

Mathea Schmitt

Reaktionen der
Investitionsschiedsgerichtsbar-
keit auf die Achmea-
Entscheidung des EuGH vom
6. März 2018

Heft 175

Januar 2022

Reaktionen der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit
auf die *Achmea*-Entscheidung des EuGH vom 6.
März 2018

Von

Mathea Schmitt

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

Mathea Schmitt, LL.M.oec., hat Rechtswissenschaften an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg studiert und ist Absolventin des Studiengangs Wirtschaftsrecht. Derzeit ist sie wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht und Internationales Wirtschaftsrecht.

Christian Tietje/Gerhard Kraft/Anne-Christin Mittwoch (Hrsg.), Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 175

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet unter <https://www.deutsche-digitale-bibliothek.de/> abrufbar.

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

ISBN 978-3-96670-095-5 (print)
ISBN 978-3-96670-096-2 (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. Analyse.....	8
I. Reichweite der Achmea-Entscheidung.....	8
1. Addiko v. Kroatien	9
2. Übrige Entscheidungen	10
3. Bewertung.....	10
II. Bindungswirkung an Entscheidungen des EuGH	11
1. AMF v. Tschechien, Marfin Investment Group v. Zypern	11
2. Magyar Farming v. Ungarn, United Utilities v. Estland, Strabag v. Polen	12
3. Bewertung.....	13
III. Zeitliche Geltung von <i>Achmea</i> oder „perfected consent“	14
1. Addiko v. Kroatien, Raiffeisen v. Kroatien.....	14
2. Marfin Investment Group v. Zypern, Magyar Farming v. Ungarn	15
3. Bewertung.....	16
IV. „Same subject matter“ gem. Art 30(3), 59 WVK.....	17
1. Marfin Investment Group v. Zypern, AMF v. Tschechien	18
2. Ioan Micula v. Rumänien, Strabag v. Polen.....	19
3. Übrige Entscheidungen	20
4. Bewertung.....	21
V. Declarations	23
1. Magyar Farming v. Ungarn	23
2. Addiko v. Kroatien et al.	24
3. Bewertung.....	26
VI. Zusammenfassung	26
C. Schluss	28
Schrifttum	29

A. Einleitung

Mit der fünften Erweiterungsrunde der EU¹ stieg die Zahl von zuvor zwei intra-EU-BITs² auf rund 190 intra-EU-BITs an. Grund dafür waren die überwiegend ab 1989 zwischen den damaligen EG-Mitgliedstaaten und den osteuropäischen (noch) Drittstaaten abgeschlossenen BITs, die vor dem Hintergrund der Stabilisierung der Beziehungen und auf Grund der attraktiven Investitionsmöglichkeiten in den ehemaligen sozialistischen Staaten geschlossen wurden.³ Im Rahmen der Beitrittsprotokolle wurden diese BITs zunächst unberücksichtigt gelassen, mit der Folge, dass deren Gültigkeit zumindest *prima facie* fortbestand.⁴ Diese, anfangs wenig beachteten Verträge gerieten zunehmend in den Fokus der Kritik, insbesondere von Seiten der Europäischen Kommission.⁵ Diese intervenierte durch *amicus curiae* Schriftsätze in Investor-Staat-Schiedsverfahren (investor-state dispute settlement, ISDS) und versuchte die Mitgliedstaaten zur Kündigung der intra-EU BITs zu bewegen – allerdings erfolglos.⁶ Mit der *Achmea*-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (**EuGH**) vom 6. März 2018 wurde der Konflikt zumindest aus unionsrechtlicher Perspektive schlagartig beendet.⁷ Inhalt der Entscheidung – welche im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens vom Bundesgerichtshof (**BGH**) gem. Art. 267 III AEUV an den EuGH geleitet wurde – war die Vereinbarkeit von Schiedsklauseln in intra-EU BITs mit dem Unionsrecht, konkreter: die Vereinbarkeit von Art. 8 des Niederlande-Slowakei

- ¹ Am 1.5.2004 traten die Tschechische Republik, Estland, Zypern, Lettland, Litauen, Ungarn, Malta, Polen, Slowenien und die Slowakei der EU bei (vgl. Beitrittsvertrag Abl. EU L 236 vom 23.9.2003). Am 1.1.2007 traten Rumänien und Bulgarien der EU bei (vgl. Abl. EU L 157 vom 21.6.2005); hierzu ausführlicher z.B.: *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, Rn. 30. Deutschland-Griechenland-BIT (1961); Deutschland-Portugal-BIT (1980).
- ² Deutschland-Griechenland-BIT (1961); Deutschland-Portugal-BIT (1980).
- ³ *Tietje*, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 104, 6; *Wehland*, SchiedsVZ 2008, 222 (223); *Shan/Zhang*, JIL 21/4 (2011), 1049 (1065).
- ⁴ *Tietje*, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 104, 6; *Wehland*, SchiedsVZ 2008, 222 (223).
- ⁵ Ausf. *Gatzsche*, Aufhebung und Abänderung von Investitionsschutzverträgen, 71; ausführlicher zu den Schritten der Kommission gegen intra-EU-BITs *Rösch*, Intraeuropäisches Investitionsrecht, 105 ff.
- ⁶ Erstmals bereits 2006 in *Eastern Sugar B.V.(Netherlands) v. The Czech Republic*, SCC Case No. 088/2004, Partial Award vom 27.3.2007, Rn. 119; später unter anderem in *EURAM v. Slovak Republic*, UNCITRAL, PCA Case No. 2010-17, Award on Jurisdiction vom 22.10.2012, Rn. 61; *Achmea B.V. v. The Slovak Republic*, UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13 (formerly *Eureka B.V. v. The Slovak Republic*), Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension vom 26.10.2010, Rn. 175 ff.; uvm.
- ⁷ EuGH, Urteil vom 6.3.2018, *Slowakische Republik v Achmea BV*, C-284/16, E-CLI:EU:C:2018:158.

BIT mit Art. 344, 267 und 18 AEUV.⁸ Auf knappen acht Seiten urteilte der EuGH – die Schlussanträge des Generalanwaltes *Wathelet*⁹ vollständig außer Acht lassend – dass „[d]ie Art. 267 und 344 AEUV [...] dahin auszulegen [sind], dass sie einer Bestimmung [...] wie Art. 8 des [Niederlande-Slowakei BIT] entgegenstehen, [...]“¹⁰ Zur Frage, ob Art. 8 des BITs mit Art. 18 AEUV vereinbar sei, äußerte sich das Gericht nicht.¹¹ In der Folge entschieden sich die Mitgliedstaaten dazu, alle zwischen ihnen bestehenden intra-EU BITs kündigen zu wollen.¹² Dementsprechend unterzeichneten alle Mitgliedstaaten, mit Ausnahme von Finnland, Irland, Österreich und Schweden, am 5. Mai 2020 ein Abkommen über die Beendigung der bilateralen Investitionsschutzabkommen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union.¹³

Damit nahm der innereuropäische Investitionsschutz, wie man ihn bisher kannte, ein Ende. Während dem Urteil selbst, den daraus resultierenden Folgeproblemen und der Frage nach der Zukunft des innereuropäischen Investitionsschutzes in zahlreichen Aufsätzen große Aufmerksamkeit geschenkt wurde, fehlt bislang eine nähere Untersuchung darüber, wie die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit ihrerseits darauf reagierte.¹⁴ Diese Arbeit beleuchtet die Perspektive internationaler Schiedsgerichte in Hinblick auf die Problematik der intra-EU BITs und stellt die Reaktionen auf die *Achmea*-Entscheidung dar.

In den vergangenen knapp drei Jahren lassen sich, basierend auf den ICSID und italaw Datenbanken 41 Schiedsgerichtsurteile verzeichnen, die zeitlich nach der *Achmea*-Entscheidung ergingen. Von diesen 41 Schiedssprüchen, von denen die erste etwa zwei Monate nach *Achmea* am 16. Mai 2018 erging,¹⁵ basieren 17 Schiedssprüche (etwa 42 %) auf intra-EU BITs, drei behandeln sowohl ECT als

⁸ *Ibid.*, Rn. 23.

⁹ Schlussanträge des GA *Wathelet* in der Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2017:699.

¹⁰ EuGH, Urteil vom 6.3.2018, *Slowakische Republik v Achmea BV*, C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158, Rn. 62.

¹¹ *Ibid.*, Rn. 61.

¹² *Declaration of the Representatives of the Governments of the Member States, of 15 January 2019 on the legal consequences of the judgement of the Court of Justice in Achmea and on investment protection in the European Union*, abrufbar unter https://ec.europa.eu/info/publications/190117-bilateral-investment-treaties_en (zuletzt besucht am 15.10.21).

¹³ *Agreement for the termination of bilateral investment treaties between the member states of the European Union*, A/T/BIT/Annex A, 5.5.2020; dieses muss nun von den einzelnen Mitgliedstaaten ratifiziert werden; kommentierend: *Tropper*, The treaty to end all investment treaties. The Termination Agreement of intra-EU BITs and its effect on sunset clauses, *Völkerrechtsblog* v. 12.5.2020, erhältlich im Internet unter: <https://voelkerrechtsblog.org/the-treaty-to-end-all-investment-treaties/> (zuletzt besucht am 15.10.21).

¹⁴ *Declève*, Int'l Litigation Blog v. 24.7.2018, erhältlich im Internet unter: <http://international-litigationblog.com/does-achmea-invalidates-all-intra-eu-bits-not-necessarily/> (zuletzt besucht am 15.10.21); *Hess*, MPILux Research Paper Series 3 (2018); uvm.

¹⁵ *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/14/1, Award vom 16.5.2018.

auch BIT Vorwürfe gleichermaßen,¹⁶ während die restlichen 21 Schiedssprüche im ECT Regime entschieden wurden.

Um den Rahmen der Bearbeitung nicht zu sprengen, beschränkt sich die weitere Behandlung lediglich auf jene Schiedssprüche, die auf Grundlage eines intra-EU BITs ergangen sind. In sechs dieser Verfahren wurden die Schiedssprüche nicht veröffentlicht, sodass diese bei der Analyse nicht berücksichtigt werden können. Von den übrigen elf befassen sich zwei gar nicht mit der oben geschilderten Problematik und tragen folglich nichts zur Auswertung bei. Damit bleibt es bei neun auszuwertenden Schiedssprüchen. In allen neun Fällen bejahte das jeweilige Schiedsgericht die eigene Zuständigkeit und schloss sich damit der EuGH Entscheidung nicht an. In sieben Fällen wurde die Entscheidung einstimmig erlassen, während in den Fällen *Theodoros v. Zypern*¹⁷ und *Raiffeisen v. Kroatien*¹⁸ jeweils einer der drei Schiedsrichter eine davon abweichende Meinung vertrat. Schiedsrichter *Kohen* formulierte dabei die Ansicht, dass zwar die Vorschriften des BIT die Zulässigkeit determinieren. Dennoch stelle sich die Frage, ob dies angesichts des innereuropäischen Kontextes angebracht sei,¹⁹ woraufhin sich *Kohen* über mehrere Absätze einer Interpretation des Art 351 AEUV widmet. Eben jene Interpretation von Unionsrecht durch einen Schiedsrichter wollte der EuGH durch *Achmea* verhindern, sodass dieses Vorgehen eher fraglich erscheint. Zusammenfassend stützt sich das Statement of Dissent *Kohens* primär darauf, dass die EU-Verträge (AEUV und EUV) und ein intra-EU BIT denselben Gegenstand im Sinne der Art. 59 und 30 (3) WVK umfassen.²⁰ *Tomov* dagegen setzt in seinem Statement of Dissent bei Art 11(2) des Österreich-Kroatien BIT an.²¹

Insgesamt überrascht es jedoch nicht, dass die Schiedsgerichte ihre eigene Zuständigkeit auch in Folge der *Achmea*-Entscheidung bejahten. Damit schließen sich diese Entscheidungen zahlreichen weiteren Schiedsentscheidungen an, die vor Erlass der *Achmea*-Entscheidung ergingen und sich ebenfalls mit der intra-EU Problematik auseinandersetzten.²²

¹⁶ In allen drei Fällen ist die Tschechische Republik aufgrund einer Änderung im Regelungsregime im Photovoltaik Sektor beklagt, vgl. *Photovoltaic Knopf Betriebs GmbH v. Czech Republic*, PCA Case No. 2014-21, Award vom 15.5.2019; *Voltaic Network GmbH v. Czech Republic*, PCA Case No. 2014-20, Award vom 15.5.2019; *WA Investments Europa Nova Ltd. V Czech Republic*, PCA Case No. 2014-19, Award vom 15.1.2019.

¹⁷ *Theodoros Adamakopoulos and others v Republic of Cyprus*, ICSID Case No. ARB/15/49, Statement of Dissent of Prof. Marcelo G. Kohen.

¹⁸ *Raiffeisen Bank International AG and Raiffeisenbank Austria d.d. v. Republic of Croatia*, ICSID Case No. ARB/17/34, Rn. 255 ff.

¹⁹ *Statement of Dissent*, Rn 6.

²⁰ *Ibid.*, 7 ff.

²¹ *Raiffeisen Bank International AG and Raiffeisenbank Austria d.d. v. Republic of Croatia*, ICSID Case No. ARB/17/34, Rn. 256 ff., siehe zu Art 11 (2) auch weiter unten, insbesondere S. 14 ff.

²² *Eastern Sugar B.V. (Netherlands) v. Czech Republic*, SCC Case No 088/2004, Partial Award vom 27.3.2007, Rn. 168; *Achmea B.V. v. Slovak Republic*, UNCITRAL, PCA Case No 2008-13 (formerly *Eureka B.V. v. Slovak Republic*), Decision on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension vom 26.10.2010, Rn. 263, 277; *Binder v. Czech Republic*, UNCITRAL, Award on Jurisdiction vom 6.6.2007, Rn. 65.

Der folgende Abschnitt (B.) begutachtet und bewertet die oben genannten Entscheidungen genauer. Dieser Teil der Arbeit orientiert sich an wiederkehrenden Argumenten, sodass sich auch die Gliederung daran orientiert. Der letzte Teil (C.) dient der Zusammenfassung und des Ausblicks.

B. Analyse

Bei Durchsicht der genannten Entscheidungen fällt auf, dass die Schiedsgerichte ihre Entscheidungen auf immer wiederkehrende Argumente. An diesen Argumenten orientiert sich der Analyseteil der Arbeit, um so auf Gemeinsamkeiten und Unterschiede der Argumente eingehen zu können.

Viel diskutiert in Praxis und Literatur ist die Frage nach der Reichweite der *Achmea*-Entscheidung (I.). Diesem Problem gehen manche Schiedsgerichte dadurch aus dem Weg, dass sie sich nicht an *Achmea* gebunden sehen (II.), oder eine Anwendbarkeit aus zeitlichen Gründen ablehnen (III.). Immer wieder taucht außerdem die Prüfung der Art. 59 und 30 (3) WVK auf (IV.). Zuletzt geht der Abschnitt auf die Anwendbarkeit der oben erwähnten Erklärungen zur Kündigung der intra-EU BITs ein (V.).

I. Reichweite der *Achmea*-Entscheidung

Die Schiedsklausel des Niederlande-Slowakei BIT, dem in *Achmea* zugrundeliegenden BIT, enthält in Art. 8 (6) eine Vorschrift zum anwendbaren Recht. Anwendbares Recht ist danach unter anderem das nationale Recht der Vertragsparteien. Aufgrund dieser Vorschrift, die der EuGH als „Einfallstor für die Berücksichtigung des Unionsrechts“²³ beschrieb, ist man sich sowohl in der Praxis als auch der Literatur uneinig ob des Umfangs der *Achmea*-Entscheidung. Die Kommission vertritt dabei die Ansicht, die Entscheidung sei auf alle intra-EU BITs zu übertragen.²⁴

Bevor auf die Argumente im Detail eingegangen wird, soll ein Blick auf die in den Verfahren zugrundeliegenden BITs geworfen werden.

Von den untersuchten neun Entscheidungen, liegen in sechs Fällen intra-EU BITs ohne eine sog. „applicable law“-Klausel vor. Ein BIT enthält lediglich einen Verweis auf allgemeine Regeln des Völkerrechts, der Zypern-Griechenland BIT existiert nicht in englischer Sprache, sodass sich diesbezüglich keine Aussage tref-

²³ EuGH, Urteil vom 6.3.2018, *Slowakische Republik v Achmea BV*, C-284/16, E-CLI:EU:C:2018:158, Rn. 41.

²⁴ Vgl. z.B. *amicus curiae* in *Raiffeisen Bank International AG and Raiffeisenbank Austria d.d. v. Republic of Croatia*, ICSID Case No. ARB/17/34, Decision on Respondent's Jurisdictional Objections vom 30.9.2020, Rn. 156.

fen lässt. Lediglich ein einzelner BIT im Fall *Theodoros v. Zypern*²⁵ enthält eine „applicable law“-Klausel mit Verweis auf nationales Recht der Vertragsstaaten.

1. *Addiko v. Kroatien*

Schiedsgerichte wie beispielsweise das Schiedsgericht in *Addiko v. Kroatien*,²⁶ sind der Ansicht, dass die *Achmea*-Entscheidung lediglich Einfluss auf das Niederlande-Slowakei-BIT habe, oder sich zumindest auf Schiedsklauseln beschränke, die dem Wortlaut nach das nationale Recht der Vertragsstaaten als anwendbares Recht qualifizieren.²⁷ Das Schiedsgericht nennt hierfür drei Gründe und schließt sich damit im Wesentlichen der Entscheidung im Fall *Eskosol v. Italien*²⁸ an. Erstens bezöge sich der EuGH, obwohl die Vorlagefrage des BGH allgemein formuliert war und somit alle intra-EU BITs einschloss, explizit auf Art. 8 des Niederlande-Slowakei BIT und betonte im Laufe der Entscheidung fortlaufend „the choice of law issue“, so das Schiedsgericht.²⁹ Zweitens hielt der EuGH „eine internationale Übereinkunft, die die Schaffung eines mit der Auslegung ihrer Bestimmungen betrauten Gerichts vorsieht, [...] grundsätzlich **nicht** mit dem Unionsrecht unvereinbar“.³⁰ Folglich beziehe sich diese Aussage auf alle übrigen BITs, die das nationale Recht der Vertragsparteien nicht mit einschlossen.³¹ Drittens lege der EuGH gegen Ende dar, dass nach Art. 8 (6) des Niederlande-Slowakei BIT sowohl das nationale Recht der Mitgliedstaaten als auch andere Übereinkünfte zwischen den Staaten anwendbares Recht darstellten.³² Das Ergebnis – die Unvereinbarkeit mit Art. 267 und 344 AEUV – wird sodann eingeleitet mit dem Wort „daher“.³³ Für das Schiedsgericht bedeutet das: „making clear that the dispositif

²⁵ *Theodoros Adamakopoulos and others v. Republic of Cyprus*, ICSID Case No. ARB/15/49, Decision on Jurisdiction vom 7.2.2020.

²⁶ *Addiko Bank AG and Addiko Bank d.d. v. Republic of Croatia*, ICSID Case No. ARB/17/37, Decision on Croatia’s Jurisdictional Objection Related to the Alleged Incompatibility of the BIT with the EU Aquis vom 12.6.2020.

²⁷ *Ibid.*, Rn. 241ff.

²⁸ *Eskosol S.p.A. in liquidazione v. Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/15/50, Decision on Termination Request and Intra-EU Objection vom 7.5.2019, dieser Entscheidung liegt der ECT zugrunde.

²⁹ *Addiko Bank AG and Addiko Bank d.d. v. Republic of Croatia*, ICSID Case No. ARB/17/37, Decision on Croatia’s Jurisdictional Objection Related to the Alleged Incompatibility of the BIT with the EU Aquis vom 12.6.2020, Rn. 244.

³⁰ EuGH, Urteil vom 6.3.2018, *Slowakische Republik v Achmea BV*, C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158, Rn. 57; Hervorhebung durch Verf.

³¹ *Addiko Bank AG and Addiko Bank d.d. v. Republic of Croatia*, ICSID Case No. ARB/17/37, Decision on Croatia’s Jurisdictional Objection Related to the Alleged Incompatibility of the BIT with the EU Aquis vom 12.6.2020, Rn. 245.

³² *Ibid.*, Rn. 246.

³³ EuGH, Urteil vom 6.3.2018, *Slowakische Republik v Achmea BV*, C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158, Rn. 60.

was based on the particular findings that preceded it, namely those about the scope and implications of the choice of law clause in the applicable BIT.³⁴

2. Übrige Entscheidungen

Das Schiedsgericht in *United Utilities v. Estland* stellt lediglich – ohne Begründung oder Argumentation – fest, dass der dem Verfahren zugrundeliegende Vertrag keinen Verweis auf das nationale Recht der Vertragsstaaten enthielte.³⁵

Während sich die verbleibenden Schiedsgerichte zur Thematik nicht äußern, soll dennoch ein Blick auf den Fall *Theodoros v. Zypern* geworfen werden, da die dort zugrundeliegende Schiedsklausel das nationale Recht der Vertragsparteien als Teil des anwendbaren Rechts umfasst. Das Schiedsgericht betont, dass sich die Zuständigkeit nicht aus nationalem Recht, sondern aus dem BIT und Art. 25 der ICSID Konvention, ergebe.³⁶ Nationales Recht – und damit auch Unionsrecht – spiele bei der Frage nach der Zuständigkeit höchstens dann eine Rolle, wenn es um die Bestimmung der Nationalität der Parteien gehe, nicht aber bei der Bestimmung der Zuständigkeit.³⁷ Trotz wortlautgleichen Schiedsklauseln lehnt das Schiedsgericht eine Anwendung von Unionsrecht bzw. der *Achmea*-Entscheidung ab.

3. Bewertung

Um die dargestellten Argumente zu bewerten, soll zunächst ein Blick auf Art. 267 AEUV geworfen werden. Art. 267 AEUV legt fest, dass der Gerichtshof „a. über die Auslegung der Verträge“ entscheidet. Dabei geht es freilich nur um die Auslegung des Unionsrechts und nicht um dessen Anwendung auf einen konkreten Fall – die Auslegung erfolgt also abstrakt.³⁸ Der BGH formulierte die Vorlagefrage an den EuGH im Fall *Achmea* ebenfalls abstrakt und bezog sich dabei auf „eine[r] Regelung in einem [intra-EU BIT] ...“.³⁹ Entgegen der Ansicht des Schiedsgerichts in *Addiko v. Kroatien*, beziehen sich auch die weiteren Ausführungen des EuGH nicht nur auf Art. 8 des Niederlande-Slowakei BIT. Das Schieds-

³⁴ *Addiko Bank AG and Addiko Bank d.d. v. Republic of Croatia*, ICSID Case No. ARB/17/37, Decision on Croatia’s Jurisdictional Objection Related to the Alleged Incompatibility of the BIT with the EU Aquis vom 12.6.2020, Rn. 246.

³⁵ *United Utilities (Tallinn) B.V. and Aktsiaselts Tallinna Vesi v. Republic of Estonia*, ICSID Case No. ARB/14/24, Award vom 21.6.2019, Rn. 540.

³⁶ *Theodoros Adamakopoulos and others v. Republic of Cyprus*, ICSID Case No. ARB/15/49, Decision on Jurisdiction vom 7.2.2020, Rn. 156.

³⁷ *Ibid.*, Rn. 157, die Schiedsrichter verweisen dabei auf *Československa obchodní banka, a.s. v. Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB/97/4, Decision on Jurisdiction vom 24.5.1999, Rn. 35.

³⁸ *Hobel/Fremuth*, Europarecht, Rn. 69; *Wegener*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 267 AEUV, Rn. 3.

³⁹ EuGH, Urteil vom 6.3.2018, *Slowakische Republik v Achmea BV*, C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158, Rn. 23, Hervorhebung durch Verf.

gericht verkennt in seiner Argumentation, dass der EuGH in seinen Ausführungen nur beispielhaft auf Art. 8 zurückgreift, was man u.a. an Formulierungen wie „Übereinkunft zwischen den Mitgliedsstaaten wie Art. 8“ erkennt.⁴⁰ Sowohl die abstrakte Formulierung der Frage als auch die generelle Auslegung durch den EuGH sprechen dafür, dass sich die Ausführungen des EuGH auf die Vereinbarkeit aller intra-EU BITs mit dem Unionsrecht bezieht und sich nicht auf Art. 8 des Niederlande-Slowakei BIT beschränkt. Weiterhin ist festzuhalten, dass würde man *Achmea* derart eng auslegen, die Mitgliedstaaten die Möglichkeit hätten, ihre BITs dahingehend zu ändern, jeglichen Verweis auf Unionsrecht oder das Recht der Mitgliedstaaten zu beseitigen.⁴¹ Es ist nicht davon auszugehen, dass der EuGH diese formalistische Betrachtungsweise anstrebte. Ob die Autonomie des Unionsrechts beeinträchtigt ist oder nicht, wäre demzufolge eine Frage der Vertragsgestaltung der Mitgliedstaaten.⁴² Folglich lässt das Urteil nur den Schluss zu, dass alle Schiedsklauseln in intra-EU-BITs mit dem Unionsrecht unvereinbar sind.⁴³

II. Bindungswirkung an Entscheidungen des EuGH

Weiter befassen sich die Schiedsgerichte mit der Problematik der Bindungswirkung unionsrechtlicher Entscheidungen, insbesondere ob und inwieweit Investitionsschiedsgerichte an Entscheidungen des EuGH gebunden sind.

1. *AMF v. Tschechien, Marfin Investment Group v. Zypern*

Bezüglich der Bindungswirkung unionsrechtlicher Gerichtsentscheidungen stellt das Schiedsgericht in *AMF v. Tschechien* fest, dass Unionsrecht und Investitionsschutzrecht zwei nebeneinander bestehende Subsysteme internationalen Rechts seien.⁴⁴ Entscheidungen des EuGH, also eines Organs der Unionsrechtsordnung,

⁴⁰ *Ibid.*, Rn. 31, Hervorhebung durch Verf.; vgl für ähnliche Formulierungen auch Rn. 43 und 60; s hierfür auch *Scheu/Nikolov*, German Yearbook of International Law 62 (2019), 5.

⁴¹ *Hess*, MPILux Research Paper Series 3 (2018), 10.

⁴² *Hess*, MPILux Research Paper Series 3 (2018), 10; *Lang*, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 156, 17.

⁴³ *Lang*, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 156, 17; *Hess*, MPILux Research Paper Series 2018 (3), 10; siehe auch: *Hindelang*, The Limited Immediate Effects of CJEU's *Achmea* Judgement, Verfassungsblog vom 9.3.2018 abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/the-limited-immediate-effects-of-cjeus-achmea-judgement/> (zuletzt besucht am 15.10.21); *Thym*, Todesstoß für autonome Schiedsgerichte, Verfassungsblog vom 8.3.2018 abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/todesstoss-fuer-autonome-investitionsschutzgerichte/> (zuletzt besucht am 15.10.21); zum Teil aA *Declève*, Int'l Litigation Blog vom 24.7.2018, abrufbar unter: <http://international-litigation-blog.com/does-achmea-invalidates-all-intra-eu-bits-not-necessarily/> (zuletzt besucht am 15.10.21); *Stefan*, Kluwer Arbitration Blog vom 24.6.2018, erhältlich im Internet unter: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/06/24/brace-for-impact-examining-the-reach-of-achmea-v-slovakia/#comments> (zuletzt besucht am 15.10.21).

⁴⁴ *A.M.F. Aircraftleasing Meier & Fischer GmbH & Co. KG v. Czech Republic*, PCA Case No. 2017-15, Final Award vom 11.5.2020, Rn. 372 ff.

können daher lediglich innerhalb dieser Rechtsordnung als bindend angesehen werden.⁴⁵ Damit sei ein Schiedsgericht „situated on the international plane [...] not bound by the position adopted by the CJEU, which is a court within a regional sub-system of international law.“⁴⁶ Zum gleichen Ergebnis kommt auch die Entscheidung in *Marfin Investment Group v. Cyprien*.⁴⁷ Das Schiedsgericht erklärt, dass lediglich die Regelungen des BIT und Völkergewohnheitsrecht zum anwendbaren Recht gehörten.⁴⁸

2. *Magyar Farming v. Ungarn, United Utilities v. Estland, Strabag v. Polen*

In ähnlicher Weise lehnt das Schiedsgericht in *Magyar Farming v. Ungarn*⁴⁹ die Bindungswirkung von EuGH Entscheidungen ab und setzt sich erst gar nicht mit dem Inhalt von *Achmea* auseinander. Die Argumentation stützt sich auf die ICSID Konvention: Nach Art. 41 ICSID Konvention sei jedes Schiedsgericht „judge of its own competence“, weshalb die Kompetenz-Kompetenz bezüglich der Frage nach der Zuständigkeit nur danach beurteilt werden kann, ob gem. Art. 25 der ICSID Konvention „valid consent to arbitrate“ vorliegt.⁵⁰ Demgegenüber sei der EuGH lediglich für die Auslegung der EU-Verträge, nicht aber für die Auslegung eines BIT oder der WVK zuständig. Daher erachtet das Schiedsgericht die Notwendigkeit einer eigenen Analyse, ob die EU-Verträge einen zwischen den Parteien bestehenden „consent“ aufheben können, auf Grundlage der WVK als gegeben.⁵¹

Basierend auf der gleichen Überlegung, nämlich, dass sich die Zuständigkeit des Schiedsgerichtes nach der Schiedsklausel des BIT und der ICSID Konvention, insbesondere dem „consent“ der Parteien richtet, lehnt das Schiedsgericht in *United Utilities v. Estland* die Anwendung der *Achmea*-Entscheidung ab.⁵² Außerdem, so das Schiedsgericht, gehe der EuGH von der Annahme aus, dass sich die Frage nach der Unvereinbarkeit der Schiedsklausel mit den EU-Verträgen lediglich aus der Perspektive des Unionsrechts bestimme, wohingegen vorliegend die Frage aus der Perspektive des internationalen Rechts beantwortet werden müsse.⁵³

Auch das Schiedsgericht im Fall *Strabag v. Polen* argumentiert, dass Unionsrecht kein Teil des anwendbaren Rechts sei, weshalb „no rules or principles of EU

⁴⁵ *Ibid.*, Rn. 377.

⁴⁶ *A.M.F. Aircraftleasing Meier & Fischer GmbH & Co. KG v. Czech Republic*, PCA Case No. 2017-15, Final Award vom 11.5.2020, Rn. 378.

⁴⁷ *Marfin Investment Group v. Republic of Cyprus*, ICSID Case No. ARB/13/27, Award vom 26.7.2018, Rn. 580.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ *Magyar Farming Company Ltd., Kintyre Kft and Inicia Zrt v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/17/27, Award of the Tribunal vom 13.11.2019.

⁵⁰ *Ibid.*, Rn. 208.

⁵¹ *Ibid.*, Rn. 210 f.

⁵² *United Utilities (Tallinn) B.V. and Aktiaselts Tallinna Vesi v. Republic of Estonia*, ICSID Case No. ARB/14/24, Award vom 21.6.2019, Rn. 532.

⁵³ *Ibid.*, Rn. 539.

law, be it the EU Treaties or the *Achmea* Judgment, may govern the Parties' arbitration agreement in the present case."⁵⁴ Das Schiedsgericht argumentiert dabei, dass sich die Frage nach der Zuständigkeit des Schiedsgerichtes aufgrund der Abwesenheit einer „applicable law“-Klausel nur aus der Schiedsklausel und „international public order or international law principles which meet the fundamental requirements of justice in international trade“ bestimme.⁵⁵ Zwar stelle Unionsrecht in Teilen auch internationales Recht dar, allerdings nicht dergestalt, dass es dem dargelegten Standard entspreche, da es sich dabei um fundamentale Prinzipien wie beispielsweise „good faith in business“ handle.⁵⁶ Folglich könne weder Unionsrecht an sich, noch die Interpretation des EuGH durch *Achmea* Einfluss auf die Zuständigkeit des Schiedsgerichtes nehmen.

3. Bewertung

Tatsächlich entfalten die Entscheidungen des EuGH zunächst „inter partes“ Wirkung, binden also zunächst lediglich die im Ausgangsverfahren involvierten Instanzgerichte sowie das Vorlagegericht.⁵⁷ Die darüber hinausgehende Bindungswirkung („erga omnes“) bei Urteilen über die Auslegung des Unionsrechts, ist in der Literatur umstritten, stellt sich jedoch lediglich im Zusammenhang mit mitgliedstaatlichen Gerichten.⁵⁸ Entscheidungen iSd. Art. 267 AEUV führen nicht zur Unwirksamkeit der in Rede stehende Maßnahme.⁵⁹ Das hat zur Folge, dass die Schiedsklauseln in intra-EU BITs auch nach der *Achmea*-Entscheidung wirksame Grundlage eines ISDS bleiben. Es stellt sich jedoch die Frage, wie weit Entscheidungen des EuGH von Investitionsschiedsgerichten beachtet werden müssen. Da dem EuGH die Auslegungshoheit der EU-Verträge zukommt, muss diese Auslegung auch von Investitionsschiedsgerichten bei der Anwendung von Unionsrecht beachtet werden.⁶⁰ *Wackernagel* veranschaulicht dies wie folgt: „While a judgment of the CJEU states that a rule providing for X is incompatible with EU law [...] the question whether the BIT actually contains a rule providing for X is something a tribunal must determine in specific arbitration proceedings“.⁶¹ Damit bleibt es im Ergebnis an den Schiedsgerichten selbst zu beurteilen, ob eine Unvereinbarkeit der Schiedsklausel mit dem Unionsrecht vorliegt.⁶² Somit

⁵⁴ *Strabag SE, Raiffeisen Centrobank AG and Syrena Immobilien Holding AG v. Republic of Poland*, ICSID Case No. ADHOC/15/, Partial Award on Jurisdiction vom 4.3.2020, Rn. 8.118.

⁵⁵ *Ibid.*, Rn. 8.116.

⁵⁶ *Ibid.*, Rn. 8.116 f.

⁵⁷ EuGH, Rs. C-29/68, *Zur Besteuerung eingeführter Ware; Wegener*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 267 AEUV, Rn. 49.

⁵⁸ Zur erga omnes-Bindung s *Ehrlicke*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 267 AEUV, Rn. 69; zur eingeschränkten erga omnes Wirkung s *Karpenstein*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 267 AEUV, Rn. 104 ff.

⁵⁹ *Wackernagel*, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 140, 10.

⁶⁰ *Ibid.*, 9.

⁶¹ *Ibid.*, 10.

⁶² *Wackernagel*, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 140, 10.

sind die Argumente der Schiedsgerichte unter diesem Abschnitt nicht zu beanstanden.

III. Zeitliche Geltung von *Achmea* oder „perfected consent“

Ein weiteres Argument ist, dass die *Achmea*-Entscheidung keinen Einfluss auf die Entscheidungen der Schiedsgerichte haben kann, da beide Parteien bereits in ein ISDS eingewilligt haben (sog. „consent“) und die Einwilligung nachträglich nicht mehr unwirksam gemacht werden kann.

1. *Addiko v. Kroatien, Raiffeisen v. Kroatien*

Im Fall *Addiko v. Kroatien* ist Ausgangspunkt dafür Art. 9 BIT. Art. 9 (2) (a) und (b) sehen die Möglichkeit vor, Streitigkeiten entweder vor einem ICSID Schiedsgericht (a) beizulegen oder vor einem Schiedsgericht, welches nach den UNCITRAL Rules (b) zusammengesetzt ist. In beiden Fällen ist aber vorgesehen, dass “[i]n case of arbitration, each Contracting Party, by this Agreement irrevocably consents in advance [...]”. Das Schiedsgericht in *Addiko* schließt daraus, dass “neither Austria nor Croatia may withdraw its standing advance offer of ICSID or UNCITRAL arbitration, made for the benefit of qualified investors of the other State, so long as the BIT itself (or at least Article 9, which contains this stipulation) remains in full force and effect.”⁶³

In einem zweiten Schritt prüft das Schiedsgericht in *Addiko*, ob Art. 11 (2) BIT diese grundsätzliche Annahme, dass „consent“ iSd. Art. 9 BIT besteht, ändert. Art. 11 (2) besagt: “The Contracting Parties are not bound by the present Agreement insofar as it is incompatible with the legal acquis of the European Union (EU) in force at any given time”. Problematisch bei der Interpretation von Art. 11 (2) BIT ist vor allem die Bedeutung von „at any given time“. Die Interpretation dieses Tatbestandsmerkmals ist in zwei Richtungen denkbar: gemeint sein könnte zum einen jeder beliebige Zeitpunkt und zum anderem ein bestimmter Zeitpunkt, den es in einem zweiten Schritt zu determinieren gilt. Das Schiedsgericht entscheidet sich entgegen dem Beklagtenvortrag⁶⁴ für letztere Ansicht. Bei der Beurteilung des maßgeblichen Zeitpunktes von Art. 11 (2) BIT spannt das Tribunal den Bogen zurück zum Problem des “consent”. Für die Beurteilung, ob “consent” vorliege sei nämlich “the date on which the relevant request for arbitration was registered” maßgeblich, was im vorliegenden Fall der 27. September

⁶² *Ibid.*, 9.

⁶³ *Addiko Bank AG and Addiko Bank d.d. v. Republic of Croatia*, ICSID Case No. ARB/17/37, Decision on Croatia’s Jurisdictional Objection Related to the Alleged Incompatibility of the BIT with the EU Aquis vom 12.6.2020, Rn. 202.

⁶⁴ *Ibid.*, Rn. 50.

2017 ist.⁶⁵ Eine Interpretation, die rückwirkend den zu diesem Zeitpunkt vorliegenden „consent“ wieder aufhebe, würde dem Wortlaut von Art. 9 (2) (a) und (b) widersprechen, so das Schiedsgericht.⁶⁶

Das Tribunal in *Raiffeisen* bekräftigt diese Ansicht und betont, „the words ‚at any given time‘ cannot reasonably mean ‚at any time whatsoever‘.“⁶⁷ Das Schiedsgericht führt weiter aus, dass im vorliegenden Fall der relevante Zeitpunkt der sei, zu welchem die Zuständigkeit der Schiedsgerichts beurteilt werde, bzw. zu welchem beurteilt wird, ob „consent“ vorliege iSd. Art. 9 BIT.⁶⁸ Das Schiedsgericht schließt sich damit ausdrücklich der Argumentation des Schiedsgerichtes in *Addiko* an. Die Argumentation basiert auf Art. 31 WVK. Art. 11 (2) BIT sei im Lichte des Sinn und Zweck des Vertrages auszulegen, welcher in ‚the promotion and protection of investments of parties such as Raiffeisen made in the territory of Croatia“ und genauer in „maintaining legal certainty“ liege.⁶⁹ Nehme man die Sichtweise von Kroatien an, dass die Vereinbarkeit zu jedem Zeitpunkt vorliegen muss, läge ein Verstoß gegen die Prinzipien „legal certainty and good faith“ vor.⁷⁰

So kommen beide Schiedsgerichte zu dem Ergebnis, dass durch den „request for arbitration“ jeweils „perfected consent“ gegeben ist.

2. *Marfin Investment Group v. Zypern, Magyar Farming v. Ungarn*

Das Schiedsgericht in *Marfin Investment Group v. Zypern* beruft sich bei der Frage nach der Zuständigkeit neben der Schiedsklausel auch auf Art. 25 (1) ICSID und stützt die Argumentation hierbei auf den *Report of the Executive Directors on the Convention*.⁷¹ Demnach ist „consent“ der „cornerstone of the jurisdiction“ und kann einseitig nicht widerrufen werden.⁷² Zyperns „consent“ liege, so das Schiedsgericht, durch das in der Schiedsklausel des BIT niedergeschriebene Angebot zum ISDS bereits vor und wurde durch das Initiieren einer Prozesses des Investors vervollständigt.⁷³ Darüber hinaus gebiete es das Prinzip der „legal certainty“, dass sich der Kläger darauf verlassen dürfe, dass das Angebot des Staates so lange besteht, bis es durch ein formelles Verfahren, wie in Art. 12 BIT und Art.

⁶⁵ *Addiko Bank AG and Addiko Bank d.d. v. Republic of Croatia*, ICSID Case No. ARB/17/37, Decision on Croatia’s Jurisdictional Objection Related to the Alleged Incompatibility of the BIT with the EU Aquis vom 12.6.2020, Rn. 217.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ *Raiffeisen Bank International AG and Raiffeisenbank Austria d.d. v. Republic of Croatia*, ICSID Case No. ARB/17/34, Rn. 141.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ *Ibid.*, Rn. 147.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ *Marfin Investment Group v. Republic of Cyprus*, ICSID Case No. ARB/13/27, Award vom 26.7.2018, Rn. 592.

⁷² Report of the Executive Directors of the Convention, Rn. 23.

⁷³ *Marfin Investment Group v. Republic of Cyprus*, ICSID Case No. ARB/13/27, Award vom 26.7.2018, Rn. 593.

65 WVK niedergelegt, widerrufen werde.⁷⁴ Da dies nicht geschehen sei, bestünde demnach „perfected consent“.⁷⁵

Das Schiedsgericht in *Magyar Farming v. Ungarn* behandelt die „consent“ Frage, die sich auch hier im Rahmen von Art. 25 (1) der ICSID Konvention stellt, im Kontext der Erklärungen zur Kündigung.⁷⁶ „Consent“ – hier als „meeting of the minds“ dargestellt – könne nicht mehr einseitig widerrufen werden, sodass, selbst wenn man so weit gehen würde und die Erklärungen als Kündigung der BITs verstünde, letztere dennoch bestehen blieben.⁷⁷ Daraus folge, dass wenn der Investor das Angebot des Gaststaates erst einmal angenommen hat, der Gaststaat keine Möglichkeit mehr hätte, den bestehenden „consent“ rückgängig zu machen.

3. Bewertung

Voraussetzung, um ein ISDS zu beginnen, ist das beiderseitige Einverständnis (sog. „consent“) der Parteien.⁷⁸ In allen Schiedssprüchen beziehen sich die Schiedsrichter auf sog. „perfected consent“ gem. Art. 25 (1) der ICSID Konvention. Dort heißt es: “When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally.” Schiedsrichter in einem ISDS sind – anders als staatlich legitimierte Richter – nur dadurch legitimiert, dass beide Parteien eines Verfahrens zuvor eingewilligt haben, die bestehende Streitigkeit vor einem Schiedsgericht zu verhandeln, weshalb auf das Tatbestandsmerkmal des „consent“ großer Fokus gelegt wird.⁷⁹ Die beiden Elemente, die dabei zwingend vorhanden sein müssen, sind Gegenseitigkeit und Reziprozität.⁸⁰ Durch die ständige Praxis ist

⁷⁴ *Ibid.*, Rn. 593.

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ *Magyar Farming Company Ltd., Kintyre Kft and Inicia Zrt v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/17/27, Award of the Tribunal vom 13.11.2019, Rn.212ff.

⁷⁷ *Ibid.*, Rn. 214.

⁷⁸ *Sornarajah*, Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment, 136; *Schreuer*, McGill Journal of Dispute Resolution, 2.; dies betrifft nicht nur die Investitionsgerichtsbarkeit im speziellen, sondern die Jurisdiktion jedes internationalen Gerichtes bzw Schiedsgerichtes, so auch die des ICJ, vgl. hierzu IGH, *Armed Activities on the Territory of the Congo*, ICJ Rep. 2006, Rn. 88.

⁷⁹ *Schreuer*, Denunciation of the ICSID Convention and Consent to Arbitration; in: *The Backlash against Investment Arbitration*, 356; *İnci Ataman-Figanmeşe*, 189; *Report of Executive Directors of the International Bank for Reconstruction and Development on the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*, Rn. 25 available at: icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/RulesMain.; *Sornarajah*, Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment, 139.

⁸⁰ *Schreuer*, Denunciation of the ICSID Convention and Consent to Arbitration; in: *The Backlash against Investment Arbitration*, 356; *İnci Ataman-Figanmeşe*, 189; *Report of Executive Directors of the International Bank for Reconstruction and Development on the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*, Rn. 25 available at: icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/RulesMain.; *Sornarajah*, Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment, 139.

weitgehend unbestritten, dass das Einverständnis auf der Klägerseite stets vorliegt.⁸¹ Die Verfahrensregeln lassen dabei offen auf welche Art und Weise „consent“ entsteht. In der Regel geschieht dies durch die Berufung des Investors auf die Schiedsklausel eines BIT, sog. „arbitration without privity“.⁸² Auch wenn der laxer Umgang mit dem Vorliegen von „consent“ teilweise kritisiert wird,⁸³ ist sich die Praxis einig, dass dies ausreicht, um die eigene Zuständigkeit zu bejahen.⁸⁴ Schreuer differenziert, dass nicht jeder Bezug in einem BIT auf ISDS als „binding offer[s] of consent“ gesehen werden kann und es deshalb erforderlich sei, sich den Wortlaut der Schiedsklausel genauer anzusehen.⁸⁵ In den oben genannten Fällen ist dies jedoch unproblematisch. Beispielhaft sei hier Art. 9 des Kroatien-Österreich BIT genannt, worin vorgeschrieben ist, dass „each Contracting Party [...] irrevocably consents in advance“. Der Wortlaut lässt demnach wenig Interpretationsspielraum dahingehend, dass das Einverständnis rückwirkend widerrufen werden kann. Dies gilt auch für die Verfahrensregeln des ICSID, sodass bezüglich der Argumentation der Schiedsgerichte wenig entgegengehalten werden kann. Zuletzt sei noch erwähnt, dass in allen oben genannten Fällen der „request for arbitration“ und damit „perfected consent“ bereits vor der EUGH-Entscheidung in der Sache *Achmea* bestand.

IV. „Same subject matter“ gem. Art 30(3), 59 WVK

Abgesehen von den Schiedsentscheidungen in den Fällen *Addiko v. Kroatien* und *Raiffeisen v. Kroatien*,⁸⁶ behandeln alle Entscheidungen die Frage, ob die EU-Verträge und der jeweilige BIT denselben Vertragsgegenstand haben. Dass dies in den beiden oben genannten Fällen nicht thematisiert wurde, lässt sich dadurch er-

⁸¹ Schreuer, Consent to Arbitration, 1; *Porterfield*, Investment Treaty News v. 11.8.2014, erhältlich im Internet unter: <https://www.iisd.org/itn/2014/08/11/aron-broches-and-the-withdrawal-of-unilateral-offers-of-consent-to-investor-state-arbitration/> (zuletzt besucht am 15.10.21); so auch: *AAPL v. Sri Lanka*, Award vom 27.6.1990, 4 ICSID Reports 250; *AMT v. Zaire*, Award vom 21.2.1997, 5 ICSID Reports 11 Rn. 5.17-5.23; *SGS v. Philippines*, Decision on Jurisdiction vom 29.1.2004, 8 ICSID Reports 518, Rn. 30 f.; uvm.

⁸² Von „Arbitration without privity“ spricht man, wenn sich der Investor lediglich auf die Schiedsklausel beruft, jedoch kein gesondertes Abkommen zwischen Investor und Gaststaat besteht, vgl zB *Ataman-Figanmeşe*, 188.

⁸³ Kritisch zB *Ataman-Figanmeşe*; *Sornarajah*, Journal of International Arbitration 14 (1997), 124.

⁸⁴ Vgl zB *Asian Agricultural Products Ltd. v. Sri Lanka*, ICSID Case No.ARB/87/3, Award vom 27.6.1990; *American Manufacturing & Trading, Inc. v. Republic of Zaire*, ICSID Case No.ARB/93/1, Award vom 21.2.1997, Rn. 5.17ff.; *SGS v. Philippines*, ICSID Case No.ARB/02/6, Decision on Jurisdiction vom 29.1.2004, Rn. 30-31; uvm.

⁸⁵ Schreuer, Consent to Arbitration, 7.

⁸⁶ Vgl *Addiko Bank AG and Addiko Bank d.d. v. Republic of Croatia*, ICSID Case No. ARB/17/37, Decision on Croatia’s Jurisdictional Objection Related to the Alleged Incompatibility of the BIT with the EU Aquis vom 12.6.2020, Rn. 209; *Raiffeisen Bank International AG and Raiffeisenbank Austria d.d. v. Republic of Croatia*, ICSID Case No. ARB/17/34, Rn. 135.

klären, dass der dort zugrundeliegenden Österreich-Kroatien BIT mit seinem Art. 11 (2) eine *lex specialis* Klausel zu den Art. 30 (3) und 59 WVK enthält.

1. *Marfin Investment Group v. Zypern, AMF v. Tschechien*

Die Schiedsgericht in *Marfin Investment Group v. Zypern, AMF v. Tschechien* und *Strabag v. Polen* zitieren im Rahmen von Art. 59 und 30 (3) WVK die Definition zu „same subject matter“ aus *EURAM v. Slowakei*.⁸⁷ Danach sei es nicht ausreichend, dass ein BIT und die EU-Verträge gleichzeitig und aufgrund identischer Fakten anwendbar seien, vielmehr müssten diese identisch sein.⁸⁸ Wegen des großen Zuspruchs, den diese Schiedsgerichtsentscheidung erfährt, und weil die Argumentation zum Thema „same subject matter“ sehr detailliert erfolgt, lohnt sich ein genauerer Blick auf die Entscheidung. Die seitenlange und überaus umfassende Darstellung bezieht sich zusammengefasst auf folgende Aspekte:

Zwar gäbe es hinsichtlich der Kapitalverkehrsfreiheit Übereinstimmungen in BITs und den EU-Verträgen. Dies sei jedoch nicht weiter relevant, da sich die Frage nach der Zuständigkeit nicht nach Regelungen zur Kapitalverkehrsfreiheit richte, sondern nach der einschlägigen Schiedsklausel.⁸⁹ Darüber hinaus findet das Schiedsgericht, dass “[t]he rights to fair and equitable treatment, to full protection and security, and to protection against expropriation at least, extend beyond the protections afforded by EU law; and there is no reason why those rights should not be fulfilled and upheld in addition to the rights protected by EU law.”⁹⁰ Als letzten großen Faktor, der gegen die Anwendung von Art. 59 WVK spreche, nennt das Schiedsgericht die fehlende Möglichkeit unter Unionsrecht ein Investor-Staat-Verfahren vor ein unabhängiges Schiedsgericht zu bringen. Dies könne insbesondere nicht dadurch aufgewogen werden, dass den Investoren die Möglichkeit bliebe, vor nationale Gerichte des Gaststaates zu ziehen.⁹¹

Dies aufgreifend, beruft sich das Schiedsgericht in *Marfin Investment Group v. Zypern* darauf, dass weder der FET Standard noch die indirekte Enteignung unionsrechtlich im gleichen Umfang geschützt seien, wie durch einen BIT.⁹² Die gemeinsame Handelspolitik beziehe sich nicht auf intra-EU BITs, sondern auf Abkommen der EU mit Drittstaaten, wie beispielsweise das CETA-Abkommen zeige.⁹³ Dadurch sei schon das Tatbestandsmerkmal „same subject matter“ nicht erfüllt und weder Art. 30 (3) noch Art. 59 WVK fänden Anwendung.⁹⁴

⁸⁷ *European American Investment Bank AG (EURAM) v. Slovak Republic*, UNCITRAL, Award on Jurisdiction vom 22.10.2012.

⁸⁸ *Ibid.*, Rn. 168 ff.

⁸⁹ *Ibid.*, Rn. 249.

⁹⁰ *Ibid.*, 263.

⁹¹ *Ibid.*, Rn. 264.

⁹² *Marfin Investment Group v. Republic of Cyprus*, ICSID Case No. ARB/13/27, Award vom 26.7.2018, Rn. 589.

⁹³ *Ibid.*, Rn. 590.

⁹⁴ *Ibid.*, Rn. 591.

Allgemeiner stellt das Schiedsgericht in *AMF v. Tschechien* fest, dass die EU-Verträge darauf abzielen, einen gemeinsamen Markt zu schaffen, während der Deutschland-Tschechien BIT durch spezifische Garantien „international flows of investment“ in den Vertragsstaaten bezweckt.⁹⁵ Dennoch wählen die Schiedsrichter auch hier den FET Standard als Beispiel für einen Schutzstandard, den die EU-Verträge nicht enthalten, insbesondere die Grundfreiheiten seien damit nicht vergleichbar.⁹⁶ Die potentiell gleichzeitige Anwendung auf denselben Sachverhalt, wie von *EURAM v. Slowakei* definiert, reiche zur Erfüllung des Tatbestandsmerkmals desselben Gegenstandes nicht aus.⁹⁷

2. *Ioan Micula v. Rumänien, Strabag v. Polen*

Während die zuvor erwähnten Schiedsgerichte allgemein geprüft haben, ob ein BIT und die EU-Verträge denselben Gegenstand umfassen, prüft das Schiedsgericht in *Ioan Micula v. Rumänien* konkreter, ob Art. 7 BIT, also die Schiedsklausel im Schweden-Rumänien BIT, und Art. 267, 344 AEUV denselben Gegenstand umfassen. Dies sei nur dann der Fall, wenn „the BIT had set up a tribunal to interpret and apply EU law“, da insbesondere nach Art. 344 AEUV das Auslegungsmonopol hinsichtlich unionsrechtlicher Fragen dem EuGH obliege.⁹⁸ Da sich ein Schiedsgericht nach Art. 7 BIT jedoch mit der Interpretation und Anwendung von Pflichten innerhalb des BIT befasse und unionsrechtliche Fragen höchstens am Rande behandle, sei dies nicht der Fall.⁹⁹

Das Schiedsgericht in *Strabag v. Polen* behandelt die Problematik der Art. 59 und 30 (3) WVK recht knapp in vier Abschnitten und ebenfalls konkret auf die Schiedsklausel und den AEUV bezogen. Dass die Schiedsklausel des in Rede stehenden BITs und der AEUV nicht denselben Gegenstand haben, begründen die Schiedsrichter damit, dass es unter Unionsrecht keine Möglichkeit eines Investors gäbe, den Gaststaat direkt zu verklagen.¹⁰⁰ Darüber hinaus verbiete das Unionsrecht, weder explizit noch implizit, die Ausübung eines ISDS, sodass folglich die Schiedsklausel nicht im Konflikt mit dem AEUV stehe und dadurch auch nicht denselben Gegenstand umfasse.¹⁰¹

⁹⁵ *AMF v. Czech Republic*, Rn. 358.

⁹⁶ *Ibid.*, Rn. 359.

⁹⁷ *Ibid.*, Rn. 361.

⁹⁸ *Ioan Micula, Viorel Micula and others v. Romania [II]*, ICSID Case No. ARB/14/29, Award vom 5.3.2020, Rn. 282.

⁹⁹ *Ibid.*, Rn. 282 f.

¹⁰⁰ *Strabag v. Poland*, Rn. 8.138; so auch das Schiedsgericht in *United Utilities (Tallinn) B.V. and Aktsiaselts Tallinna Vesi v. Republic of Estonia*, ICSID Case No. ARB/14/24, Award vom 21.6.2019, Rn. 543 ff.

¹⁰¹ *Ibid.*, Rn. 8.137 f.

3. Übrige Entscheidungen

Das Schiedsgericht in *Magyar Farming v. Ungarn* geht lediglich auf Art. 30 (3) WVK ein und stellt fest, dass das Tatbestandsmerkmal „same subject matter“ restriktiv auszulegen sei und darüber hinaus schon viele Schiedsgerichte zuvor entschieden hätten, dass im Falle vom BITs und den EU-Verträgen nicht derselbe Vertragsgegenstand vorliege und es sich insoweit dieser Ansicht anschließe.¹⁰²

Das Schiedsgericht in *Theodoros v. Zypern* legt eingangs dar, dass sich sowohl BITs als auch die EU-Verträge mit „investment and dispute settlement“ im weitesten Sinne beschäftigen.¹⁰³ Die Schiedsrichter relativieren dies jedoch noch im selben Abschnitt vor allem deshalb, weil unter Unionsrecht gelte, dass „claimants are left in the hands of domestic courts only, something that BITs do not provide for“.¹⁰⁴ Die Argumentation wird sodann auf den *Report on Fragmentation der International Law Commission (ILC)* gestützt, welcher auch für die Definition von „same subject matter“ bereits im Fall *Strabag v. Polen* herangezogen wurde.¹⁰⁵ Danach sei die Frage, ob zwei Verträge denselben Gegenstand haben „resolved through the assessment of whether the fulfilment of the obligation under one treaty affects the fulfilment of the obligation of another“.¹⁰⁶ Erwähnt sei jedoch, dass die ILC in ihrem *Report on Fragmentation* außerdem feststellt, dass die Problematik der Anwendbarkeit des Art. 30 WVK insbesondere davon geprägt sei, dass die Überschrift „seems to limit it to a conflict between treaties ‚relating to the same subject-matter‘.“¹⁰⁷ Eine restriktive Interpretation führe jedoch dazu, dass wichtige Fälle nicht umfasst würden, was „neither a necessary nor reasonable interpretation of the expression ‘same subject-matter’“ sei.¹⁰⁸ Dennoch kommt das Schiedsgericht zu dem Schluss, dass BITs und die EU-Verträge Seite an Seite bestehen und operieren können, da das Bestehen einer Schiedsklausel nicht dazu führe, dass die EU-Verträge nicht mehr vollumfänglich anwendbar seien.¹⁰⁹ Das Funktionieren beider Verträge werde nicht dadurch beeinflusst, dass „both have provisions relating to obligations on states in respect of foreign investors“,¹¹⁰ denn auch wenn man die Verträge weit auslege, und sowohl BITs als auch die EU-Verträge Vorschriften hinsichtlich Diskriminierung enthalten, werden durch ein BIT weder die Vorschriften zur Erreichung eines gemeinsamen Binnenmarktes berührt, noch

¹⁰² *Magyar Farming Company Ltd., Kintyre Kft and Inicia Zrt v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/17/27, Award of the Tribunal vom 13.11.2019, Rn. 191.

¹⁰³ *Theodoros v. Cyprus*, Rn. 168.

¹⁰⁴ *Ibid.*, Rn. 168.

¹⁰⁵ *Strabag v. Poland*, Rn. 8.135.

¹⁰⁶ ILC, Report of the Study Group, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, UN Doc. No. A/CN.4/L.682 v 13.4.2006, Rn. 254.

¹⁰⁷ *Ibid.*, Rn. 253.

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ *Theodoros v. Zypern*, Rn. 170.

¹¹⁰ *Ibid.*

werde der Sinn und Zweck dessen untergraben.¹¹¹ Im Ergebnis lehnt das Schiedsgericht die Anwendbarkeit von Art. 59 und 30 (3) WVK ab.¹¹²

4. Bewertung

Auffallend ist zum einen, dass sich die Schiedsgerichte ganz überwiegend darauf berufen, dass Unionsrecht keinen vergleichbaren Mechanismus zum ISDS bietet und die Investoren lediglich auf nationale Gerichte angewiesen sind. Darüber hinaus bleibt der eigene Argumentationsaufwand der Schiedsgerichte hier eher gering. Stattdessen orientieren sich die Entscheidungen an der Vielzahl in diesem Sinne entschiedenen Schiedssprüche.

Die Slowakei nutzte im Fall gegen *EURAM* die folgende Darstellung, um eine Vergleichbarkeit zwischen dem BIT und den EU-Verträgen zu veranschaulichen:¹¹³

BIT	EC LAW
Free transfer of capital (Art 4)	Free movement of capital (Art 56, 58)
Fair and equitable treatment (Art 3-1)	Prohibition of discrimination (Art 12)
Full security and protection (Art 3-2)	Freedom of establishment (Art 43, 56)
Indirect expropriation (Art 5)	Freedom of establishment (Art 43, 56)
Arbitration Clause (Art 8)	Damage claim against the state before national courts

Abb. 1, Award on Jurisdiction, Rn. 249, Vergleich BIT und EU-Verträge.

In ähnlicher Weise legte auch *Kohen* in seiner *Dissenting Opinion* dar, dass die vier Grundfreiheiten, ergänzt durch die Rechte der Europäischen Grundrechtscharta die meisten Garantien eines BIT, insbesondere den FET Standard, auffing.¹¹⁴

Diesbezüglich lässt sich festhalten, dass BITs in der Regel Vorschriften zur 1) Zulässigkeit von Investitionen und 2) deren Behandlung, 3) zum freien Zahlungsverkehr, 4) zur Entschädigung im Falle der Enteignung und 5) zur Streitbeilegung beinhalten.¹¹⁵ Im Unionsrecht lassen sich diese Regelungen so nicht finden.¹¹⁶

¹¹¹ *Ibid.*, Rn. 171.

¹¹² *Ibid.*, Rn. 187.

¹¹³ *European American Investment Bank AG (EURAM) v. Slovak Republic*, UNCITRAL, Award on Jurisdiction vom 22.10.2012, Rn. 249.

¹¹⁴ *Dissenting Opinion*, Rn 25 ff.

¹¹⁵ Ausführlich zur Enteignung *Dolzer/Schreuer*, *Principles of International Investment Law*, 98 ff. und zur sonstigen Schutzstandards 130 ff.

Einzig die Grundfreiheiten, wie oben gezeigt, insbesondere die Niederlassungsfreiheit gem. Art. 49 AEUV und die Freiheit des Zahlungsverkehrs gem. Art. 63 II AEUV lassen sich mit den Schutzstandards eines BIT vergleichen.¹¹⁷ Trotz bestehender Übereinstimmungen gibt es dennoch grundlegende Unterschiede. Allen voran existiert unter dem Regime des Unionsrechts kein dem Investitionsschutzrecht vergleichbarer Streitbeilegungsmechanismus. Den Investoren bleibt lediglich der Rückgriff auf staatliche Gerichte.¹¹⁸ Beide Rechtsschutzmöglichkeiten unterscheiden sich jedoch erheblich.¹¹⁹ Während nach Ansicht der Kommission und theoretisch betrachtet, gerichtlicher Rechtsschutz innerhalb der Union als hinreichend anzusehen ist, sprechen sich Stimmen in der Literatur dagegen aus. *Lacson* beispielsweise ist der Ansicht, die Sicht der Kommission sei ironisch und ließe „the legal fiction of mutual trust between Member States that may not yet exist in reality“¹²⁰ außer Acht. Die Europäische Union sei, trotz aller Vereinheitlichungen und Bemühungen, eben kein einheitlicher Staat. Dies führe unweigerlich dazu, dass Investoren Diskriminierungen und Vorurteilen vor nationalen Gerichten ausgesetzt seien, die potenziell ein schnelles Verfahren ausbremsen können.¹²¹ In ähnlicher Weise äußert auch *GA Bot* in seinem Gutachten zu CETA Bedenken dahingehend, ob nationale Gerichte der Gaststaaten ausländischen Investoren das gleiche Maß an Schutz gewähren wie ihren Staatsbürgern.¹²² Zwar handelt es sich in diesem Fall um Staatsangehörige von Drittstaaten und nicht um Unionsbürger, die Bedenken lassen sich jedoch übertragen. Ein nationales Gericht unterscheidet eher zwischen Staatsangehörigen und Nicht-Staatsangehörigen als zwischen Unionsbürgern und Drittstaatlern.¹²³

Letztlich bleibt festzuhalten, dass Investoren unter Unionsrecht zwar nicht schutzlos blieben, die Schutzstandards sich dennoch erheblich unterscheiden, insbesondere im Hinblick auf den zur Verfügung stehenden Rechtsschutz. Folglich ist im Ergebnis den Schiedsgerichten zuzustimmen, dass die EU-Verträge und die in Rede stehenden BITs nicht „denselben Gegenstand“ iSv. Art. 59 und 30 (3) WVK regeln.¹²⁴

¹¹⁶ *Tietje*, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 104, 13; siehe auch *Achmea B.V. v. The Slovak Republic*, UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension (26.10.2010), Rn. 245 ff.

¹¹⁷ *Tietje*, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 104, 13.

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ *Ibid.*

¹²⁰ *Lacson*, N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 51 (2019), 1327 (1341).

¹²¹ *Lacson*, N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 51 (2019), 1327 (1341).

¹²² Schlussanträge des *GA Bot*, Gutachten 1/17, ECLI:EU:C:2019:72, Rn. 73.

¹²³ So auch *Lacson*, N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 51 (2019), 1327 (1344).

¹²⁴ So auch *Tietje*, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 104, 14; aA *Gatzsche*, Aufhebung und Abänderung von Investitionsschutzverträgen, 68 f.

V. Declarations

Knapp ein Jahr nach der *Achmea*-Entscheidung des EuGH verabschiedeten 22 Mitgliedstaaten am 15. Januar 2019 eine gemeinsame Erklärung mit dem Inhalt, alle intra-EU BITs bis Ende des Jahres 2019 kündigen zu wollen.¹²⁵ Laut Erklärung wurden alle Schiedsklauseln für unionswidrig erklärt, sodass es den Schiedsgerichten an Jurisdiktion fehlt.¹²⁶

1. *Magyar Farming v. Ungarn*

Das Schiedsgericht in *Magyar Farming v. Ungarn* stellt auf das Tatbestandsmerkmal „consent“ als Ausgangspunkt der Überlegungen ab. Es argumentiert, dass selbst wenn man davon ausginge, dass die Erklärung die BITs terminiere, dies für das vorliegende Verfahren irrelevant sei, da der maßgebliche Zeitpunkt „the date of the initiation of the arbitration“ sei und demnach „perfected consent“ bereits vorlag.¹²⁷ Das Schiedsgericht geht sodann auf die Frage ein, ob die Erklärung als spätere Übereinkunft über die Auslegung des Vertrages iSd Art 31 (3) (a) WVK interpretiert werden könne, lehnt dies allerdings ab.¹²⁸ Dies ergebe sich bereits aus dem Wortlaut der Überschrift, der eindeutig erkennen lasse, dass es sich um Erklärungen der rechtlichen Folgen der *Achmea*-Entscheidung handele und nicht um eine Interpretation der intra-EU BITs.¹²⁹ Der Rechtscharakter der Erklärung allein vermag die Bedeutung der Vorschriften der intra-EU BITs nicht zu ändern, so das Schiedsgericht,¹³⁰ denn „the subsequent modification of a treaty can hardly be left to informal agreements as the amendment must be on the same legal level as the original treaty [...]“¹³¹ Die Schiedsklausel des in Rede stehenden BIT sähe

¹²⁵ *Declaration of the Representatives of the Governments of the Member States, of 15 January 2019 on the legal consequences of the judgement of the Court of Justice in Achmea and on investment protection in the European Union*, abrufbar unter https://ec.europa.eu/info/publications/190117-bilateral-investment-treaties_en, 4; mit wenigen Änderungen (bzgl des ECT) wurden zwei weitere Erklärungen abgeschlossen s Fn 9.

¹²⁶ *Ibid.*, 1, 4.

¹²⁷ *Magyar Farming v. Hungary*, Rn. 213 f.; so auch *Theodoros v. Zypern*: Die Erklärung sei kein Beweis dafür, dass in der Folge der *Achmea*-Entscheidung die BITs dahingehend auszulegen seien, dass die Staaten ihren „consent“ widerrufen hätten. Da es inhaltlich um die Konsequenzen der *Achmea*-Entscheidung und Verpflichtungen unter Unionsrecht gehe, sei diese Darstellung Kroatiens abzulehnen. Stattdessen sei davon auszugehen, dass „consent“ auch weiterhin bestehe, Rn. 179.

¹²⁸ *Ibid.*, Rn. 215.

¹²⁹ *Ibid.*, Rn. 216.

¹³⁰ *Ibid.*, Rn. 218.

¹³¹ *Hafner*, in: Nolte, *Treaties and Subsequent Practice*, 115; Siehe auch *Dörr*, in: *Dörr/Schmalenbach (Hrsg.), Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Art. 31, Rn. 73.

bereits dem gewöhnlichen Sprachgebrauch zufolge “binding consent” vor.¹³² Hätten die Vertragsparteien dies modifizieren wollen, hätten sie einen anderen Weg eingeschlagen als rechtlich nicht bindende Erklärungen zu verabschieden, so das Schiedsgericht.¹³³ Selbst der Inhalt der Erklärung ließe nur den Schluss zu, dass die BITs damit noch nicht gekündigt wurden, da die Mitgliedstaaten darin den Willen formulieren, bis Dezember 2019 alle zwischen ihnen bestehenden intra-EU BITs zu kündigen.¹³⁴ Darüber hinaus ergebe sich bereits aus dem Rechtscharakter der BITs, dass die Erklärung diese nicht kündigen können. BITs seien internationale Verträge, welche subjektive Recht an Private übertragen, was man an den Nachwirkungsklauseln, hier in Art. 13 (3) BIT, sehe.¹³⁵ Dadurch sei die Kontrolle der Vertragsparteien beschränkt, denn die Vorschrift zeige, so das Schiedsgericht, dass selbst bei einvernehmlicher Kündigung die Rechte für die Investoren noch fortwirken.¹³⁶ Wenn die Vertragsparteien also nicht ohne weiteres den Vertrag kündigen können, so müsse dies erst recht für Entscheidungen des EuGH und die Declarations, die ohnehin lediglich rechtliche Folgen von *Achmea* darstellen, gelten.¹³⁷

2. *Addiko v. Kroatien et al.*

Das Schiedsgericht in *Addiko v. Kroatien* lehnt die Anwendbarkeit der Erklärung aus drei Gründen ab:¹³⁸ Erstens, der Maßstab sei auch hier Art. 11 (2) des Österreich-Kroatien BIT. Allerdings lehnt das Schiedsgericht Kroatiens Argumentation, dass die Erklärung Teil des *acquis* sei, ab.¹³⁹ Von der unionsrechtlichen Definition seien lediglich Erklärungen der EU selbst umfasst, nicht aber solche der einzelnen Mitgliedstaaten, zumal der Zeitpunkt „in force at any given time“ der Zeitpunkt des „request for arbitration“ sei, wie bereits oben ausführlich dargestellt.¹⁴⁰ Zweitens könne, wie von Kroatien argumentiert, die Erklärung nicht als

¹³² *Magyar Farming Company Ltd., Kintyre Kft and Inicia Zrt v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/17/27, Award of the Tribunal vom 13.11.2019, Rn. 220.

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ Vgl. Punkt 5 der *Declaration of the Representatives of the Governments of the Member States, of 15 January 2019 on the legal consequences of the judgement of the Court of Justice in Achmea and on investment protection in the European Union*, 4; so auch *United Utilities (Tallinn) B.V. and Aktiaselts Tallinna Vesi v. Republic of Estonia*, ICSID Case No. ARB/14/24, Award vom 21.6.2019, Rn. 559 f.

¹³⁵ *Magyar Farming Company Ltd., Kintyre Kft and Inicia Zrt v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/17/27, Award of the Tribunal vom 13.11.2019, Rn. 222.

¹³⁶ *Ibid.*, Rn. 222ff.

¹³⁷ *Ibid.* 223.

¹³⁸ In gleicher Weise auch das Schiedsgericht in *Raiffeisen Bank International AG and Raiffeisenbank Austria d.d. v. Republic of Croatia*, ICSID Case No. ARB/17/34, Rn. 251.

¹³⁹ *Ibid.*, Rn. 285; *Raiffeisen Bank International AG and Raiffeisenbank Austria d.d. v. Republic of Croatia*, ICSID Case No. ARB/17/34, Rn. 251.

¹⁴⁰ *Addiko Bank AG and Addiko Bank d.d. v. Republic of Croatia*, ICSID Case No. ARB/17/37, Decision on Croatia’s Jurisdictional Objection Related to the Alleged Incompatibility of the BIT with

Interpretation der Art. 267 und 344 AEUV anerkannt werden, da dies zum einen dem EuGH obliege und zum anderen bereits die Überschrift von der Interpretation der rechtlichen Folgen des *Achmea*-Urteils spreche und nicht von der Interpretation der Verträge.¹⁴¹ Drittens sei die Erklärung keine spätere Übereinkunft iSd. Art. 31 (3) (a) WVK. Demnach sei bei der Auslegung jede spätere Übereinkunft zwischen den Vertragsparteien über die Auslegung des Vertrags oder die Anwendung seiner Bestimmungen zu berücksichtigen. Aus dem *ILC's 1966 Commentaries on the Draft VCLT Articles* geht jedoch hervor, dass Sinn und Zweck der Norm ist, den Vertragsparteien die Möglichkeit zu geben, nach Abschluss eines Vertrages noch offene Fragen hinsichtlich des Bedeutung und Interpretation einzelner Bestimmungen des Vertrages klarzustellen.¹⁴² Die Erklärung sei streng genommen keine neue Übereinkunft und "at best can be seen as offering a new shared intention with respect to the BIT's arbitration clause, rather than confirming a previously shared understanding", sodass für die Anwendung des Art. 31 (3) (a) WVK kein Raum sei.¹⁴³

In ähnlicher Weise bezüglich Art. 31 (3) (a) WVK argumentieren auch die Schiedsgerichte in *Strabag v. Polen* und *AMF v. Tschechien*. Verträge seien nach Art. 31 (1) nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen Bedeutung auszulegen. Art. 31 (3) WVK liste lediglich extrinsische Elemente der Auslegung auf, die aber nicht verwendet werden können, um die eigentliche Bedeutung iSd. Art. 31 (1) WVK auszuhebeln.¹⁴⁴ Eine Übereinkunft wie sie in Art. 31 (3) (a) WVK beschrieben ist, könne demnach höchstens klarstellende Wirkung haben. Diese könne jedoch nicht losgelöst von den sonstigen Bestimmungen in Art. 31 WVK angewandt werden.¹⁴⁵

Auch im Fall *Ioan Micula v. Rumänien* kam Rumänien seiner Pflicht nach, das Schiedsgericht über die Konsequenzen, die in der Erklärung gezogen wurden, zu informieren, wie es Punkt 8 der Erklärung vorsieht.¹⁴⁶ Das Schiedsgericht lässt die Frage nach der konkreten Rechtsstellung der Erklärung offen und stellt lediglich fest, dass dadurch bloß wiederholt werde, was durch *Achmea* bereits gesagt wurde und, da *Achmea* keinen Einfluss auf die Zuständigkeit des Schiedsgerichts haben kann, gelte auch für die Erklärung nichts anderes.¹⁴⁷

the EU Aquis vom 12.6.2020, Rn. 285; *Raiffeisen v. Croatia*, Rn. 251, genauer zum Zeitpunkt vergleich oben unter III.

¹⁴¹ *Addiko Bank AG and Addiko Bank d.d. v. Republic of Croatia*, ICSID Case No. ARB/17/37, Decision on Croatia's Jurisdictional Objection Related to the Alleged Incompatibility of the BIT with the EU Aquis vom 12.6.2020, Rn. 286; *Raiffeisen v. Croatia*, Rn. 251; so auch *Eskosol v. Italy*, Rn. 213.

¹⁴² *ILC*, Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries, 1966, Art. 27, Rn. 14.

¹⁴³ *Addiko Bank AG and Addiko Bank d.d. v. Republic of Croatia*, ICSID Case No. ARB/17/37, Decision on Croatia's Jurisdictional Objection Related to the Alleged Incompatibility of the BIT with the EU Aquis vom 12.6.2020, Rn. 289.

¹⁴⁴ *Strabag v. Poland*, Rn. 8.123ff.

¹⁴⁵ *A.M.F. v. Czech Republic*, Rn. 337.

¹⁴⁶ *Ioan Micula v. Romania*, Rn. 284.

¹⁴⁷ *Ibid.*, 285f.

3. Bewertung

Zwar ist es richtig, dass die Declarations überschrieben sind mit „*on the legal consequences of the judgement of the Court of Justice in Achmea and on investment protection in the European Union*“. Dies lässt auf den ersten Blick keine Kündigung der BITs erkennen. Dennoch legen die Mitgliedstaaten darin ihre Intention fest, alle untereinander bestehenden intra-EU BITs durch eine multilaterale Vereinbarung, oder im Zweifel bilateral, zu kündigen. Die Annahme, die Erklärungen könnten eine Vereinbarung iSd. Art. 31 (3) (a) WVK darstellen, ist trotz allem eher abwegig.¹⁴⁸ Das liegt zum einen daran, dass mit der bloßen Intention das Kündigungsverfahren des dritten Abschnitts der WVK nicht ersetzt werden kann.¹⁴⁹ Zum anderen vermag eine Vereinbarung iSd. Art. 31 (3) (a) WVK nicht, wie bereits in *Strabag v. Polen* und *AMF v. Tschechien* festgestellt, die übrigen Interpretationsmethoden insbesondere aus Art. 31 (1) WVK aufzuheben.¹⁵⁰

Der Argumentation hinsichtlich der Kündigungsklauseln lässt sich entgegenhalten, dass es zum einen umstritten ist, ob BITs den Investoren tatsächlich eigene subjektive Rechte gewähren, oder ob es sich dabei um vom Heimatstaat abgeleitete Rechte handelt.¹⁵¹ Außerdem umstritten und im Ergebnis eher abzulehnen ist die Frage, ob sich Nachwirkungsklauseln auch auf eine beidseitige Kündigung erstrecken.¹⁵² Im Übrigen haben sich die Mitgliedstaaten in Art. 2 (2) des Termination Agreement darauf verständigt, dass auch die Nachwirkungsklauseln in den intra-EU BITs durch den Vertrag gekündigt werden.¹⁵³

VI. Zusammenfassung

Um die oben dargestellten Argumente zu veranschaulichen, fasst Abb. 3 diese zusammen.

¹⁴⁸ Tropper, Völkerrechtsblog v. 24.1.2019, erhältlich im Internet unter: <https://voelkerrechtsblog.org/alea-iacta-est/> (zuletzt besucht am 15.10.21).

¹⁴⁹ *Ibid.*

¹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵¹ Dafür zB *Plama Consortium Ltd. v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction vom 8.2.2005, Rn. 141; dagegen z.B. *Gourgourinis*, EJIL:Talk vom 22.10.2013, erhältlich im Internet unter: <https://www.ejiltalk.org/the-nature-of-investors-rights-under-investment-treaties-a-comment-on-paparinskis-investment-treaty-arbitration-and-the-new-law-of-state-responsibility/> (zuletzt besucht am 15.10.21).

¹⁵² So auch *Gatzsche*, Aufhebung und Abänderung von Investitionsschutzverträgen, 148; *Nowrot*; in: Hindelang/Krajewski: Shifting paradigms in international investment law, 227 (246); Schiedsgerichte mussten sich mit Nachwirkungsklauseln bei beidseitiger Kündigung noch nicht auseinandersetzen.

¹⁵³ Kommentierend *Tropper*, Völkerrechtsblog v. 12.5.2020; *Charlotin*, IAReporter vom 4.11.2019, erhältlich im Internet unter: <https://www.iareporter.com/articles/revealed-previously-unseen-draft-text-of-eu-termination-treaty-reveals-how-intra-eu-bits-and-sunset-clauses-are-to-be-terminated-treaty-also-creates-eu-law-focused-facilitation-p/> (zuletzt besucht am 15.10.21).

Fall	Applicable law Klausel	Request for arbitration	Perf. consent bestand schon vor Achmea	Achmea nicht bindend	„Same subject matter“ Test gem. Art 30 (3), 59 WVK	Keine Anwendung der Declarations
Addiko v. Kroatien	nein	27.9.17	X	X		X
Ioan Micula v. Rumänien II	nein	30.10.14			X	X
Magyar Farming v. Ungarn	ja, Verweis auf int'l Recht	4.7.17	X	X		X
Raiffeisen v Kroatien	nein	1.9.17	X	X		
Strabag v. Polen	nein	9.9.14			X	X
Theodoros v Zypern	ja, Verweis auf nat. Recht	25.9.15			X	X
United Utilities v Estland	nein	15.10.14		X	X	
AMF v Tschechien	nein	30.11.16		X	X	X
Marfin Investment v Zypern	k/A	9.9.13	X	X	X	

Abb. 2, Tabelle aller untersuchten Fälle; eigene Darstellung.

Insgesamt zeigt sich, dass alle Schiedsgerichte die eigene Zuständigkeit annehmen. Diese Entscheidungen reihen sich damit schlicht in die Masse an vor *Achmea* erlassenen Schiedssprüche ein, die sich auf die gleiche Art zu intra-EU Problematik äußerten. Es verwundert also wenig, dass die Schiedsgerichte weiterhin, auch nach *Achmea*, von der eigenen Zuständigkeit ausgehen.¹⁵⁴ Den oben dargestellten Entscheidungen ist darüber hinaus gemein, dass sie sich streng entlang der Wiener Vertragsrechtskonvention orientieren und dem Wortlaut große Bedeutung in der Analyse zumessen. Auch dies ist nicht ungewöhnlich, was sich unter anderem dadurch erklären lässt, dass Schiedsgerichte, wie oben erörtert, lediglich durch den Willen der beiden Parteien legitimiert sind.

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass den meisten angeführten Argumenten zuzustimmen ist. Abzulehnen ist die Argumentation, dass die *Achmea*-Entscheidung lediglich auf intra-EU BITs angewandt werden könne, die eine „applicable-law“-Klausel mit Bezug auf nationales Recht enthalten. Den Argumentationen bezüglich der fehlenden Bindungswirkung unionsrechtlicher Ent-

¹⁵⁴ So auch *Tropper*, Völkerrechtsblog vom 24.1.2019.

scheidungen ist zuzustimmen, auch wenn diese dennoch als Fakt bei der Interpretation von Unionsrecht in Investitionsschiedsverfahren zugrunde gelegt werden. Überzeugend ist weiterhin, dass bereits bestehender „perfected consent“ nicht einseitig widerrufen werden kann. In dieser Hinsicht lassen sich lediglich die Entscheidungen *Addiko v. Kroatien* und *Raiffeisen v. Kroatien* kritisieren. Die in dem zugrundeliegenden BIT enthaltene Regelung des Art. 11 (2) hätte durchaus eine Interpretation zugunsten des Unionsrechts zugelassen. Denn wenn sich die Vertragsparteien schon dazu entschließen, als einziges intra-EU BIT eine solche Regelung zu inkorporieren, wäre es durchaus angebracht diese unionsrechtsfreundlich auszulegen. Zuletzt kann sich den Argumenten hinsichtlich „same subject matter“ der Art. 59, 30 (3) WVK und den Erklärungen zur Kündigung angeschlossen werden.

Dennoch handelt es sich bei den Entscheidungen um eine formalistische Betrachtung der Problematik. Gemeinsam mit einem „lack of judicial dialogue“¹⁵⁵ zwischen den Gerichten verdeutlicht dies die Fragmentierung im Mehrebenensystem des Rechts und treibt diese weiter voran.

C. Schluss

Erst mit Inkrafttreten des Termination-Treaty und der Folge der tatsächlichen Kündigung der intra-EU BITs wird sich auch aus Sicht der Investitionsschiedsgerichte etwas ändern. Durch den Wegfall der BITs fallen die Schiedsklauseln und damit die Grundlage der ISDS-Verfahren weg. Nichtsdestotrotz bleibt selbst mit Wirksamwerden des Kündigungsvertrages abzuwarten, wie die Schiedsgerichte mit den Nachwirkungsklauseln umgehen werden, auch wenn diese gem. Art 2 (2) von der Kündigung mit umfasst sind. Ein weiteres Problem, welches sich nicht vollständig durch den Vertrag beseitigen lassen wird, ist die Durchsetzung der erlassenen Schiedssprüche. Zwar wurde auch diesbezüglich im Vertrag in Art. 7 geklärt, dass nationale Gerichte, auch solche in Drittstaaten, von der Anerkennung und Vollstreckung absehen sollen bzw. Schiedssprüche aufzuheben oder zu annullieren sind. Es bleibt jedoch die Gefahr bestehen, dass sich Gerichte in Drittstaaten daran nicht halten, da der Vertrag für Drittstaaten nicht bindend ist und dies gleichzeitig eine Verletzung der Pflichten unter Art. III der New Yorker Konvention darstellen würde. Darüber hinaus betrifft dies Schiedssprüche nur, wenn es sich nicht um solche im Rahmen eines ICSID-Verfahrens handelt, da in dem Fall nationales Recht als *lex loci arbitri* keine Anwendung findet.¹⁵⁶

Folglich löst selbst der Vertrag zur Kündigung der intra-EU BITs nicht alle bestehenden Probleme, sodass die Entwicklung auch weiterhin spannend bleibt.

¹⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁶ *Berger*, Völkerrechtsblog vom 17.1.2018, erhältlich im Internet unter: [https://voelkerrechtsblog.org/das-dilemma-der-intra-eu-investor-staatschiedsgerichtsbarkeit/\(zuletzt besucht am 15.10.21\)](https://voelkerrechtsblog.org/das-dilemma-der-intra-eu-investor-staatschiedsgerichtsbarkeit/(zuletzt%20besucht%20am%2015.10.21)); *Kleinheisterkamp*, *Journal of International Economic Law* 15 (2012), 85 (92, 101).

SCHRIFTTUM

- Ataman-Figanmeşe, İnci*, Manufacturing Consent to Investment Treaty Arbitration By Means of the Notion of „Arbitration Without Privity“, *Annales XLIII*, N. 60, 2011, 187-201.
- Berger, Julian*, Das Dilemma der Intra-EU Investor-Staat Schiedsgerichtsbarkeit, *Völkerrechtsblog* vom 17. Januar 2018, abrufbar unter: <https://voelkerrechtsblog.org/dasdilemma-der-intra-eu-investor-staat-schiedsgerichtsbarkeit/> (zuletzt besucht am 28.01.2021).
- Calliess, Christian/Ruffert, Matthias* (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 5. Auflage, Beck, München, 2016.
- Charlotin, Damien*, Revealed: Previously-unseen Draft Text of EU Termination Treaty reveals how intra-EU BITs – and sunset clauses – are to be terminated; Treaty also creates EU Law-focused Facilitation Process designed to settle pending BIT claims, *Investment Arbitration Reporter* vom 4. November 2019, abrufbar unter: <https://www.iareporter.com/articles/revealed-previously-unseen-draft-text-of-eu-termination-treaty-reveals-how-intra-eu-bits-and-sunset-clauses-are-to-be-terminated-treaty-also-creates-eu-law-focused-facilitation-p/> (zuletzt besucht am 28.01.2021).
- Decleve, Quentin*, Does Achmea Invalidate All Intra-EU BITs? Not necessarily!, *International Litigation Blog* vom 24. Juli 2018, abrufbar unter: <http://international-litigation-blog.com/does-achmea-invalidates-all-intra-eu-bits-not-necessarily/> (zuletzt besucht am 28.01.2021).
- Dolzer, Rudolf/Schreuer, Christoph*, *Principles of International Investment Law*, 2. Auflage, Oxford, 2012.
- Dörr, Oliver/Schmalenbach, Kirsten* (Hrsg.), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, 2. Auflage, Springer, Heidelberg, 2012.
- Gatzsche, Katharina*, *Aufhebung und Abänderung von Investitionsschutzverträgen – Eine Untersuchung der Reichweite von Survival Clauses in BITs*, *Studien zum Internationalen Investitionsrecht*, Band 31, Köln, 2019.
- Gourgourinis, Anastasios*, The Nature of Investor’s Rights under Investment Treaties: A Comment on Papanikolaou’s „Investment Treaty Arbitration and the (New) Law of State Responsibility“, *EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law* vom 22. Oktober 2013, abrufbar unter: <https://www.ejiltalk.org/the-nature-of-investors-rights-under-investment-treaties-a-comment-on-papanikolaou-investment-treaty-arbitration-and-the-new-law-of-state-responsibility/> (zuletzt besucht am 28.01.2021).
- Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin* (Hrsg.), *Das Recht der EU*, 71. Ergänzungslieferung, Stand August 2020, Beck, München, 2020.
- Hess, Burkhard*, The Fate of Investment Dispute Resolution after the Achmea Decision of the European Court of Justice, *Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law Research Paper Series*, N° 2018 (3), 1-21.

- Hindelang*, Steffen, The Limited Immediate Effects of CJEU's Achmea Judgement, Verfassungsblog vom 9. März 2018, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/the-limited-immediate-effects-of-cjeus-achmea-judgement> (zuletzt besucht am 28.01.2021).
- /*Krajewski*, Markus, Shifting Paradigms in International Investment Law More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified, Oxford, 2016.
- Hobe*, Stephan/ *Fremuth*, Michael Lysander, Europarecht, 10. Auflage, Vahlen, München, 2020.
- International Law Commission*, Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries, Yearbook of the International Law Commission 1966, Vol. II, 1966.
- Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission, UN Doc. No. A/CN.4/L.682, Genf, 13.4.2006.
- Kleinheisterkamp*, Jan, Investment Protection and EU Law: the Intra- and Extra-EU Dimension of the Energy Charter Treaty, Journal of International Economic Law Vol. 15 No. 1, Oxford, 2012, 85–109.
- Lacson*, April, What Happens Now? The Future of Intra-E.U. Investor-State Dispute Settlement Under the Energy Charter Treaty, New York University Journal of International Law and Politics, Volume 51, Number 4, 2019, 1327-1345.
- Lang*, Andrej, Die Autonomie des Unionsrechts und die Zukunft der Investor-Staat-Streitbeilegung in Europa nach Achmea, Beiträge zum Transnationale Wirtschaftsrecht, Heft 156, Halle, Juli 2018, abrufbar unter: <http://www.jura.uni-halle.de/telc/publikationen.html> (zuletzt besucht am 28.01.2021).
- Muchlinski*, Peter/*Ortino*, Federico/*Scheuer*, Christoph, The Oxford Handbook of International Investment Law , Oxford University Press, Oxford, 2008.
- Nolte*, Georg (Hrsg.), Treaties and Subsequent Practice, Oxford University Press, Oxford, 2013.
- Porterfield*, Matthew C., Aron Broches and the Withdrawal of Unilateral Offers to Consent to Investor-State Arbitration, Investment Treaty News vom 11. August 2014, abrufbar unter: <https://www.iisd.org/itn/en/2014/08/11/aron-broches-and-the-withdrawal-of-unilateral-offers-of-consent-to-investor-state-arbitration/> (zuletzt besucht am 28.1.2021).
- Rösch*, Karl Ömer, Intraeuropäisches Investitionsrecht – Die Zulässigkeit von Schiedsverfahren und deren Harmonisierung mit dem Unionsrecht, Schriften zur Europäischen Integration und Internationalen Wirtschaftsordnung, Band 40, Nomos, Baden-Baden, 2017.
- Scheu*, Julian /*Nikolov*, Petyo, The Incompatibility of intra-EU Investment Treaty Arbitration with European Union Law – Assessing the Scope of the ECJ's Achmea Judgment, German Yearbook of International Law, Vol 62, 2019 (im Erscheinen).
- Schreuer*, Christoph, Jurisdiction and Applicable Law in Investment Treaty Arbitration, McGill Journal of Dispute Resolution, Vol. 1 No. 1, 2014, abrufbar unter: https://mjd.r.openum.ca/files/sites/154/2018/05/0101001_Schreuer_Jurisdiction-and-

- Applicable-Law-in-Investment-Treaty-Arbitration.pdf (zuletzt besucht am 28.01.2021).
- Shan, Wehua/ Zhang, Sheng*, The Treaty of Lisbon: Half Way toward a Common Investment Policy, *The European Journal of International Law*, Vol. 21 Nr. 4, 2011, 1049-1073.
- Sornarajah, Muthucumaraswamy*, Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment, Cambridge University Press, Cambridge, 2015.
- Power and Justice in Foreign Investment Arbitration, *Journal of International Arbitration*, Volume 14 Issue 3, 1997, 103-140.
- Stefan, Florian*, Brace for Impact? Examining the reach of Achmea v Slovakia, *Kluwer Arbitration Blog* vom 24. Juni 2018, abrufbar unter: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/06/24/brace-for-impact-examining-the-reach-of-achmea-v-slovakia/#comments> (zuletzt besucht am 28.1.2021).
- Streinz, Rudolf* (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 3. Auflage, Beck, München, 2018.
- Thym, Daniel*, Todesstoß für autonome Schiedsgerichte, *Verfassungsblog* vom 8.3.2018, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/todesstoss-fuer-autonome-investitionsschutzgerichte/> (zuletzt besucht am 28.01.2021).
- Todesstoß für autonome Schiedsgerichte, *Verfassungsblog* vom 8.3.2018, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/todesstoss-fuer-autonome-investitionsschutzgerichte/> (zuletzt besucht am 28.01.2021).
- Tietje, Christian*, Bilaterale Investitionsschutzverträge zwischen EU-Mitgliedstaaten (Intra-EU-BITs) als Herausforderung im Mehrebenensystem des Rechts, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 104, Halle, Januar 2011, erhältlich im Internet: <http://www.jura.uni-halle.de/telc/publikationen.html> (zuletzt besucht am 28.01.2021).
- Tropper, Johannes*, Alea iacta est?, *Völkerrechtsblog* vom 24. Januar 2019, abrufbar unter: <https://voelkerrechtsblog.org/alea-iacta-est/> (zuletzt besucht am 28.01.2021).
- The treaty to end all investment treaties – The Termination Agreement of intra-EU BITs and its effect on sunset clauses, *Völkerrechtsblog* vom 12.05.2020, abrufbar unter: <https://voelkerrechtsblog.org/articles/the-treaty-to-end-all-investment-treaties/> (zuletzt besucht am 28.01.2021).
- Wackernagel, Clemens*, The Twilight of the BITs? EU Judicial Proceedings, the Consensual Termination of Intra-EU BITs and Why that Matters for International Law, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 140, Halle, Januar 2016, abrufbar unter: <http://www.jura.uni-halle.de/telc/publikationen.html> (zuletzt besucht am 28.01.2021).
- Waibel, Michael/Kaushal, Asha/Chung, Kyo-Hwa/Balchin, Claire* (Hrsg.), *The Backlash against Investment Arbitration: Perception and Reality*, Oxford University Press, Oxford, 2010.
- Wehland, Hanno*, Schiedsverfahren auf der Grundlage von bilateralen Investitionsschutzabkommen zwischen EU-Mitgliedstaaten und die Einwendung des entgegenstehenden Gemeinschaftsrechts, *Zeitschrift für Schiedsverfahren*, Heft 5, 2008, 222-233.

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 Bielesch, 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-Gesetzes?, 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
- Heft 157 Valentin Günther, Der Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Verordnung zur Schaffung eines Rahmens für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen in der Europäischen Union – Investitionskontrolle in der Union vor dem Hintergrund kompetenzrechtlicher Fragen, August 2018, ISBN 978-3-86829-965-6
- Heft 158 Philipp Tamblé, Les dispositions sur le droit de la concurrence dans les accords d'intégration régionale, August 2018, ISBN 978-3-86829-967-0
- Heft 159 Georgios Psaroudakis, Proportionality in the BRRD: Planning, Resolvability, Early Intervention, August 2018, ISBN 978-3-86829-969-4
- Heft 160 Friedrich G. Biermann, Wissenszurechnung im Fall der Ad-hoc-Publizität nach Art. 17 MAR, März 2019, ISBN 978-3-86829-987-8
- Heft 161 Leah Wetenkamp, IPR und Digitalisierung. Braucht das internationale Privatrecht ein Update?, April 2019, ISBN 978-3-86829-987-8
- Heft 162 Johannes Scholz, Kryptowährungen – Zahlungsmittel, Spekulationsobjekt oder Nullum? Zivilrechtliche und aufsichtsrechtliche Einordnung sowie Bedürfnis und mögliche Ausgestaltung einer Regulierung, Mai 2019, ISBN 978-3-86829-996-0
- Heft 163 Nicolaus Emmanuel Schubert, Aufschub von Ad-hoc-publizitätspflichtigen Informationen – Notwendigkeit, Probleme und Risiken, Mai 2019, ISBN 978-3-86829-998-4
- Heft 164 Markus Heinemann, Mehr(Un)Sicherheit? Datenschutz im transatlantischen Verhältnis – Untersuchung des rechtlichen Status-quo, dessen praktische Implikationen und Probleme sowie möglicher Alternativen für den transatlantischen Datenaustausch, Juni 2019, ISBN 978-3-96670-001-6
- Heft 165 Marc Loesewitz, Das WTO Dispute Settlement System in der Krise, Juni 2019, ISBN 978-3-96670-003-0
- Heft 166 Nicolaus Emmanuel Schubert, Digital Corporate Governance - Möglichkeiten für den Einsatz neuer Technologien im Gesellschaftsrecht, September 2019, ISBN 978-3-96670-010-8
- Heft 167 Felix Schleife, Ökonomisches Potential und wettbewerbsrechtliche Grenzen des Influencer-Marketings in sozialen Medien, Oktober 2019, ISBN 978-3-96670-013-9
- Heft 168 Eva Volk, Compliance-Management-Systeme als Wettbewerbsvorteil?, Oktober 2019, ISBN 978-3-96670-015-3
- Heft 169 Rebecca Liebig, Künstliche Intelligenz im Rahmen von Art. 8 EGBGB – Rechtliche Beurteilung des Einsatzes von KI als Stellvertreter im Lichte des Internationalen Privatrechts, Januar 2020, ISBN 978-3-96670-026-9
- Heft 170 Jannis Bertling, Die geplante Überarbeitung der ICSID Arbitration Rules, Juni 2020, ISBN 978-3-96670-043-6

- Heft 171 Franziska Kümpel, Asset Backed Securities in Deutschland und Luxemburg, Januar 2021, ISBN 978-3-96670-061-0
- Heft 172 Felix Klindworth, Exportbeschränkung von persönlicher Schutzausrüstung im Pandemiefall – Rechtliche Einordnung im Mehrebenensystem und ökonomische Perspektive, Februar 2021, ISBN 978-3-96670-064-1
- Heft 173 Christian Tietje/Andrej Lang, The (Non-)Applicability of the Monetary Gold Principle in ICSID Arbitration Concerning Matters of EU Law, Juli 2021, ISBN 978-3-96670-083-2
- Heft 174 Christian Plewnia, The UNCITRAL Investor-State Dispute Settlement Reform: Implications for Transition Economies in Central Asia, Januar 2022, ISBN 978-3-96670-093-1

Die Hefte erhalten Sie als kostenlosen Download unter:

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