

Andrej Lang

Die Autonomie des
Unionsrechts
und die Zukunft der
Investor-Staat-Streitbeilegung
in Europa nach Achmea

Heft 156

Juli 2018

Die Autonomie des Unionsrechts und die Zukunft
der Investor-Staat-Streitbeilegung in Europa
nach *Achmea*

Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des Art. 351 AEUV

Von

Andrej Lang

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

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

Christian Tietje/Gerhard Kraft/Christoph Kumpan (Hrsg), Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 156

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek

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

ISSN 1612-1368 (print)
ISSN 1868-1778 (elektr.)

ISBN 978-3-86829-962-5 (print)
ISBN 978-3-86829-963-2 (elektr.)

Schutzgebühr Euro 5

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

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

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

INHALTSVERZEICHNIS

A. Einleitung	5
B. Der Hintergrund	7
C. Das Urteil	11
D. Die Wahrung der Autonomie des Unionsrechts und der internationale Investitionsschutz zwischen den Mitgliedstaaten	13
E. Die Folgen für die Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit im Intra-EU-Kontext..	15
I. Die zentrale Weichenstellung: Alle Streitbeilegungsklauseln oder nur solche wie im Niederlande-Slowakei-BIT?	16
II. Intra-EU-BITs.....	19
III. Der Energiechartervertrag.....	22
IV. Art. 351 Abs. 1 AEUV	26
1. Die Wahrung der Rechte von Drittstaaten als Normzweck.....	26
2. Die Rechte von Drittstaaten im Sinne von Art. 351 Abs. 1 AEUV und die Erfüllungsstruktur des Art. 26 ECT und des Art. 54 ICSID	27
a) Die Bedeutung der Erfüllungsstruktur völkerrechtlicher Verpflichtungen im Unionsrecht	27
b) Kriterien einer multilateralen Erfüllungsstruktur im Völkerrecht.....	29
c) Die multilaterale Erfüllungsstruktur des Art. 26 ECT.....	29
d) Die bilaterale Erfüllungsstruktur des Art. 54 ICSID	31
3. Das Auseinanderfallen zwischen Alt- und Neuverträgen bei multilateralen oder plurilateralen Übereinkünften	32
4. Rechtsfolgen.....	36
V. Die völkerrechtliche Perspektive.....	38
F. Die Folgen für die Investor-Staat- Schiedsgerichtsbarkeit im Extra-EU-Kontext	41
I. Von CETA bis TTIP: Die umfassenden Freihandelsabkommen der EU mit Drittstaaten.....	41
1. Die Autonomie-Merkmale des Achmea-Urteils.....	42
2. Die Bedeutung des Grundsatzes des gegenseitigen Vertrauens für Drittstaatsabkommen.....	43
a) Konturen der unionsrechtlichen Bedingungen für die Unterwerfung der EU unter völkerrechtliche Spruchkörper	44
b) Der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens als konstitutives Autonomie-Merkmal.....	45
c) Die Unterscheidung zwischen einer intra- und einer extraunionalen Dimension	46
II. Extra-EU-BITs der Mitgliedstaaten.....	47
G. Schlussfolgerung	48
Schrifttum	51

A. Einleitung*

Das Urteil des Europäischen Gerichtshofs in der Rs. *Achmea* markiert einen Wendepunkt für den internationalen Investitionsschutz in Europa.¹ Der EuGH hat entschieden, dass die Investor-Staat-Streitbeilegung (Investor state dispute settlement, ISDS) in bilateralen Investitionsschutzverträgen (Bilateral Investment Treaties, BIT) zwischen den Mitgliedstaaten (sog. Intra-EU-BITs) die Autonomie des Unionsrechts beeinträchtigt und unionsrechtswidrig ist.² Das Urteil der Großen Kammer, dem Erklärungen der Regierungen von sechzehn Mitgliedstaaten zuvor gingen, hat das internationale Investitionsschutzregime, seien es Schiedsrichter, seien es Anwälte, seien es Rechtswissenschaftlicher, in einen Schockzustand versetzt. In den ersten rechtswissenschaftlichen Beiträgen zu *Achmea* wird angenommen, dass der EuGH nicht nur die Investor-Staat-Streitbeilegung in sämtlichen Intra-EU-BITs als unionsrechtswidrig einstuft, sondern auch im ECT³ und in den umfassenden Freihandelsabkommen der EU mit Drittstaaten wie CETA, TTIP, EUSFTA und EUVFTA⁴. Darüber hinaus wird erwartet, dass das Urteil Auswirkungen auf die Verhandlungen und auf den rechtlichen Rahmen für die Gestalt des multilateralen Investitionsgerichtshofs und die Wahl

* Mein Dank gilt Herr Prof. Dr. Christian Tietje für seine wertvollen Anregungen und Ratschläge. Alle Fehler sind meine.

¹ EuGH, Rs. C-284/16, *Achmea*, ECLI:EU:C:2018:158. Siehe zu dem Urteil: *Classen*, EuR 2018, 361 ff.; *Dimopolous*, *Achmea: The principle of autonomy and its implications for intra and extra-EU BITs*, EJILTalk vom 27. März 2018; *Gundel*, EWS 2018, 124 ff.; *Hess*, *The Fate of Investment Dispute Resolution after the Achmea Decision of the European Court of Justice*, 15 ff.; *Hindelang*, *The Limited Immediate Effects of CJEU's Achmea Judgement*, Verfassungsblog vom 9. März 2018; *Klages*, EuZW 2018, 217 f.; *Lavranos*, *Black Tuesday: The end of intra-EU BITs*, Arbitration Blog vom 7. März 2018; *Lee*, *Contemp. Asia Arb. J.* 11 (2018), 137 ff.; *Lübke*, GPR 2018, 149 ff.; *Miller*, EuZW 2018, 357 ff.; *Nacimiento/Bauer*, BB 2018, 1347 ff.; *Niemelä*, *Achmea – A Perspective from International (Investment) Law*, European Law Blog vom 15. März 2018; *Nikitin*, *The CJEU's Achmea Judgment: Getting Through the Five Stages of Grief*, Kluwer Arbitration Blog vom 10. April 2018; *Schepel*, *From Conflicts-Rules to Field Preemption: Achmea and the Relationship between EU Law and International Investment Law and Arbitration*, European Law Blog vom 23. März 2018; *Simon/Müller*, NJOZ 2018, 961 ff.; *Stöbener de Mora*, EuZW 2018, 363 ff.; *Szilágyi*, *The CJEU Strikes Again in Achmea*, Int'l Econ. L. & Pol. Blog vom 7. März 2018; *Thym*, *Todesstoß für autonome Investitionsschutzgerichte*, Verfassungsblog vom 8. März 2018; *Wernicke*, NJW 2018, 1644 ff.

² Vgl. EuGH, *ibid.*, Rn 58 f.

³ In diese Richtung: *Hess*, *The Fate of Investment Dispute Resolution after the Achmea Decision of the European Court of Justice*, 15 ff.; *Hindelang*, *The Limited Immediate Effects of CJEU's Achmea Judgement*, Verfassungsblog vom 9. März 2018; *Lavranos*, *Black Tuesday: The end of intra-EU BITs*, Arbitration Blog vom 7. März 2018; *Niemelä*, *Achmea – A Perspective from International (Investment) Law*, European Law Blog vom 15. März 2018; *Nikitin*, *The CJEU's Achmea Judgment: Getting Through the Five Stages of Grief*, Kluwer Arbitration Blog v. 10. April 2018.

⁴ Mit dieser Einschätzung: *Thym*, *Todesstoß für autonome Investitionsschutzgerichte*, Verfassungsblog vom 8. März 2018; *Schepel*, *From Conflicts-Rules to Field Preemption: Achmea and the Relationship between EU Law and International Investment Law and Arbitration*, European Law Blog vom 23. März 2018; *Szilágyi*, *The CJEU Strikes Again in Achmea*, Int'l Econ. L. & Pol. Blog vom 7. März 2018; *Lavranos*, *Black Tuesday: The end of intra-EU BITs*, Arbitration Blog vom 7. März 2018; A.A *Hindelang* (Fn. 3); *Dimopolous*, *Achmea: The principle of autonomy and its implications for intra and extra-EU BITs*, EJILTalk vom 27. März 2018.

des Streitbeilegungsmechanismus im Austrittsabkommen zwischen der EU und dem Vereinigten Königreich im Zuge des Brexit haben wird.⁵

Obwohl die genaue Tragweite des Urteils wegen der kurzen und apodiktischen Urteilsbegründung noch nicht feststeht, lässt sich bereits absehen, dass das Urteil einschneidende Auswirkungen auf die Investor-Staat-Streitbeilegung haben wird. In *Achmea* rekalibriert der EuGH die Eckpfeiler des Investitionsschutzes in Europa, die die europäischen Gerichte voraussichtlich in weiteren, den internationalen Investitionsschutz betreffenden, anhängigen Rechtsachen noch konkretisieren werden.⁶ Während der rechtliche Rahmen des Investitionsschutzes in Europa nach wie vor ganz überwiegend durch völkerrechtliche Verträge der Mitgliedstaaten bestimmt ist, nimmt der EuGH – nicht zuletzt vor dem Hintergrund der Übertragung der ausschließlichen Kompetenz für „die ausländischen Direktinvestitionen“ an die Europäische Union im Vertrag von Lissabon durch Art. 207 Abs. 1 AEUV⁷ – eine dezidiert föderale Perspektive ein, die sich positiv-rechtlich im Grundsatz der Autonomie des Unionsrechts manifestiert.⁸ Aus dieser Perspektive stellt sich die Auslagerung von Streitigkeiten mit unionsrechtlichem Bezug vom unionalen Gerichtssystem auf externe Spruchkörper durch völkerrechtliche Verträge zwischen den Mitgliedstaaten als ein Fremdkörper in der föderalen Unionsrechtsordnung dar. Auf dieser Folie rückt die Wahrung der Autonomie des Unionsrechts ganz in den Vorder- und die Bedeutung der bestehenden völkerrechtlichen Bindungen der Mitgliedstaaten, der völkerrechtlich zugesicherten Rechte der Investoren und der entstehenden Rechtsunsicherheiten im internationalen Investitionsrecht weit in den Hintergrund.⁹

Der Schwerpunkt dieses Beitrags liegt auf einer sorgfältigen Analyse der rechtlichen Folgen des *Achmea*-Urteils. Nachdem kurz der Fall in seinem größeren Zusammenhang eingeordnet (B.), die wesentliche Aussage des Urteils dargestellt (C.) und das Urteil diskutiert worden sind (D.), sollen zunächst die wesentlichen Weichenstellungen und Pfadabhängigkeiten des Urteils für die Investor-Staat-Streitbeilegung im innerunionalen Kontext, also in Bezug auf sämtliche Intra-EU-BITs und den ECT, herausgearbeitet werden (E.), bevor anschließend die Extra-EU-Dimension in den Blick genommen wird, also die Bedeutung des Urteils für die umfassenden Freihandelsabkommen der EU mit Drittstaaten, wie CETA und TTIP, sowie für BITs der Mitgliedstaaten mit Drittstaaten (F.).

⁵ Siehe nur *Hess*, The Fate of Investment Dispute Resolution after the *Achmea* Decision of the European Court of Justice, 17, 19.

⁶ Siehe die anhängigen Verfahren EuGH, Rs. 1/17 (CETA) zur Vereinbarkeit des Kapitel Acht, Abschnitt F betreffend die Investor-Staat-Streitbeilegung im CETA-Abkommen mit den Verträgen sowie EuG, Rs. T-694/15 und T-704/15 (*Micula*) zur Vereinbarkeit eines Beschlusses der Kommission über eine staatliche Beihilfe im investitionsrechtlichen *Micula*-Verfahren mit dem Unionsrecht, die ebenfalls grundlegende Fragen des Verhältnisses zwischen dem Unionsrecht und dem internationalen Investitionsrecht aufwirft.

⁷ Zu den Konsequenzen dieser Kompetenzübertragung auf die unionale Ebene für die Gestalt des Investitionsschutzregimes aus zeithistorischer Perspektive: *Bungenberg/Griebel/Hindelang* (Hrsg), Internationaler Investitionsschutz und Europarecht; *Tietje*, Die Außenwirtschaftsverfassung der EU nach dem Vertrag von Lissabon.

⁸ Zur Rolle des EuGH im Politikfeld des europäischen Investitionsschutzes: *Herrmann*, JWT 15 (2014), 570 ff.

⁹ Dazu unten unter D.

B. Der Hintergrund

Das *Achmea*-Urteil ist Ausdruck der Fragmentierung des inter- und supranationalen Rechts.¹⁰ Es ist der Kulminationspunkt eines sich seit langem abzeichnenden – durch auseinanderdriftende Rationalitäten bedingten – Konflikts zwischen dem Unionsrecht und dem internationalen Investitionsrecht.¹¹ Kennzeichnend für den Fragmentierungsprozess im Recht jenseits des Staats ist die Existenz zahlreicher Teilrechtsordnungen, die durch verselbständigte Institutionen vertreten werden, die der jeweiligen Logik und dem Selbstverständnis ihrer Teilrechtsordnung eng verbunden sind.¹² Diese epistemologischen Gemeinschaften teilen tiefliegende Werte und Präferenzen, die sich bei Unionsrechtlern in Grundzügen in einer föderalen Vision des europäischen Integrationsprojekts und einer Betonung des konstitutionellen Charakters der Unionsrechtsordnung, bei Investitionsrechtlern im Glauben an die Notwendigkeit rechtsstaatlicher Sicherungen zugunsten ausländischer Investoren im Völkerrecht und die Vorzüge einer Transnationalisierung des Rechts manifestieren. Darüber hinaus besteht ein enger Zusammenhang zwischen der Fragmentierung und der Konstitutionalisierung des inter- und supranationalen Rechts, auch wenn dies angesichts der Affinität des Konstitutionalismus zur Idee eines Gemeinwohls paradox erscheinen mag.¹³ Aber die Herausbildung einer konstitutionellen Legitimität für eine übernationale Rechtsordnung verfolgt gerade auch das Ziel der Autonomisierung und damit der Abgrenzung, wodurch die Berücksichtigung und Integration der Belange anderer Teilrechtsordnungen erschwert werden kann. Dieser Zusammenhang lässt sich am Konflikt zwischen dem Unionsrecht und dem internationalen Investitionsrecht beobachten.

Auf der einen Seite steht der EuGH, dessen Rechtsprechung im Spannungsfeld zwischen den Belangen der Einbindung in völkerrechtliche Streitbeilegungsmechanismen einerseits und der Wahrung der Autonomie des Unionsrechts andererseits in den vergangenen Jahren das Pendel deutlich zugunsten der Autonomiewahrung hat ausschlagen lassen.¹⁴ Exemplarisch wird dies durch die Gutachten 1/09¹⁵ und 2/13¹⁶ verdeutlicht, in denen der Gerichtshof die Einrichtung eines Europäischen Patentgerichts und den Beitritt der EU zur EMRK vereitelt hat, weil sie dazu geeignet waren, die Autonomie der Unionsrechtsordnung zu beeinträchtigen.¹⁷

¹⁰ Siehe zur Fragmentierung jenseits des Staats aus der deutschsprachigen Literatur: *Thiele*, AVR 46 (2008), 1 ff.; *Bautze*, AVR 54 (2016), 91 ff.; *Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts.

¹¹ Vgl. nur *von Papp*, CMLRev. 50 (2013), 1039 ff.; *Gallo/Nicola*, Fordham Int'l L.J. 39 (2016), 1081 ff.; *Moskvan*, Colum. J. Eur. L. 22 (2015), 101 ff.; G. Coop, J. Energy & Nat. Resources L. 27 (2009), 404 ff.; *Bermann*, Fordham Int'l L.J. 34 (2011), 1193 ff.

¹² Dazu *Lang*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der vernetzten Weltordnung (2018), 49 (unveröffentlichtes Manuskript).

¹³ Siehe *Koskeniemi*, EJLS 1 (2007), 1 (9).

¹⁴ *Lang*, in: Buszewski/Martini/Rathke (Hrsg), Freihandel vs. Demokratie, 83 (110).

¹⁵ EuGH, Rs. 1/09, *Europäisches Patentgericht*, ECLI:EU:C:2011:123.

¹⁶ EuGH, Rs. 2/13, *EMRK-Beitritt*, ECLI:EU:C:2014:2454.

¹⁷ Grundlegend zur Rechtsprechung des EuGH zum Verhältnis zwischen dem Unionsrecht und völkerrechtlichen Streitbeilegungsmechanismen: *Lock*, The European Court of Justice and International Courts.

Auch vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung hat sich die Europäische Kommission in den vergangenen Jahren entschlossen gegen Investor-Staat-Streitbeilegungsverfahren im unionalen Binnenbereich eingesetzt.¹⁸ Dabei hat sich die Kommission auf den Standpunkt gestellt, dass Intra-EU-BITs mit dem Unionsrecht unvereinbar sind, weil sie das Entscheidungsmonopol des EuGH für unionsrechtliche Fragen nach Art. 344 AEUV verletzen und solche Unionsbürger in Verletzung des Art. 18 Abs. 1 AEUV diskriminieren, die sich nicht auf ein Intra-EU BIT berufen können.¹⁹ Diese Auffassung hat die Kommission auf drei verschiedenen Wegen vertreten: Erstens hat sie durch zahlreiche *Amicus-curiae*-Stellungnahmen in laufende Investitionsschutzverfahren interveniert.²⁰ Zweitens hat sie Vertragsverletzungsverfahren gegen fünf Mitgliedstaaten mit dem Ziel der Beendigung von Intra-EU BITs eingeleitet und die Einleitung weiterer solcher Vertragsverletzungsverfahren angekündigt.²¹ Drittens hat sie es Rumänien im bekannten *Micula*-Verfahren mittels Beschluss untersagt, eine durch Schiedsspruch auf Grundlage eines Intra-EU-BIT zugesprochene Entschädigungszahlung an Investoren zu leisten, weil eine solche Zahlung eine mit dem Binnenmarkt unvereinbare staatliche Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Abs. 1 AEUV darstellen würde.²² Andererseits setzt sich die Kommission in der extraunionalen Dimension im Rahmen der Verhandlungen über umfassende Freihandelsabkommen mit Drittstaaten für die Einfügung von Investitionsschutz-Kapiteln, die Investor-Staat-Streitbeilegungsmechanismen enthalten, u.a. ein neuartiges Investitionsgerichtssystem,²³ ein (sog. Extra-EU BITs). Mit anderen Worten: Die Europäische Kommission verfolgt in Hinsicht auf den internationalen Investitionsschutz eine Doppelstrategie. Während sie im Intra-EU-Kontext rechtlich auf vielfältige Weise gegen völkerrechtliche investitionsschützende Arrangements zwischen den Mitgliedstaaten vorgeht, setzt sie sich im Extra-EU-Kontext für investitionsrechtliche Vereinbarungen der Union mit Drittstaaten ein.

Auf der anderen Seite steht eine zunehmend selbstbewusst auftretende internationale Investitionsschiedsgerichtsbarkeit, die bedingt durch günstige ökonomischen Anreizstrukturen insbesondere seit den 90er Jahren eine atemberaubende Expansion er-

¹⁸ Instrukktiv zur Rolle der Kommission: *Kent*, Goettingen J. Int'l L. 7 (2016), 273 ff.

¹⁹ Für eine gute Übersicht der von der Kommission vertretenen Argumente: *Rösch*, Intraeuropäisches Investitionsrecht, 102 ff.

²⁰ Nebenintervention in Intra-EU-BIT-Verfahren erfolgten u.a. in: *Eureko v. Slovakia*, UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13, Award on Jurisdiction vom 26. Oktober 2010, para. 175 ff.; *Micula v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/20, Decision on Jurisdiction vom 24. September 2008, para. 316 ff.; *EURAM v. Slovakia*, PCA Case No. 2010-17, Award on Jurisdiction vom 22. Oktober 2012, para. 61. In ECT-Verfahren wurden *Amicus-curiae*-Stellungnahmen der Kommission u.a. abgegeben in: *AES v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/22, Award vom 23. September 2010, para. 8.2; *Blusun v. Italy*, ICSID Case No. ARB/14/3, Award vom 27. Dezember 2016, para. 206 ff.; *Electrabel v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19, Decision on Jurisdiction vom 30. November 2012, para. 5.8 ff.; *Charanne v. Spain*, SCC Case No. 062/2012, Final Award vom 21. Januar 2016, para. 60.

²¹ Es handelt sich um die Niederlande, Österreich, Rumänien, Schweden und die Slowakei. Siehe Pressemitteilung IP/15/5198 vom 18. Juni 2015.

²² Siehe Beschl. vom 30. März 2015, ABl. EU L 232/43.

²³ Dazu *Reinisch*, JIEL 19 (2016), 761 ff.; *Sardinha*, ICSID Rev. 32 (2017), 625 ff.; Darüber hinaus setzt sich die Kommission auch für die Gründung eines Multilateral Investment Court ein. Hierzu: *Jaeger*, EuR (2016), 203 ff.; *Jansen Calamita*, ICSID Rev. 32 (2017), 611 ff.

fahren hat, die sich auch in einem erheblich gestiegenen rechtswissenschaftlichen Interesse niederschlägt.²⁴ Dieses Selbstbewusstsein offenbarte sich auch im Umgang mit dem Unionsrecht: In Fällen, die auf Intra-EU-BITs oder auf dem ECT beruhten, legten Investitionsschiedsribunale selbstverständlich unionsrechtliche Normen aus²⁵ und stellten sich – entgegen den Kassandrurufen der Kommission – auf den Standpunkt, dass zwischen dem Investitionsschutzrecht und dem Unionsrecht keine Inkompatibilitäten bestünden.²⁶ Während die Mehrheit der Investitionsschiedsribunale im Umgang mit dem Unionsrecht ersichtlich um Konfliktvermeidung bemüht war, gab es auch weniger konziliante Schiedssprüche. Teilweise wurde der Antrag der Kommission abgelehnt, als Freundin des Schiedsgerichts einen *Amicus-curia*-Schriftsatz in das investitionsrechtliche Verfahren einbringen zu dürfen.²⁷ Teilweise wurde der unionsrechtliche Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens als „soft-law principle“ bezeichnet.²⁸ Im Fall *RREEF v Spain* bezeichnete das Investitionsschiedsribunal den ECT als seine Verfassung,²⁹ die im Konfliktfall – abgesehen vom *Jus-cogens*-Recht – Vorrang vor jeder anderen Norm beanspruchen könne³⁰.

Die Rechtssache *Achmea*, in der der Regimekonflikt zwischen dem Unionsrecht und dem internationalen Investitionsrecht kulminierte, beruht auf einem BIT zwischen den Niederlanden und der Tschechoslowakei, in das die Slowakei als Rechtsnachfolgerin eintrat.³¹ Auf der Grundlage dieses BIT beantragte der niederländische Investor *Achmea*, vormals *Eureko*, die Einsetzung eines Schiedsgerichts nach Art. 8 des BIT und klagte wegen Verletzung der Verpflichtung aus Art. 3 des BIT auf faire und gerechte Behandlung. Das nach den UNICITRAL Arbitration Rules zusammengesetzte Schiedsgericht verwarf die von der Slowakei und von der Europäischen Kommission im Verfahren geltend gemachten Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht und verurteilte die Slowakei zur Zahlung von Schadensersatz in Höhe von

²⁴ Zu diesem Prozess: *A. Stone Sweet/F. Grisel*, *The Evolution of International Arbitration*.

²⁵ Exemplarisch: *Eureko v. Slovakia*, UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13, Award on Jurisdiction vom 26. Oktober 2010, para. 282: „[A]rbitration tribunals throughout the EU interpret and apply EU law daily.“

²⁶ Siehe nur *Ibid.*, para. 248 ff.; *AES v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/22, Award vom 23. September 2010, para. 246 ff.; *Electrabel v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19, Decision on Jurisdiction vom 30. November 2012, para. 4.11 ff.; *Charanne v Spain*, SCC Case No. 062/2012, Final Award vom 21. Januar 2016, para. 440 ff.; *Blusun v. Italy*, ICSID Case No. ARB/14/3, Award vom 27. Dezember 2016, para. 277 ff.; *Eiser Infrastructure v. Spain*, ICSID Case No. ARB/13/36, Award vom 4. Mai 2017, para. 179 ff.; *RREEF Infrastructure v. Spain*, ICSID Case No. ARB/13/30, Decision on Jurisdiction vom 6. Juni 2016, para. 79 f.; *EURAM v. Slovakia*, UNCITRAL, PCA Case No. 2010-17, Award on Jurisdiction vom 22. Oktober 2012, para. 248 ff.

²⁷ *Eiser Infrastructure v. Spain*, ICSID Case No. ARB/13/36, Award vom 4. Mai 2017, para. 67 ff.; *RREEF Infrastructure v. Spain*, ICSID Case No. ARB/13/30, Decision on Jurisdiction vom 6. Juni 2016, para. 20.

²⁸ *Binder vs Czech Republic*, UNCITRAL, Award on Jurisdiction vom 6. Juni 2007, para. 43.

²⁹ *Ibid.*, Rn 74.

³⁰ *Ibid.*, Rn 75.

³¹ EuGH, Rs. C-284/16, *Achmea*, ECLI:EU:C:2018:158, Rn 6.

22,1 Mio. Euro.³² Daraufhin beantragte die Slowakei zunächst vor dem OLG Frankfurt³³ und dann vor dem BGH³⁴ die Aufhebung des Schiedsspruchs wegen Verstoßes gegen die öffentliche Ordnung. Obwohl nach Auffassung des BGH kein Verstoß gegen das Unionsrecht – und damit auch kein Verstoß gegen die öffentliche Ordnung – vorlag,³⁵ legte er dem EuGH im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens drei Fragen vor, die jeweils nach der Vereinbarkeit des Art. 8 des BIT mit Art. 344 AEUV, mit Art. 267 AEUV und mit Art. 18 AEUV fragten.

Im Vorfeld des *Achmea*-Urteils hatten sich zwei konkurrierende Lager zum Umgang des Unionsrechts mit dem Phänomen der Intra-EU-BITs herauskristallisiert: Auf der einen Seite das investitionsschutzfreundliche Lager, repräsentiert durch das OLG Frankfurt, den BGH und Generalanwalt *Wathelet*, auf der anderen Seite die Europäische Kommission mit einem unionszentrierten Ansatz. Kristallisationspunkt der Debatte aus dogmatischer Sicht war die Auslegung des Art. 344 AEUV, in dem die Mitgliedstaaten sich verpflichten, „Streitigkeiten über die Auslegung oder Anwendung der Verträge nicht anders als hierin vorgesehen zu regeln“. Nach Auffassung des investitionsschutzfreundlichen Lagers fällt die Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit selbst in der Sonderkonstellation der Intra-EU-BITs nicht unter das Verbot alternativer Streitbeilegung aus Art. 344 AEUV: Erstens entscheide diese nicht über Streitigkeiten zwischen Mitgliedstaaten, sondern zwischen einem Investor und einem Mitgliedstaat³⁶ und zweitens prüfe sie nicht die Auslegung oder Anwendung des Unionsrechts, sondern die Vereinbarkeit von Handlungen des Mitgliedstaats mit den Schutzstandards des BIT, die mit den Normen des Unionsrechts nicht identisch seien³⁷. Im Ergebnis sind der internationale Investitionsschutz und das Unionsrecht aus der investitionsschutzfreundlichen Perspektive zwei parallel existierende Rechtsregime mit unterschiedlichen Normbeständen, die sich nicht gegenseitig in die Quere kommen. Generalanwalt *Wathelet* in seinen Schlussanträgen³⁸ sowie Stimmen aus der investitionsrechtlichen Literatur³⁹ schlugen sogar eine engere Verzahnung zwischen dem internationalen Investitionsschutz und dem Unionsrecht vor, indem Investitionsschiedsgerichte als vorlageberechtigtes „Gericht eines Mitgliedstaats“ im Sinne von Art. 267 AEUV eingestuft werden.

Dagegen hat die Europäische Kommission in den vergangenen Jahren stets den Standpunkt vertreten, dass Intra-EU-BITs unvereinbar mit dem Unionsrecht seien.

³² *Ibid.*, Rn 12.

³³ OLG Frankfurt, Beschl. vom 18. Dezember 2014, 26 Sch 3/13.

³⁴ BGH, Beschl. vom 3. März 2016, I ZB 2/15, SchiedsVZ 2016, 328 ff.

³⁵ *Ibid.*, 330.

³⁶ Schlussanträge des GA M. *Wathelet* in der Rs. C-284/16, *Achmea*, ECLI:EU:C:2017:699, Rn 138 ff.; OLG Frankfurt, Beschl. vom 18. Dezember 2014, 26 Sch 3/13, Rn 51; BGH, *ibid.*, 330 ff., dem zufolge diese Bewertung „der einhelligen Ansicht im deutschen Schrifttum“ entspricht. *ibid.*, 330 f.

³⁷ BGH, *ibid.*, 331 ff.; GA M. *Wathelet*, *ibid.*, Rn 160 ff.

³⁸ GA *Wathelet*, *ibid.*, Rn 131.

³⁹ Exemplarisch: *von Papp*, CMLRev. 50 (2013), 1039 ff.; *J. Basedow*, in: Ferrari (Hrsg), *The Impact of EU Law on International Commercial Arbitration*, 135 ff.

Zum einen seien Intra-EU-BITs eine „anomaly within the internal market“⁴⁰ und würden zu Diskriminierungen zwischen solchen Unionsbürgern führen, die vom persönlichen Anwendungsbereich eines Intra-EU-BITs erfasst seien und solchen, die nicht erfasst seien.⁴¹ Zum anderen statuiere Art. 344 AEUV zum Schutz der einheitlichen Auslegung und Anwendung des Unionsrechts ein allgemeines Verbot alternativer Streitbeilegungsmechanismen zwischen den Mitgliedstaaten.⁴² Als Konsequenz seien:

„EU Member States that resort to an inter-State arbitration mechanism provided for under an intra-EU BIT for matters partially covered by EU law [...] in breach of Article 344 of the TFEU“.⁴³

C. Das Urteil

Im *Achmea*-Urteil des EuGH hat der schwelende Konflikt zwischen dem Unionsrecht und dem internationalen Investitionsrecht seinen vorläufigen Höhe- und Endpunkt gefunden. In *Achmea* schlägt sich der EuGH auf die Seite der Kommission, zieht das *Gutachten 2/13* als Blaupause für den Maßstabsteil heran und entscheidet, dass die Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit im Rahmen von Intra-EU-BITs gegen den Grundsatz der Autonomie des Unionsrechts verstößt.⁴⁴ Zentraler Bestandteil der Autonomie des Unionsrechts sind die einheitliche Auslegung und Anwendung des Unionsrechts, die durch die Interpretationshoheit des EuGH in Fragen des Unionsrechts und durch den Gerichtsdialog zwischen dem Gerichtshof und den Gerichten der Mitgliedstaaten im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens gesichert wird.⁴⁵

Zur Prüfung, ob im Rahmen von Investor-Staat-Streitbeilegungsverfahren auf Grundlage von Intra-EU-BITs die einheitliche Auslegung und Anwendung des Unionsrechts beeinträchtigt werden, arbeitet sich der EuGH in drei Schritten vor: Zunächst prüft er, ob in diesen Verfahren unionsrechtliche Bestimmungen ausgelegt werden.⁴⁶ Dabei legt der Gerichtshof ein denkbar weites Verständnis zugrunde: Es sei es ausreichend, dass sich Streitigkeiten „auf die Auslegung oder Anwendung des Unionsrechts beziehen können“.⁴⁷ Diese Voraussetzung sieht der EuGH mit Blick auf das Intra-EU-BIT zwischen den Niederlanden und der Slowakei für erfüllt an. Der Art. 8 Abs. 6 des

⁴⁰ Vgl. *Eureko v. Slowakei*, PCA Case No. 2008-13, Award on Jurisdiction vom 26. Oktober 2010, para. 177. Der Schriftsatz der Kommission selbst ist nicht veröffentlicht, sondern wird vom Schiedsgericht zusammengefasst.

⁴¹ *Ibid.*, Rn 183.

⁴² *Ibid.*, Rn 178.

⁴³ *Ibid.*, para. 178.

⁴⁴ EuGH, Rs. C-284/16, *Achmea*, ECLI:EU:C:2018:158, Rn 58 f.

⁴⁵ *Ibid.*, Rn 36 f.

⁴⁶ *Ibid.*, Rn 39 ff.

⁴⁷ *Ibid.*, Rn 39. Herv. Verf.

BIT verpflichte das Schiedsgericht dazu, das geltende Recht der betroffenen Vertragspartei zu berücksichtigen.⁴⁸ Das Unionsrecht aber sei „als Teil des in jedem Mitgliedstaat geltenden Rechts“ anzusehen.⁴⁹ In der Auslegung unionsrechtlicher Bestimmungen durch Investitionsschiedsgericht aber liegt der Kern der Bedenken des EuGH: Soweit ein Schiedsgericht im Rahmen der Prüfung, ob ein Verstoß gegen die einschlägigen völkerrechtlichen Schutzstandards des BIT vorliegt, das Unionsrecht auslegt, muss die Interpretationshoheit des EuGH gesichert sein;⁵⁰ sonst ist die „volle Wirksamkeit des Unionsrechts“ beeinträchtigt.⁵¹ Diese wäre aber nur dann gesichert, wenn entweder die Investitionsschiedsgerichte oder die den Schiedsspruch vollstreckenden nationalen Gerichte die Befassung des EuGH mittels des Vorlageverfahrens gewährleisten und mithin seine Interpretationshoheit sichern würden.

Deshalb prüft der EuGH in einem zweiten Schritt, ob ein Investitionsschiedsgericht – wie in den Schlussanträgen von Generalanwalt *Wathelet* vorgeschlagen⁵² – als vorlageberechtigtes Gericht eines Mitgliedstaats iSv Art. 267 AEUV einzustufen sei.⁵³ Diese Frage verneint der EuGH, ohne sich dabei vertieft mit den Merkmalen der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit oder den ausführlichen Argumenten des Generalanwalts auseinanderzusetzen.⁵⁴ In einem dritten Schritt erörtert der EuGH schließlich die Frage, ob der Schiedsspruch eines Schiedsgerichts dennoch „der Kontrolle durch ein Gericht eines Mitgliedstaats unterliegt“.⁵⁵ Dem stehe jedoch entgegen, dass die Gerichtsbarkeit der Gerichte der Mitgliedstaaten durch die Wahl des Sitzes des Schiedsgerichts in einem Drittstaat umgangen werden könne⁵⁶ und ohnehin auf die Frage beschränkt sei, „ob die Anerkennung und Vollstreckung des Schiedsspruchs die öffentliche Ordnung wahr“.⁵⁷ Zur Sicherung seiner Interpretationshoheit durch das Vorabentscheidungsverfahren ist das aus Sicht des EuGH nicht ausreichend. In diesem Zusammenhang nimmt der EuGH eine grundsätzliche Unterscheidung zwischen der Handelsschiedsgerichtsbarkeit und der Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit vor: Während erstere „auf der Parteiautonomie“ beruhe⁵⁸ und damit die Interpretationshoheit des EuGH nicht beeinträchte, leite sich letztere aus einem Vertrag zwischen Mitgliedstaaten her und entziehe dem Vorlageverfahren zwischen dem EuGH und den mitgliedstaatlichen Gerichten Rechtsstreitigkeiten, „die die Anwendung und Auslegung des Unionsrechts betreffen können“.⁵⁹

Zum Ende des Urteils gibt der EuGH in den Rn. 57 und 58 noch wichtige Hinweise auf die Reichweite der *Achmea*-Rechtsprechung. In Rn. 58 des Urteils fasst der

⁴⁸ *Ibid.*, Rn 40.

⁴⁹ *Ibid.*, Rn 41.

⁵⁰ Vgl. *ibid.*, Rn 56.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² Schlussanträge des GA *Wathelet* in der Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2017:699, Rn 131.

⁵³ EuGH, Rs. C-284/16, *Achmea*, ECLI:EU:C:2018:158, Rn 43 ff.

⁵⁴ *Ibid.*, Rn 49.

⁵⁵ *Ibid.*, Rn 50.

⁵⁶ *Ibid.*, Rn 51.

⁵⁷ *Ibid.*, Rn 53.

⁵⁸ *Ibid.*, Rn 55.

⁵⁹ *Ibid.*

Gerichtshof die wesentlichen und verallgemeinerungsfähigen Merkmale des Art. 8 des BITs zwischen den Niederlanden und der Slowakei zusammen, die im Ergebnis zur Unvereinbarkeit mit der Autonomie des Unionsrechts führen. Maßgeblich ist danach nicht nur, dass Investitionsschiedsstreitigkeiten, obwohl sie „die Auslegung [...] des Unionsrechts betreffen können“, einer „Einrichtung“ zugewiesen würden, „die nicht Teil des Gerichtssystems der Union“ und damit des „in Art. 267 AEUV vorgesehene[n] Vorabentscheidungsverfahren[s] ist, sondern auch, dass dadurch der „Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens zwischen den Mitgliedstaaten“ in Frage gestellt werden kann.⁶⁰ Während dem Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens in der Urteilsbegründung nur eine geringe Rolle zukommt, wird er abschließend als wesentliches Merkmal für die Autonomie des Unionsrechts im Zusammenhang mit völkerrechtlichen Streitbeilegungsmechanismen herausgestellt. In Rn. 57 des Urteils nimmt der EuGH in einem *obiter dictum* noch kurz zum unionsrechtlichen Rahmen für internationale Übereinkünfte der EU Stellung, die Streitbeilegungsmechanismen enthalten: Diese seien „grundsätzlich nicht mit dem Unionsrecht unvereinbar [...] sofern die Autonomie der Union und ihrer Rechtsordnung gewahrt bleibt“.⁶¹ Anders ausgedrückt: Auch für völkerrechtliche Abkommen der EU mit Drittstaaten gelten die durch den Grundsatz der Autonomie des Unionsrechts gezogenen unionsrechtlichen Grenzen.

D. Die Wahrung der Autonomie des Unionsrechts und der internationale Investitionsschutz zwischen den Mitgliedstaaten

Im Spannungsfeld zwischen der Rücksichtnahme auf bestehende völkerrechtliche Streitbeilegungsmechanismen einerseits und der Wahrung der Autonomie des Unionsrechts andererseits stellt das *Achmea*-Urteil eine neue Dimension der Autonomiewahrung dar. Während in den Gutachten 1/09 zur Einrichtung eines Europäischen Patentgerichts⁶² und 2/13 zum geplanten Beitritt der EU zur EMRK⁶³ noch rechtlich hochkomplexe Projekte der Integration verschiedener supranationaler Rechtsordnungen verhandelt wurden, die tatsächlich dazu geeignet waren, die Autonomie der Unionsrechtsordnung zu beeinträchtigen, ist das „systemische Risiko“, das von Intra-EU-BITs „für die Einheitlichkeit und Wirksamkeit des Unionsrechts“ ausgeht, überschaubar.⁶⁴

Zum einen ist der maßgebliche Prüfungsmaßstab für Investitionsschiedsgerichte nicht das Unionsrecht, sondern die Schutzstandards des BIT. Das Unionsrecht spielt für das Schiedsgericht nur als Auslegungskriterium eine Rolle und diese Auslegung des Unionsrechts durch das Schiedsgericht ist weder für die Unionsgerichte noch für die mitgliedstaatlichen Gerichte verbindlich. Unter diesen Umständen ist – auch wegen des fragmentarischen Charakter der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit – schwer vorstellbar, wie eine etablierte schiedsgerichtliche Interpretationspraxis zu Fragen des Unionsrechts

⁶⁰ *Ibid.*, Rn 58.

⁶¹ *Ibid.*, Rn 57.

⁶² EuGH, Rs. 1/09, *Europäisches Patentgericht*, ECLI:EU:C:2011:123.

⁶³ EuGH, Rs. 2/13, *EMRK-Beitritt*, ECLI:EU:C:2014:2454.

⁶⁴ So auch Schlussanträge des GA *Wathelet* in der Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2017:699, Rn 44.

entstehen können soll, die in Konkurrenz zum EuGH tritt und so die einheitliche Auslegung und Anwendung des Unionsrechts beeinträchtigt, zumal die Investitionsschiedsgerichte die Interpretationshoheit des EuGH überwiegend anerkennen und das Unionsrecht in der vom EuGH gewählten Interpretationsvariante auslegen.⁶⁵

Zum anderen hat Generalanwalt *Wathelet* ausführlich dargelegt, dass die Interpretationshoheit des EuGH über die in investitionsschiedsgerichtlichen Verfahren auftretenden unionsrechtlichen Fragen in der großen Mehrheit der Fälle dadurch gewährleistet werden kann, dass entweder Schiedsgerichte als nach Art. 267 AEUV vorlageberechtigt eingestuft werden⁶⁶ oder nationale Gerichte den EuGH mit der Auslegung des Unionsrechts im Zuge der Überprüfung der Vereinbarkeit des Schiedsspruchs mit der öffentlichen Ordnung befassen⁶⁷. Freilich kann die Befassung des EuGH nicht in jedem Fall garantiert werden, weil Investitionsschiedsgerichte nicht zur Vorlage an den EuGH verpflichtet werden können und Schiedssprüche auch in Drittstaaten – unter Umgehung der mitgliedstaatlichen Gerichte – vollstreckt werden können. Diese Lücken genügen dem EuGH, um die Investor-Staat-Streitbeilegung in Intra-EU-BITs – und möglicherweise darüber hinaus – als unvereinbar mit der Autonomie des Unionsrechts zu erklären. Für eine minimale Gefährdung der einheitlichen Auslegung und Anwendung des Unionsrechts fordert der EuGH in *Achmea* eine maximale rechtliche Absicherung seiner Interpretationshoheit. Es verstärkt sich der Eindruck, dass die Rechtsprechung des EuGH zu völkerrechtlichen Streitbeilegungsmechanismen angesichts der gegenwärtigen Krise der EU darauf ausgerichtet ist, die Einheit und Kohärenz der Unionsrechtsordnung so weit wie möglich vor potenziellen Störfeuern oder Irritation durch externe Spruchkörper, so geringfügig diese auch sein mögen, zu bewahren.

Diese maximal autonomiebewahrende Rechtsprechung passt nicht in den Mehrebenen-Pluralismus, der die Struktur des Rechts jenseits des Staates prägt. Damit die Koordination der verschiedenen Rechtsordnungen in Abwesenheit einer rechtsordnungsübergreifenden Rangregel funktionieren kann, dürfen Gerichte nicht einen rechtsordnungs-eigenen Tunnelblick einnehmen und auf Maximalpositionen beharren. Stattdessen sind die grundsätzliche Bereitschaft zur Anpassung der eigenen Positionen und die Berücksichtigung der Belange anderer Rechtsordnungen erforderlich.⁶⁸ Im Lichte des Grundsatzes der Völkerrechtsfreundlichkeit des Unionsrechts⁶⁹ sollten Regimekollisionen zwischen der Unionsrechtsordnung und völkerrechtlichen Teilrechtsordnungen jedoch so weit wie möglich vermieden werden.

Achmea ist jedoch ein introvertiertes Urteil. Im bekannt apodiktischen Urteilsstil stellt der EuGH die Zukunft der Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit in Europa in nur

⁶⁵ Vgl. *Eureko v. Slowakei*, PCA Case No. 2008-13, Award on Jurisdiction vom 26. Oktober 2010, Rn 282.

⁶⁶ Schlussanträge des GA *Wathelet* in der Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2017:699, Rn 85 ff.

⁶⁷ *Ibid.*, Rn 238 ff.

⁶⁸ Zur Begründung und zum Inhalt gerichtlicher Pflichten in rechtsordnungsübergreifenden Regimekonflikten: *Lang*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der vernetzten Weltordnung (2018), 214 ff. (unveröffentlichtes Manuskript).

⁶⁹ Zur Herleitung: *Aust*, EuR 2017, 106 (109 ff.).

30 Randnummern in Frage, ohne dass die gegenwärtige Gestalt des internationalen Investitionsschutzes überhaupt reflektiert wird.⁷⁰ Dabei bot der Fall mehrere mögliche Anknüpfungspunkte: Generalanwalt *Wathelet* setzt sich in seinen Schlussanträgen im Rahmen der Prüfung, ob ein Investitionsschiedsgericht ein „Gericht“ im Sinne von Art. 267 AEUV ist, eingehend mit den Merkmalen der Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit auseinander.⁷¹ Die dritte Vorlagefrage des BGH zur Vereinbarkeit der Investor-Staat-Streitbeilegung mit dem Diskriminierungsverbot des Art. 18 Abs. 1 AEUV, die der EuGH nicht beantwortet, hätte dem Gerichtshof die Möglichkeit gegeben, die materiellen Schutzstandards des Investitionsschutzes in den Blick zu nehmen und zu prüfen, ob Investoren, deren Mitgliedstaaten keine Intra-EU-BITs abgeschlossen haben, gegenüber Investoren benachteiligt werden, die sich auf Intra-EU-BITs berufen können. In jedem Fall ist das uneinheitliche Flickwerk aus gegenwärtig 196 Intra-EU-BITs – nicht zuletzt angesichts der vielfältigen materiell-rechtlichen Überlappungen zwischen dem Unionsrecht und den investitionsrechtlichen Schutzstandards – dem in Art. 26 Abs. 1 AEUV erklärten Ziel der Verwirklichung eines gemeinsamen Binnenmarkts eher abträglich. Es bestehen folglich durchaus überzeugende Anknüpfungspunkte dafür, Intra-EU-BITs als unvereinbar mit dem unionsrechtlichen Binnenmarktrecht zu erachten.

Der EuGH stellt im *Achmea*-Urteil jedoch ausschließlich auf die gerichtliche Konkurrenzsituation ab, in der Investitionsschiedsgerichte zum EuGH und zu den mitgliedstaatlichen Gerichten stehen. Das hat rechtlich die merkwürdige Konsequenz, dass nach *Achmea* nur die Investor-Staat-Streitbeilegungsklauseln in Intra-EU-BITs gegen die Autonomie des Unionsrechts verstoßen, Intra-EU-BITs aber ansonsten mit dem Unionsrecht vereinbar sind. Das bedeutet, dass Investoren auch nach *Achmea* die Möglichkeit offensteht, soweit das konkrete BIT dies zulässt, Verletzungen der investitionsrechtlichen Schutzstandards vor nationalen Gerichten einzuklagen. In dieser Konstellation sieht der EuGH keinen Verstoß gegen den Grundsatz der einheitlichen Auslegung und Anwendung des Unionsrechts, weil nationale Gerichte nach Art. 267 AEUV dazu berechtigt und unter gewissen Umständen dazu verpflichtet sind, dem EuGH Fragen zur Auslegung des Unionsrechts vorzulegen. Das von der Kommission geltend gemachte Problem, dass Intra-EU-BITs eine „anomaly within the internal market“ seien,⁷² besteht freilich fort. Für Investoren hingegen stellt sich die prozessführungstaktische Frage, inwieweit es zweckmäßig ist, Investitionsstreitverfahren vor nationalen Gerichten anstatt, wie bisher, vor Investitionsschiedsgerichten durchzuführen.

E. Die Folgen für die Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit im Intra-EU-Kontext

Der Frage, welche Folgen das *Achmea*-Urteil für die Investor-Staat-Streitbeilegung im innerunionalen Bereich hat, wird in fünf Schritten nachgegangen.⁷³ Zunächst wird

⁷⁰ Zur Einführung: *Tietje*, in: Ehlers/Schoch (Hrsg.), Rechtsschutz im Öffentlichen Recht, § 4, 63 ff.

⁷¹ Siehe Schlussanträge des GA *Wathelet* in der Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2017:699, Rn 85 ff.

⁷² Vgl. *Eureka v. Slowakei*, PCA Case No. 2008-13, Award on Jurisdiction vom 26. Oktober 2010, Rn 177.

⁷³ Zum unionsrechtlichen Rahmen für Investor-Staat-Schiedsverfahren im unionalen Binnenbereich vor dem *Achmea*-Urteil: *Rösch*, Intraeuropäisches Investitionsrecht; *Niemelä*, The Relationship of

die Reichweite des Urteils in Hinsicht auf Investor-Staat-Streitbeilegungsklauseln und dabei insbesondere die Frage näher untersucht, ob sich das Urteil auf Streitbeilegungsklauseln beschränkt, die dem Art. 8 Abs. 6 des BITs zwischen den Niederlanden und der Slowakei gleichen oder ob es sich seinem Telos zufolge auf sämtliche Investor-Staat-Streitbeilegungsklauseln im Rahmen von Intra-EU-BITs, gleich welchen Typs, erstreckt (I.). Im Anschluss daran werden die Rechtsfolgen erörtert, die sich für laufende Verfahren und für die Vollstreckung von Schiedssprüchen, die auf einem Intra-EU-BIT beruhen, im innerstaatlichen Recht ergeben (II.). Daraufhin wird die Anwendbarkeit des *Achmea*-Urteils auf den ECT untersucht (III.), worauf eine eingehende Auseinandersetzung mit der Bedeutung der – zuvor aus der Betrachtung ausgeklammerten – Schlüsselnorm des Art. 351 Abs. 1 AEU für Intra-EU-BITs im Allgemeinen, für die Vollstreckung von ICSID-Schiedssprüchen im Speziellen und für den ECT im Besonderen folgt (IV.). Zuletzt wird eine völkerrechtliche Perspektive eingenommen, um auf dieser Grundlage zu erörtern, ob Investitionsschiedsgerichte, die ihre Gerichtsbarkeit aus einem völkerrechtlichen Vertrag herleiten, laufende Investitionsschiedsverfahren, die auf einem Intra-EU-BIT oder auf dem ECT beruhen, einstellen oder fortführen sollten (V.).

I. Die zentrale Weichenstellung: Alle Streitbeilegungsklauseln oder nur solche wie im Niederlande-Slowakei-BIT?

Die wichtigste Weichenstellung für die Folgen des *Achmea*-Urteils des EuGH für den internationalen Investitionsschutz liegt in der Reichweite des ersten maßgeblichen Merkmals für eine Beeinträchtigung der Autonomie des Unionsrechts: der Auslegung oder Anwendung des Unionsrechts durch ein dem EU-Gerichtssystem externes Gericht. In *Achmea* verweist der Gerichtshof darauf, dass Art. 8 Abs. 6 des BIT das Schiedsgericht dazu verpflichte, u.a. „das geltende Recht der betroffenen Vertragspartei [...] zu berücksichtigen“.⁷⁴ In dieser Rechtsanwendungsklausel des Art. 8 Abs. 6 des BIT erblickt der Gerichtshof das Einfallstor für die Berücksichtigung des Unionsrechts durch das Investitionsschiedsgericht. Das Unionsrecht sei „angesichts seines Wesens und seiner Merkmale [...] als Teil des in jedem Mitgliedstaat geltenden Rechts“ anzusehen.⁷⁵ Aufgrund der Struktur des Art. 8 Abs. 6 des BIT in Verbindung mit dem besonderen Wesen des Unionsrechts hat das „in Art. 8 des BIT vorgesehene Schiedsgericht gegebenenfalls das Unionsrecht [...] auszulegen oder sogar anzuwenden“.⁷⁶

Unmittelbar erfasst die Bindungswirkung des *Achmea*-Urteils des EuGH zunächst einmal den Art. 8 des BITs zwischen den EU-Mitgliedstaaten Niederlande und Slowakei. Allerdings ist anerkannt, dass die Bindungswirkungen des EuGH-Urteils nicht auf

EU Law and Bilateral Investment Treaties of EU Member States; *Basener*, Investment Protection in the European Union, 191 ff.

⁷⁴ EuGH, Rs. C-284/16, *Achmea*, ECLI:EU:C:2018:158, Rn 40.

⁷⁵ *Ibid.*, Rn 41.

⁷⁶ *Ibid.*, Rn 42.

den Ausgangstreit beschränkt sind.⁷⁷ Denn in einem feststellenden Vorabentscheidungsurteil prüft der EuGH nicht die Vereinbarkeit der Streitgegenständlichen mitgliedstaatlichen Maßnahme mit dem Unionsrecht, sondern er legt das Unionsrecht im Hinblick auf eine Maßnahme „wie“ die Streitgegenständliche aus. Daraus folgt dann aber, dass die Bindungswirkungen sich auch auf die Auslegung des Unionsrechts durch den EuGH erstrecken.⁷⁸ Dennoch könnte die Bedeutung des Art. 8 Abs. 6 des BIT im *Achmea*-Urteil für die Schlussfolgerung sprechen, dass nur solche Streitbeilegungsklauseln in Intra-EU-BITs unionsrechtswidrig sind, die das Recht des Gaststaates als anwendbares Recht vorschreiben. Das ist bei weitem nicht bei allen Intra-EU-BITs der Fall. Vielen dieser Verträge zufolge – und im Übrigen auch dem ECT und den umfassenden Freihandelsabkommen der EU mit Drittstaaten – ist nur das Völkerrecht anwendbares Recht.⁷⁹ Sollte der EuGH die Reichweite von *Achmea* auf Rechtsanwendungsklauseln wie Art. 8 Abs. 6 beschränken, die das Recht des Gaststaates zum anwendbaren Recht erklären, blieben die Folgen des Urteils für die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit in Europa überschaubar. In diesem Fall wären Intra-EU-BITs mit dem Unionsrecht vereinbar, soweit sie das Recht des Gaststaates als anwendbares Recht ausschließen. Die Frage der Vereinbarkeit von Intra-EU-BITs mit dem Unionsrecht wäre keine Frage des Prinzips, sondern eine Frage der Vertragsgestaltung.

Es ist jedoch zweifelhaft, ob der EuGH einer solchen formalistischen Sichtweise folgen wird.⁸⁰ In *Achmea* geht es dem EuGH um eine umfassende Sicherung seiner Interpretationshoheit und um zwischengerichtlichen Konkurrenzschutz in Fragen des Unionsrechts. Aus diesem Grund legt er ein denkbar weites Verständnis des ersten Autonomie-Merkmals zugrunde, wonach schon die Möglichkeit der Auslagerung von Streitigkeiten an Investitionsschiedsgerichte die Autonomie des Unionsrechts beeinträchtigen kann, soweit diese „die Auslegung oder Anwendung des Unionsrechts betreffen könnten“.⁸¹ Danach ist ausreichend, dass ein Investitionsschiedstribunal das Unionsrecht nur als Vorfrage oder als Auslegungskriterium berücksichtigt.

Aus diesem weiten Verständnis folgt zweierlei: Zum einen kommt es nicht darauf an, ob ein Intra-EU-BIT das Recht des Gaststaates als anwendbares Recht vorschreibt oder nicht. Man kann sogar noch einen Schritt weitergehen: Es ist noch nicht einmal maßgeblich, ob das Unionsrecht überhaupt anwendbares Recht für ein Investitionsschiedsgericht, etwa als Bestandteil des Völkerrechts, ist. In der investitionsrechtlichen Literatur ist umstritten, ob ein Investitionsschiedsgericht das Unionsrecht aufgrund seines völkerrechtlichen Ursprungs als Bestandteil des Völkerrechts im Rahmen investiti-

⁷⁷ *Broberg/Fenger*, Preliminary References to the European Court of Justice, 450.

⁷⁸ *Ibid.*, 453.

⁷⁹ Vgl. *Tietje*, Bilaterale Investitionsschutzverträge zwischen EU-Mitgliedstaaten (Intra-EU-BITs) als Herausforderung im Mehrebenensystem des Rechts, 7; Grundlegend zum anwendbaren Recht in der Investor-Staat-Streitbeilegung: *Kjos*, Applicable Law in Investor-State Arbitration.

⁸⁰ Mit dieser Einschätzung auch *Hess*, The Fate of Investment Dispute Resolution after the *Achmea* Decision of the European Court of Justice, 10.

⁸¹ EuGH, Rs. C-284/16, *Achmea*, ECLI:EU:C:2018:158, Rn 56.

onsrechtlicher Rechtsanwendungsklauseln anwenden oder wegen dessen Selbstverständnis als Rechtsordnung eigener Art wie nationales Recht behandeln sollte.⁸² Letztlich kommt es darauf jedoch nicht an, weil Investor-Staat-Schiedstribunale das Unionsrecht auch als Tatsache berücksichtigen und auslegen können. In einigen investitionsrechtlichen Verfahren im Rahmen von Intra-EU-BITs oder des ECT, in denen Fragen des Unionsrechts eine zentrale Rolle spielten, haben Investitionsschiedsgerichte das Unionsrecht nur als Tatsache berücksichtigt.⁸³ Das hängt damit zusammen, dass im internationalen Investitionsschutz die Unterscheidung zwischen Recht und Fakt weniger trennscharf ist als in nationalen Rechtsordnungen.⁸⁴ Der Unterschied zwischen der Berücksichtigung des Unionsrechts als Teil des anwendbaren Rechts des Gaststaates oder als Tatsache ist ein *gradueller*. Während im ersten Fall das Unionsrecht – neben Normen anderer Rechtsordnungen – bereits im Rahmen der Maßstabsbildung zu beachten ist, ist es im zweiten Fall ein Faktor bei der Bewertung der angegriffenen innerstaatlichen Maßnahme. Aus der Sicht des EuGH, dem es auf eine umfassende Sicherung seines Interpretationsmonopols in Fragen des Unionsrechts ankommt, stellt sich jedoch die Frage, warum für ihn die investitionsschutzrechtliche Unterscheidung zwischen anwendbarem Recht und Fakt von grundlegender Bedeutung sein sollte, wenn die Entscheidung eines Investitionsschiedstribunals die Auslegung des Unionsrechts betrifft.

Zum anderen folgt aus dem weiten Verständnis des EuGH hinsichtlich des ersten Autonomie-Merkmals, dass es nicht darauf ankommt, ob ein Investitionsschiedsgericht tatsächlich das Unionsrecht auslegt. In den Worten des Gerichtshofs genügt es, dass ein Investor-Staat-Streitbeilegungsmechanismus die Befassung des EuGH „ausschließen kann“, obwohl investitionsrechtliche Streitigkeiten vor dem Investitionsschiedsgericht „die Auslegung oder Anwendung des Unionsrechts betreffen könnten“.⁸⁵ Das deutet darauf hin, dass allein die Existenz einer ISDS-Klausel in einem völkerrechtlichen Vertrag zwischen zwei Mitgliedstaaten die Autonomie des Unionsrechts beeinträchtigt. Zur umfassenden Sicherung der Interpretationshoheit des Gerichtshofs genügt bereits die – durch die bloße Existenz einer ISDS-Klausel begründete – abstrakte Möglichkeit einer Auslegung unionsrechtlicher Bestimmungen durch ein Investitionsschiedsgericht. Es spricht daher viel dafür, dass sich das *Achmea*-Urteil auf sämtliche Intra-EU-BITs erstreckt – und zwar unabhängig von der konkreten Formulierung der vertraglichen Rechtsanwendungsklausel.

⁸² Für die Einordnung des Unionsrechts als Bestandteil des Völkerrechts im Rahmen investitionsrechtlicher Rechtsanwendungsklauseln: *Wehland*, Int'l & Comp. L.Q. 58 (2009), 297 (302 f.); *Burgstaller*, J. Int'l Arb. 26 (2009), 181 (192); Dagegen: *Tietje*, Bilaterale Investitionsschutzverträge zwischen EU-Mitgliedstaaten (Intra-EU-BITs) als Herausforderung im Mehrebenensystem des Rechts, 8 f.

⁸³ Siehe etwa *AES Summit v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/22, Award vom 23. September 2010, para. 7.3.4 und 7.6.6; *Electrabel v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19, Decision on Jurisdiction vom 30. November 2012, para. 4.119 ff. und para. 4.127 ff.

⁸⁴ Wenn z.B. die Vereinbarkeit der Rücknahme einer Subvention mit dem investitionsrechtlichen Schutzstandard der gerechten und billigen Behandlung geprüft wird, kann im Rahmen der Beurteilung der Subventionsrücknahme zu prüfen sein, ob diese tatsächlich durch das EU-Beihilfenrecht veranlasst wurde.

⁸⁵ EuGH, Rs. C-284/16, *Achmea*, ECLI:EU:C:2018:158, Rn 56.

II. Intra-EU-BITs

Von der Frage der Vereinbarkeit einer ISDS-Klausel mit der Autonomie des Unionsrechts zu unterscheiden ist die Frage der Rechtsfolge einer Unvereinbarkeit. Aus der Perspektive der Unionsrechtsordnung – und damit grundsätzlich auch der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen – steht das unmittelbar anwendbare Völkervertragsrecht in der unionsrechtlichen Normenhierarchie, wie sich aus Art. 216 Abs. 2 und Art. 218 Abs. 11 AEUV ergibt, im Rang zwar über dem sekundären Unionsrecht, aber unter dem Primärrecht und damit auch unter dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Autonomie des Unionsrechts.⁸⁶ Aufgrund des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten müssen nationale Gerichte jede Bestimmung, die mit dem Unionsrecht kollidiert, einschließlich Bestimmungen in völkerrechtlichen Verträgen der Mitgliedstaaten, unangewendet lassen.⁸⁷ Soweit nach der – die mitgliedstaatlichen Gerichte bindenden – Rechtsprechung des EuGH Investor-Staat-Streitbeilegungsklauseln in Intra-EU-BITs die Autonomie des Unionsrechts beeinträchtigen, dürfen nationale Gerichte diese Bestimmungen zum Schutz der Autonomie des Unionsrechts nicht anwenden.

Für Investitionsschiedsverfahren, die auf der Grundlage einer unionsrechtswidrigen ISDS-Klausel eingeleitet wurden, ergibt sich aus dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts dogmatisch die folgende Konsequenz: Grundlage für ein Investor-Staat-Schiedsverfahren vor einem Schiedsgericht ist eine Schiedsvereinbarung zwischen dem Investor und dem Gaststaat.⁸⁸ Wie ein gewöhnlicher Vertrag kommt die Schiedsvereinbarung durch Angebot und Annahme zustande. Im internationalen Investitionsschutzrecht ist anerkannt, dass die ISDS-Klausel regelmäßig die auf den Abschluss einer Schiedsvereinbarung unter den im BIT festgelegten Bedingungen gerichtete Willenserklärung des Gaststaates enthält, Investitionsstreitigkeiten mit Investoren auf dem eigenen Territorium vor einem Investitionsschiedsgericht beizulegen.⁸⁹ Wenn aber die unionsrechtswidrige Streitbeilegungsklausel wegen des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts unangewendet bleiben muss, dann gilt dies auch für das darin enthaltene Angebot des Gaststaates auf Abschluss einer Schiedsvereinbarung. Da der EuGH in *Achmea* von einer Beschränkung der zeitlichen Wirkung seines Urteils abgesehen hat, wirkt die Unanwendbarkeit des Angebots *ex tunc*, also von Anfang an.⁹⁰ Mangels gaststaatlicher Willenserklärung fehlt es in der Konsequenz an der für die Durchführung eines Investitionsstreitverfahrens konstitutiven Schiedsvereinbarung.

Welche Rechtsfolgen an die Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung zu knüpfen sind, bleibt zunächst einmal den Mitgliedstaaten überlassen. Zwar ergibt sich aus dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit gemäß Art. 4 Abs. 3 EUV die Verpflichtung der mitgliedstaatlichen Gerichte, die einheitliche Wirksamkeit des Unionsrechts in der

⁸⁶ EuGH, Rs. C-402/05 P, C-415/05 P, *Kadi*, ECLI:EU:C:2008:461, Rn 306 ff.

⁸⁷ EuGH, Rs. 106/77, *Simmenthal II*, ECLI:EU:C:1978:49, Rn 24.

⁸⁸ *Schreuer*, in: Muchlinski/Ortino/Schreuer (Hrsg), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, 2008, 830 (831).

⁸⁹ *Ibid.*, 836.

⁹⁰ *Broberg/Fenger*, *Preliminary References to the European Court of Justice*, 455.

nationalen Rechtsordnung zu gewährleisten.⁹¹ Nach dem Grundsatz der verfahrensrechtlichen Autonomie der Mitgliedstaaten erfolgt die Durchsetzung der Autonomie des Unionsrechts gegenüber der Investor-Staat-Streitbeilegung jedoch nur auf der Grundlage und im Rahmen der nationalen Verfahrensregeln.⁹² Die Autonomie der Mitgliedstaaten gilt aber nicht uneingeschränkt. Nach dem Äquivalenzgebot darf die Durchsetzung des Unionsrechts nicht ungünstiger ausgestaltet werden als die Durchsetzung des vergleichbaren innerstaatlichen Rechts und nach dem Effektivitätsgebot darf die Durchsetzung des Unionsrechts nicht praktisch unmöglich oder übermäßig erschwert werden.⁹³

In der deutschen Rechtsordnung, in der das Investor-Staat-Streitbeilegungsverfahren im Zehnten Buch der ZPO über das schiedsrichterliche Verfahren (§§ 1025 ff.) geregelt ist, ergeben sich daraus für anhängige Investitionsschutzverfahren bzw. für die Vollstreckung von ergangenen Schiedssprüchen, die auf der Grundlage eines Intra-EU-BITs eingeleitet bzw. verkündet wurden, die folgenden rechtliche Konsequenzen:⁹⁴ Die ZPO ermöglicht deutschen Gerichten den Zugriff auf ein internationales Investitionsstreitverfahren zumindest in den folgenden drei Verfahrensstadien: i) vor Bildung des Schiedsgerichts, ii) nach Bildung des Schiedsgerichts und iii) bei der Vollstreckung des Schiedsspruchs. Zur Gewährleistung des *effet utile* des Unionsrechts sind die mitgliedstaatlichen Gerichte unionsrechtlich dazu verpflichtet, solche Zugriffsmöglichkeiten auszuschöpfen.

Zunächst kann ein Zivilgericht das Vorliegen einer wirksamen und durchführbaren Schiedsvereinbarung vor und nach Bildung des Schiedsgerichts prüfen.⁹⁵ Denn nach deutschem Recht verfügen Schiedsgerichte nicht über die Kompetenz-Kompetenz, selbst abschließend unter Ausschluss der staatlichen Gerichte über ihre Zuständigkeit zu entscheiden.⁹⁶ Der BGH hat – unter Änderung seiner bisherigen Rechtsprechung – entschieden, dass der schiedsgerichtliche Zwischenentscheid über die Zuständigkeit selbst dann noch überprüft werden kann, wenn das Schiedsgericht bereits den abschließenden Schiedsspruch in der Hauptsache erlassen hat.⁹⁷

Darüber hinaus muss ein Schiedsspruch nach § 1059 Abs. 2 ZPO auch aufgehoben werden, wenn die Anerkennung oder Vollstreckung des Schiedsspruchs der öffentlichen Ordnung widerspricht. Diese Vorschrift ist dem Art. V Abs. 2 b) des New Yorker Über-

⁹¹ Allgemein: *Nettesheim*, in: Randelzhofer/Scholz/Wilke (Hrsg), GS Grabitz, 447 ff.; *Klamert*, The Principle of Loyalty in EU Law.

⁹² Das ist die ständige Rechtsprechung des EuGH. Exemplarisch: EuGH, Rs. C-201/02, *Wells*, ECLI:EU:C:2004:12, Rn 70. Grundlegend: *Krönke*, Die Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten der Europäischen Union.

⁹³ EuGH, Rs. C-201/02, *Wells*, ECLI:EU:C:2004:12, Rn 70.

⁹⁴ Allgemein zur Einordnung Internationaler Investitionsschiedsverfahren in der deutschen Rechtsordnung: *Bubrowski*, Internationale Investitionsschiedsverfahren und nationale Gerichte.

⁹⁵ Vor Bildung des Schiedsgerichts kann ein nationales Gericht bei Vorliegen eines Antrags auf Feststellungsverfahren nach § 1032 Abs. 2 ZPO prüfen, ob eine wirksame und durchführbare Schiedsvereinbarung vorliegt. Diese Prüfung lässt sich im Wesentlichen auch noch nach Bildung des Schiedsgerichts durchführen, sofern ein Antrag auf Überprüfung der Zuständigkeitsentscheidung gemäß § 1040 Abs. 3 ZPO vorliegt.

⁹⁶ BGH, NJW 2005, 1125 (1125 f.).

⁹⁷ BGH, NJW 2017, 488 (489).

einkommens vom 10. Juni 1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche („New York Convention“) nachgebildet, der es den Vertragsparteien ausnahmsweise gestattet, die Anerkennung und Vollstreckung eines Schiedsspruches zu versagen, wenn „die Anerkennung oder Vollstreckung des Schiedsspruches der öffentlichen Ordnung dieses Landes widersprechen würde“. In *Eco Swiss* hat der EuGH entschieden, dass grundlegende Bestimmungen des Unionsrechts, zu denen sicherlich auch der Grundsatz der Autonomie des Unionsrechts zählt, „zur öffentlichen Ordnung gehören“ und ein staatliches Gericht einem Antrag auf Aufhebung eines Schiedsspruches wegen Verletzung dieser Bestimmungen „stattgeben muss“.⁹⁸

Das bedeutet im Ergebnis, dass die – aus der Unanwendbarkeit der Investor-Staat-Streitbeilegungsklausel resultierende – Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung praktisch in jedem Verfahrensstadium geltend gemacht und zur Beendigung des Schiedsverfahrens oder zur Aufhebung des Schiedsspruches führen kann. Es zeigt, dass Investitionsschiedsgerichte keine transnationalen Geschöpfe, sondern vom Recht des Schieds- und Vollstreckungsortes und damit von nationalen Gerichten abhängig sind. Die Loyalität letzterer aber gilt im Fall eines Normkonflikts dem Unionsrecht und nicht dem internationalen Investitionsschutzrecht.

Aus unionsrechtlicher Perspektive ergibt sich meines Erachtens auch für die Vollstreckung von ICSID-Schiedssprüchen keine andere rechtliche Beurteilung. Zwar verpflichtet Art 54 Abs. 1 ICSID die Vertragsstaaten der ICSID-Konvention dazu, einen ICSID-Schiedsspruch als bindend anzuerkennen und wie ein rechtskräftiges innerstaatlichen Gerichtsurteil zu vollstrecken. Nach der überwiegenden Meinung in der investitionsrechtlichen Literatur folgt daraus, dass die Überprüfungsbefugnis innerstaatlicher Gerichte auf die Prüfung der Echtheit des Schiedsspruches beschränkt ist und insbesondere – im Unterschied zur New York Convention – keine materiell-rechtliche *Ordre-public*-Kontrolle umfasst.⁹⁹ Daraus folgt, dass ein nationales Gericht, das einen ICSID-Schiedsspruch wegen Beeinträchtigung des Grundsatzes der Autonomie des Unionsrechts nicht vollstreckt, gegen Art 54 Abs. 1 ICSID verstößt. Die Frage, die sich vor diesem Hintergrund stellt, ist, ob das Unionsrecht einen Mitgliedstaat zu völkerrechtswidrigem Handeln verpflichten kann. Die Antwort auf diese Frage ergibt sich – vorbehaltlich der Unberührtheitsklausel des Art. 351 Abs. 1 AEUV¹⁰⁰ – aus dem allgemeinen Anwendungsvorrang des Unionsrechts.¹⁰¹ Die verfassungsrechtlichen Grundsätze der Union stehen grundsätzlich über den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Mitgliedstaaten. Aus der Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit aus Art. 4 Abs. 3 EUV ergibt sich zudem, dass „ein Mitgliedstaat Gemeinschaftshandlungen jedweder Art nicht beeinträchtigen“ darf.¹⁰² Daraus folgt, dass ein unionsrechtswidriger ICSID-Schiedsspruch

⁹⁸ EuGH, Rs. C-126/97, *Eco Swiss*, ECLI:EU:C:1999:269, Rn 37.

⁹⁹ Siehe *Schreuer/Malintoppi/Reinisch/Sinclair*, *The ICSID Convention: Commentary*, Art. 54 ICSID, Rn 40; *Wehland*, *JWT* 17 (2016), 942 (957); A.A. *Baldwin/Kantor/Nolan*, *J. Int'l Arb.* 23 (2006), 1 ff.

¹⁰⁰ Zur Frage der Anwendung des Art. 351 Abs. 1 AEUV auf die ICSID-Konvention, siehe unten E. IV. 2. d.

¹⁰¹ Dazu grundlegend: *Kruis*, *Der Anwendungsvorrang des EU-Rechts in Theorie und Praxis*.

¹⁰² Schlussanträge des GA *Maduro* in den Rs. C-205/06 und C-249/06, ECLI:EU:C:2008:391, Rn 38.

wegen des Vorrangs des Unionsrechts nicht durch die Mitgliedstaaten vollstreckt werden darf, selbst wenn der Mitgliedstaat dadurch gegen Art 54 Abs. 1 ICSID verstößt. Diese Auffassung hat auch die Europäische Kommission im *Micula*-Verfahren vertreten,¹⁰³ das mittlerweile vor dem EuG anhängig ist und damit durch die Unionsgerichte entschieden werden wird.¹⁰⁴ In derselben Streitigkeit hat der englische High Court das Verfahren über die Vollstreckung des ICSID-Schiedsspruchs bis zum Urteil des EuG mit der Begründung ausgesetzt, dass er anderenfalls seine unionsrechtlichen Verpflichtungen verletzen würde.¹⁰⁵ Daher spricht viel dafür, dass mitgliedstaatliche Gerichte im Fall einer Inkompatibilität zwischen dem Unionsrecht und einem ICSID-Schiedsspruch entsprechend der *Eco-Swiss*-Rechtsprechung des EuGH unionsrechtlich aufgrund des Effektivitätsgebots dazu verpflichtet sind, zur Durchsetzung des Unionsrechts § 1059 Abs. 2 ZPO auf ICSID-Schiedssprüche anzuwenden, die gegen grundlegende Bestimmungen des Unionsrechts verstoßen.

Auch wenn die Loyalität der mitgliedstaatlichen Gerichte dem Unionsrecht zu einer weitreichenden Durchsetzung gegenüber dem internationalen Investitionsrecht verhilft, endet die rechtliche Zugriffsmöglichkeit auf Schiedsverfahren und Schiedssprüche an den Grenzen des Unionsgebiets. Außerhalb dieses kann die Union die Vollstreckung von Schiedssprüchen jedenfalls auf rechtlchem Wege nicht verhindern. Denn Drittstaaten sind weder an das Unionsrecht noch an die Rechtsprechung des EuGH gebunden. Dagegen ist die Möglichkeit der Vollstreckung von Schiedssprüchen außerhalb des Gaststaates ein Kernelement des Vollstreckungsregimes des internationalen Investitionsschutzes. Und dennoch ist damit nicht gesagt, dass Schiedssprüche, die auf Grundlage eines Intra-EU-BITs ergangen sind, ohne weiteres in Drittstaaten vollstreckt werden können. Die Vollstreckbarkeit von Schiedssprüchen in Drittstaaten ist von vielen Faktoren abhängig, etwa der Schiedsinstitution, dem Schiedsort und der Rechtsordnung des Drittstaats.

III. Der Energiechartervertrag

Eine der wichtigsten Fragen nach dem *Achmea*-Urteil ist, welche Folgen die Rechtsprechung des EuGH zu Intra-EU-BITs für den ECT hat. Der Vertrag über die Energiecharta ist ein plurilateraler Vertrag mit gegenwärtig 53 Mitgliedern, dessen Vertragsparteien neben allen EU-Mitgliedstaaten (außer Italien), EURATOM und die EU

¹⁰³ *Ioan Micula et al. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/20, Award vom 11. Dezember 2013, para. 334 ff.

¹⁰⁴ Siehe EuG, Rs. T-694/15 und T-704/15 (*Micula*).

¹⁰⁵ High Court of Justice, *Viorel Micula et al. v. Romania*, Urt. v. 20. Januar 2017, [2017] EWHC 31 (Comm). Zwar hat der High Court bestritten, dass die Aussetzung der Vollstreckung gegen Art. 54 ICSID verstößt. Denn Artikel 54 ICSID verlange nur „to recognize the award as binding and to enforce the pecuniary obligations imposed by the award *as if it were a final decision of a domestic court*“, Rn 129, ein „purely domestic judgment“ wäre jedoch ebenfalls an unionsrechtliche Verpflichtungen gebunden. Rn 132. Aus völkerrechtlicher Perspektive kann diese Auslegung des Art. 54 ICSID nicht überzeugen. Art. 54 ICSID zielt darauf ab, Schiedssprüche zu denationalisieren und damit ICSID-Schiedssprüche gerade keiner materiellrechtlichen Überprüfung durch innerstaatliche Gerichte auszusetzen. Siehe *Ahmer*, Investor-Staat-Schiedsverfahren nach Europäischem Unionsrecht, 38. Aus der unionsrechtlichen Perspektive kommt es darauf indes ohnehin nicht an, weil unionsrechtliche Pflichten im Fall eines Normkonflikts völkerrechtlichen vorgehen.

selbst sowie mehrere Drittstaaten sind.¹⁰⁶ Gleichzeitig hat der Vertrag – ebenso wie Intra-EU-BITs – eine innerunionale Dimension, weil er auch im Verhältnis zwischen den Mitgliedstaaten anwendbar ist.¹⁰⁷ Der am 1. April 1998 in Kraft getretene ECT dient der internationalen Kooperation im Energiesektor.¹⁰⁸ Ebenso wie die Mehrheit der Intra-EU-BITs wurde der ECT gegründet, um nach dem Zusammenbruch der Sowjetunion und des Warschauer Pakts einen völkerrechtlichen Rahmen für eine Intensivierung der wirtschaftlichen Beziehungen zu den osteuropäischen Staaten zu schaffen.¹⁰⁹ Bedenken wegen der Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht wurden in der Gründungsphase des ECT nicht vorgetragen. Vielmehr war die EU, insbesondere in Gestalt der Kommission, die treibende Kraft hinter der Gründung des ECT, der als „brainchild of the European Union“ bezeichnet wird.¹¹⁰

Regelungsschwerpunkte des ECT sind der Schutz ausländischer Investoren und die Möglichkeit der Streitbeilegung durch Investitionsschiedsgerichte.¹¹¹ Nach Art. 26 ECT kann der Investor Streitigkeiten mit einer Vertragspartei über eine Investition im Gebiet dieser Vertragspartei vor ein Investitionsschiedsgericht bringen. Auf keine andere Schiedsgerichtsklausel haben sich Investoren weltweit so häufig berufen wie auf Art. 26 ECT.¹¹² Gegenwärtig sind allein 50 Intra-EU-Verfahren im Rahmen des ECT anhängig, die große Mehrheit davon gegen Spanien, Italien und Tschechien wegen der Rücknahme von Subvention für Solarenergie-Anlagen.¹¹³ Auch das Investor-Staat-Streitverfahren zwischen dem schwedischen Energiekonzern Vattenfall und der Bundesrepublik Deutschland im Zusammenhang mit dem Atomausstieg, in dem Vattenfall Schadensersatzforderungen in Höhe von 4,7 Milliarden Euro geltend macht,¹¹⁴

¹⁰⁶ Italien hat den ECT zum 1. Januar 2016 gekündigt. Kontextualisierend: *De Luca*, TDM 3(2015).

¹⁰⁷ Zwar hat die Kommission die Anwendbarkeit des ECT auf innerunionale Sachverhalte bestritten. Vgl. *Electrabel v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19, Decision on Jurisdiction vom 30. November 2012, Rn 5.20, wo die entsprechende Stellungnahme der Kommission durch das Schiedsgericht in weiten Teilen wörtlich wiedergegeben wird. Aus der Entstehungsgeschichte und aus dem Wortlaut des ECT lässt sich indes keine Einschränkung der Anwendbarkeit bei innerunionale Sachverhalten entnehmen. Auch die Annahme einer *Implied-disconnection*-Klausel, wie von der Kommission vertreten, kann nicht überzeugen. Dazu im Einzelnen *Rösch*, Intraeuropäisches Investitionsrecht, 194 ff.

¹⁰⁸ Vgl. Art. 2 ECT.

¹⁰⁹ Ausführlich zu den Gründen: *Konoplyanik/Wälde*, J. Energy & Nat. Resources L. 24 (2006), 523 (524 ff.).

¹¹⁰ So *Electrabel v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19, Decision on Jurisdiction vom 30. November 2012, para. 4.60.

¹¹¹ Dazu im Einzelnen: *Roel/Happold*, Settlement of investment disputes under the Energy Charter Treaty.

¹¹² Von weltweit 855 Investor-Staat-Schiedsverfahren, die der UNCTAD bekannt sind, wurden allein 113 davon, oder 13,2%, auf Grundlage des ECT eingeleitet. Vgl. Erhältlich im Internet: <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>> (besucht am 14. Mai 2018).

¹¹³ *Cross/Kube*, Is the arbitration clause of the Energy Charter Treaty compatible with EU law in its application between EU Member States?, 2018, 1 f.

¹¹⁴ *Vattenfall v. Germany*, ICSID Case No. ARB/12/12. Zum Hintergrund: *Gundel*, EnWZ (2016), 243 ff.

sowie der höchste bekannte Schiedsspruch in der Geschichte der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit in Höhe von 50 Milliarden US-Dollar im Fall *Yukos v. Russia*,¹¹⁵ beruhen auf Art. 26 ECT.

Das *Achmea*-Urteil des EuGH wirft die – vor diesem Hintergrund auch rechtspraktisch sehr bedeutsame – Frage der Vereinbarkeit Art. 26 ECT mit der Autonomie des Unionsrechts auf.¹¹⁶ Wie im Fall der Intra-EU-BITs, hat sich die Europäische Kommission noch vor dem *Achmea*-Urteil auf den Standpunkt gestellt, dass Art. 26 ECT im Verhältnis zwischen den Mitgliedstaaten nicht mit dem Unionsrecht vereinbar ist.¹¹⁷ Auch die Bundesregierung stellt sich im Zusammenhang mit dem Vattenfall-Verfahren auf den Standpunkt, dass die Zulässigkeit von Investor-Staat-Streitbelegungsverfahren nach dem ECT infolge des *Achmea*-Urteils „neu bewertet werden muss“.¹¹⁸ Soweit ein auf Grundlage des Art. 26 ECT gegründetes Investitionsschiedsgericht seinen Sitz in einem EU-Mitgliedstaat hat, könnte der beklagte Mitgliedstaat die Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung oder die Unvollstreckbarkeit des Schiedsspruchs vor einem nationalen Gericht geltend machen, welches die Frage der Vereinbarkeit des Art. 26 ECT mit der Autonomie des Unionsrechts dem EuGH mittels des Vorlageverfahren nach Art. 267 AEUV vorlegen könnte.

Im *Achmea*-Urteil gründet der Gerichtshof die Unvereinbarkeit der Investor-Staat-Streitbelegung in Intra-EU-BITs mit der Autonomie des Unionsrechts auf drei – in Rn. 58 des Urteils zusammengefasste – Merkmale: Erstens kann die Auslegung des Investitionsschiedsgerichts die Auslegung „des Unionsrechts betreffen“, zweitens entzieht dieser alternative Streitbelegungsmechanismus den nationalen Gerichten Streitigkeiten im Anwendungsbereich des Unionsrechts und beeinträchtigt somit „das in Art. 267 AEUV vorgesehene Vorabentscheidungsverfahren“, und drittens wird dadurch der „Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens zwischen den Mitgliedstaaten“ in Frage gestellt.¹¹⁹ Alle diese Merkmale liegen im Wesentlichen auch bei innerunionalen Streitigkeiten im Rahmen des ECT vor. Zum Ersten würde ein auf der Grundlage von Art. 26 ECT errichtetes Investitionsschiedsgericht zumindest potenziell unionsrechtliche Bestimmungen auslegen. Zwar unterscheidet sich die Rechtsanwendungsklausel des Art. 26 Abs. 6 ECT insofern von der entsprechenden Klausel des Niederland-Slowakei-BIT, dem Art. 8 Abs. 6 des BIT, das Gegenstand des *Achmea*-Urteils war, als dass das Recht des Gaststaates nicht Bestandteil des anwendbaren Rechts ist. Nach Art. 26 Abs. 6 ECT zählen neben den Bestimmungen des ECT nur die „geltenden Regeln und Grundsätzen des Völkerrechts“ zum anwendbaren Recht. Nach der überzeugenderen Lesart des *Achmea*-Urteils dürfte diese Unterscheidung für den EuGH jedoch nicht

¹¹⁵ *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. Russia*, UNCITRAL PCA Case No. AA 227, Award vom 18. Juli 2014.

¹¹⁶ Noch vor dem *Achmea*-Urteil wurde es für unwahrscheinlich erachtet, dass der EuGH den Art. 26 ECT bei innerunionalen Streitigkeiten für unanwendbar erklären wird. *J. Kleinheisterkamp*, JIEP 15 (2012), 85 (108). *Achmea* ist allerdings Ausdruck einer neuen Dimension der Autonomiewahrung, die diese Einschätzung infrage stellt. Siehe oben unter D.

¹¹⁷ *Blusun S.A. et. al. v. Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/14/3, Award vom 27. Dezember 2016, para. 288.

¹¹⁸ Siehe Antwort des Staatssekretärs *Nußbaum* vom 23. April 2018 auf die schriftliche Frage des Abgeordneten *Perli*, BTDr. 19/1908, 23.

¹¹⁹ EuGH, Rs. C-284/16, *Achmea*, ECLI:EU:C:2018:158, Rn 58.

maßgeblich sein. Denn auch im Rahmen des ECT kann ein Investitionsschiedsgericht Unionsrecht als Tatsache auslegen. Dem EuGH kommt es in *Achmea* aber nicht auf die investitionsrechtliche Unterscheidung zwischen dem anwendbaren Recht und Tatsachen an, sondern darauf, dass Mitgliedstaaten im unionalen Binnenbereich keine alternativen Streitbeilegungsforen einrichten.¹²⁰ Zum Zweiten wäre bei Streitigkeiten vor einem Investitionsschiedsgericht eine Befassung des EuGH nicht gesichert. Denn nach der *Achmea*-Rechtsprechung sind Investitionsschiedsgerichte weder ein „Gericht eines Mitgliedstaats“ iSd Art. 267 AEUV, noch ein „mehreren Mitgliedstaaten gemeinsames Gericht“, die zu einer Vorlage an den EuGH befugt wären. Zum Dritten ist bei innerunionalen Streitigkeiten im Rahmen des ECT – genauso wie bei Intra-EU-BITs – auch der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens betroffen, weil diese Streitigkeiten von den nationalen Gerichten auf internationale Investitionsschiedsgerichte ausgelagert werden.

Der einzige wesentliche Unterschied zwischen Intra-EU-BITs und der intraunionalen Dimension des ECT liegt darin, dass bei letzterem neben EU-Mitgliedstaaten auch die EU selbst und Drittstaaten Vertragspartner sind. Es ist aber zweifelhaft, ob allein dieser Umstand eine andere rechtliche Beurteilung rechtfertigt.¹²¹ Zwar weist der EuGH im *Achmea*-Urteil darauf hin, dass die Schaffung eines mit der Auslegung einer internationalen Übereinkunft betrauten Gerichts „grundsätzlich nicht mit dem Unionsrecht unvereinbar“ ist.¹²² Das bedeutet aber – etwa im Umkehrschluss – noch nicht, dass diese Abkommen mit dem Unionsrecht vereinbar wären. Wie für Intra-EU-BITs stellt der Gerichtshof auch hier die Bedingung auf, dass „die Autonomie der Union und ihrer Rechtsordnung gewahrt bleibt“.¹²³ Die drei Merkmale, die der EuGH in *Achmea* für eine Beeinträchtigung der Autonomie des Unionsrechts als maßgeblich betrachtet hat, liegen auch bei innerunionalen Streitigkeiten im Rahmen des ECT vor. Im unionsrechtlichen Primärrecht finden sich keine Anhaltspunkte dafür, Abkommen der EU schonender oder völkerrechtsfreundlicher zu beurteilen als Abkommen der Mitgliedstaaten. Ganz im Gegenteil: Art. 351 Abs. 1 AEUV wahrt Übereinkünfte der Mitgliedstaaten, die vor dem Beitritt zur EU geschlossen wurden, auch im Verhältnis zum Primärrecht. Dagegen stehen die von der EU geschlossenen Abkommen nach Art. 216 AEUV im Rang unterhalb des Primärrechts und lassen deshalb keine Abweichungen vom primärrechtlichen Grundsatz der Autonomie des Unionsrechts zu.

¹²⁰ Siehe oben unter E. I.

¹²¹ So auch *Hess*, *The Fate of Investment Dispute Resolution after the Achmea Decision of the European Court of Justice*, 16.

¹²² EuGH, Rs. C-284/16, *Achmea*, ECLI:EU:C:2018:158, Rn 57.

¹²³ *Ibid.*

IV. Art. 351 Abs. 1 AEUV

Eine andere rechtliche Beurteilung für Intra-EU-BITs, für die Vollstreckung von ICSID-Schiedssprüchen und für den ECT kann sich jedoch aus der Unberührtheitsklausel des Art. 351 Abs. 1 AEUV ergeben.¹²⁴ Diese Vorschrift wahrt die völkerrechtlichen Altverträge der Mitgliedstaaten, die „von einem oder mehreren Mitgliedstaaten“ vor dem Inkrafttreten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft am 1. Januar 1958 bzw. vor dem Zeitpunkt des EU-Beitritts der betroffenen Mitgliedstaaten geschlossen wurden. Sie ist in besonderer Weise Ausdruck der Völkerrechtsfreundlichkeit der Unionsrechtsordnung, denn sie erlaubt eine Beschränkung des allgemeinen Anwendungsvorrangs des Unionsrechts, damit die Mitgliedstaaten ihre früheren völkerrechtlichen Verpflichtungen erfüllen können. Dem EuGH zufolge handelt es sich um „eine Vorschrift von allgemeiner Tragweite“, die „unabhängig von dem in ihnen geregelten Gegenstand für alle internationalen Übereinkünfte [gilt], die sich auf die Anwendung des Vertrags auswirken können“.¹²⁵ Rechtstechnisch lässt sich Art. 351 Abs. 1 AEUV als „suspended supremacy“¹²⁶ oder als Einrede¹²⁷ gegen den Vorrang des Unionsrechts einstufen und kann damit auch eine vorrangige Anwendung des unionsalen Primärrechts, einschließlich des Grundsatzes der Autonomie des Unionsrechts, verhindern.

1. Die Wahrung der Rechte von Drittstaaten als Normzweck

Der Schutzzweck des Art. 351 Abs. 1 AEUV liegt in der Wahrung der Rechte von Drittstaaten, die sich nicht unionsrechtlichen Verpflichtungen unterworfen haben.¹²⁸ Entsprechend dem Grundsatz des *pacta tertiis* sollen die Rechte von Drittstaaten durch den Beitritt des Vertragspartners zur EU nicht beeinträchtigt werden. Daraus folgt im Umkehrschluss, dass Art. 351 Abs. 1 AEUV im Verhältnis zwischen zwei Mitgliedstaaten nicht anwendbar ist. Das ergibt sich bereits aus dem Wortlaut, wonach die Vorschrift nur für Verträge „zwischen einem oder mehreren Mitgliedstaaten einerseits und einem oder mehreren dritten Ländern“ gilt. Dementsprechend betrifft Art. 351 Abs. 1 AEUV nach ständiger Rechtsprechung des EuGH „nicht die nur zwischen Mitgliedstaaten geschlossenen Übereinkünfte“.¹²⁹ Das lässt sich damit begründen, dass die Mitgliedstaaten mit dem Beitritt zur EU die Aufgabe ihrer Rechte – aber nicht ihrer Pflichten – aus völkerrechtlichen Altverträgen in Kauf nehmen.

¹²⁴ Instruktiv zu Art. 351 AEUV: *Schütze*, Cambridge Y.B. Eur. Legal Stud. 9 (2006), 387 ff.; *Rosas*, Fordham Int'l L. J. 34 (2011), 1304 ff.; *Klabbers*, Treaty Conflict and the European Union; *van Rossem*, Neth. Yb. Int'l L. 40 (2009), 183 ff.; *Terhechte*, EuR (2010), 517 ff.; *Lorenzmeier*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union, Art. 351 AEUV; *Lavranos*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg), Europäisches Unionsrecht, Art. 351 AEUV; *Schmalenbach*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg), Art. 351 EUV/AEUV.

¹²⁵ EuGH, Rs. 812/79, *Burgoa*, ECLI:EU:C:1980:231, Slg 1980, 2787, Rn 6. Siehe auch EuGH, Rs. C-84/98, *Kommission/Portugal*, ECLI:EU:C:2000:359, Rn 52; EuGH, Rs. C-466/98, *Kommission/Vereinigtes Königreich*, ECLI:EU:C:2002:624, Rn 23.

¹²⁶ *Schütze*, Cambridge Y.B. Eur. Legal Stud. 9 (2006), 387 (391).

¹²⁷ *Petersmann/Spennemann*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Art. 307 EGv, Rn 12.

¹²⁸ EuGH, Rs. 812/79, *Burgoa*, ECLI:EU:C:1980:231, Slg 1980, 2787, Rn 8.

¹²⁹ EuGH, Rs. 235/87, *Matteucci*, ECLI:EU:C:1988:460, Rn 21. Siehe auch EuGH, Rs. C-3/91, *Exportur*, ECLI:EU:C:1992:420, Rn 8.

Demnach ist 351 Abs. 1 AEUV auf Intra-EU-BITs, also BITs zwischen zwei Mitgliedstaaten, nicht anwendbar. Dagegen erfordert die Frage der Anwendbarkeit der Norm auf die ICSID-Konvention und auf den ECT eine differenzierte Betrachtung. Beides sind multi- bzw. plurilaterale Verträge, bei denen Drittstaaten Vertragsparteien sind. Beide Verträge wurden von einigen Mitgliedstaaten vor dem Beitritt zur EU ratifiziert. Daraus folgt aber wegen des Normzwecks der Vorschrift nur dann die Anwendbarkeit des Art. 351 Abs. 1 AEUV, wenn die Rechte von Drittstaaten beeinträchtigt würden, wenn EU-Mitgliedstaaten den Art. 26 ECT bzw. den Art. 54 ICSID im Verhältnis zueinander nicht anwendeten.

2. *Die Rechte von Drittstaaten im Sinne von Art. 351 Abs. 1 AEUV und die Erfüllungsstruktur des Art. 26 ECT und des Art. 54 ICSID*

Die Reichweite der Rechte von Drittstaaten aus einer völkerrechtlichen Übereinkunft beurteilt sich nach völkerrechtlichen Regeln.¹³⁰ Maßgeblich für die Anwendbarkeit des Art. 351 Abs. 1 AEUV ist folglich die Erfüllungsstruktur des Art. 26 ECT bzw. des Art. 54 ICSID. Im Völkerrecht wird zwischen einer bilateralen und einer multilateralen Erfüllungsstruktur unterschieden.¹³¹ Die Bedeutung dieser Unterscheidung lässt sich am Beispiel des Art. 26 ECT und des Art. 54 ICSID illustrieren. Haben diese Bestimmungen eine bilaterale Erfüllungsstruktur, verletzt ihre Nichtanwendung durch EU-Mitgliedstaat A gegenüber den Investoren von EU-Mitgliedstaat B nur die Rechte von Mitgliedstaat B, aber nicht die Rechte von Drittstaaten, deren Investoren dadurch nicht betroffen sind. Weisen Art. 26 ECT bzw. Art. 54 ICSID dagegen eine multilaterale Erfüllungsstruktur im Sinne einer Verpflichtung *erga omnes partes* auf, wird der Zugang für Investoren der Vertragsparteien zur Investor-Staat-Streitbeilegung bzw. die Vollstreckung von ICSID-Schiedssprüchen ohne materiell-rechtliche Überprüfung durch innerstaatliche Gerichte jedem Staat geschuldet werden, auch wenn dessen Investoren nicht betroffen sind.

a) *Die Bedeutung der Erfüllungsstruktur völkerrechtlicher Verpflichtungen im Unionsrecht*

Die Bedeutung der völkerrechtlichen Unterscheidung zwischen einer bilateralen und einer multilateralen Erfüllungsstruktur für die Anwendung des Art. 351 Abs. 1 AEUV (damals Art. 234 EWG) hat Generalanwalt Warner in der Rs. *Henn und Darby* präzise in Hinsicht auf das Genfer Abkommen zur Bekämpfung der Verbreitung unzüchtiger Veröffentlichungen von 1923 zusammengefasst:

„Zwei Auslegungen dieses Abkommens wurden vor uns erörtert. Nach der einen Auslegung schafft das Abkommen jedenfalls hinsichtlich der Ein- und Ausfuhren lediglich eine Reihe zweiseitiger Verpflichtungen zwischen den

¹³⁰ Lorenzmeier, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union, Art. 351 AEUV, Rn 20.

¹³¹ Dazu grundlegend *Simma*, Recueil des Cours 250 (1994-VI), 217 (229 ff.).

Vertragsparteien. Trifft diese Auslegung zu, so geht der Vertrag im Verhältnis der Mitgliedstaaten der Gemeinschaft untereinander dem Abkommen vor, so daß das Abkommen auf Ein- und Ausfuhren zwischen den Mitgliedstaaten nicht mehr abwendbar ist [...]. Dann aber ist ein Mitgliedstaat nicht berechtigt, unter Berufung auf seine Verpflichtungen nach dem Abkommen Verbote für Einfuhren aus anderen Mitgliedstaaten zu verhängen.

Nach der anderen Auslegung schafft das Abkommen mehrseitige Verpflichtungen zwischen allen ihm angehörenden Parteien, so daß die Staaten, die dem Abkommen, aber nicht der Gemeinschaft angehören, einen Anspruch auf Beachtung der Bestimmungen des Abkommens auch im Hinblick auf die Ein- und Ausfuhren zwischen Mitgliedstaaten haben [...]. Trifft diese Auslegung des Abkommens zu, so ist ein Mitgliedstaat [...] berechtigt, Verbote oder Beschränkungen der Einfuhr aus anderen Mitgliedstaaten insoweit zu verhängen, als es zur Erfüllung seiner Verpflichtungen aus dem Abkommen erforderlich ist.¹³²

Auch für die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 351 Abs. 1 AEUV ist die völkerrechtliche Unterscheidung zwischen einer bilateralen und einer multilateralen Erfüllungsstruktur wesentlich.¹³³ Im ersten Urteil zu Art. 351 Abs. 1 AEUV (damals Art. 234 EWG), im Fall *Kommission v. Italien*, versagte der EuGH Italien die Berufung auf diese Vorschrift zur Rechtfertigung einer Verletzung des Unionsrechts zur Erfüllung seiner Verpflichtungen aus dem GATT gegenüber anderen Mitgliedstaaten aufgrund der Erwägung, dass die Rechtsnatur der GATT-Verpflichtungen bilateral sei und die Rechte von Drittstaaten nicht betroffen wären.¹³⁴ Nach dem EuGH kann ein gemeinschaftsrechtlich vorgeschriebener Zollabbau „von dritten Ländern nicht beanstandet werden, vorausgesetzt, daß dieser Abbau [...] nicht die Rechte der dritten Länder aus den geltenden Übereinkünften beeinträchtigt“.¹³⁵

Dagegen hat der EuGH im *Levy*-Urteil eine multilaterale Erfüllungsstruktur des sich aus dem ILO-Übereinkommen ergebenden Verbots der Nachtarbeit für Frauen vorausgesetzt und sah auf dieser Grundlage die Rechte von Drittstaaten – trotz der innerunionalen Natur der Streitigkeit zwischen dem französischen Staatsbürger Herr Levy und Frankreich – als betroffen an. Maßgeblich für die Frage, „ob eine Gemeinschaftsbestimmung gegenüber einer früheren internationalen Übereinkunft zurückzutreten hat“, ist nach dem EuGH, „ob diese Übereinkunft dem betroffenen Mitgliedstaat Pflichten auferlegt, deren Erfüllung die der Übereinkunft beigetretenen Drittstaaten weiterhin verlangen können“.¹³⁶

¹³² Schlussanträge des GA Warner in der Rs. 34/79, ECLI:EU:C:1979:246, Slg. 1979, 3818 (3833).

¹³³ Dazu Klabbers, Netherlands Yb. Int'l L. 30 (1999), 45 (62 ff.).

¹³⁴ *Ibid.*, S. 62 f.

¹³⁵ EuGH, Rs. 7/61, *Kommission v. Italien*, Slg. 1961, 7 (23).

¹³⁶ EuGH, Rs. C-158/91, *Levy*, Slg. 1993, I-4300, Rn 13.

b) *Kriterien einer multilateralen Erfüllungsstruktur im Völkerrecht*

Maßgeblich für die Erfüllungsstruktur einer völkerrechtlichen Verpflichtung ist, ob diese im Staatengemeinschaftsinteresse liegt oder auf eine bilaterale Beziehung von Staat zu Staat reduziert werden kann.¹³⁷ Der Internationale Gerichtshof hat im *Barcelona-Traction-Urteil* *Erga-omnes*-Verpflichtungen als Verpflichtungen definiert, die „towards the international community as a whole“ geschuldet werden und bereits ihrem Wesen nach ein „concern of all States“ sind.¹³⁸ Mittlerweile dürfte anerkannt sein, dass Staatengemeinschaftsinteressen über die enge Kategorie der *Erga-omnes*-Verpflichtungen hinausgehen und in vielen Bereichen des Völkerrechts, insbesondere im Rahmen von Menschenrechts- und Umweltschutzabkommen, bestehen.¹³⁹ Wann und unter welchen Voraussetzungen eine völkerrechtliche Bestimmung im Staatengemeinschaftsinteresse liegt, ist umstritten und lässt sich nicht allgemein sagen. Jedenfalls ist anerkannt, dass ein multilateraler Vertrag noch nicht selbstverständlich eine multilaterale Erfüllungsstruktur indiziert. Erforderlich ist vielmehr eine Exegese jeder einzelnen Norm im systematischen Gesamtkontext des völkerrechtlichen Vertrags. Maßgebliche Kriterien sind u.a. die Bedeutung der Norm für den Vertrag, die Einschränkungen der Derogation von der Norm und die Verleihung subjektiver Rechte zugunsten des Einzelnen.¹⁴⁰

In der investitionsrechtlichen Literatur wird vertreten, dass die Verpflichtungen selbst in plurilateralen Investitionsschutzverträgen „don't seem to have moved beyond bundles of bilateral obligations“.¹⁴¹ Für diese allgemeine Einschätzung spricht, dass Investitionsschutzverträge, seien sie bilateral, seien sie multilateral, seien sie plurilateral, dem Schutz des Investors aus dem Heimatstaat im Gaststaat dienen und sich damit – im Unterschied zu menschen- oder umweltrechtlichen Verträgen – grundsätzlich in eine Vielzahl bilateraler Verpflichtungen aufteilen lassen. Aber auch wenn diese Einschätzung allgemein zutreffend erscheint, folgt daraus noch nicht, dass sie in Hinsicht auf jede einzelne investitionsrechtliche Norm angemessen ist.

c) *Die multilaterale Erfüllungsstruktur des Art. 26 ECT*

Für Art. 26 ECT ist eine abweichende Beurteilung geboten. Eine Berücksichtigung dieser Vorschrift im Gesamtzusammenhang des ECT zeigt, dass die Norm im Staatengemeinschaftsinteresse der Vertragsparteien liegt. Das ergibt sich insbesondere aus

¹³⁷ Zum Begriff des Staatengemeinschaftsinteresses: *Frowein*, in: Hailbronner u.a. (Hrsg), FS Doehring, 219 ff.

¹³⁸ IGH, *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited* (Belgium v. Spain), ICJ Reports 1970, 3, para. 33.

¹³⁹ Dazu näher *Tietje/Lang*, in: Benvenisti/Nolte (Hrsg), *Community Interests Across International Law*, 191 (192 f.).

¹⁴⁰ Siehe allgemein *Besson*, in: Benvenisti/Nolte (Hrsg), *Community Interests Across International Law*, 36 (41 ff.); in Hinsicht auf das WTO-Recht: *Tietje/Lang*, in: Benvenisti/Nolte (Hrsg), *Ibid.*, 191 (200 ff.).

¹⁴¹ *Paparinskis*, *British Yb. Int'l L.* 79 (2008), 264 (331). Dagegen dient das internationale Investitionsschutzrecht nach *Schill* und *Djanic* – jedenfalls in einem weiten Sinn – bestimmten Gemeinschaftsinteressen, siehe *Schill/Djanic*, in: Benvenisti/Nolte (Hrsg), *Community Interests Across International Law*, 221 ff.

Art. 16 ECT, demzufolge u.a. eine Abweichung von Teil V des Vertrags zur Streitbeilegung, dessen zentrale Bestimmung Art. 26 ECT ist, durch Bestimmungen einer früher oder später geschlossenen internationalen Übereinkunft nur zulässig ist, „soweit eine derartige Bestimmung für den Investor oder die Investition günstiger ist“. Das bedeutet im Umkehrschluss einerseits, dass jede anderweitige völkerrechtliche Vereinbarung zwischen zwei oder mehr Vertragsparteien, die Investoren nicht günstiger als die materiellen und prozeduralen Schutzstandards des ECT behandelt, Art. 26 ECT nicht *inter se* modifizieren kann. Andererseits bringt Art. 16 ECT die individualschützende Dimension des Art. 26 ECT zum Ausdruck, die das Investitionsschiedstribunal in *Plama* auf den Punkt gebracht hat:

For all these reasons, Article 26 ECT provides to a covered investor an almost unprecedented remedy for its claim against a host state. The ECT has been described, together with NAFTA, as ‘the major multilateral treaty pioneering the extensive use of legal methods characteristic of the fledgling regulation of the global economy’, of which ‘perhaps the most important aspect of the ECT’s investment regime is the provision for compulsory arbitration against governments at the option of foreign investors [...]’; and these same distinguished commentators concluded: ‘With a paradigm shift away from mere protection by the home state of investors and traders to the legal architecture of a liberal global economy, goes a coordinated use of trade and investment law methods to achieve the same objective: a global level playing field for activities in competitive markets’. By any standards, Article 26 is a very important feature of the ECT which is itself a very significant treaty for investors, marking another step in their transition from objects to subjects of international law.”¹⁴²

Die zentrale Bedeutung des Art. 26 ECT für den Gesamtvertrag wird darüber hinaus dadurch zum Ausdruck gebracht, dass nach der sog. *Sunset*-Klausel des Art. 45 Abs. 3 (b) ECT die Verpflichtungen aus Teil V des Vertrags noch zwanzig Jahre nach der Kündigung des ECT bestehen bleiben. Damit zeigen der Art. 16 ECT und der Art. 45 Abs. 3 (b) ECT in Hinsicht auf die Investor-Staat-Streitbeilegungsklausel des Art. 26 ECT dreierlei: Erstens ist Art. 26 ECT von fundamentaler Bedeutung für den Gesamtvertrag, zweitens sind Abweichungen vom Art. 26 ECT durch völkerrechtliche *Inter-se*-Vereinbarungen nur unter strengen Bedingungen zulässig und dürfen insbesondere für den Investor nicht ungünstiger sein, drittens steht die individualschützende Dimension zugunsten des Investors im Zentrum des ECT. Aus völkerrechtlicher Perspektive sind diese allesamt gewichtigen Indikatoren für den Gemeinschaftscharakter und damit die multilaterale Erfüllungsstruktur des Art. 26 ECT.¹⁴³

¹⁴² *Plama Consortium v. Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction vom 8. Februar 2005, para. 141.

¹⁴³ In der investitionsrechtlichen Literatur wird teilweise argumentiert oder zumindest erwogen, dass sich bereits aus Art. 42 Abs. 4 ECT ergebe, dass die EU-Mitgliedstaaten Art. 26 ECT nicht untereinander unangewendet lassen dürften. Hess, *The Fate of Investment Dispute Resolution after the Achmea Decision of the European Court of Justice*, 17; *Leikin/Maniarelli*, *The Future of Intra-EU ECT Claims in the Face of EC Opposition: Boom or Bust?*, Kluwer Arbitration Blog vom 15.

Allerdings führt die multilaterale Erfüllungsstruktur des Art. 26 ECT nur dann zur Beeinträchtigung der Rechte von Drittstaaten i.S. von Art. 351 Abs. 1 AEUV, wenn die Rechtsschutzmöglichkeiten im Unionsrecht für Investoren ungünstiger als Art. 26 ECT sind. Die Europäische Kommission hat in ihren Stellungnahmen als Nebenintervenientin im Rahmen von innerunionalen Investitionsstreitverfahren nach dem ECT den Standpunkt vertreten, dass das Unionsrecht Investoren im Vergleich mit Art. 26 ECT „an equivalent procedural protection“ zur Verfügung stelle.¹⁴⁴ Das „comprehensive EC system of judicial review“ sei dem „settlement of investor-state disputes by international arbitration“ gleichzusetzen.¹⁴⁵ Es ist aber eine Frage, dass das Unionsrecht ein umfassendes Rechtsschutzsystem entwickelt hat, das auch Investoren rechtsstaatlich hinreichende Rechtsschutzmöglichkeiten bietet und eine andere Frage, ob dieses Rechtsschutzsystem für Investoren, wie von Art. 16 ECT gefordert, günstiger als die schiedsgerichtliche Investor-Staat-Streitbeilegung ist. Die ungebrochene Attraktivität der Investor-Staat-Streitbeilegung, die letztlich ausschlaggebend dafür war, dass der EuGH diese in *Achmea* als konkurrierendes Streitbeilegungsforum eingestuft hat, das eine systemische Gefahr für die einheitliche Auslegung und Anwendung des Unionsrechts darstellt, ist ein deutlicher Hinweis darauf, dass Investoren die Investor-Staat-Streitbeilegungsmechanismen im Vergleich staatlichen Rechtsweg als günstiger – und nicht andersherum – betrachten.¹⁴⁶

d) Die bilaterale Erfüllungsstruktur des Art. 54 ICSID

Dagegen fehlt es Art. 54 ICSID an einer multilateralen Erfüllungsstruktur. Zwar handelt es sich um eine der zentralen Bestimmungen der ICSID-Konvention. Zudem deutet der Wortlaut, wonach „[j]eder Vertragsstaat“ und nicht der jeweils am Investor-Staat-Schiedsverfahren beteiligte Vertragsstaat den „erlassenen Schiedsspruch als bindend“ anerkennt, auf ein Staatengemeinschaftsinteresse hin. Darüber hinaus fehlt es dem Art. 54 ICSID allerdings an solchen Strukturmerkmalen, die für die Annahme einer multilateralen Erfüllungsstruktur hinsichtlich Art. 26 ECT maßgeblich waren.

September 2017). Nach Art. 42 Abs. 4 ECT sind zur Änderung des ECT „die Ratifikations-, Annahme- oder Genehmigungsurkunden von mindestens drei Vierteln der Vertragsparteien“ erforderlich. Da aber die EU-Mitgliedstaaten nur 54% der Vertragsparteien des ECT ausmachen, so das Argument, könnten sie nicht einfach ohne das erforderliche Quorum Art. 26 ECT abändern. Diese Ansicht verkennt jedoch, dass die Wiener Vertragsrechtskonvention zwei alternative Wege zur Abänderung eines multilateralen Vertrags vorsieht: die Änderung nach Art. 40 WVRK und die *Inter-se*-Modifikation nach Art. 41 WVRK. Art. 42 Abs. 4 ECT ist ein Fall der Vertragsänderung iSv Art. 40 WVRK. Zwar ist zutreffend, dass den EU-Mitgliedstaaten das erforderliche Stimmenquorum für eine Vertragsänderung fehlt. Durch Art. 42 Abs. 4 ECT wird aber nicht die Möglichkeit einer die *Inter-se*-Modifikation nach Art. 41 WVRK ausgeschlossen. So auch, in Hinsicht auf die WTO, *Pauwelyn*, EJIL 14 (2003), 907 (947), Fn 139. Dafür schließt Art. 16 ECT die Möglichkeit einer *Inter-se*-Modifikation zu Lasten des Investors aus.

¹⁴⁴ *Electrabel v. Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19, Decision on Jurisdiction vom 30. November 2012, para. 4.105.

¹⁴⁵ *Ibid.*

¹⁴⁶ Näher zu den Vorteilen des Rechtswegs vor internationalen Investitionsschiedsgerichten im Vergleich mit den Gerichten der EU aus der Investorensicht, siehe *Rösch*, Intraeuropäisches Investitionsrecht, 190 ff.

Insbesondere kennt die ICSID-Konvention keine dem Art. 16 ECT vergleichbare Kollisionsregel. Stattdessen stellt die ICSID-Konvention keine Einschränkungen für Derogationen von ihren Bestimmungen auf.¹⁴⁷ Die ICSID-Konvention verleiht – anders als Art. 26 ECT – auch keine Individualrechte an Investoren, sondern setzt die Verleihung durch andere völkerrechtliche Abkommen voraus. Nach Art. 1 Abs. 2 ICSID liegt der Zweck des International Centre for Settlement of Investment Disputes darin, „Vergleichs- und Schiedseinrichtungen zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten [...] zur Verfügung zu stellen“. ICSID bietet, mit anderen Worten, durch die Festlegung bestimmter Verfahrensregeln und die Übernahme administrativer Tätigkeiten einen rechtlichen und institutionellen Rahmen zur Durchführung von Investor-Staat-Streitbeilegungsverfahren. Im Ergebnis verletzen EU-Mitgliedstaaten vor diesem Hintergrund nicht die Rechte von Vertragsstaaten der ICSID-Konvention, die nicht Mitgliedstaaten der EU sind, soweit sie untereinander, also nur im Verhältnis zwischen den EU-Mitgliedstaaten, entgegen den Vorgaben des Art. 54 ICSID Schiedssprüche nicht vollstrecken, die mit grundlegende Bestimmungen des unionsrechtlichen Primärrechts unvereinbar sind.¹⁴⁸

3. *Das Auseinanderfallen zwischen Alt- und Neuverträgen bei multilateralen oder plurilateralen Übereinkünften*

Gegenwärtig sind 27 EU-Mitgliedstaaten Vertragspartei des ECT. Davon haben 13 den Vertrag vor ihrem Beitritt zur EU ratifiziert und 14 nach ihrem Beitritt bzw. nach Gründung der EWG. Das bedeutet, dass der ECT für 13 Mitgliedstaaten ein Altvertrag ist, den Art. 351 Abs. 1 AEUV grundsätzlich wahrt, und für 14 Mitgliedstaaten ein Neuvertrag, den Art. 351 Abs. 1 AEUV nicht umfasst.¹⁴⁹ Das wirft die Frage auf, wie Fälle des Auseinanderfallens zwischen Alt- und Neuverträgen bei multilateralen oder plurilateralen Übereinkünften auf der Folie des Art. 351 Abs. 1 AEUV einzuordnen sind. Im Prinzip bestehen drei Möglichkeiten: i) Art. 351 Abs. 1 AEUV ist allgemein auf die Übereinkunft anwendbar, ii) allgemein unanwendbar, oder iii) nur teilweise auf die 13 Mitgliedstaaten anwendbar, für die die Übereinkunft einen Altvertrag darstellt. Unstreitig ist, dass die Vorschrift im Fall des Auseinanderfallens jedenfalls nicht allgemein unanwendbar ist. Das würde dem Normzweck zuwiderlaufen.¹⁵⁰ Dieser besteht dem EuGH zufolge darin, „alle Folgen des Beitritts eines Mitgliedstaats zur Gemeinschaft zu beseitigen, die ihn an der Einhaltung früher geschlossener Übereinkünfte mit dritten Ländern hindern könnten“.¹⁵¹ Aus diesem Normzweck ergibt sich nach dem EuGH auch eine Verpflichtung der Unionsorgane, „die Erfüllung dieser Verpflichtungen durch den betreffenden Mitgliedstaat nicht zu behindern“.¹⁵² Insofern der EuGH

¹⁴⁷ Siehe *Reinisch*, JIEL 19 (2016), 761 (772 f.).

¹⁴⁸ In diesem Sinne auch *Reinisch*, *Ibid.*, 775 f. Mit einem anderen Ansatz: *Tietje/Wackernagel*, JWT 16 (2015), 205 ff.

¹⁴⁹ Vgl. *Cross/Kube*, Is the arbitration clause of the Energy Charter Treaty compatible with EU law in its application between EU Member States?, 2018, 33.

¹⁵⁰ Dazu oben unter E. IV. 1.

¹⁵¹ EuGH, Rs. 812/79, *Burgoa*, Slg. 1980, 2787 Rn 10.

¹⁵² *Ibid.*, Rn 11.

in der Konstellation des Auseinanderfallens die Anwendung des Art. 351 Abs. 1 AEUV ausschliesse, würde er die Mitgliedstaaten bei der Erfüllung ihrer Verpflichtungen gegenüber Drittstaaten aus den früheren Übereinkünften behindern. Dementsprechend hat der EuGH in *Burgoa* den Art. 351 Abs. 1 AEUV im Verhältnis zu Irland auf das Londoner Fischereiübereinkommen vom 9. März 1964 angewendet, für das das Abkommen ein Altvertrag war – und das obwohl die Gründungsmitgliedstaaten der EWG das Abkommen erst nach dem 1. Januar 1958 abgeschlossen hatten.¹⁵³

Die einzige Ausnahme von der Anwendung des Art. 351 Abs. 1 AEUV trotz Vorliegens seiner Voraussetzungen ergibt sich aus dem *Kadi-I*-Urteil. Dort hat der Gerichtshof betont, dass Art. 351 AEUV (damals Art. 307 EG) es „keinesfalls erlauben [könne], die Grundsätze in Frage zu stellen, die zu den Grundlagen der Gemeinschaftsrechtsordnung selbst gehören“.¹⁵⁴ In *Kadi* fasste der Gerichtshof unter diese grundlegenden Verfassungsgrundsätze den „Schutz der Grundrechte“ sowie „die Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Gemeinschaftsrechtsakte im Hinblick auf ihre Vereinbarkeit mit den Grundrechten durch den Gemeinschaftsrichter“.¹⁵⁵ Auch der Grundsatz der Autonomie des Unionsrechts zählt zu den Grundlagen der Unionsrechtsordnung. Auf Grundlage der *Kadi*-Rechtsprechung des EuGH könnte Art. 351 Abs. 1 AEUV bei Beeinträchtigungen der Autonomie des Unionsrechts unanwendbar sein. Allerdings wäre es aus normtheoretischer Sicht sehr problematisch, wenn jede Beeinträchtigung eines äußerst ambigen Prinzips wie des Grundsatzes der Autonomie des Unionsrechts, gleichgültig welcher Schwere, zur Folge hätte, positiv-rechtliche Vorschriften des Primärrechts wie Art. 351 AEUV außer Acht zu lassen, zumal der EuGH die „allgemeine[] Tragweite“ der Vorschrift betont.¹⁵⁶ Es spricht – nicht zuletzt wegen des besonderen Kontexts des Urteils – viel dafür, die *Kadi*-Rechtsprechung zu Art. 351 Abs. 1 AEUV auf schwere Beeinträchtigungen eines unionsrechtlichen Verfassungsgrundsatzes zu beschränken. Eine solche stellt die Existenz der Investor-Staat-Streitbeilegung selbst im innerunionalen Kontext jedoch nicht dar.¹⁵⁷ Daraus folgt dann aber auch, dass sich die 13 EU-Mitgliedstaaten, für die der ECT ein Altvertrag ist, zur fortgesetzten Anwendung des Art. 26 ECT auf Art. 351 Abs. 1 AEUV berufen können.

Daran schließt sich die Frage an, ob Art. 351 Abs. 1 AEUV über die 13 EU-Mitgliedstaaten hinaus, die den ECT vor ihrem Beitritt zur EU ratifiziert haben, einheitlich auf alle 27 EU-Mitgliedstaaten anwendbar ist, die Vertragspartei des ECT sind. Diese Frage wurde, soweit ersichtlich, weder in der rechtswissenschaftlichen Literatur erörtert, noch durch die Unionsgerichte entschieden, auch wenn es Hinweise darauf gibt, dass der EuGH von der Möglichkeit einer differenzierten Anwendung des Art. 351 Abs. 1 – in Abhängigkeit vom Zeitpunkt der Ratifikation der Übereinkunft durch den jeweiligen Mitgliedstaat – ausgeht.¹⁵⁸ Für eine solche differenzierte Anwendung lässt sich an-

¹⁵³ *Ibid.*, Rn 7.

¹⁵⁴ EuGH, Rs. C-402/05 und C-415/05 P, *Kadi*, Slg. 2008 I-6351, Rn 304.

¹⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁶ EuGH, Rs. 812/79, *Burgoa*, Slg. 1980, 2787 Rn 6.

¹⁵⁷ Siehe oben unter D.

¹⁵⁸ In der am 14. Oktober 1980 entschiedenen Rs. *Burgoa*, die die Anwendung des Art. 351 Abs. 1 AEUV (damals Art. 234 EWG) auf das Londoner Fischereiübereinkommen vom

führen, dass Art. 351 Abs. 1 AEUV als Einschränkung des allgemeinen Anwendungsvorrangs des Unionsrechts eng auszulegen und daher strikt auf die Fälle zu beschränken ist, die ausdrücklich und unstrittig vom Wortlaut erfasst sind.¹⁵⁹ Im spezifischen Fall des ECT würde aus rechtspolitischer Sicht für eine differenzierte Anwendung zudem sprechen, dass dadurch die – mit der Anwendung des ECT im Verhältnis zwischen den Mitgliedstaaten verbundenen – Probleme erheblich eingegrenzt werden könnten. Denn die große Mehrheit der Intra-EU-Verfahren im Rahmen des ECT betreffen Mitgliedstaaten, für die der ECT ein Neuvertrag ist.¹⁶⁰

Meines Erachtens sprechen dennoch die überzeugenderen Argumente für eine einheitliche Anwendung des Art. 351 Abs. 1 AEUV. Dafür lässt sich zunächst der Wortlaut der Norm anführen, der eine einheitliche Rechtsfolge anordnet: „Die Rechte und Pflichten aus Übereinkünften [...] werden durch die Verträge nicht berührt werden“. Art. 351 Abs. 1 AEUV unterscheidet hinsichtlich der Rechtsfolge also nicht zwischen den betreffenden (und nicht-betreffenden) Mitgliedstaaten, sondern stellt auf die Übereinkunft ab. Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Art. 351 Abs. 1 AEUV im Falle später beigetretener Staaten ist seinem Wortlaut nach, dass die Übereinkünfte von „einem oder mehreren Mitgliedstaaten“ vor dem Zeitpunkt ihres Beitritts mit Drittstaaten geschlossen wurden. Art. 351 Abs. 1 AEUV fordert folglich nicht, dass die Übereinkünfte für sämtliche beteiligte Mitgliedstaaten ein Altvertrag ist; es ist vielmehr ausreichend, dass die Übereinkunft zumindest für einen Mitgliedstaat ein Altvertrag darstellt.

9. März 1964 betraf, hatte sich schon einmal der Sachverhalt eines Auseinanderfallens zwischen Alt- und Neuverträgen hinsichtlich einer multilateralen Übereinkunft gestellt. Die entscheidende Frage war, ob sich Irland, das der EWG erst nach dem Abschluss des Fischereiübereinkommens beigetreten war, zur Wahrung der Rechte Spaniens, das damals noch ein Drittstaat war, zur Nichtbefolgung seiner gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtungen auf Art. 234 EWG berufen konnte. Der EuGH bejahte diese Frage: „Artikel 234 Absatz 1 EWG-Vertrag ist auf die Rechte und Pflichten anwendbar, die das am 9. März 1964 in London geschlossene Fischereiübereinkommen im Verhältnis zwischen Irland und Spanien begründet hat.“ EuGH, Rs. 812/79, *Burgoa*, Slg. 1980, S. 2787, 2808, Ls. 3. Herv. d. Verf. Dabei erklärte der Gerichtshof den Art. 234 EWG nicht allgemein auf das Fischereiübereinkommen für anwendbar, sondern nur im Verhältnis zwischen Irland und Spanien. Zuvor hatte bereits Generalanwalt *Captorti* in derselben Rechtssache – in noch deutlicherer Weise zugunsten einer uneinheitlichen Anwendung des Art. 234 EWG – festgestellt, „daß das Londoner Fischereiübereinkommen, das acht Jahre vor dem Beitritt Irlands, Großbritanniens und Dänemarks zur EWG unter Beteiligung aller derzeitigen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft und einiger Drittländer (darunter Spanien) geschlossen wurde, in den Anwendungsbereich des Artikels 234 in der durch den genannten Artikel 5 der Beitrittsakte angepaßten Fassung fällt, soweit es die Beziehungen zwischen Irland, dem Vereinigten Königreich und Dänemark und den Drittländern betrifft, die Partei des Übereinkommens sind.“ Schlussanträge des GA *Captorti* in der Rs. 812/79, ECLI:EU:C:1980:196, Slg. 1979, S. 2809, 2812. Herv. d. Verf. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die dritte Vorlagefrage des Circuit Court der Grafschaft Cork sich von vorneherein ausschließlich auf die Anwendbarkeit des Art. 234 EWG in Bezug auf die Mitgliedstaaten bezogen hatte, für die die Übereinkunft ein Neuvertrag war. Sie lautete: „Ist das Londoner Fischereiübereinkommen von 1964 ein Vertrag, für den Artikel 234 in der im Verhältnis zu Irland, dem Vereinigten Königreich und Dänemark durch Artikel 5 der Beitrittsakte angepaßten Fassung gilt?“. Siehe EuGH, *Ibid.*, 2791.

¹⁵⁹ Vgl. *Lorenzmeier*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union, Art. 351 AEUV, Rn 14.

¹⁶⁰ *Cross* und *Kube* legen dar, dass von den 50 anhängigen Intra-EU-Verfahren im Rahmen des ECT 43 gegen Mitgliedstaaten eingeleitet wurden, die bereits vor der Ratifizierung des ECT EU-Mitglied waren. Siehe *Cross/Kube*, Is the arbitration clause of the Energy Charter Treaty compatible with EU law in its application between EU Member States?, 2018, 33.

Auf den ECT bezogen, folgt daraus, dass in diesem Fall die einheitliche Rechtsfolge eintritt, dass der Vertrag – und damit auch Art. 26 ECT – vom unionalen Primärrecht unberührt bleibt.

Für dieses Verständnis spricht auch der Normzweck: Art. 351 Abs. 1 AEUV statuiert den Grundsatz der völkerrechtskonformen Integration. Er ist Ausdruck der völkerrechtlichen Prinzipien des *pacta sunt servanda* und des *res inter alios acta* – Verträge sind einzuhalten und Verträge zwischen zwei Vertragsparteien können nicht die Rechte und Pflichten Dritter berühren. Mit anderen Worten: Nur, weil ein Mitgliedstaat der EU beitrifft, gibt ihm das noch nicht das Recht, völkerrechtliche Übereinkünfte zu brechen und die daraus resultierenden Rechte von Drittstaaten zu negieren. Soweit aber Art. 351 Abs. 1 AEUV nicht auf die 14 EU-Mitgliedstaaten gelten soll, für die der ECT ein Neuvertrag ist, würde genau die Konsequenz eintreten, die Art. 351 Abs. 1 AEUV vermeiden will. Ein Bruch des ECT läge vor und die Rechte von Drittstaaten wären beeinträchtigt.¹⁶¹

Zuletzt würde eine uneinheitliche Anwendung des Art. 351 Abs. 1 AEUV aus externer wie aus interner Perspektive dem im Unionsrecht angelegten Gebot der Einheitlichkeit zuwiderlaufen. Nach Art. 21 Abs. 3 EUV achtet die Union „auf die Kohärenz zwischen den einzelnen Bereichen ihres auswärtigen Handelns sowie zwischen diesen und ihren übrigen Politikbereichen“. In Angelegenheiten der europäischen Außenpolitik betont der EuGH, dass „ein auf einheitlichen Grundsätzen beruhendes gemeinsames Vorgehen für die gesamte Gemeinschaft“ geboten ist.¹⁶² Im Zusammenhang mit Art. 351 AEUV ergibt sich zudem aus Abs. 2 S. 2 das Gebot, „eine gemeinsame Haltung“ einzunehmen, wenn auch unmittelbar nur in Bezug auf die Verpflichtung zur Behebung von Unvereinbarkeiten mit dem Unionsrecht. Soweit der EuGH aber der einen Hälfte der Mitgliedstaaten die Anwendung des Art. 26 ECT erlaubte und der anderen Hälfte untersagte, stünde dies in Spannung zum Gebot einer gemeinsamen Haltung. Aus einer internen Perspektive würde eine uneinheitliche Anwendung des Art. 351 Abs. 1 AEUV zudem die durch den Grundsatz der Autonomie des Unionsrechts geschützte einheitliche Auslegung und Anwendung des Unionsrechts beeinträchtigen. In diesem Fall wäre Art. 26 ECT in der einen Hälfte der Mitgliedstaaten anwendbar und in der anderen Hälfte nicht. Es ist gerade eine solche Fragmentierung der Rechtslage, wegen der die Kommission Intra-EU-BITs als „anomaly within the internal market“ betrachtet.¹⁶³ Daher wäre es geradezu widersinnig, wenn der EuGH zum

¹⁶¹ Zwar nimmt Art. 351 Abs. 1 AEUV im Fall von mitgliedstaatlichen Neuverträgen Völkerrechtsverstöße zur Gewährleistung des Vorrangs des Unionsrechts grundsätzlich in Kauf. Die dahinterstehende Ratio ist, dass in dieser Konstellation keine hinreichend schutzwürdigen Erwartungen auf die Einhaltung der späteren völkerrechtlichen Übereinkunft bestehen, weil die Mitgliedstaaten die daraus resultierenden Verpflichtungen in Kenntnis ihrer damit konfligierenden unionsrechtlichen Pflichten eingegangen sind. Auf den Fall des ECT passt diese Ratio jedoch nicht, weil zum Zeitpunkt des Abschlusses des ECT ein Normkonflikt mit dem Unionsrecht noch nicht vorhersehbar war.

¹⁶² EuGH, Rs. 1/75, *Lokale Kosten*, Slg. 1975, 1355 (1364). Noch prononcierter: Schlussanträge des GA *Tesouro* in der Rs. C-53/96, ECLI:EU:C:1997:539, Rn 21: „The Community legal system [...] seeks to function and to represent itself to the outside world as a unified system.“ Zum Zusammenhang zwischen dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit und dem Grundsatz der Einheitlichkeit des Auftretens der Union nach außen: *Neframi*, CMLRev. 47 (2010), 323 (352 ff.).

¹⁶³ Vgl. *Eureka v. Slowakei*, PCA Case No. 2008-13, Award on Jurisdiction vom 26. Oktober 2010, para. 177.

Schutz der einheitlichen Auslegung und Anwendung des Unionsrechts genau diese im Anwendungsbereich des ECT aushebeln würde.

Ein berechtigter Einwand gegen die einheitliche Anwendung des Art. 351 Abs. 1 AEUV auf die völkerrechtlichen Übereinkünfte der Mitgliedstaaten in der Konstellation des Auseinanderfallens zwischen Alt- und Neuverträgen liegt im Problem der rekursiven Endlosschleife: Tritt zukünftig ein Mitgliedstaat der Europäischen Union bei und findet Art. 351 Abs. 1 AEUV auf dessen völkerrechtlichen Altverträge nicht nur im Verhältnis zu diesem neuen Mitgliedstaat Anwendung, sondern auch im Verhältnis zu den anderen Mitgliedstaaten, für die die völkerrechtliche Übereinkunft ein Neuvertrag ist, kann jede völkerrechtliche Übereinkunft dieses Mitgliedstaats dem Vorrang des Unionsrechts entgegengehalten werden und den *acquis communautaire* auch für andere Mitgliedstaaten, soweit sie Vertragsparteien der Übereinkünfte sind, zurückdrängen. Diesem Einwand lässt sich jedoch durch einen Rechtsgedanken effektiv begegnen, den das Bundesverfassungsgericht im *Lissabon-Urteil* in Art. 351 Abs. 1 AEUV entdeckt hat. Danach sei Art. 351 Abs. 1 AEUV so zu verstehen, dass „ein rechtstatsächlicher Zustand in den Mitgliedstaaten durch einen späteren Integrationsschritt grundsätzlich nicht beeinträchtigt wird“.¹⁶⁴ Jedenfalls in der Konstellation, in der eine völkerrechtliche Übereinkunft für nur einen Mitgliedstaat oder nur wenige Mitgliedstaaten ein Altvertrag darstellt, sollte auf diesen „Rechtsgedanke[n]“ rekurriert werden, um durch das Abstellen auf den bestehenden „rechtstatsächliche[n] Zustand“ auszuschließen, dass eine bereits überwundene Beschränkung des Vorrangs des Unionsrechts durch eine frühere völkerrechtliche Verpflichtung nur eines Mitgliedstaats für sämtliche Mitgliedstaaten wieder auflebt. Anders ausgedrückt: Art. 351 Abs. 1 AEUV ist so zu verstehen, dass er den rechtlichen *status quo* wahrt, aber keine Änderung des *status quo* ermöglicht. Durch diese Auslegung könnte der speziellen historischen Situation des ECT Rechnung getragen werden, ohne dass der Mechanismus des Art. 351 Abs. 1 AEUV gleichsam zur Endlosschleife würde. Denn um die Wahrung des *status quo* aber – und nur darum – geht es im Fall des Art. 26 ECT: Seit dem Inkrafttreten des – durch die Europäische Kommission entworfenen – ECT im Jahr 1998 wenden sämtliche Mitgliedstaaten den Art. 26 ECT selbstverständlich und fortwährend im Verhältnis untereinander an. Dieser etablierte Rechtszustand wird erst jetzt, durch einen späteren Integrationsschritt, den Vertrag von Lissabon und die auf dieser Grundlage entwickelte Rechtsprechung des EuGH in *Achmea*, infrage gestellt. In dieser Konstellation aber sollten schon wegen der Völkerrechtsfreundlichkeit der Unionsrechtsordnung die von den Mitgliedstaaten eingegangenen völkerrechtlichen Verpflichtungen Vorrang vor der Autonomie des Unionsrechts haben, soweit nicht eine schwerwiegende Beeinträchtigung eines unionsrechtlichen Verfassungsgrundsatzes im Sinne der *Kadi*-Rechtsprechung vorliegt.

4. Rechtsfolgen

Die einheitliche Anwendbarkeit des Art. 351 Abs. 1 AEUV auf den ECT hätte nicht zur Folge, dass Art. 26 ECT in innerunionalen Streitigkeiten auf unbegrenzte Zeit weiterhin anwendbar wäre. Art. 351 Abs. 2 AEUV verpflichtet die Mitgliedstaaten –

¹⁶⁴ BVerfGE 123, 267 (421 f.) – Lissabon.

als spezifische Manifestation des Grundsatzes der loyalen Zusammenarbeit aus Art. 4 Abs. 3 EUV – dazu, alle geeigneten Mittel anzuwenden, um die festgestellten Unvereinbarkeiten zwischen den vor ihrem Beitritt zur EU geschlossenen völkerrechtlichen Übereinkünften und dem Unionsrecht zu beheben. Auf Art. 26 ECT gewendet folgt daraus: Obwohl diese Bestimmung mit dem primärrechtlichen Grundsatz der Autonomie des Unionsrechts unvereinbar ist, besteht die von Art. 351 Abs. 2 AEUV angeordnete Rechtsfolge – eben, weil der ECT dem Schutz der Unberührtheitsklausel des Art. 351 Abs. 1 AEUV unterfällt – nicht in der Unanwendbarkeit dieser Klausel, sondern in einer Pflicht zur Anpassung des ECT an die unionsrechtlichen Verpflichtungen. Solange diese Anpassung nicht erfolgt ist, wird die fortgesetzte Anwendbarkeit des Art. 26 ECT rechtlich nicht infrage gestellt.

Nach der Rechtsprechung des EuGH haben die Mitgliedstaaten im Anwendungsbereich des Art. 351 Abs. 2 S. 1 AEUV „zwar die Wahl zwischen mehreren geeigneten Maßnahmen“. ¹⁶⁵ Sie trifft jedoch die Erfolgspflicht, „die Unvereinbarkeiten zwischen einer vor ihrem Beitritt geschlossenen Übereinkunft und dem EG-Vertrag zu beheben“, die sich bis hin zu einer Pflicht verdichten kann, „dieses Abkommen zu kündigen“. ¹⁶⁶ Zur Anpassung des Art. 26 ECT an die Autonomie des Unionsrechts bieten sich jedenfalls die folgenden zwei Möglichkeiten an: Zum einen könnten die EU und ihre Mitgliedstaaten mit sämtlichen Vertragsparteien des ECT eine sog. *disconnection clause* aushandeln, die die Anwendbarkeit des Vertrags im innerunionalen Kontext ausschließt. ¹⁶⁷ In Verfahren vor Investitionsschiedsgerichten nach dem ECT soll die Kommission den Standpunkt vertreten haben, dass die EU und ihre Mitgliedstaaten bei der Ratifizierung des ECT die Anwendung des Art. 26 ECT zwischen den Mitgliedstaaten konkludent ausgeschlossen hätten. ¹⁶⁸ Aus völkerrechtlicher Sicht ist die Annahme einer impliziten *disconnection clause* jedoch schon wegen der hohen Transparenzanforderungen der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVRK) nicht überzeugend. ¹⁶⁹ Das hindert die EU und die Mitgliedstaaten freilich nicht daran, noch ausdrücklich eine *disconnection clause* zu vereinbaren. Die Herausforderung bestünde darin, eine Zustimmung der Drittstaaten zu einer solchen *disconnection clause* auszuhandeln, die vermutlich an Konzessionen der EU und ihrer Mitgliedstaaten gekoppelt wäre. Der Vorteil dieses Weges bestünde darin, dass der mit der Autonomie des Unionsrechts unvereinbare Zustand der – bedingt durch Art. 351 Abs. 1 AEUV – fortgeschrittenen Anwendung des Art. 26 ECT zügig beendet werden könnte. Eine zweite Möglichkeit, die nicht an die Zustimmung der Drittstaaten gekoppelt wäre, bestünde in einer konzertierten Kündigung des ECT durch die Mitgliedstaaten, während die EU alleinige Vertragspartei verbleiben würde. ¹⁷⁰

¹⁶⁵ EuGH, Rs. C-84/98, *Kommission v. Portugal*, ECLI:EU:C:2000:359, Rn 58.

¹⁶⁶ *Ibid.*

¹⁶⁷ Allgemein zum Phänomen der *disconnection clause* mit zahlreichen Beispielen: *Smrkolj*, The Use of the „Disconnection Clause“ in International Treaties: What does it tell us about the EC/EU as an Actor in the Sphere of Public International Law?, Mai 1998.

¹⁶⁸ So *Peterson*, Brussels' latest intervention casts Shadow over investment treaty arbitrations brought by jilted solar energy investors, IA Reporter vom 8. September 2014.

¹⁶⁹ Im Einzelnen: *Tietje*, The Applicability of the Energy Charter Treaty in ICSID Arbitration of EU Nationals vs. EU Member States, 12 f.

¹⁷⁰ *Cross/Kube*, Is the arbitration clause of the Energy Charter Treaty compatible with EU law in its application between EU Member States?, 2018, 34.

In diesem Szenario wäre ein Investor aus einem EU-Mitgliedstaat nicht mehr „Investor einer anderen Vertragspartei“ i.S. des Art. 26 ECT und die Anwendbarkeit der ECT-Schiedsklausel wäre für innerunionale Streitigkeiten ausgeschlossen.¹⁷¹ Nach Art. 45 Abs. 3 (a) ECT kann jede Vertragspartei den Vertrag durch schriftliche Notifikation kündigen, wobei die Kündigung nach Ablauf von 60 Tagen wirksam wird. Wegen der Sunset-Klausel des Art. 45 Abs. 3 (b) ECT besteht die Anwendbarkeit des Art. 26 ECT allerdings für weitere 20 Jahre nach der Kündigung fort. Aus der Sicht der Autonomie des Unionsrechts in der Lesart des EuGH wäre es nur schwer erträglich, wenn Streitbelegungen in innerunionalen Streitigkeiten für einen so langen Zeitraum weiterhin durchgeführt werden könnten. Es wäre jedoch die Konsequenz aus den völkerrechtlichen Bindungen, die die Mitgliedstaaten durch den Abschluss des ECT eingegangen sind.

V. Die völkerrechtliche Perspektive

Investitionsschiedsgerichte leiten ihre Gerichtsbarkeit aus einem völkerrechtlichen Vertrag, dem BIT, her, weshalb sie ihre Schiedssprüche maßgeblich auf der Grundlage völkerrechtlicher Regeln treffen. Aus ihrer Perspektive bestimmt sich das Verhältnis zwischen dem Unionsrecht und dem Völkerrecht im Fall eines Normkonflikts nach den völkerrechtlichen Kollisionsregeln, also insbesondere nach der Wiener Vertragsrechtskonvention. Im Unterschied zum Unionsrecht selbst erkennt die WVRK allerdings keinen allgemeinen Vorrang des Unionsrechts vor völkerrechtlichen Verträgen an. Im Gegenteil: Die Regeln der WVRK sind nicht darauf ausgerichtet, dem besonderen Charakter des Rechts regionaler Organisationen wie der Europäischen Union Rechnung zu tragen.¹⁷² Entsprechend dem Grundsatz der souveränen Gleichheit der Staaten behandeln sie die von Staaten geschlossenen völkerrechtlichen Verträge „gleich“: Nach diesem Maßstab sind auch der EUV oder der AEUV nur ein völkerrechtlicher Vertrag wie jeder andere.¹⁷³ Leitprinzip der WVRK ist der Grundsatz der Vertragstreue nach Art. 26 WVRK. Ausnahmen von der Geltung bzw. Anwendbarkeit geschlossener völkerrechtlicher Verträge sind grundsätzlich nur unter engen Voraussetzungen und nach formalen Kriterien, insbesondere des *Lex-posterior*-Grundsatzes und hoher Transparenzanforderungen, zulässig.¹⁷⁴

In der Debatte über die Vereinbarkeit von Intra-EU-BITs und dem ECT mit dem unionalen Vertrag von Lissabon aus völkerrechtlicher Perspektive, die vor dem *Achmea*-Urteil intensiv geführt wurde, stand die Frage der Anwendbarkeit der Art. 59 Abs. 1 WVRK und Art. 30 Abs. 3 WVRK im Vordergrund.¹⁷⁵ Beide Normen

¹⁷¹ *Ibid.*

¹⁷² Allgemein zum ambivalenten Verhältnis zwischen dem Völkerrecht und dem Recht der auswärtigen Beziehungen föderaler Rechtsordnungen: *Wildhaber*, Treaty-Making Power and Constitution: An International and Comparative Study, 1971.

¹⁷³ *Eureko v. Slowakei*, PCA Case No. 2008-13, Award on Jurisdiction vom 26. Oktober 2010, para. 228.

¹⁷⁴ Grundlegend zum völkervertraglichen Koordinationsrecht: *Matz*, Wege zur Koordinierung völkerrechtlicher Verträge.

¹⁷⁵ Siehe nur *Reinisch*, LIEI 39 (2012), 157 ff.; *Dimopoulos*, CMLRev. 48 (2011), 63 (72 ff.); *Rösch*, Intraeuropäisches Investitionsrecht, 58 ff. und 89 ff.

setzen voraus, dass sich ein späterer Vertrag, wie der Vertrag von Lissabon, und ein früherer Vertrag, wie ein Intra-EU-BIT oder der ECT, auf denselben Gegenstand beziehen. Deshalb stellte sich die Frage, ob der spätere Vertrag von Lissabon die früher geschlossenen Intra-EU-BITs bzw. den ECT insgesamt beenden oder zur Unanwendbarkeit einzelner Bestimmungen führen. Nach Art. 59 Abs. 1 WVRK gilt der frühere Vertrag als beendet, wenn a) die Vertragsparteien diese Rechtsfolge „beabsichtigten“ oder b) die Bestimmungen der beiden Verträge in „solchem Masse unvereinbar sind, dass die beiden Verträge eine gleichzeitige Anwendung nicht zulassen“ (Alt. 2). Nach Art. 30 Abs. 3 WVRK setzt die Anwendbarkeit einer einzelnen Bestimmung eines früheren Vertrags voraus, dass sie „mit dem späteren Vertrag vereinbar ist“. Der Schwerpunkt der Debatte lag darauf, ob überhaupt ein Normkonflikt zwischen dem Unionsrecht und dem Investitionsrecht bestand, was von den Investitionsschiedstribunalen – trotz der von der Kommission in *Amicus-curiae*-Stellungnahmen vertretenen gegenteiligen Rechtsauffassung – stets bestritten wurde.¹⁷⁶ Dieser Standpunkt war bis zum *Achmea*-Urteil des EuGH wenn nicht überzeugend, dann zumindest nachvollziehbar. Die Annahme ist gut vertretbar und wird durch eine gegenteilige Auffassung des Exekutiv- und Legislativorgans der EU, der Kommission, noch nicht infrage gestellt, dass das internationale Investitionsschutzrecht parallel zum Unionsrecht anwendbar ist. Die Plausibilität dieser Annahme hat sich durch das *Achmea*-Urteil jedoch gewandelt. Nach dem in Art. 30 Abs. 3 WVRK verankerten *Lex-posterior*-Prinzip ist die einzelne Bestimmung eines früheren Vertrags nur unter der Voraussetzung anwendbar, dass sie „mit dem späteren Vertrag vereinbar ist“. Für das Vorliegen eines Normkonflikts stellt Art. 30 Abs. 3 WVRK auf die Sichtweise des späteren Vertrags, also des Vertrags von Lissabon, ab.¹⁷⁷ Der letztverbindliche Interpret des Unionsrecht und damit auch des Vertrags von Lissabon, der nach Art. 19 Abs. 1 EUV „die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge“ sichert, ist der EuGH. Deshalb sollten Investitionsschiedsgerichte hinsichtlich der Frage der Vereinbarkeit eines Investitionsschutzvertrages und des Lissabon-Vertrags auf die Rechtsauffassung des EuGH abstellen, auch wenn sie daran rechtlich nicht gebunden sind. In diesem Sinne lässt sich auch der Schiedsspruch in *Eureko vs. Slowakei* verstehen, der dem *Achmea*-Urteil zugrunde lag. Dort führt das Investitionsschiedsgericht im Zusammenhang mit der Frage nach der Anwendbarkeit des Art. 30 Abs. 3 WVRK zunächst aus, dass aus seiner Sichtweise keine Inkompatibilität zwischen dem Unionsrecht und dem BITs zwischen den Niederlanden und der Slowakei bestünde.¹⁷⁸ Die einzige Ausnahme wäre dann gegeben „if Article 8 of the BIT, which provides for arbitration between the investor and the State, were by itself incompatible with EU law“. ¹⁷⁹ An späterer Stelle betont das Schiedsgericht noch, dass „the ECJ has [...] a monopoly on the final and authoritative interpretation

¹⁷⁶ Siehe etwa *Eureko v. Slowakei*, PCA Case No. 2008-13, Decision on Jurisdiction vom 26. Oktober 2010, para. 245; *Blusun v. Italy*, ICSID Case No. ARB/14/3, Award vom 27. Dezember 2016, para. 297.

¹⁷⁷ Vgl. *Odendahl*, in: Dörr/Schmalenbach (Hrsg.), Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary, Art. 30 VCLT, Rn 21 f.

¹⁷⁸ *Eureko v. Slowakei*, PCA Case No. 2008-13, Award on Jurisdiction vom 26. Oktober 2010, para. 271.

¹⁷⁹ *Ibid.*, para. 273.

of EU law“.¹⁸⁰ Im Ergebnis verwirft das Schiedsgericht – auch mangels eines einschlägigen Urteils des EuGH – zwar das Argument der Unvereinbarkeit der Streitbeilegungsklausel des Art. 8 des BIT mit dem Unionsrecht für „unsustainable“.¹⁸¹ Diese Auffassung ist allerdings infolge des *Achmea*-Urteils aus den dargelegten Gründen selbst nicht mehr haltbar. Denn maßgeblich für die Frage, ob die Streitbeilegungsklausel eines Intra-EU-BITs mit dem Vertrag von Lissabon vereinbar ist, ist nach Art. 30 Abs. 3 WVRK die Sichtweise des Lissabon-Vertrags als späterer Vertrag und damit die Sichtweise des EuGH als letztverbindlichem Interpret des Lissabon-Vertrags. Daraus folgt, dass die Streitbeilegungsklauseln in Intra-EU-BIT nach Art. 30 Abs. 3 WVRK wegen Unvereinbarkeit mit dem Unionsrecht auch aus völkerrechtlicher Perspektive nicht anwendbar sind. Deshalb sollten Investitionsschiedsribunale, die ihre Schiedssprüche maßgeblich auf der Grundlage völkerrechtlicher Regeln treffen, laufende Intra-EU-BIT-Verfahren mangels wirksamer Schiedsvereinbarung einstellen.

Eine andere völkerrechtliche Beurteilung ergibt sich jedoch für den ECT. Im Unterschied zu Intra-EU-BITs findet Art. 30 Abs. 3 WVRK auf den ECT nicht unmittelbar, sondern nur über die Verweisung des Art. 30 Abs. 4 WVRK, Anwendung. Der Grund dafür liegt darin, dass Art. 30 Abs. 3 WVRK unmittelbar nur dann anwendbar ist, wenn „alle Vertragsparteien eines früheren Vertrags zugleich Vertragsparteien eines späteren“ sind. Diese Voraussetzung liegt im Fall eines Intra-EU-BIT vor, weil die Vertragsparteien des BIT zugleich Mitgliedstaaten der EU sind. Dagegen sind im Fall des ECT nicht alle Vertragsparteien zugleich Mitgliedstaaten der EU, weil auch Drittstaaten Vertragsparteien des ECT sind.

Nach Art. 30 Abs. 4 a) iVm Art. 30 Abs. 3 WVRK findet, wenn nicht alle Vertragsparteien des früheren Vertrags zu den Vertragsparteien des späteren Vertrags zählen, der frühere Vertrag nur insoweit Anwendung, als er mit dem späteren Vertrag vereinbar ist. Auf den ersten Blick spricht die Vorschrift dafür, dass der frühere ECT gegenüber dem späteren Lissabon-Vertrag nur insoweit anwendbar ist, als er mit diesem vereinbar ist. Nach Art. 30 Abs. 5 WVRK gilt Art. 30 Abs. 4 allerdings nur „unbeschadet des Artikels 41“. Das bedeutet, dass soweit die Vertragsparteien zweier Verträge über denselben Gegenstand nicht identisch sind, wie es im Verhältnis zwischen dem ECT und dem Lissabon-Vertrag der Fall ist, zusätzlich die Voraussetzungen des Art. 41 WVRK erfüllt sein müssen.¹⁸² Die Ratio dieser unterschiedlichen Behandlung zwischen dem Fall der Identität der Vertragsparteien nach Absatz 3 und dem Fall der Nichtidentität der Vertragsparteien nach Absatz 4 liegt im Schutz der Belange derjenigen Staaten, die nicht Vertragsparteien des späteren Vertrags sind.¹⁸³

Artikel 41 WVRK regelt die Modifikation multilateraler Verträge durch zwei oder mehrere Vertragsparteien. Während für Art. 30 Abs. 3 WVRK im Fall der Kollision

¹⁸⁰ *Ibid.*, para. 282.

¹⁸¹ *Ibid.*, para. 277.

¹⁸² *Odendahl*, in: Dörr/Schmalenbach (Hrsg), Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary, 2012, Art. 41 VCLT, Rn 4.

¹⁸³ International Law Commission, Fragmentation of International Law. Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law—Report of the Study Group of the ILC, UN Doc. A/CN.4/L.682 (13. April 2006) = ILC Reppts 2006, GAOR, 61 session, Supplement Nr. 10 (A/61/10), para. 305.

zwischen zwei Verträgen die Sichtweise des späteren Vertrags maßgeblich ist, nämlich ob der frühere Vertrag nach dem späteren vereinbar ist, stellt Artikel 41 Abs. 1 WVRK auf die Perspektive des ursprünglichen Vertrags ab, dem alle Vertragsparteien angehören.¹⁸⁴ Nach Art. 41 Abs. 1 WVRK sind in Hinsicht auf die Zulässigkeit einer *Inter-se*-Modifikation drei Situationen zu unterscheiden: der frühere Vertrag sieht „die Möglichkeit einer solchen Modifikation“ vor (Abs. 1 Buchst. a), er verbietet die betreffende Modifikation nicht, so dass der Vertrag unter bestimmten Voraussetzungen modifiziert werden darf (Abs. 1 Buchst. b) oder er verbietet die Modifikation (Umkehrschluss aus Abs. 1 Buchst. B). Im letzteren Fall sind *Inter-se*-Modifikationen unzulässig.

Die Voraussetzungen für eine *Inter-se*-Modifikation liegen im Zusammenhang mit dem ECT jedoch nicht vor. Zwar wurde in der investitionsrechtlichen Literatur diskutiert, ob die Mitteilung der Europäischen Gemeinschaften an das Sekretariat der Energiecharta gemäß Artikel 26 Abs. 3 Lit. b) Zif. ii) ECT als *Disconnection*-Klausel iSd Art. 41 Abs. 1 a) WVRK aufgefasst werden kann.¹⁸⁵ Dafür gelten jedoch strenge Anforderungen, die diese Mitteilung nicht einmal ansatzweise erfüllt.¹⁸⁶ Dagegen verbietet die maßgebliche Kollisionsvorschrift des ECT, der Art. 16 ECT, *Inter-se*-Modifikationen zwar nicht *per se*, aber lässt diese nur unter Voraussetzung zu, dass diese für den Investor oder die Investition günstiger sind. Wie bereits oben dargelegt, sind die Rechtsschutzmöglichkeiten im Unionsrecht für Investoren jedoch nicht günstiger als Art. 26 ECT. Im Ergebnis führt damit die Schlüsselnorm des Art. 16 ECT auch aus der Sicht des Völkerrechts dazu, dass eine *Inter-se*-Modifikation des ECT, die für den Investor oder die Investition nicht günstiger ist, völkerrechtlich ausgeschlossen ist. Für Investitionsschiedstribunale, die aufgrund der Streitbeilegungsklausel des Art. 26 ECT eingerichtet wurden, folgt daraus, dass für sie trotz des bestehenden Normkonflikts mit dem Unionsrechts aus völkerrechtlicher Perspektive – gerade wegen Art. 16 ECT – kein Anlass besteht, laufende Investitionsstreitverfahren einzustellen.¹⁸⁷

F. Die Folgen für die Investor-Staat- Schiedsgerichtsbarkeit im Extra-EU-Kontext

I. Von CETA bis TTIP: Die umfassenden Freihandelsabkommen der EU mit Drittstaaten

Einige der ersten rechtswissenschaftlichen Beiträge zum *Achmea*-Urteil gehen, wie eingangs dargelegt, davon aus, dass der EuGH die Investor-Staat-Streitbeilegung in den Freihandelsabkommen der EU mit Drittstaaten als unionsrechtswidrig einstufen

¹⁸⁴ *Odendahl*, in: Dörr/Schmalenbach (Hrsg.), Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary, Art. 41 VCLT, Rn 24.

¹⁸⁵ ABl. EU L 69/115 vom 9. März 1998. Dorth heißt es: „The Communities and the Member States will, if necessary, determine among them who is the respondent party to arbitration proceedings initiated by an Investor of another Contracting Party. In such case, upon the request of the Investor, the Communities and the Member States concerned will make such determination within a period of 30 days.“

¹⁸⁶ *Tietje*, The Applicability of the Energy Charter Treaty in ICSID Arbitration of EU Nationals vs. EU Member States, S. 9 ff.; *Burgstaller*, J. Int'l Arb. 26 (2009), 181 (209 ff.).

¹⁸⁷ In diesem Sinne auch *Bjorge*, Law & Prac. Int'l Cts. & Tribunals 16 (2017), 71 (77 ff.).

wird.¹⁸⁸ Inwieweit diese Prognosen zutreffend sind, wird sich in naher Zukunft entscheiden: Infolge des Antrags Belgiens nach Art. 218 Abs. 11 AUV vom 6. September 2017 muss der EuGH über die Vereinbarkeit des Investitionsgerichtssystems im CETA-Abkommen mit dem Unionsrecht entscheiden.¹⁸⁹ Vor dem Hintergrund der autonomiebetonenden Rechtsprechung des EuGH würde es zwar nicht überraschen, wenn der EuGH das Investitionsgerichtssystem im CETA-Abkommen für unionsrechtswidrig erklärte und damit in der Konsequenz der Investor-Staat-Streitbeilegung in sämtlichen umfassenden Freihandelsabkommen der EU ein Ende bereiten würde.¹⁹⁰ Nach der hier vertretenen Auffassung ist die *Achmea*-Rechtsprechung des EuGH jedoch nicht auf die umfassenden Freihandelsabkommen der EU mit Drittstaaten anwendbar. Denn in Rn. 58 seines Urteils erhebt der Gerichtshof den Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens zu einem konstitutiven Merkmal für die Autonomie des Unionsrechts, soweit diese sich auf völkerrechtlichen Streitbeilegungsmechanismen bezieht. Dieses Merkmal erlaubt es dem EuGH, anknüpfend an die Position der Kommission, grundsätzlich zwischen einer intra- und einer extraunionalen Dimension zu unterscheiden und dementsprechend die Investor-Staat-Streitbeilegung im innerunionalen Bereich zu untersagen, aber im Verhältnis zu Drittstaaten zuzulassen.

1. Die Autonomie-Merkmale des *Achmea*-Urteils

Im *Achmea*-Urteil unterwirft der EuGH, wie oben dargelegt, internationale Übereinkünfte der EU mit Drittstaaten, soweit diese ein Gericht schaffen, dem Erfordernis, dass die „die Autonomie der Union und ihrer Rechtsordnung gewahrt bleibt“.¹⁹¹ Im Unterschied zum ECT sind in Hinsicht auf die umfassenden Freihandelsabkommen der EU mit Drittstaaten nur zwei der drei Autonomie-Merkmale aus dem *Achmea*-Urteil, i) Auslegung des Unionsrechts durch einen externen Spruchkörper, ii) keine Sicherung der Interpretationshoheit des EuGH durch das Vorabentscheidungsverfahren, iii) Betroffenheit des Grundsatzes des gegenseitigen Vertrauens, gegeben. Ebenso wie bei Intra-EU-BITs und beim ECT würde ein Investitionsschiedsgericht nach dem EU-Singapur-Freihandelsabkommen oder der CETA-Investitionsgerichtshof zumindest potenziell unionsrechtliche Bestimmungen als Tatsache auslegen, auch wenn die einschlä-

¹⁸⁸ Siehe *Thym*, Todesstoß für autonome Investitionsschutzgerichte, Verfassungsblog vom 8. März 2018; *Schepel*, From Conflicts-Rules to Field Preemption: Achmea and the Relationship between EU Law and International Investment Law and Arbitration, European Law Blog vom 23. März 2018; *Szilágyi*, The CJEU Strikes Again in Achmea, StInt'l Econ. L. & Pol. Blog vom 7. März 2018; *Lavranos*, Black Tuesday: The end of intra-EU BITs, Arbitration Blog vom 7. März 2018.

¹⁸⁹ EuGH, Rs. 1/17 (CETA). Zum Hintergrund: *Ankersmit*, elni Rev. 2 (2016), 54 ff.; Dagegen war das Gutachten 2/15 zum Freihandelsabkommen der EU mit Singapur (EUFSTA) auf die Frage der Zuständigkeit der EU für die Unterzeichnung und den Abschluss des Abkommens beschränkt und nahm keine Stellung zu der Frage der Vereinbarkeit des Inhalts des Abkommens, einschließlich des Investor-Staat-Streitbeilegungsmechanismus im Investment-Kapitel, mit dem Unionsrecht. EuGH, Rs. 2/15, *Singapur-Abkommen*, ECLI:EU:C:2017:376, Rn 30.

¹⁹⁰ Für einen guten Überblick über den unionsrechtlichen Rahmen für die Vereinbarung von Investor-Staat-Streitbeilegungsmechanismen zwischen der EU und Drittstaaten: *Abmer*, Investor-Staat-Schiedsverfahren nach Europäischem Unionsrecht.

¹⁹¹ EuGH, Rs. C-284/16, *Achmea*, ECLI:EU:C:2018:158, Rn 57.

gigen Rechtsanwendungsklauseln in diesen Abkommen, wie der ECT, neben den Bestimmungen des Abkommens nur „other rules and principles of international law applicable between the Parties“ zum anwendbaren Recht erklären.¹⁹² Das CETA-Abkommen geht sogar noch einen Schritt weiter: Nach Artikel 8.31 Abs. 2 CETA darf das Investitionsgericht das interne Recht einer Vertragspartei nur „als Tatsache heranziehen“ und muss dabei „der herrschenden Auslegung des internen Rechts durch die Gerichte und Behörden der betreffenden Vertragspartei“ folgen. Darüber hinaus stellt die Vorschrift ausdrücklich klar, dass die vom Investitionsgericht vorgenommene Deutung des internen Rechts für die nationalen Gerichte und Behörden „nicht bindend ist“ und untersagt es dem Investitionsgericht „die Rechtmäßigkeit einer Maßnahme [...] nach dem internen Recht einer Vertragspartei zu beurteilen“. Freilich ändert auch diese Vorschrift nichts an dem Umstand, dass die Spruchkörper in CETA und in anderen EU-Freihandelsabkommen in einer investitionsrechtlichen Streitigkeit Unionsrecht als Tatsache auslegen können, ohne dass eine Befassung des EuGH gesichert ist. Es ist daher zweifelhaft, ob eine solche Klausel die in *Achmea* geltend gemachten Bedenken des EuGH entkräften kann. Denn auch die umfassenden Freihandelsabkommen der EU mit Drittstaaten können den mitgliedstaatlichen Gerichten und den Unionsgerichten Streitigkeiten entziehen. Im Vergleich mit dem ECT tritt diese Problematik sogar in verschärfter Form auf. Denn während dieser „nur“ ein alternatives Streitbeilegungsforum zum nationalen bzw. unionalen Rechtsweg vorsieht, enthalten die Freihandelsabkommen sog. *Fork-in-the-road*-Klauseln, die den inländischen Rechtsweg hinsichtlich der vom Investor angegriffenen Handlungen ausschließen, sobald der Investor von der ihm durch das Abkommen eingeräumten Möglichkeit Gebrauch macht,¹⁹³ Klage bei einem Investor-Staat-Streitbeilegungsmechanismus wie ICSID und UNCITRAL einzureichen.¹⁹⁴ Das hat zur Folge, dass bestimmte Streitigkeiten zwischen Investoren und Mitgliedstaaten oder der Union nicht vor den inländischen Gerichten, sei es des Mitgliedstaats, sei es der EU, auf der Grundlage inländischer Schutzvorschriften unter Anwendung des EU-Binnenmarktrechts bei gleichzeitiger Gewährleistung des Interpretationsmonopols des EuGH verhandelt werden können.

2. Die Bedeutung des Grundsatzes des gegenseitigen Vertrauens für Drittstaatsabkommen

Der zentrale Unterschied zwischen Intra-EU-BITs und dem ECT einerseits und den umfassenden Freihandelsabkommen der EU andererseits besteht darin, dass der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens nur zwischen den Mitgliedstaaten, aber nicht im Verhältnis zu Drittstaaten gilt. Dieser Grundsatz könnte es rechtfertigen, die Investor-Staat-Streitbeilegung im intraunionalen Kontext für unionsrechtswidrig und im extraunionalen Kontext für unionsrechtskonform zu beurteilen. Das wirft die allgemeinere Frage auf, welche Bedeutung dem Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens für die Wahrung der Autonomie des Unionsrechts gegenüber völkerrechtlichen Streitbeilegungsmechanismen zukommt. Handelt es sich bloß um ein Hilfsargument, dass die Annahme einer Beeinträchtigung der unionalen Autonomie, soweit ein externer

¹⁹² Siehe Art. 9.19 Abs. 2 EUSFTA; Artikel 8.31 Abs. 1 CETA.

¹⁹³ Art. 9.16 EUSFTA.

¹⁹⁴ Art. 9.17 Abs. 1 f) EUSFTA.

Spruchkörper unionsrechtliche Normen ohne Gewährleistung des Interpretationsmonopols des EuGH auslegen kann, argumentativ absichern soll? Oder ist der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens ein wesentliches Merkmal zur Beurteilung der Vereinbarkeit völkerrechtlicher Streitbeilegungsmechanismen mit der Autonomie des Unionsrechts, das eine grundsätzliche Unterscheidung zwischen intra- und extraunionalen Streitigkeiten signalisiert?

a) *Konturen der unionsrechtlichen Bedingungen für die Unterwerfung der EU unter völkerrechtliche Spruchkörper*

Zur Beantwortung dieser Fragen ist in einem ersten Schritt zu prüfen, wie groß der unionsrechtlich zulässige Gestaltungsraum für die Einrichtung überstaatlicher Gerichte unter Beteiligung der Union oder ihrer Gerichte wäre, falls der EuGH für eine Verletzung der Autonomie des Unionsrechts allein darauf abstellte, dass die Möglichkeit der Auslegung des Unionsrechts durch dieses externe Gericht bestünde, ohne dass die Befassung des EuGH gewährleistet wäre. Jedenfalls wäre es widersinnig, wenn der EuGH in Rn. 57 des *Achmea*-Urteils einerseits die Vereinbarkeit eines völkerrechtlichen Streitbeilegungsmechanismus mit dem Unionsrecht in Aussicht stellte, andererseits aber diese Möglichkeit durch eine restriktive Rechtsprechung effektiv zunichtemachte. Zunächst ist festzuhalten, dass jede Überprüfung der Maßnahme eines Unionsorgans oder eines EU-Mitgliedstaats am Maßstab der Bestimmungen eines völkerrechtlichen Vertrages potenziell – zumindest auf der Ebene des Sachverhalts – eine Auslegung unionsrechtlicher Bestimmungen erfordern kann. Der WTO-Appellate-Body und die Panels etwa legen immer wieder Unionsrecht als Tatsache aus.¹⁹⁵ Weiterhin dürfte es für viele Drittstaaten, die Vertragsparteien in multilateralen Übereinkünften sind, schon aus Gründen völkerrechtlicher Reziprozität kaum akzeptabel sein, den völkerrechtlichen Spruchkörper auf die Vorlage unionsrechtlicher Fragen an den EuGH zu verpflichten, denn der Witz an der Einrichtung eines solchen Spruchkörpers liegt ja gerade in seiner Unabhängigkeit und Unparteilichkeit gegenüber den Vertragsparteien.¹⁹⁶ Vor diesem Hintergrund ist nicht anzunehmen, dass eine Verletzung der Autonomie des Unionsrechts bereits deshalb – und nur deshalb – vorliegt, weil die Rechtsprechung eines völkerrechtlichen Spruchkörpers Fragen des Unionsrechts betreffen kann, ohne dass dieser Spruchkörper zur Vorlage an den EuGH befugt ist.

Allerdings sind auch ohne Anwendung des Grundsatzes des gegenseitigen Vertrauens völkerrechtliche Streitbeilegungsmechanismen vorstellbar, die mit der Autonomie des Unionsrechts vereinbar wären, soweit auf andere Abgrenzungskriterien abgestellt würde. Im Fall des EGMR etwa sichert die *Exhaustion-of-local-remedies*-Regel des Art. 35 I EMRK die Zuständigkeit nationaler Gerichte über die Streitigkeit und damit die Möglichkeit einer Vorlage an den EuGH nach Art. 267 AEUV. Im Fall der WTO handelt es sich um ausschließlich zwischenstaatliches Recht, das durch nationale Ge-

¹⁹⁵ Instruktiv zur Rolle und Bedeutung des Unionsrechts vor dem WTO-Schlichtungsgremium: *Binder/J. Hofbauer*, EYIEL 8 (2017), 139 (167 ff.).

¹⁹⁶ Im Fall des EFTA-Gerichtshofs sieht das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum mehrere institutionelle Mechanismen zur Gewährleistung der Homogenität der Rechtsauslegung vor, die zumindest die Möglichkeit einer Vorlage an den EuGH beinhalten.

richte nicht unmittelbar angewendet wird. Diese Merkmale sind im Fall des internationalen Investitionsschutzes nicht gegeben. Eine *Exhaustion-of-local-remedies*-Regel als Voraussetzung zum Zugang zur Investor-Staat-Streitbeilegung gibt es im internationalen Investitionsschutz nur in wenigen Ausnahmefällen. Es handelt sich auch nicht um rein zwischenstaatliches Recht. Zwar schließen die umfassenden Freihandelsabkommen der EU die unmittelbare Wirkung des Vertrages und die Anwendung der investitionsrechtlichen Schutzstandards im Vertrag durch nationale Gerichte aus. Allerdings müssen die Schiedssprüche durch nationale Gerichte vollstreckt werden. Nichtsdestotrotz würde es den rechtlichen Rahmen der Unterwerfung der EU unter völkerrechtliche Spruchkörper zu eng definieren, wenn die völkerrechtliche Übereinkunft, soweit die Möglichkeit der Auslegung unionsrechtlicher Bestimmungen durch diesen Spruchkörper bestünde, entweder eine *Exhaustion-of-local-remedies*-Regel vorsehen oder eine Rolle unionaler oder nationaler Gerichte gänzlich ausschließlic h müsste. Dann würde sich die von *Bruno de Witte* einst aufgeworfene Frage mit besonderer Schärfe stellen: „[H]ow much room is there then for the participation by the EU in international dispute mechanisms set up by treaties concluded by the EU or to which the EU wishes to accede?“¹⁹⁷

b) *Der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens als konstitutives Autonomie-Merkmal*

Vor diesem Hintergrund spricht viel dafür, den Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens in der Konstellation des *Achmea*-Urteils als konstitutives Merkmal zu begreifen. Für ein solches Verständnis sprechen mehrere Gründe: Erstens gründet der EuGH die Unvereinbarkeit der Investor-Staat-Streitbeilegungsklausel des Art. 8 des Niederlande-Slowakei-BITs mit der Autonomie des Unionsrechts eben auch darauf, dass dadurch der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung beeinträchtigt wird. Wäre der EuGH der Auffassung, dass eine Beeinträchtigung der Autonomie des Unionsrechts bereits dann vorliegt, soweit ein externer Spruchkörper potenziell unionsrechtliche Bestimmungen auslegen kann, ohne dass eine Befassung des EuGH mit der Streitigkeit gesichert ist, hätte er in *Achmea* nicht auf den Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens eingehen müssen. Zweitens hat der EuGH diesen Grundsatz in den vergangenen Jahren zu einem veritablen Verfassungsprinzip des unionalen Primärrechts entwickelt und sein Anwendungsfeld kontinuierlich ausgeweitet.¹⁹⁸ Bereits im Vorfeld des *Achmea*-Urteils hatten *Kokott* und *Sobotta* die Frage aufgeworfen:

„If Member States trust each other sufficiently to support the free movement of judgments or arrest warrants, why do they need a special system of legal protection for investors?“¹⁹⁹

¹⁹⁷ *de Witte*, in: Cremona/Thies (Hrsg), *The European Court of Justice and External Relations Law*, 33 (45).

¹⁹⁸ Dazu näher *Meyer*, *EuR* 2017, 163 ff.; *Kaufhold*, *EuR* 2012, 408 ff.; *Burchard*, *Die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung; Instrukтив zur Bedeutung des Grundsatzes des gegenseitigen Vertrauens im Gutachten 2/13 des EuGH zum EMRK-Beitritt der EU, das dem EuGH in Achmea als Blaupause dient: Halberstam*, *German L.J.* 16 (2015), 105 (126 ff.).

¹⁹⁹ *Kokott/Sobotta*, *CYELS* 18 (2016), 3 (10).

Hinter der Heranziehung des Grundsatzes des gegenseitigen Vertrauens scheint die Grundentscheidung zu stehen, dass alternative Investor-Staat-Streitbeilegungsmechanismen zwischen den Mitgliedstaaten, durch die mitgliedstaatliche Gerichte umgangen werden können, Misstrauen zwischen den Mitgliedstaaten hinsichtlich der Gerichtssysteme der anderen Mitgliedstaaten säen. Drittens ist es ein Unterschied, ob Mitgliedstaaten sich im Anwendungsbereich des Unionsrechts an einem alternativen Streitbeilegungsmechanismus beteiligen oder ob die Europäische Union in einem Abkommen mit einem Drittstaat einen völkerrechtlichen Spruchkörper gründet. Angesichts des Umstandes, dass die Wirksamkeit des Unionsrechts in vielen Bereichen auf dem Vertrauen der Gerichte eines Mitgliedstaats gegenüber den Entscheidungen der Gerichte anderer Mitgliedstaaten beruht, ist es durchaus nachvollziehbar, dass der EuGH eine Beeinträchtigung des Grundsatzes des gegenseitigen Vertrauens in der – im Mechanismus der Investor-Staat-Streitbeilegung angelegten – Skepsis gegenüber der Unparteilichkeit staatlicher Gerichte in Verfahren ausländischer Investoren gegen den eigenen Staat erkennt. Dagegen ist diese institutionalisierte Skepsis gegenüber den Gerichten von Drittstaaten aus unionsrechtlicher Sicht unbedenklich. Ein Verständnis vom Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung als konstitutives Merkmal in der *Achmea*-Konstellation erlaubt es, diesem Unterschied Rechnung zu tragen. Daraus folgt noch nicht, dass die Beteiligung der EU an völkerrechtlichen Streitbeilegungsmechanismen mit Drittstaaten niemals die Autonomie des Unionsrechts beeinträchtigen kann, weil der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens nicht im Verhältnis zu Drittstaaten anwendbar ist; es bedeutet aber, dass neben der Möglichkeit der Auslegung unionsrechtlicher Bestimmungen durch den völkerrechtlichen Spruchkörper und der mangelnden Sicherung des unionalen Interpretationsmonopols des EuGH ein weiteres Merkmal, wie etwa die intraunionale Dimension der Streitigkeit, hinzutreten muss.

c) *Die Unterscheidung zwischen einer intra- und einer extraunionalen Dimension*

Die Unterscheidung zwischen einer intra- und einer extraunionalen Dimension greift das Primärrecht auch an anderer Stelle auf: Art. 344 AEUV untersagt zur Sicherung der Interpretationshoheit des EuGH alternative Streitbeilegungsforen nur zwischen Mitgliedstaaten, aber nicht zwischen der Union und Drittstaaten. Zwar schützt Art. 19 EUV die Stellung des EuGH als Hüter der einheitlichen Auslegung und Anwendung des Unionsrechts vor Beeinträchtigungen durch völkerrechtliche Verträge der EU. Das spezifische Verbot des Art. 344 AEUV deutet jedoch darauf hin, dass alternative Streitbeilegungsverfahren in Verträgen zwischen Mitgliedstaaten für die Wahrung der einheitlichen Auslegung und Anwendung des Unionsrechts problematischer sind als in Verträgen der EU mit Drittstaaten. Das lässt sich auch durch eine föderale Perspektive bestätigen, aus der heraus der EuGH in Grundzügen die Unionsrechtsordnung denkt. Aus einer solchen Perspektive wäre es schwer vorstellbar, wenn die Gliedstaaten in einem Bundesstaat untereinander BITs abschließen und Streitigkeiten aus diesen Verträgen an externe Investitionsschiedsgerichte übertragen. Umgekehrt wäre es jedenfalls verfassungsrechtlich gut vertretbar, wenn nicht sogar unbedenklich, wenn der Zentralstaat im Rahmen seiner auswärtigen Gewalt BITs mit Drittstaaten vereinbarte.

Vor diesem Hintergrund spricht einiges dafür, dass die Investor-Staat-Streitbeilegung in umfassenden Freihandelsabkommen der EU mit Drittstaaten anders zu beurteilen ist als Intra-EU-BITs oder innerunionale Streitigkeiten im Rahmen des ECT. Das entspricht auch dem Standpunkt der Europäischen Kommission zur Investor-Staat-Streitbeilegung, der scharf zwischen Extra-EU-BITs und Intra-EU-BITs unterscheidet. Einerseits setzt sich die Kommission für investitionsschutzrechtliche Vereinbarungen mit Drittstaaten ein, die modernisierte Investor-Staat-Streitbeilegungsmechanismen einschließen. Andererseits erachtet sie Intra-EU-BITs als „anomaly within the internal market“ und als unvereinbar mit der Autonomie des Unionsrechts. Sollte der EuGH das CETA-Abkommen dennoch als unionsrechtswidrige Beeinträchtigung der Autonomie des Unionsrechts werten, würde er die Einbindung der EU in völkerrechtliche Mechanismen der Streitbeilegung grundsätzlich in Zweifel ziehen. In diesem Fall hätte die Europäische Union durch die Einfügung des Art. 207 AEUV in den Vertrag von Lissabon zwar die Kompetenz zum Abschluss von Investitionsschutzvereinbarungen mit Drittstaaten erhalten, wäre aber aufgrund des extensiven Verständnisses des EuGH von der Autonomie des Unionsrechts daran gehindert, das weltweit verbreitetste Modell des Investitionsschutzes, die Investor-Staat-Streitbeilegung, mit Drittstaaten zu vereinbaren. Wenn aber ausländischen Investoren in der EU der Zugang zur Investor-Staat-Streitbeilegung verwehrt wäre, hätte dies aus Gründen der Reziprozität höchstwahrscheinlich Auswirkungen auf die Verfügbarkeit der Investor-Staat-Streitbeilegung für europäische Unternehmen im Ausland. Dadurch könnte die Position europäischer Investoren im Vergleich mit Investoren aus Drittstaaten, die mit anderen Drittstaaten Investor-Staat-Streitbeilegungsmechanismen vereinbaren, strukturell schwächen. Aus der Sicht eines Wirtschaftsintegrationsverbands wie der EU wäre dies eine bedenkliche Konsequenz.

II. Extra-EU-BITs der Mitgliedstaaten

Soweit die Autonomie des Unionsrechts durch die umfassenden Freihandelsabkommen der EU mit Drittstaaten mangels Betroffenheit des Grundsatzes des gegenseitigen Vertrauens nicht beeinträchtigt wird, muss dies auch für BITs der Mitgliedstaaten mit Drittstaaten gelten.²⁰⁰ Auch auf mitgliedstaatliche Extra-EU-BITs ist der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens nicht anwendbar. Eine hinreichende Grundlage, um Drittstaatsabkommen der EU schonender zu beurteilen als Drittstaatsabkommen der Mitgliedstaaten, besteht, wie bereits dargelegt,²⁰¹ nicht.

Für die Annahme, dass Extra-EU-BITs der Mitgliedstaaten nicht den Grundsatz der Autonomie des Unionsrechts beeinträchtigen, spricht zudem ein rechtspolitischer Gesichtspunkt. Im Lissabon-Urteil hat das Bundesverfassungsgericht festgestellt, dass der „rechtliche Fortbestand“ der BITs der Mitgliedstaaten durch den Vertrag von Lissabon „nicht gefährdet“ sei.²⁰² Dahinter verbirgt sich eine implizite Warnung an die

²⁰⁰ A.A. Niemelä, Achmea – A Perspective from International (Investment) Law, European Law Blog vom 15. März 2018).

²⁰¹ Siehe oben unter E. III.

²⁰² BVerfGE 123, 267 (421 f.) – Lissabon.

Unionsorgane, dass diese die durch den Lissabon-Vertrag neu übertragenen Zuständigkeiten im Bereich der Außenwirtschaftsbeziehungen so ausüben, „dass der Bundesrepublik Deutschland für zentrale Regelungs- und Lebensbereiche substantielle innerstaatliche Gestaltungsmöglichkeiten verbleiben“.²⁰³ Sollte die *Achmea*-Rechtsprechung des EuGH so zu verstehen sein, dass die Investor-Staat-Streitbeilegung in sämtlichen BITs der Mitgliedstaaten unionsrechtswidrig ist, würde der EuGH ein neues Konfliktfeld mit dem BVerfG eröffnen.

Auch aus diesem Grund erscheint es daher wahrscheinlich, dass die Extra-EU-BITs der Mitgliedstaaten, die sich aus einer föderalen Perspektive durchaus als Eigentümlichkeit darstellen, auf anderem Wege als durch einen „Paukenschlag aus Luxemburg“ abgewickelt werden. Ein überzeugender *Modus vivendi*, der in Art. 9.10 EUFSTA und im Gutachten 2/15 des EuGH vorgezeichnet ist, liegt in der schrittweisen Ersetzung der Extra-EU-BITs der Mitgliedstaaten durch die umfassenden Freihandelsabkommen der EU mit Drittstaaten. Nach Art. 9.10 EUFSTA treten die in Anhang 9-D aufgeführten Völkerrechtsverträge zwischen den Mitgliedstaaten und Singapur, darunter zahlreiche BITs, außer Kraft und werden durch das EUFSTA abgelöst und überlagert. Nach Auffassung des EuGH führt Art. 9.10 EUFSTA dazu, dass diese Extra-EU-BITs der Mitgliedstaaten mit Singapur nicht unter den Anwendungsbereich des Art. 351 Abs. 1 AEUV fallen, der nur die Rechte von Drittstaaten wahrt, weil aus Art. 9.10 EUFSTA der „Wunsch“ Singapurs hervorgehe, „dass diese bilateralen Überkommen mit Inkrafttreten des geplanten Abkommens erlöschen“.²⁰⁴

G. Schlussfolgerung

Die Reichweite der Folgen des *Achmea*-Urteils für den internationalen Investitionsschutz in Europa richtet sich nach den Antworten auf vier Schlüsselfragen. Erstens stellt sich die Frage, ob die Autonomie des Unionsrecht durch alle Investor-Staat-Streitbeilegungsklauseln in Intra-EU-BITs beeinträchtigt wird oder nur durch solche, die, wie im Fall des BITs zwischen den Niederlanden und der Slowakei, das dem *Achmea*-Urteil zugrunde lag, das Investitionsschiedsgericht dazu verpflichten, das Recht des Gaststaates als anwendbares Recht zu berücksichtigen. Zweitens ist für die Auswirkungen der *Achmea*-Rechtsprechung auf den ECT von zentraler Bedeutung, ob die Rechte von Drittstaaten aus dem ECT, die Art. 351 Abs. 1 AEUV selbst im Fall einer Unvereinbarkeit mit dem unionsrechtlichen Primärrecht wahrt, verletzt sind, soweit die EU-Mitgliedstaaten den Art. 26 ECT ausschließlich im Verhältnis untereinander nicht anwenden. Daran schließt sich die dritte Frage an, ob Art. 351 Abs. 1 AEUV einheitlich auf den ECT anwendbar ist oder nur auf die Mitgliedstaaten, für die der ECT ein Altvertrag

²⁰³ *Ibid.*, S. 406.

²⁰⁴ EuGH, Rs. 2/15, *Singapur-Abkommen*, ECLI:EU:C:2017:376, Rn 254. Darüber hinaus hat der EuGH bereits im Rahmen mehrerer Vertragsverletzungsverfahren entschieden, dass Extra-EU-BITs der Mitgliedstaaten gegen das unionale Binnenmarktrecht im Bereich des Kapital- und Zahlungsverkehrs verstoßen und nach Art. 351 Abs. 2 AEUV angepasst werden müssen. Siehe EuGH, Rs. C-205/06, *Kommission v. Österreich*, ECLI:EU:C:2009:118; EuGH, Rs. C-249/06, *Kommission v. Schweden*, ECLI:EU:C:2009:119; EuGH, Rs. C-118/07, *Kommission v. Finnland*, ECLI:EU:C:2009:715. Dazu näher: *Ghouri*, ELJ 16 (2010), 806 ff.

ist. Zuletzt wirft das Problem der Folgen der *Achmea*-Rechtsprechung für die umfassenden Freihandelsabkommen der EU mit Drittstaaten die Frage auf, ob der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens, auf den der EuGH in Rn. 58 des *Achmea*-Urteils verweist, nur ein unterstützendes Argument zur Absicherung der Urteilsbegründung oder ein konstitutives Merkmal für die Autonomie des Unionsrechts im Zusammenhang mit völkerrechtlichen Streitbeilegungsmechanismen im unionalen Binnenbereich darstellt.

Die überzeugendste Lesart von *Achmea* erfordert die folgenden Antworten auf diese Fragen: Zum Ersten beeinträchtigen alle Investor-Staat-Streitbeilegungsklauseln in Intra-EU-BITs den Grundsatz der Autonomie des Unionsrechts, weil dieser Grundsatz die Interpretationshoheit des EuGH in Fragen des Unionsrechts umfassend absichert, Investitionsschiedsgerichte unionsrechtliche Bestimmungen aber nicht nur als „Recht des Gaststaates“, sondern auch als „Tatsache“ auslegen können. Zum Zweiten knüpft Art. 351 Abs. 1 AEUV an die völkerrechtliche Unterscheidung zwischen bilateraler und multilateraler Erfüllungsstruktur an und wahrt deshalb auch die aus Art. 26 ECT resultierenden Rechte von Drittstaaten, weil Art. 26 ECT aufgrund seiner fundamentalen Bedeutung für den Gesamtvertrag, seiner Derogationsfestigkeit gegenüber *Inter-se*-Modifikation zulasten des Investors und seiner individualrechtsverleihenden Dimension eine multilaterale Erfüllungsstruktur besitzt und seine Einhaltung damit im Staatengemeinschaftsinteresse aller Vertragsparteien liegt. Zum Dritten ist Art. 351 Abs. 1 AEUV einheitlich auf den ECT anzuwenden, gleichwohl der ECT nur für 13 Mitgliedstaaten ein Altvertrag – und für 14 Mitgliedstaaten ein Neuvertrag – ist. Eine einheitliche Anwendung ist deshalb geboten, weil der Wortlaut eine einheitliche Rechtsfolge für das gesamte Übereinkommen anordnet; dagegen würde eine nur teilweise Anwendung einen Völkerrechtsverstoß zur Folge haben und damit dem Normzweck einer völkerrechtskonformen Integration zuwiderlaufen sowie den Geboten des einheitlichen Auftretens der Union und ihrer Mitgliedstaaten im Außenverhältnis und der einheitlichen Auslegung und Anwendung des Unionsrechts im Binnenverhältnis widersprechen. Zum Vierten muss zur Beeinträchtigung der unionsrechtlichen Autonomie neben der Auslegung unionsrechtlicher Bestimmungen durch einen völkerrechtlichen Spruchkörper und der mangelnden Sicherung der Interpretationshoheit des EuGH eine weitere Voraussetzung hinzutreten, die im unionalen Binnenverhältnis durch den Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens verkörpert wird. Das Verständnis vom Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens als konstitutives Merkmal ermöglicht eine unterschiedliche Behandlung der innerunionalen und der außerunionalen Dimension des Investitionsschutzes.

Auf dieser Folie ergeben sich die folgenden rechtlichen Konsequenzen für die investitionsrechtlichen Vereinbarungen der EU und der Mitgliedstaaten: Investor-Staat-Streitbeilegungsklauseln in Intra-EU-BITs der Mitgliedstaaten verletzen den Grundsatz der Autonomie des Unionsrechts und sind unionsrechtswidrig. Aufgrund des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts sind diese Klauseln, einschließlich des darin enthaltenen Angebots des Gaststaats auf Abschluss einer Schiedsvereinbarung mit einem Investor, unanwendbar. Damit fehlt es an einer wirksamen Schiedsvereinbarung, so dass die mitgliedstaatlichen Gerichte – in den Grenzen der verfahrensrechtlichen Autonomie der Mitgliedstaaten – unionsrechtlich dazu verpflichtet sind, die Zuständigkeit der Investitionsschiedsgerichte zu verneinen und die Vollstreckung von Schiedssprüchen ab-

zulehnen. Auch die Investor-Staat-Streitbeilegungsklausel im ECT, der Art. 26, beeinträchtigt den Grundsatz der Autonomie des Unionsrechts, soweit sie im Verhältnis zwischen den Mitgliedstaaten angewendet wird. Allerdings kann dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts die Einrede des – auf den ECT anwendbaren – Art. 351 Abs. 1 AEUV entgegengehalten werden. Nach Art. 351 Abs. 2 AEUV sind die Mitgliedstaaten, die Vertragspartei des ECT sind, aber dazu verpflichtet, alle geeigneten Mittel anzuwenden, um die festgestellten Unvereinbarkeiten zwischen dem ECT und dem Unionsrecht zu beheben. Dagegen steht die Autonomie des Unionsrechts der Vereinbarung investitionsrechtlicher Streitbeilegungsmechanismen mit Drittstaaten, wie sie die umfassenden Freihandelsabkommen der EU enthalten, nicht grundsätzlich entgegen.

SCHRIFTTUM

- Abner*, Juliane, Investor-Staat-Schiedsverfahren nach Europäischem Unionsrecht, Tübingen 2015.
- Ankersmit*, Laurens, Belgium Requests an Opinion on Investment Court System in CETA, *Environmental Law Network International Review*, 2/2016, 54-57.
- Aust*, Helmut, Eine völkerrechtsfreundliche Union? Grund und Grenze der Öffnung des Europarechts zum Völkerrecht, *Europarecht* 2017, 106-120.
- Baldwin*, Edward/*Kantor*, Mark/*Nolan*, Michael, Limits to Enforcement of ICSID Awards, *Journal of International Arbitration* 23 (2006), 1-24.
- Basedow*, Jürgen, The Transformation of the European Court of Justice and Arbitration Referrals, in: Ferrari, Franco (Hrsg), *The Impact of EU Law on International Commercial Arbitration*, New York 2017, 125-139.
- Basener*, Nico, *Investment Protection in the European Union*, Baden-Baden 2017.
- Bautze*, Kristina, Die Fragmentierungsdebatte. Zwischen Einheit, Diversifikation und self-fulfilling prophecy, *Archiv des Völkerrechts* 54 (2016), 91-100.
- Bermann*, Georg, Reconciling European Union Law Demands with the Demands of International Arbitration, *Fordham International Law Journal* 34 (Issue 5, 2011), 1193-1216.
- Besson*, Samantha, Community Interests in International Law: Whose interests Are They and How Should We Best Identify Them?, in: Benvenisti, Eyal/Nolte, Georg (Hrsg), *Community Interests Across International Law*, Oxford 2018, 36-49.
- Binder*, Christina/*Hofbauer*, Jane, The Perception of the EU Legal Order in International Law: An In- and Outside View, *European Yearbook of International Economic Law* 8 (2017), 139-203.
- Bjorge*, Eirik, EU Law Constraints on Intra-EU Investment Arbitration?, *Law and Practice of International Courts and Tribunals* 16 (2017), 71-86.
- Broberg*, Morten/*Fenger*, Niels, *Preliminary References to the European Court of Justice*, 2. Auflage, Oxford 2014.
- Bubrowski*, Helene, *Internationale Investitionsschiedsverfahren und Nationale Gerichte*, Tübingen 2013.
- Bungenberg*, Marc/*Griebel*, Joern/*Hindelang*, Steffen (Hrsg), *Internationaler Investitionsschutz und Europarecht*, Baden-Baden 2010.
- Burchard*, Christoph, *Die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung*, 2015.
- Burgstaller*, Markus, European Law and Investment, *Journal of International Arbitration* 26 (2009), 181-216.
- Calamita*, Jansen, The Challenge of Establishing a Multilateral Investment Tribunal at ICSID, *ICSID Review* 32 (2017), 611-624.
- Calliess*, Christian/*Ruffert*, Matthias (Hrsg), *EUV/AEUV*, 5. Auflage, München 2016.
- Classen*, Claus, Autonomie des Unionsrechts als Festungsring? – Anmerkung zum Urteil des EuGH (GK) v. 6.3.2018, Rs. C-284/16 (Slowakische Republik/Achmea BV), *Europarecht* 2018, 361-371.
- Coop*, Graham, Energy Charter Treaty and the European Union: Is Conflict Inevitable, *Journal of Energy and Natural Resources Law* 27 (2009), 404-419.

- Cross, Ciaran/Kube, Vivian*, Is the arbitration clause of the Energy Charter Treaty compatible with EU law in its application between EU Member States?, 2018, erhältlich im Internet: <http://www.umweltinstitut.org/fileadmin/Mediapool/Downloads/01_Themen/02_Energie-und-Klima/Energiecharta/20180221_Gutachten_Energiecharta_und_ISDS_in_der_EU.pdf> (besucht am 14. Mai 2018), 1-42.
- De Luca, Anna*, Renewable energy in the EU, the Energy Charter Treaty, and Italy's Withdrawal Therefrom, *Transnational Dispute Management* 3 (2015).
- de Witte, Bruno*, A Selfish Court? The Court of Justice and the Design of International Dispute Settlement Beyond the European Union, in: Cremona, Marise/Thies, Anne (Hrsg), *The European Court of Justice and External Relations Law*, Oxford 2014, 33-46.
- Dimopolous, Angelos*, Achmea: The principle of autonomy and its implications for intra and extra-EU BITs, *European Journal of International Law Talk* vom 27. März 2018, erhältlich im Internet: <<https://www.ejiltalk.org/achmea-the-principle-of-autonomy-and-its-implications-for-intra-and-extra-eu-bits>> (besucht am 14. Mai 2018).
- The validity and applicability of international investment agreements between EU Member States under EU and international law, *Common Market Law Review* 48 (2011), 63-93.
- Dörr, Oliver/Schmalenbach, Kristen* (Hrsg), *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, Heidelberg 2012.
- Fischer-Lescano, Andreas/Teubner, Gunther*, *Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts*, Frankfurt am Main 2006.
- Frowein, Jochen*, Das Staatengemeinschaftsinteresse – Probleme bei Formulierung und Durchsetzung, in: Hailbronner, Kay u.a. (Hrsg), *Staat und Völkerrechtsordnung*, Festschrift für Karl Doehring, Berlin 1989, 219-228.
- Gallo, Daniele/Nicola, Fernanda*, The External Dimension of EU Investment Law: Jurisdictional Clashes and Transformative Adjudication, *Fordham International Law Journal* 39 (2016), 1081-1154.
- Ghouri, Ahmad*, Resolving Incompatibilities of Bilateral Investment Treaties of the EU Member States with the EC Treaty: Individual and Collective Options, *European Law Journal* 16 (2010), 806-830.
- Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin* (Hrsg), *Das Recht der Europäischen Union*, 62. Ergänzungslieferung, München 2017.
- Gundel, Jörg*, Investitionsschutz-Schiedsgerichtsbarkeit und Unionsrecht nach dem Achmea-Urteil des EuGH, *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht* 2018, 124-131.
- Völkerrechtliche Rahmenbedingungen der Energiewende. Der Energiecharta-Vertrag und das Vattenfall-Verfahren vor dem ICSID-Schiedsgericht, *Zeitschrift für das gesamte Recht der Energiewirtschaft* 2016, 243-249.
- Halberstam, Daniel*, „It's the Autonomy, Stupid!“ A Modest Defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR, and the Way Forward, *German Law Journal* 16 (2015), 105-149.
- Herrmann, Christoph*, The Role of the Court of Justice of the European Union in the Emerging EU Investment Policy, *Journal of World Investment & Trade* 15 (2014), 570-584.

- Hess, Burkhard*, The Fate of Investment Dispute Resolution after the Achmea Decision of the European Court of Justice, MPI Luxembourg for Procedural Law Research Paper Series No. 2018/3, 15-36.
- Hindelang, Steffen*, The Limited Immediate Effects of CJEU's Achmea Judgement, Verfassungsblog vom 9. März 2018, erhältlich im Internet: <<https://verfassungsblog.de/the-limited-immediate-effects-of-cjeus-achmea-judgement>> (besucht am 14. Mai 2018).
- International Law Commission*, Fragmentation of International Law. Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law—Report of the Study Group of the ILC, UN Doc. A/CN.4/L.682 (13. April 2006) = ILC Rep. 2006, GAOR, 61 session, Supplement Nr. 10 (A/61/10).
- Jaeger, Thomas*, Zum Vorschlag einer permanenten Investitionsgerichtsbarkeit, Europarecht, 2016, 203-228.
- Kaufhold, Ann-Katrin*, Gegenseitiges Vertrauen, Wirksamkeitsbedingung und Rechtsprinzip der justiziellen Zusammenarbeit im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, Europarecht 2012, 408-431.
- Kent, Avidan*, The EU Commission and the Fragmentation of International Law: Speaking European in a Foreign Land, Goettingen Journal of International Law 7 (2016), 273-308.
- Kjos, Hege*, Applicable Law in Investor-State Arbitration, Oxford 2013.
- Klabbers, Jan*, Treaty Conflict and the European Union, Cambridge 2009.
- Re-inventing the Law of Treaties: The Contribution of the EC Courts, Netherlands Yearbook of International Law 30 (1999), 45-74.
- Klages, Roland*, *Autonomie sticht Schiedsklausel*, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2018, 217-218.
- Klamert, Marcus*, The Principle of Loyalty in EU Law, Oxford 2014.
- Kleinheisterkamp, Jan*, Investment Protection and EU Law: The Intra- and Extra-EU Dimension of the Energy Charter Treaty, Journal of International Economic Law 15 (2012), 85-109.
- Kokott, Juliane/Sobotta, Christoph*, Investment Arbitration and EU Law, Cambridge Yearbook of European Legal Studies 18 (2016), 3-19.
- Konoplyanik, Andrei/Wälde, Thomas*, Energy Charter Treaty and its Role in International Energy, Journal of Energy and Natural Resources Law 24 (2006), 523-558.
- Koskenniemi, Martii*, International Law: Constitutionalism, Managerialism and the Ethos of Legal Education, European Journal of Legal Studies 1 (2007), 1-18.
- Krönke, Christoph*, Die Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, Tübingen 2013.
- Kruis, Tobias*, Der Anwendungsvorrang des EU-Rechts in Theorie und Praxis, Tübingen 2013.
- Lang, Andrej*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der vernetzten Weltordnung, 2018, (unveröffentlichtes Manuskript).
- Der Europäische Gerichtshof und die Investor-Staat-Streitbeilegung in TTIP und CETA: Zwischen Konfrontation, Konstitutionalisierung und Zurückhaltung, in: Buszewski, Sinthiou/Martini, Stefan/Rathke, Hannes (Hrsg), Freihandel vs. Demokratie, Baden-Baden 2016, 83-111.

- Lavrinos*, Nikos, Black Tuesday: The end of intra-EU BITs, Arbitration Blog vom 7. März 2018, erhältlich im Internet: <<http://arbitrationblog.practicallaw.com/black-tuesday-the-end-of-intra-eu-bits>> (besucht am 14. Mai 2018).
- Lee*, Janice, The Empire Strikes Back: Case Note on The CJEU Decision in Slovak Republic c. ACHMEA BV, March 6, 2018, Contemporary Asia Arbitration Journal 11 (2018), 137-152.
- Leikin*, Eric/*Maniarelli*, Martina, The Future of Intra-EU ECT Claims in the Face of EC Opposition: Boom or Bust?, Kluwer Arbitration Blog vom 15. September 2017, erhältlich im Internet: <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/09/15/icca-2>> (besucht am 14. Mai 2018).
- Lock*, Tobias, The European Court of Justice and International Courts, Oxford 2015.
- Lübke*, Julia, Unionsrechtliche Grenzen von Investitionsschiedsklauseln, Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union 2018, 149-153.
- Matz*, Nele, Wege zur Koordinierung völkerrechtlicher Verträge, Heidelberg 2005.
- Meyer*, Frank Der Grundsatz gegenseitigen Vertrauens – Konzeptualisierung und Zukunftsperspektiven eines neuen Verfassungsprinzips, Europarecht 2017, 163-185.
- Miller*, Robin, Autonomie des Unionsrechts versus Schiedsgerichtsbarkeit. Zur Bedeutung des EuGH-Urteils in der Rs. Achmea für die Entwicklung der Europäischen Union als Rechtsgemeinschaft, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2018, 357-363.
- Moskvan*, Dominik, The Clash of Intra-EU Bilateral Investment Treaties with EU Law: A Bitter Pill to Swallow, Columbia Journal of European Law 22 (2015), 101-138.
- Nacimient*, Patricia/*Bauer*, Sascha, Das Achmea-Urteil des EuGH - und nun?, Betriebsberater 2018, 1347-1349.
- Neframi*, Eleftheria, The Duty of Loyalty: Rethinking its Scope through its Application in the Field of EU External Relations, Common Market Law Review 47 (2010), 323-359.
- Nettesheim*, Martin, Der Grundsatz der einheitlichen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts, in: Randelzhofer, Albrecht/Scholz, Rupert/Wilke, Dieter (Hrsg), Gedächtnisschrift für Eberhard Grabitz, 447-468.
- Niemelä*, Pekka, Achmea – A Perspective from International (Investment) Law, European Law Blog vom 15. März 2018, erhältlich im Internet: <<https://european-lawblog.eu/2018/03/15/achmea-a-perspective-from-international-investment-law/>> (besucht am 14. Mai 2018).
- The CJEU’s Achmea Judgment: Getting Through the Five Stages of Grief, Kluwer Arbitration Blog vom 10. April 2018, erhältlich im Internet: <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/04/10/cjeus-achmea-judgment-getting-five-stages-grief>> (besucht am 14. Mai 2018).
 - The Relationship of EU Law and Bilateral Investment Treaties of EU Member States, Helsinki 2017.
- Nikitin*, Peter, The CJEU’s Achmea Judgment: Getting Through the Five Stages of Grief, Kluwer Arbitration Blog vom 10. April 2018, erhältlich im Internet: <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/04/10/cjeus-achmea-judgment-getting-five-stages-grief/>> (besucht am 18. Juli 2018).
- Paparinskis*, Martins, Investment Arbitration and the Law of Countermeasures, British Yearbook of International Law 79 (2008), 264-331.

- Papp*, Konstanze von, Clash of „autonomous legal orders“: Can EU Member State courts bridge the jurisdictional divide between investment tribunals and the ECJ? A plea for direct referral from investment tribunals to the ECJ, *Common Market Law Review* 50 (2013), 1039-1068.
- Pauwelyn*, Joost, A Typology of Multilateral Treaty Obligations: Are WTO Obligations Bilateral or Collective in Nature?, *European Journal of International Law* 14 (2003), 907-951.
- Peterson*, Luke, Brussels' latest intervention casts Shadow over investment treaty arbitrations brought by jilted solar energy investors, *IA Reporter* vom 8. September 2014, erhältlich im Internet: <www.iareporter.com/articles/brussels-latest-interventioncasts-shadow-over-investment-treaty-arbitrations-brought-by-jilted-solar-energy-investors> (besucht am 14. Mai 2018).
- Reinisch*, August, Will the EU's Proposal Concerning an Investment Court System for CETA and TTIP Lead to Enforceable Awards?—The Limits of Modifying the ICSID Convention and the Nature of Investment Arbitration, *Journal of International Economic Law* 19 (2016), 761-786.
- Articles 30 and 59 of the Vienna Convention on the Law of Treaties in Action: The Decisions on Jurisdiction in the Eastern Sugar and Eureko Investment Arbitrations, *Legal Issues of Economic Integration* 39 (2012), 157-117.
- Roe*, Thomas/*Happold*, Matthew, *Settlement of investment disputes under the Energy Charter Treaty*, Cambridge 2011.
- Rosas*, Allan, The Status in EU Law of International Agreements concluded by EU Member States, *Fordham International Law Journal* 34 (2011), 1304-1345.
- Rösch*, Karl, *Intraeuropäisches Investitionsrecht*, Baden-Baden 2017.
- Sardinha*, Elsa, The New EU-Led Approach to Investor-State Arbitration: The Investment Tribunal System in the Comprehensive Economic Trade Agreement (CETA) and the EU–Vietnam Free Trade Agreement, *ICSID Review* 32 (2017), 625-672.
- Schepel*, Harm, From Conflicts-Rules to Field Preemption: Achmea and the Relationship between EU Law and International Investment Law and Arbitration, *European Law Blog* vom 23. März 2018, erhältlich im Internet: <<http://european-lawblog.eu/2018/03/23/from-conflicts-rules-to-field-preemption-achmea-and-the-relationship-between-eu-law-and-international-investment-law-and-arbitration>> (besucht am 14. Mai 2018).
- Schill*, Stephan/*Djanic*, Vladislav, Community Interests and International Investment Law, in: Benvenisti, Eyal/Nolte, Georg (Hrsg), *Community Interests Across International Law*, 2018, 221-248.
- Schreuer*, Christoph, Consent to Arbitration, in: Muchlinski, Peter/Ortino, Federico/*Schreuer*, Christoph (Hrsg), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, 2008, 830.
- /*Malintoppi*, Loretta/*Reinisch*, August/*Sinclair*, Anthony, *The ICSID Convention: A Commentary*, 2. Auflage, 2009.
- Schütze*, Robert, EC Law and International Agreements of the Member States – An Ambivalent Relationship, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 9 (2006), 387-440.
- Simma*, Bruno, From Bilateralism to Community Interest in International Law, *Recueil des Cours* 250 (1994-VI), 217-228.

- Simon, Sven/Müller, Joscha*, Das Achmea-Urteil des EuGH und die Auswirkungen auf Streitbeilegungsmechanismen im Rechtsraum der EU, *Neue Juristische Online Zeitschrift* 2018, 961-965.
- Smrkolj, Maja*, The Use of the „Disconnection Clause“ in International Treaties: What does it tell us about the EC/EU as an Actor in the Sphere of Public International Law?, Mai 1998, erhältlich im Internet: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1133002> (besucht am 14. Mai 2018).
- Stöbener de Mora, Patricia*, Das Achmea-Urteil zum Intra-EU-Investitionsschutz. Die Auswirkungen und die Notwendigkeit eines EU-weiten Schutzmechanismus, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2018, 363-370.
- Stone Sweet, Alec/Grisel, Florian*, *The Evolution of International Arbitration*, Oxford 2017.
- Szilágyi, Szilárd Gáspár*, The CJEU Strikes Again in Achmea, *International Economic Law and Pol. Blog* vom 7. März 2018, erhältlich im Internet: <<http://worldtradelaw.typepad.com/ielpblog/2018/03/guest-post-the-cjeu-strikes-again-in-achmea-is-this-the-end-of-investor-state-arbitration-under-intr.html>> (besucht am 14. Mai 2018).
- Terhechte, Jörg Philipp*, Art. 351 AEUV, das Loyalitätsgebot und die Zukunft mitgliedstaatlicher Investitionsschutzverträge nach Lissabon, *Europarecht* 2010, 517-531.
- Thiele, Carmen*, Fragmentierung des Völkerrechts als Herausforderung für die Staatengemeinschaft, *Archiv des Völkerrechts* 46 (2008), 1-41.
- Thym, Daniel*, Todesstoß für autonome Investitionsschutzgerichte, *Verfassungsblog* vom 8. März 2018, erhältlich im Internet: <<https://verfassungsblog.de/todesstoss-fuer-autonome-investitionsschutzgerichte>> (besucht am 14. Mai 2018).
- Tietje, Christian*, Bilaterale Investitionsschutzverträge zwischen EU-Mitgliedstaaten (Intra-EU-BITs) als Herausforderung im Mehrebenensystem des Rechts, *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht* Heft 104, Januar 2011, erhältlich im Internet: <http://telc.jura.uni-halle.de/sites/default/files/altbestand/Heft_104.pdf> (besucht am 11. Juli 2018).
- */Lang, Andrej*, Community Interests in World Trade Law, in: Benvenuti, Eyal/Nolte, Georg (Hrsg), *Community Interests Across International Law*, 2018, 191.
 - */Wackernagel*, Enforcement of Intra-EU ICSID Awards: Multilevel Governance, Investment Tribunals and the Lost Opportunity of the Micula Arbitration, *The Journal of World Investment & Trade* 16 (2015), 205-247.
 - Die Außenwirtschaftsverfassung der EU nach dem Vertrag von Lissabon, *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht* Heft 83, Januar 2009, erhältlich im Internet: <<http://telc.jura.uni-halle.de/sites/default/files/altbestand/Heft83.pdf>> (besucht am 11. Juli 2018).
 - Internationaler Investitionsrechtsschutz, in: Ehlers, Dirk/Schoch, Friedrich (Hrsg), *Rechtsschutz im Öffentlichen Recht*, § 4, Berlin 2009, 63-97.
 - The Applicability of the Energy Charter Treaty in ICSID Arbitration of EU Nationals vs. EU Member States, *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht* Heft 78, September 2008, erhältlich im Internet: <<http://telc.jura.uni-halle.de/sites/default/files/altbestand/Heft78.pdf>> (besucht am 11. Juli 2018).

- van Rossem*, Jan, Interaction between EU Law and International Law in the Light of Intertanko and Kadi: The Dilemma of Norms Binding the Member States but Not the Community, *Netherlands Yearbook of International Law* 40 (2009), 183-227.
- von der Groeben*, Hans/*Schwarze*, Jürgen (Hrsg), *Kommentar zum EU-/EG-Vertrag*, 6. Auflage, Baden-Baden 2003.
- Wehland*, Hanno, The Enforcement of Intra-EU BIT Awards: *Micula v Romania* and Beyond, *JWT* 17 (2016), 942-963.
- Intra-EU Investment Agreements and Arbitration: Is European Community Law an Obstacle, *International and Comparative Law Quarterly* 58 (2009), 297-320.
- Wernicke*, Stephan, Autonomie und Häresie – Investitionsschiedsgerichte in der Rechtsunion, *Neue Juristische Wochenschrift* 2018, 1644-1647.
- Wildhaber*, Luzius, *Treaty-Making Power and Constitution: An International and Comparative Study*, 1971.

Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht

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

ISSN 1612-1368 (print)
ISSN 1868-1778 (elektr.)

Bislang erschienene Hefte

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

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

- Heft 127 Eva Seydewitz, Die Betriebsaufspaltung im nationalen und internationalen Kontext – kritische Würdigung und Gestaltungsüberlegungen, August 2013, ISBN 978-3-86829-616-7
- Heft 128 Karsten Nowrot, Bilaterale Rohstoffpartnerschaften: Betrachtungen zu einem neuen Steuerungsinstrument aus der Perspektive des Europa- und Völkerrechts, September 2013, ISBN 978-3-86829-626-6
- Heft 129 Christian Tietje, Jürgen Bering, Tobias Zuber, Völker- und europarechtliche Zulässigkeit extraterritorialer Anknüpfung einer Finanztransaktionssteuer, März 2014, ISBN 978-3-86829-671-6
- Heft 130 Stephan Madaus, Help for Europe's Zombie Banks? – Open Questions Regarding the Designated Use of the European Bank Resolution Regime, Juli 2014, ISBN 978-3-86829-700-3
- Heft 131 Frank Zeugner, Das WTO Trade Facilitation-Übereinkommen vom 7. Dezember 2013: Hintergrund, Analyse und Einordnung in den Gesamtkontext der Trade Facilitation im internationalen Wirtschaftsrecht, Oktober 2014, ISBN 978-3-86829-735-5
- Heft 132 Joachim Renzikowski, Strafvorschriften gegen Menschenhandel und Zwangsprostitution de lege lata und de lege ferenda, November 2014, ISBN 978-3-86829-739-3
- Heft 133 Konrad Richter, Die Novellierung des InvStG unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses zum Außensteuergesetz, März 2015, ISBN 978-3-86829-744-7
- Heft 134 Simon René Barth, Regulierung des Derivatehandels nach MiFID II und MiFIR, April 2015, ISBN 978-3-86829-752-2
- Heft 135 Johannes Ungerer, Das europäische IPR auf dem Weg zum Einheitsrecht Ausgewählte Fragen und Probleme, Mai 2015, ISBN 978-3-86829-754-6
- Heft 136 Lina Lorenzoni Escobar, Sustainable Development and International Investment: A legal analysis of the EU's policy from FTAs to CETA, Juni 2015, ISBN 978-3-86829-762-1
- Heft 137 Jona-Marie Winkler, Denial of Justice im internationalen Investitionsschutzrecht: Grundlagen und aktuelle Entwicklungen, September 2015, ISBN 978-3-86829-778-2
- Heft 138 Andrej Lang, Der Europäische Gerichtshof und die Investor-Staat-Streitbeilegung in TTIP und CETA: Zwischen Konfrontation, Konstitutionalisierung und Zurückhaltung, Oktober 2015, ISBN 978-3-86829-790-4
- Heft 139 Vinzenz Sacher, Freihandelsabkommen und WTO-Recht Der Peru-Agricultural Products Fall, Dezember 2015, ISBN 978-3-86829-814-7
- Heft 140 Clemens Wackernagel, The Twilight of the BITs? EU Judicial Proceedings, the Consensual Termination of Intra-EU BITs and Why that Matters for International Law, Januar 2016, ISBN 978-3-86829-820-8
- Heft 141 Christian Tietje/Andrej Lang, Community Interests in World Trade Law, Dezember 2016, ISBN 978-3-86829-874-1
- Heft 142 Michelle Poller, Neuer Sanktionsrahmen bei Kapitalmarktdelikten nach dem aktuellen

europäischen Marktmissbrauchsrecht - Europarechtskonformität des 1. Finanzmarktmissbrauchsrichtlinien, Januar 2017, ISBN 978-3-86829-876-5

- Heft 143 Katja Gehne/Romulo Brillo, Stabilization Clauses in International Investment Law: Beyond Balancing and Fair and Equitable Treatment, März 2017, ISBN 978-3-86829-885-7
- Heft 144 Kevin Crow/Lina Lorenzoni Escobar, International Corporate Obligations, Human Rights, and the Urbaser Standard: Breaking New Ground?, ISBN 978-3-86829-899-4
- Heft 145 Philipp Stegmann, The Application of the Financial Responsibility Regulation in the Context of the Energy Charter Treaty – Case for Convergence or “Square Peg, Round Hole”?, September 2017, ISBN 978-3-86829-913-7
- Heft 146 Vinzenz Sacher, Neuer Kurs im Umgang mit China? Die Reformvorschläge zum EU-Antidumpingrecht und ihre Vereinbarkeit mit WTO-Recht, Oktober 2017, ISBN 978-3-86829-918-2
- Heft 147 Maike Schäfer, Die Rechtsstellung des Vereinigten Königreiches nach dem Brexit in der WTO: Verfahren, Rechtslage, Herausforderungen, November 2017, ISBN 978-3-86829-924-3
- Heft 148 Miriam Elsholz, Die EU-Verordnung zu Konfliktmineralien Hat die EU die richtigen Schlüsse aus bestehenden Regulierungsansätzen gezogen?, Dezember 2017, ISBN 978-3-86829-926-7
- Heft 149 Andreas Kastl, Brexit - Auswirkungen auf den Europäischen Pass für Banken, April 2018, ISBN 978-3-86829-936-6
- Heft 150 Jona Marie Winkler, Das Verhältnis zwischen Investitionsschiedsgerichten und nationalen Gerichten: Vorläufiger Rechtsschutz und Emergency Arbitrator, April 2018, ISBN 978-3-86829-946-5
- Heft 151 Hrabrin Bachev, Yixian Chen, Jasmin Hansohm, Farhat Jahan, Lina Lorenzoni Escobar, Andrii Mykhailov, Olga Yekimovskaya, Legal and Economic Challenges for Sustainable Food Security in the 21st Century, DAAD and IAMO Summer School, April 2018, ISBN (elektr.) 978-3-86829-948-9
- Heft 152 Robin Misterek, Insiderrechtliche Fragen bei Unternehmensübernahmen Transaktionsbezogene Nutzung und Offenlegung von Insiderinformationen unter der Marktmissbrauchsverordnung, April 2018, ISBN 978-3-86829-949-6
- Heft 153 Christian Tietje, Vinzenz Sacher, The New Anti-Dumping Methodology of the European Union – A Breach of WTO-Law?. Mai 2018, ISBN 978-3-86829-954-0
- Heft 154 Aline Schäfer, Der Report of the Human Rights Council Advisory Committee on the activities of vulture funds and the impact on human rights (A/HRC/33/54): Hintergrund, Entwicklung, Rechtsrahmen sowie kritische völkerrechtliche Analyse, Juni 2018, ISBN 978-3-86829-957-1
- Heft 155 Sabrina Birkner, Der Einwirkungserfolg bei der Marktmanipulation im Kontext nationalen und europäischen Rechts, Juli 2018, ISBN 978-3-86829-960-1

Heft 156 Andrej Lang, Die Autonomie des Unionsrechts und die Zukunft der Investor-Staat-Streitbeilegung in Europa nach Achmea, Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des Art. 351 AEUV, Juli 2018, ISBN 978-3-86829-962-5

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

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