafood*, Slg. 2003, I-7411
- EuGH, 22.10.2003, verbundene Rechtssachen C-105/12 bis C-107/12, *Staat der Nederlanden/Essent NV (C-105/12), Essent Nederland BV (C-105/12), Eneco Holding NV (C-106/12) und Delta NV (C-107/12)*, Slg. 2013, I-677
- EuGH 07.10.2004, Rs. C-239/03, *Kommission/Frankreich*, Slg. 2004, I-9325
- EuGH 30.03.2006, Rs. C-451/03, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, Slg. 2006, I-2941
- EuGH 28.09.2006, verb. Rs. C-282, 283/04, *Kommission/Niederlande*, Slg. 2006, I-9141
- EuGH 27.09.2007, Rs. C-351/04, *Ikea Wohlesale Ltd/Commissioners of Customs & Excise*, Slg. 2007, I-7723
- EuGH 28.02.2008, Rs. C-398/05, *AGST Draht- und Biegetechnik GmbH/Hauptzollamt Achen*, Slg. 2008, I-1057
- EuGH 03.09.2008, verb. Rs. C-402/05 P und C-415/05 P, *Kadi und Al Barakaat*, Slg. 2008, I-6351
- EuGH 23.09.2009, Rs. C-452/01, *Ospelt und Schlössle Weissenberg*, Slg. 2003, I-9743
- EuGH 22.10.2009, Rs. C-438/08, *Kommission/Portugal*, Slg. 2009, I-10219
- EuGH 27.10.2009, Rs. C-115/08, *CEZ*, Slg. 2009, I-10265
- EuGH 15.12.2009, Rs. C-372/05, *Kommission/Deutschland*, Slg. 2009, I-11801
- EuGH 11.02.2010, Rs. C-373/08, *Hoesch Metals and Alloys GmbH/Hauptzollamt Achen*, Slg. 2010, I-951
- EuGH 08.07.2010, Rs. C-171/08, *Kommission/Portugal*, Slg. 2010, I-6817
- EuGH 11.11.2010, Rs. C-543/08, *Kommission/Portugal*, Slg. 2010, I-11241
- EuGH 21.12.2011, Rs. C-271/09, *Kommission/Polen*, Slg. 2011, I-13613
- EuGH 01.03.2012, Rs. C-280/10, *Polski Trawertyn*, EU:C:2012:107
- EuGH 18.07.2013, Rs. C-414/11, *Daiichi Sankyo Co. Ltd*, EU:C:2013:520

- EuGH 22.10.2013, Rs. C-137/12, *Europäisches Übereinkommen über den rechtlichen Schutz von rechtlichen Diensten*, EU:C:2013:675
- EuG 10.12.2015, Rs. T-512/12, *Front Polisario/Rat*, EU:T:2015:953
- EuGH 11.11.1975, Gutachten 1/75 („*Lokale Kosten*“), Slg. 1994, I-3641
- EuGH 04.10.1979, Gutachten 1/78 („*Naturkautschuk*“), Slg. 1979, I-2871
- EuGH 15.11.1994, Gutachten 1/94 („*WTO*“), Slg. 1994, I-5267
- EuGH 16.05.2017, Gutachten 2/15 („*EUSFTA*“), ECLI:EU:C:2017:376

Schlußanträge der Generalanwälte

- Schlußanträge GA *Lagrange*, Rs. C-6/64, *Flaminio Costa/E.N.E.L.*, Slg. 1964, I-1141
- Schlußanträge GA *Reischl*, Rs. C-155/73, *Sacchi*, Slg. 1974, I-409
- Schlußanträge GA *Capotorti*, Rs. C-44/79, *Hauer/Land Rheinland-Pfalz*, Slg. 1979, I-3727
- Schlußanträge GA *Darmon*, Rs. C-182/83, *Fearon/Irish Land Commission*, Slg. 1984, I-3677
- Schlußanträge GA *Jacobs*, Rs. C-350/92, *Spanien/Rat*, Slg. 1995, I-1988
- Schlußanträge GA *Cosmas*, Rs. C-309/96, *Annibaldi*, Slg. 1997, I-7493
- Schlußanträge GA *La Pergola*, Rs. C-302/97, *Konle*, Slg. 1999, I-3099
- Schlußanträge GA *Ruiz-Jarabo*, Rs. C-367/98, C-483/99 und C-503/99, „*Goldene Aktien*“, Slg. 2002, I-4731
- Schlußanträge GA *Leger*, Rs. C-300/01, *Salzmann*, Slg. 2003, I-4899
- Schlußanträge GA *Geelhoed*, Rs. C-452/01, *Ospelt und Schlössle Weissenberg*, Slg. 2003, I-9743
- Schlußanträge GA *Villalon*, Rs. C-414/11, *Daiichi Sankyo Co. Ltd*, EU:C:2013:520
- Schlußanträge GA *Kokott*, Rs. C-137/12, *Conditional Access Convention*, EU:C:2013:675
- Schlußanträge GA *Kokott*, Rs. C-81/13, *Vereinigtes Königreich/Rat*, EU:C:2014:2114
- Schlußanträge GA *Sharpston*, Gutachten 2/15, ECLI:EU:C:2016:992

Sonstige Judikate/ Schiedssprüche

- BVerfG, Urteil vom 13.10.2016, 2 BvR 1368/16, 2 BvR 1444/16, 2 BvR 1482/16, 2 BvR 1823/16, 2 BvE 3/16, NJW 2016
- ICSID 25.01.2000, ARB/97/7, *Emilio Augustin Maffenzini v. The Kingdom of Spain*.
- ICSID 08.12.2000, ARB/98/4, *Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt*
- ICSID 12.04.2002, ARB/99/6, *Middle East Clement Shipping and Handling Co. v. Egypt*

- StIGH 13.09.1928, *Chorzow Factory Case – Deutschland v. Polen*, Reports des StIGH, Serie A Nr. 17
- EGMR U 16.09.1996, *Gaygusuz gegen Österreich*, Nr. 17371/90
- VfSlg. 1123/1928
- VfSlg. 1853/1949
- VfSlg. 3666/1959
- VfSlg. 9911/1983
- VfSlg. 13.659/1993
- VfSlg. 14.503/1996
- VfSlg. 15.129/1998
- VfSlg. 3118/1956

Publikationen / Rechtsakte europäischer Organisationen

- Antrag der Europäischen Kommission auf ein Gutachten nach Art. 218 Abs. 11 AEUV (Gutachten 2/15), ABI 2015 C 363/18
- Antwort auf die parlamentarische Anfrage des Abgeordneten Philipp Nr. 100, AbIEG Nr. 21 vom 20.11.1962
- Antwort auf die parlamentarische Anfrage des Abgeordneten O’Hagan Nr. 703/73, AbIEG C53
- Kapitalverkehrs-RL 88/361/EWG
- Software-RL 91/250/EWG
- Satelliten- und Kabelrichtlinie-RL 93/83/EWG
- Datenbank-RL 96/9/EG
- 1.Energiemarkt - Liberalisierungs-Paket (RL 96/92/EG; RL 98/30/EG)
- KOM (1996) 10 endg.
- Beschluss des Rates und der Kommission (98/181/EG, EGKS, Euratom) vom 23.09.1997
- Beschluss des Rates (2011/265/EU) vom 16.09.2010
- Beschluss des Rates (2014/494/EU) vom 16.06.2014
- Mitteilung der Europäischen Kommission vom 19.01.1991, Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa
- Mitteilung der Europäischen Kommission vom März 2014, Investment Protection and Investor-to-State Dispute Settlement (ISDS) in EU agreements
- Mitteilung der Europäischen Kommission vom 17.10.2014, Investment Provisions in the EU-Singapore Free Trade Agreement
- C(2014) 8218 endg.
- Europäische Kommission vom Februar 2016, Investment provisions in the EU-Canada free trade agreement (CETA)
- Europäischer Konvent (CONV) 252/02 vom 10.09.2002
- Europäischer Konvent (CONV) 356/02 vom 15.10.2002
- Europäischer Konvent (CONV) 459/02 vom 16.12.2002
- Europäischer Konvent (CONV) 685/03 vom 23.04.2003
- Europäischer Konvent (CONV) 707/03 vom 9.5.2003
- Europäischer Konvent (CONV) 821/03 vom 27.6.2003

- 2.Energiemarkt - Liberalisierungs-Paket (RL 2003/54/EG; RL 2003/55/EG)
- Markenangleichungs-RL 2008/95/RG
- Verteidigung- und Sicherheits-RL 2009/81/EG
- 3.Energiemarkt - Liberalisierungs-Paket (RL 2009/72/EG; EL 2009/73/EG; VO(EG)713/2009; VO(EG)714/2009; VO(EG)715/2009)
- KOM (2010) 343 endg.
- KOM (2010) 344 endg.
- KOM (2010) 612 endg.
- KOM (2010) 2020 endg.
- KOM (2012) 335 endg.
- KOM (2015) 497 endg.
- KOM (2016) 443 endg.
- Der Rat der Europäischen Union vom 25.10.2010, Anmerkungen zu einer umfassenden europäischen Investitionspolitik
- Der Rat der Europäischen Union vom 09.10.2014, Leitlinien für die Verhandlungen über die transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft zwischen der Europäischen Union und den Vereinigten Staaten von Amerika
- Der Rat der Europäischen Union vom 15.12.2015, Empfehlung der Kommission an den Rat zur Änderung der Verhandlungsrichtlinien für ein Abkommen über wirtschaftliche Integration mit Kanada, damit die Kommission ermächtigt wird, im Namen der Union über Investitionen zu verhandeln
- Der Rat der Europäischen Union vom 27.10.2016, REV 13463/1/16
- Europäisches Parlament vom 06.04.2011, Entschließung des Europäischen Parlaments zur zukünftigen europäischen Investitionspolitik, 2010/2203 (INI)
- Grandfathering-VO 1219/2012/EU
- Verantwortlichkeits-VO 912/2014/EU
- Europäische Kommission, Report on the operation of the Treaty on European Union, 10.05.1995, SEC(95) 731 final
- Europäische Kommission, Opinion in accordance with Article 48 EU, KOM(2000) 34
- Europäische Kommission, Staff Working Document, SEC(2006) 1230
- Europäische Kommission, Global Europe - Competing in the world: A Contribution to the EU's Growth and Jobs Strategy
- Europäische Kommission, Investment in TTIP and beyond – the path for reform: Enhancing the right to regulate and moving from current ad hoc arbitration towards an Investment Court, Concept Paper
- Kurzdarstellung der Europäischen Kommission vom 18.12.2013, Investitionsschutz und Beilegung von Investor-Staat-Streitigkeiten in EU-Abkommen
- Bericht der Europäischen Kommission vom 13.01.2015, Öffentliche Online-Konsultation zum Investitionsschutz und zur Investor-Staat-Streitbeilegung (ISDS) im Rahmen des Abkommens über die transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft (TTIP)

Internetquellen

- <<http://www.attac-muenchen.org/arbeitskreise/ak-freihandelsfalle>>
- <<http://www.bilaterals.org/?eu-negotiating-mandates-on&lang=en>>

- <<http://www.bmfwf.gv.at/Aussenwirtschaft/handelspolitik/CETA/Documents/Gutachten%20CETA%20BMEIA.pdf>>
- <<https://www.bmfwf.gv.at/Aussenwirtschaft/investitionspolitik/Seiten/EU-Investitionspolitik.aspx>>
- <<https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/C-D/ceta-gutachten-einstufung-als-gemischtes-abkommen.html>>
- <<http://www.bmwi.de/Navigation/DE/Service/Investitionsschutzvertraege/investitionsschutzvertraege.html>>
- <<http://www.canadianbankreformers.ca/wp-content/uploads/2016/10/Court-Document.pdf>>
- <<http://www.curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2009-03/cp0360de.pdf>>
- <data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10973-2016-INIT/en/pdf>
- <<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13541-2016-INIT/de/pdf>>
- <<http://derstandard.at/2000010658652/Malmstroem-Ich-werde-die-Oesterreicher-nicht-ueberzeugen>>
- <http://diepresse.com/home/politik/eu/5043758/Kommission-gibt-nach-Parlamente-durfen-uber-Ceta-abstimmen?_vl_backlink=/home/index.do>
- <<http://www.doingbusiness.org/rankings>>
- <https://ec.europa.eu/austria/news/weg-von-isds-eu-und-kanada-f%C3%BChren-f%C3%BCr-ceta-investitionsgericht-ein_de>
- <http://www.ec.europa.eu/internal_market/capital/framework/court/index_de.htm>
- <<http://www.ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/countries/canada/>>
- <<http://www.eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:11951K/TXT&from=DE>>
- <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-270_de.htm>
- <http://www.europa.eu/about-eu/basic-information/symbols/europe-day/schuman-declaration/index_de.htm>
- <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-1380_de.htm>
- <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-1172_de.htm><http://www.europarecht.nomos.de/fileadmin/eur/doc/Aufsatz_EUR_06_04.pdf>
- <<http://www.europarl.europa.eu/brussels/website/media/Basis/Vertraege/Pdf/EUR-ATOM-Vertrag.pdf>>
- <<http://www.europarl.europa.eu/news/de/news-room/content/20120703IPR48247/html/Europ%C3%A4isches-Parlament-lehnt-ACTA-ab>>
- <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+MOTION+B7-2010-0620+0+DOC+XML+V0//DE>>
- <http://europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/afco/lt/1017/1017671/1017671de.pdf>
- <<http://www.europarl.europa.eu/brussels/website/media/Basis/Vertraege/Pdf/EWG-Vertrag.pdf>>
- <http://europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/afco/lt/1017/1017671/1017671de.pdf>
- <<http://www.europarl.europa.eu/news/de/news-room/20170206STO61384/ceta-neue-m%C3%B6glichkeiten-f%C3%BCr-eu-unternehmen>>
- <http://www.eu-secretdeals.info/upload/2014/02/EU-Canada-FTA-Negotiations-Investment-chapter-4-April-2014_clean.pdf>

- <http://www.eu-secretdeals.info/upload/EU-Investment-Text-TTIP-v_July2nd-2013_v1.pdf>
- <<http://www.heise.de/tp/artikel/43/43954/1.html>>
- <<http://www.investopedia.com/terms/g/goingconcern.asp>>
- <http://www.ivsg.de/pdf/schriftenreihe_n8.pdf>
- <http://www.media.arbeiterkammer.at/wien/PDF/studien/Studie_Investitionsschutz_abkommen_dt.pdf>
- <<https://www.nafta-sec-alena.org/Default.aspx?tabid=97&language=en-US>>
- <<https://www.oenb.at/isaweb/report.do?lang=DE&report=9.3.31>>
- <<https://www.oenb.at/isaweb/report.do?lang=DE&report=9.3.35>>
- <<http://www.regione.taa.it/normativa/constituzione.pdf>>
- <<http://www.state.gov/documents/organization/117601.pdf>>
- <http://tcc.export.gov/Trade_Agreements/Bilateral_Investment_Treaties/index.asp>
- <<http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1569>>
- <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/october/tradoc_130376.pdf>
- <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/december/tradoc_118238.pdf>
- <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/november/tradoc_151918.pdf>
- <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/october/tradoc_152845.pdf>
- <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc_153044.pdf>
- <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc_153807.pdf>
- <<http://www.trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1052>>
- <<http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1569>>
- <<https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/transatlantic-trade-and-investment-partnership-t-tip/t-tip>>
- <https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/marrakesh_decl_e.htm>

Anhang

Abstract Deutsch

Investitionsschutzabkommen modifizieren (als elementarer Bestandteil des Wirtschaftsvölkerrechts) die rechtlichen Rahmenbedingungen zu Gunsten ausländischer Investoren und bieten diesen – unter anderem – auch Schutz vor (direkten/indirekten) entschädigungslosen Enteignungen des Gaststaats. Der Abschluss von Investitionsschutzabkommen ermöglicht es ausländischen Investoren in der Folge, auf im Fall eines Abkommensverstoßes, auf deren Basis direkt gegen den Gaststaat vorzugehen. Die Mitgliedstaaten der Europäischen Union haben bislang mehr als 1000 dieser Abkommen abgeschlossen, wobei in diesem Zusammenhang vor allem der Bundesrepublik Deutschland eine internationale Vorreiterrolle zukommt.

Durch das Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon im Jahr 2009 wurde die Gemeinsame Handelspolitik um Ausländische Direktinvestitionen erweitert. Die Europäische Union ist damit befugt, mit Drittstaaten Abkommen über ausländische Direktinvestitionen abzuschließen. Der genaue Umfang dieser Kompetenzerweiterung war allerdings – sowohl in der Literatur als auch in der Politik – von Beginn an strittig.

Die gegenständliche Dissertation geht – vor diesem Hintergrund – der Frage nach, ob der Europäischen Union die Kompetenz für die Regelung des Enteignungsschutzes zukommt oder diese (weiterhin) in der mitgliedstaatlichen Zuständigkeitssphäre verbleibt. Aus der Beantwortung dieser Forschungsfrage folgt, ob es der Europäischen Union sohin möglich sein soll künftige Investitionsschutzabkommen alleine abzuschließen, oder ob es dieser lediglich – mangels umfassender Kompetenz – der Abschluss gemischter Abkommen (gemeinsam mit den einzelnen Mitgliedstaaten) möglich sein soll. Um diese Fragestellung möglichst abschließend beantworten zu können, erfolgt eine umfassende rechtswissenschaftliche Interpretation (wörtlich, historisch, teleologisch und systematisch) einschlägiger Vertragsbestimmungen, die Analyse kritischer Stimmen aus der Literatur sowie die (ergänzende) Auswertung von Dokumenten und Verträgen Europäischer Institutionen.

Abstract Englisch

Investment agreements (as a crucial part of international trade law) modify the applicable legal investment regime in favour of foreign investors and offer foreign investors – *inter alia* – legal protection against (direct/indirect) expropriation without compensation. The conclusion of investment agreements enables foreign investors – in case of a violation of the agreement at hand – to directly sue the host state of subject investment. Until now the member states of the European Union have entered into more than 1000 investment agreements whereby especially the Federal Republic of Germany plays a leading role.

The Treaty of Lisbon (for the first time) codified foreign direct investment as part of the Common Commercial Policy. Hence, the European Union is entitled to enter into investment agreements with third states regarding foreign direct investment. However, the precise scope of the competence at hand was (from the beginning) subject to a controversial (academic and political) debate.

Having said this, the doctoral thesis at hand analysis whether the European Union has the power to regulate the (wide topic) of expropriation or whether expropriation clauses are excluded from the scope of the Common Commercial Policy and hence, remain in the national competence sphere. This question is especially of relevance with respect to the conclusion of future investment agreements as the European Union is only entitled to enter into investment agreements covering expropriation issues alone in case the member states are (no more longer) competent. In order to answer the research question concisely a comprehensive analysis of relevant provisions of the Treaty of Lisbon, academic literature and publications as well as treaties of the European Union has to be conducted.