

RECHTSGUTACHTEN

# Energiecharta (ECT): Ist der Vollzug von Investor- Klagen in der EU möglich?

Dr. Roda Verheyen und Dr. Johannes Franke,  
unter Mitarbeit von Lea Zymelka  
Stand 22.09.2022

---

Rechtsanwälte Günther  
Partnerschaft

im Auftrag des  
Umweltinstitut München e. V.



# Rechtsanwälte Günther

Partnerschaft

Rechtsanwälte Günther • Postfach 130473 • 20104 Hamburg

---

Michael Günther \*  
Hans-Gerd Heidel \* (bis 30.06.2020)  
Dr. Ulrich Wollenteit \*<sup>1</sup>  
Martin Hack LL.M. (Stockholm) \*<sup>1</sup>  
Clara Goldmann LL.M. (Sydney) \*  
Dr. Michéle John \*  
Dr. Dirk Legler LL.M. (Cape Town) \*  
Dr. Roda Verheyen LL.M. (London) \*  
Dr. Davina Bruhn \*  
André Horenburg  
John Peters

<sup>1</sup> Fachanwalt für Verwaltungsrecht  
\* Partner der Partnerschaft  
AG Hamburg PR 582

Mittelweg 150  
20148 Hamburg  
Tel.: 040-278494-0  
Fax: 040-278494-99  
www.rae-guenther.de

## **Energiecharta (ECT): Ist der Vollzug von Investor-Klagen in der EU möglich?**

Gutachten im Auftrag des  
Umweltinstitut München e. V.

Dr. Roda Verheyen und Dr. Johannes Franke  
unter Mitarbeit von Lea Zymelka, Stand 22.09.2022

### **Fazit**

Der Konflikt zwischen den Investorenschutzbestimmungen des Energy Charter Treaty, ECT, und dem Klimaschutz bzw. der Freiheit von Staaten, Klimaschutzmaßnahmen zu erlassen und durchzusetzen, ist offensichtlich. Der ECT schützt “economic activities in the energy sector“ stärker als dies in der Unionsrechtsordnung vorgesehen ist und will zudem Streitigkeiten über die sog. Streitschlichtung den mitgliedstaatlichen und europäischen Gerichten entziehen (*Investor-state dispute settlement, ISDS*).

Die Regelungen zu Investitionsschutz und Schiedsgerichtsbarkeit im ECT sind unionsrechtswidrig, soweit sie Investorenklagen gegen EU-Mitgliedstaaten ermöglichen. Sie sind auch nach der beabsichtigten „Modernisierung“ des ECT weder mit der Autonomie des Rechtssystems der EU noch mit ihrer Regulierungsautonomie vereinbar. Allerdings ist zu erwarten, dass die ECT-Schiedsgerichte diese Unionsrechtswidrigkeit (weiterhin) ignorieren werden, weil sie nicht unmittelbar an den Vorrang des EU-Rechts gebunden sind.

---

Buslinie 19, Haltestelle Böttgerstraße • Fern- und S-Bahnhof Dammtor • Parkhaus Brodersweg

Hamburger Sparkasse  
IBAN DE84 2005 0550 1022 2503 83  
BIC HASPDEHHXXX

Commerzbank AG  
IBAN DE22 2008 0000 0400 0262 00  
BIC DRESDEFF200

GLS Bank  
IBAN DE61 4306 0967 2033 2109 00  
BIC GENODEM1GLS

Etwas Anderes gilt aber für die Gerichte der Mitgliedstaaten, in denen das EU-Recht absoluten Anwendungsvorrang genießt. Dies führt dazu, dass unionsrechtswidrige Schiedssprüche von den mitgliedstaatlichen Gerichten auf Antrag aufzuheben sind, wenn sie innerhalb der EU erlassen wurden. Anerkennung und Vollstreckung innerhalb der EU sind rechtlich ausgeschlossen. Dies haben die Gerichte der Mitgliedstaaten festzustellen. Soweit sie in einer Fallkonstellation unsicher sind, müssen sie die Frage dem EuGH vorlegen (Art. 267 AEUV). Dies kann insbesondere bei Extra-EU-Verfahren und ICSID-Verfahren relevant sein.

--

### **Executive Summary**

The conflict between the investor protection provisions of the *Energy Charter Treaty*, ECT and climate protection or rather the freedom of states to adopt and enforce climate protection measures is obvious. The ECT protects "economic activities in the energy sector" more tightly than provided for in EU law and also seeks to remove disputes from the jurisdiction of member state and European courts through private dispute settlement (*Investor-state dispute settlement*, ISDS).

The provisions on investment protection and arbitration in the ECT are contrary to EU law insofar as they enable investor claims against EU member states. Even after the intended "modernization" of the ECT, they are neither compatible with the autonomy of the EU's legal system nor with its regulatory autonomy. However, it is to be expected that ECT arbitral tribunals will (continue to) ignore this incompatibility with EU law because they are not directly bound by the supremacy of EU law.

However, the situation is different for the courts of the Member States, which must abide by EU law as the highest-ranking source of law. As a result, arbitral awards that are contrary to EU law must be set aside by the courts of the Member States upon application if they were issued within the EU. Recognition and enforcement within the EU are legally ineligible in the EU. The courts of the Member States must determine this in their own capacity. Insofar as they are uncertain in a certain constellation, they must refer the question to the Court of Justice, CJEU (Art. 267 TFEU). This may be particularly relevant in extra-EU and ICSID proceedings.

--

## **Inhaltsverzeichnis**

I. Hintergrund und Gutachtenauftrag.....	4
II. Investitionsschutz nach dem ECT: Konflikt mit dem Klimaschutz und gescheiterter Modernisierungsversuch.....	5
III. Die Unionsrechtswidrigkeit des ECT-ISDS: Gründe und Reichweite.....	7
1. Unvereinbarkeit mit der Autonomie des Rechtssystems der Union .....	8
a) Intra-EU-Verfahren .....	8
b) Extra-EU-Verfahren.....	9
2. Unvereinbarkeit mit der Regulierungsautonomie der Union.....	12
3. Zwischenergebnis.....	16
IV. Rechtliche Handlungsmöglichkeiten .....	16
1. Vorgehen gegen die Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen .....	17
a) Anerkennung und Vollstreckbarkeit von Schiedssprüchen: Allgemeines	17
b) Die Anerkennung und Vollstreckbarkeit von ECT-Schiedssprüchen in Deutschland und der EU.....	21
c) Ergebnis .....	28
2. Unionsrechtliche Rechtsbehelfe: Nichtigkeits- oder Untätigkeitsklage gegen den ECT (Art. 263, 265 AEUV).....	29
a) Zulässigkeit.....	30
b) Rechtsfolge .....	33
c) Ergebnis .....	34
V. Gesamtergebnis und Handlungsempfehlungen.....	35

## **I. Hintergrund und Gutachtenauftrag**

Der Energiecharta-Vertrag (*Energy Charter Treaty*, ECT) ist ein energie- und völkerrechtliches Fossil. Das multilaterale Abkommen aus dem Jahr 1994 wurde von mehr als 50 Parteien unterzeichnet, zu den Vertragsparteien zählen gegenwärtig auch die EU und 26 ihrer 27<sup>1</sup> Mitgliedstaaten. Mit dem ECT sollten ursprünglich vor allem Investitionen in den ehemaligen Sowjetrepubliken abgesichert werden. Inzwischen erweisen sich die Regelungen zum Investitionsschutz allerdings vor allem als Hindernis für eine effektive Bekämpfung des menschengemachten Klimawandels bzw. der Klimakrise, weil Energiekonzerne Staaten auf Schadensersatz verklagen können, wenn sie ihre (fossilen) Investitionen beeinträchtigt sehen. Der Versuch, den Vertrag zu reformieren und mit den geltenden Klimazielen in Einklang zu bringen, muss auch nach der Veröffentlichung des „Agreement in Principle“ (AiP)<sup>2</sup> als gescheitert betrachtet werden.

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat zwar bereits festgestellt, dass Investorenklagen vor privaten Schiedsgerichten gegen Unionsrecht verstoßen, wenn ein in der EU ansässiges Unternehmen gegen einen Mitgliedsstaat klagt.<sup>3</sup> Gleichwohl halten Konzerne an ihren Klagen fest, weil die Schiedsgerichte nicht unmittelbar an die Rechtsprechung des EuGH gebunden sind.<sup>4</sup> Allerdings müssen Schiedssprüche dieser Gerichte von nationalen Gerichten anerkannt und für vollstreckbar erklärt werden, bevor sie vollstreckt werden können (vgl. §§ 1059 ff. ZPO). Das vorliegende Gutachten untersucht vor diesem Hintergrund, welche rechtlichen Handlungsmöglichkeiten bestehen, um den klimaschädlichen Auswirkungen des ECT entgegenzutreten.

Nach einer Darstellung des Konflikts zwischen Klima- und Investitionsschutz unter dem ECT (**II.**) wird analysiert, in welchem Umfang die Regelungen zum Investitionsschutz und die defizitären Regelungen zum Klimaschutz im „modernisierten“ ECT gegen Unionsrecht verstoßen (**III.**). Auf dieser Grundlage werden rechtliche Handlungsmöglichkeiten aufgezeigt: zum einen Klagen vor den nationalen Gerichten gegen die Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen (**IV.**), zum anderen die Möglichkeit einer Nichtigkeitsklage vor dem EuGH (**V.**).

---

<sup>1</sup> Italien ist 2016 aus dem ECT ausgetreten.

<sup>2</sup> Public Communication, abrufbar unter <https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/2022/CCDEC202210.pdf>.

<sup>3</sup> EuGH, Urteil vom 2.9.2021, C-741/19 (Komstroy).

<sup>4</sup> Eckes/Ankersmid, The compatibility of the Energy Charter Treaty with EU law, S. 19, abrufbar unter <https://www.clientearth.org/latest/documents/the-compatibility-of-the-energy-charter-treaty-with-eu-law/>.

Nicht Gegenstand dieses Gutachtens sind die völkerrechtlichen Handlungsmöglichkeiten der EU und ihrer Mitgliedstaaten, die anderorts bereits ausführlich beschrieben worden sind.<sup>5</sup>

## **II. Investitionsschutz nach dem ECT: Konflikt mit dem Klimaschutz und gescheiterter Modernisierungsversuch**

Konflikte mit dem Klimaschutz verursachen vor allem die Regelungen des Abkommens zum Investitionsschutz. Gemäß Art. 26 ECT können private Investoren eine Vertragspartei – z.B. die EU und ihre Mitgliedstaaten – vor Schiedsgerichten auf Entschädigung verklagen, wenn sie der Meinung sind, dass bestimmte behördliche Maßnahmen oder Unterlassungen, oder innerstaatliche Gesetze sich negativ auf ihre Investitionen auswirken. Schutz genießen auch und gerade Investitionen in fossile Energieträger. Derzeit erfasst der ECT vor allem über die Definition der geschützten “economic activities in the energy sector“ (Art 1 (5) allein in der EU, Großbritannien und der Schweiz fossiles Kapital im Wert von 344,6 Milliarden Euro.<sup>6</sup> Zwar schützt der Vertrag auch, wie im Ausgangspunkt zutreffend hervorgehoben wird,<sup>7</sup> Investitionen in erneuerbare Energien. Allerdings ist offensichtlich, dass die europa-<sup>8</sup> und verfassungsrechtlich<sup>9</sup> verbindlichen Pariser Klimaziele nur durch einen möglichst schnellen und umfassenden Ausstieg aus fossilen Energieträgern erreicht werden können, der selbstverständlich mit einer Entwertung entsprechender Investitionen einhergeht. Hinzu kommt, dass die von Schiedsgerichten gewährten Kompensationen bei fossilen Investitionen mit durchschnittlich 600 Millionen USD nahezu fünfmal so hoch sind wie bei nicht-fossilen Investitionen.<sup>10</sup>

Daher profitieren absehbar vor allem konventionelle Energiekonzerne von den Investitionsschutzregeln des ECT, obwohl der ECT einige Nachhaltigkeitserwägungen enthält (Präambel, Art. 18 und 19). Derzeit verklagt z.B. RWE die Nie-

---

<sup>5</sup> Dazu Eckes/Ankersmid, a.a.O., S. 46 ff.

<sup>6</sup> <https://www.investigate-europe.eu/de/2021/energiecharta-vertrag/>.

<sup>7</sup> Z.B. Gundel, Die Bedeutung des internationalen Investitionsschutzrechts für den Klimaschutz: Konfliktlinien und Konvergenzen, S. 21 f.

<sup>8</sup> Das Pariser Übereinkommen ist von der EU ratifiziert und damit Bestandteil des Unionsrechts, vgl. Art. 216 Abs. 2 AEUV.

<sup>9</sup> BVerfG, Beschluss vom 24.3.2021, 1 BvR 2656/18 u.a.

<sup>10</sup> Di Salvatore, Investor–State Disputes in the Fossil Fuel Industry, IISD Report, Dezember 2021, S. 17 f., abrufbar unter <https://www.iisd.org/publications/report/investor-state-disputes-fossil-fuel-industry>.

derlande wegen des dort vorgezogenen Kohleausstiegs auf 1,4 Milliarden Euro.<sup>11</sup> Derartige Klagen sind nicht nur kostspielig, wenn sie Erfolg haben. Allein die Androhung massiver Schadensersatzforderungen kann Staaten dazu bewegen, rechtlich nicht gebotene Entschädigungen zu zahlen oder sogar von strikten Klimaschutzmaßnahmen abzusehen.<sup>12</sup> Zugleich setzen die Klagemöglichkeiten erhebliche Fehlanreize. Für Unternehmen wird es (noch) unattraktiver, ihre Geschäftsstrategie ohne staatlichen Zwang an die Ziele des Pariser Abkommens anzupassen, weil es für freiwilliges Verhalten keinen finanziellen Ausgleich gibt. Ansprüche von Investoren bleiben sogar möglich, nachdem ein Staat das Übereinkommen gekündigt hat, da eine "Sunset-Klausel" in Art. 45 Abs. 3 lit. b) ECT eine Nachhaftung für einen Zeitraum von 20 Jahren vorsieht, sofern die Investition vor der Kündigung durch den jeweiligen Staat getätigt wurde. So wurde Italien wegen eines Verbots von Ölbohrungen vor seiner Küste jüngst zu einer Schadensersatzzahlung von 250 Millionen Euro verurteilt, obwohl es bereits 2016 aus dem ECT ausgetreten ist und das Verbot naturschutzfachlich begründet hatte.<sup>13</sup>

Vor diesem Hintergrund liefen in den vergangenen Jahren Verhandlungen mit dem Ziel, den Vertrag zu „modernisieren“ und insbesondere an die notwendige Bekämpfung des Klimawandels anzupassen („Paris-proofing“). Dieser Versuch ist angesichts des nun veröffentlichten AiP im Wesentlichen gescheitert. Der Vertragstext ist bislang nicht öffentlich verfügbar, das AiP lässt aber folgende Zusammenfassung zu: Zwar soll ein Flexibilitätsmechanismus den Vertragsstaaten ermöglichen, neue Investitionen in fossile Energieträger vom Investitionsschutz auszuschließen. Für bereits getätigte Investitionen gilt dies allerdings erst zehn Jahre nach Inkrafttreten der Beschränkung und damit frühestens ab 2032. Auch die Regelungen zum Investitionsschutz bleiben weitgehend unangetastet, insbesondere sollen weiterhin private Schiedsgerichte über Entschädigungen entscheiden können. Die Sunset-Klausel bleibt den Investoren ebenfalls erhalten.<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> <https://www.ecchr.eu/fall/rwe-niederlande-kohleausstieg/>. Siehe auch Ipp, Was nach Urgenda noch geschah: Investitionsverträge und Investor-Staat-Schiedsverfahren, ZUR 2022, 387 (387).

<sup>12</sup> So wurden die Kosten des deutschen Kohleausstiegs massiv in die Höhe getrieben, damit die LEAG vertraglich auf eine ECT-Klage verzichtete, und Frankreich schwächte 2017 ein ambitioniertes Ölförderverbot deutlich ab, nachdem ein Ölkonzern mit Klage gedroht hatte, <https://www.investigate-europe.eu/de/2021/energiecharta-vertrag/>.

<sup>13</sup> <https://www.energiezukunft.eu/politik/italien-verliert-energiecharta-prozess-und-soll-oelkonzern-millionen-zahlen/>.

<sup>14</sup> Eine Zusammenfassung des Modernisierungsprozesses enthält Reins: Die „Paris-Tauglichkeit“ des Energiecharta-Vertrags, EnK-Aktuell 2022, 01018.

Nach wie vor enthält der ECT selbst zudem nur sehr schwache Bestimmungen zu Umwelt- und Klimaschutz. Zwar werden Umweltaspekte in Art. 19 ECT angesprochen, die Vertragsstaaten sollen diese aber auf „wirtschaftlich effiziente Weise“ und „kostengünstig“ verfolgen.<sup>15</sup> Es verwundert nicht, dass Klimabelange in Schiedsverfahren nach dem ECT bislang keine relevante Rolle spielten.<sup>16</sup> Eine Änderung dieser Bestimmungen ist im AiP zumindest nicht angekündigt. Insofern ist es zwar zu begrüßen, wenn die äußerst unbestimmten Standards der „fairen und gerechten Behandlung“ sowie der „indirekten Enteignung“ nun in Definitionen und anhand von Listen näher konkretisiert werden sollen.<sup>17</sup> Allerdings werden auch diese Regelungen voraussichtlich einen erheblichen Spielraum eröffnen, wenn die Schiedsgerichte sie vor dem Hintergrund des weiter schwachen Umweltschutzniveaus der Energiecharta interpretieren. Beispielsweise sollen nach dem AiP nicht-diskriminierende Maßnahmen, die zum Umwelt- und Klimaschutz ergriffen werden, nur „in der Regel“ („*as a general rule*“) keine entschädigungspflichtige indirekte Enteignung darstellen. In nicht näher definierten Ausnahmefällen ist eine Bewertung als indirekte Enteignung also möglich. Ähnliche Auslegungsspielräume bleiben auch bei der Interpretation der „fairen und gerechten Behandlung“ bestehen.

Die im AiP angekündigten Änderungen werden bei der folgenden Analyse der (Reichweite der) Unionsrechtswidrigkeit des ECT mit einbezogen.

### **III. Die Unionsrechtswidrigkeit des ECT-ISDS: Gründe und Reichweite**

Bei der unionsrechtlichen Prüfung des ECT und speziell der Investor-Staat-Streitbeilegung (*Investor-state dispute settlement*, ISDS) vor privaten Schiedsgerichten sind vor allem<sup>18</sup> zwei Aspekte relevant. Zum einen stellt sich die Frage, inwieweit das ISDS-System mit der Autonomie des Rechtssystems der Union vereinbar ist, was der EuGH jedenfalls für sogenannte Intra-EU-Verfahren verneint (1.). Zum anderen ist – weitergehend – zu klären, inwieweit privaten Schiedsgerichten überhaupt die Möglichkeit eingeräumt werden darf, über die

---

<sup>15</sup> Vgl. näher Eckes/Ankersmid, *The compatibility of the Energy Charter Treaty with EU law*, S. 10 f.

<sup>16</sup> So auf Grundlage einer Analyse von 64 Schiedsverfahren Ipp/Magnusson/Kjellgren, *The Energy Charter Treaty, Climate Change and Clean Energy Transition: A Study of the Jurisprudence*, 2022, S. 30 ff., abrufbar unter <https://www.climatechangecounsel.com/projects-3>.

<sup>17</sup> *Agreement in Principle*, Fn. 2, Punkt 2.

<sup>18</sup> Für eine ausführliche und weiter ausdifferenzierende Prüfung sämtlicher in Betracht kommender Aspekte (allerdings vor Veröffentlichung des *Agreement in Principle*) vgl. Eckes/Ankersmid, *The compatibility of the Energy Charter Treaty with EU law*, April 2022, S. 18 ff.



Angemessenheit von EU-Regulierungsmaßnahmen zu urteilen, die zum Schutz des Klimas in demokratischen Prozessen festgelegt wurden (2.).

### **1. Unvereinbarkeit mit der Autonomie des Rechtssystems der Union**

Nach der Rechtsprechung des EuGH sind Schiedsverfahren nach dem ECT jedenfalls innerhalb der EU unionsrechtlich unzulässig, weil sie mit dem Rechtsschutzsystem der europäischen Verträge unvereinbar sind. Für Klagen von Investoren aus Drittstaaten außerhalb der EU ist dies offen.

#### **a) Intra-EU-Verfahren**

Intra-EU-Verfahren unter dem ECT, also Streitigkeiten zwischen einem Investor mit Sitz in einem Mitgliedsstaat und einem anderen Mitgliedstaat, sind unionsrechtlich unzulässig.<sup>19</sup> Dies hat der EuGH im September 2021 in seinem *Komstroy*-Urteil<sup>20</sup> entschieden.

Damit führte der Gerichtshof seine *Achmea*-Rechtsprechung<sup>21</sup> fort, wonach ISDS-Vereinbarungen in bilateralen Investitionsschutzabkommen zwischen EU-Staaten unwirksam sind. Der Grund hierfür liegt in der „Autonomie des Rechtssystems der EU“, dessen spezifische Zuständigkeitsordnung auch durch internationale Übereinkünfte nicht beeinträchtigt werden darf.<sup>22</sup> Zentraler Bestandteil dieser Zuständigkeitsordnung ist die Letztentscheidungsbefugnis des EuGH (vgl. Art. 267 AEUV), der verbindlich über die Auslegung und Anwendung des Unionsrechts entscheidet.<sup>23</sup> Damit ist es unvereinbar, wenn private Schiedsgerichte, die nicht in das Rechtsschutzsystem der EU eingebunden – und daher insbesondere nicht nach Art. 267 AEUV vorlageberechtigt – sind, Unionsrecht auslegen und anwenden würden.<sup>24</sup>

Diese Grundsätze gelten ebenso für Intra-EU-Verfahren nach dem ECT. Die Schiedsgerichte, die nach den ISDS-Regelungen des ECT angerufen werden, müssen in derartigen Verfahren schon deswegen Unionsrecht auslegen und anwenden, weil das Abkommen selbst EU-Recht darstellt – denn durch den Beitritt

---

<sup>19</sup> EuGH, Urteil vom 2.9.2021, C-741/19 (*Komstroy*), Rn. 47 ff.

<sup>20</sup> EuGH, Urteil vom 2.9.2021, C-741/19.

<sup>21</sup> EuGH, Urteil vom 6.3.2018, C-284/16.

<sup>22</sup> EuGH, Urteil vom 6.3.2018, C-284/16 (*Achmea*), Rn. 32. Kurze Zusammenfassung bei Germelmann, Der Investitionsschutz im Energie- und Klimaschutzrecht zwischen „European Green Deal“ und Grenzen des Unionsprimärrechts, EuR 2020, 375 (386 f.).

<sup>23</sup> EuGH, a.a.O., Rn. 36 f.

<sup>24</sup> EuGH, a.a.O., Rn. 51 ff.

der EU zum ECT wurde dieser Bestandteil der Unionsrechtsordnung.<sup>25</sup> Die im ECT genannten Schiedsgerichte stehen außerhalb des Rechtssystems der Union und sind nicht nach Art. 267 AEUV vorlageberechtigt, sodass die Situation in Intra-EU-Verfahren unter dem ECT dieselbe ist wie in bilateralen Investitionsschutzabkommen zwischen Mitgliedstaaten.<sup>26</sup>

Daran ändert sich auch aufgrund des **AiP** im Ergebnis nichts. Zwar soll nun festgelegt werden, dass das Recht der Vertragsstaaten – einschließlich des Unionsrecht – nur als Tatsache herangezogen wird, nicht aber Teil des von den Schiedsgerichten anzuwendenden Rechts sein soll.<sup>27</sup> Allerdings handelt es sich – wie der Gerichtshof in *Komstroy* ausdrücklich festgestellt hat, s.o. – bei dem ECT selbst um Unionsrecht, sodass die Auslegung des Abkommens ebenfalls in die Zuständigkeit des EuGH fällt. Diese soll für die Schiedsgerichte aber offenkundig nicht ausgeschlossen sein – anderenfalls hätten sie keinerlei Interpretationsbefugnisse mehr. Somit bleiben die ISDS-Bestimmungen des ECT in Intra-EU-Verfahren unwirksam.

## **b) Extra-EU-Verfahren**

Unklar ist, ob diese Argumentation des EuGH auch für **Extra-EU-Verfahren** gilt, also Streitigkeiten zwischen Investoren außerhalb der EU und EU-Mitgliedstaaten. Während die deutsche Fassung nahelegen scheint, dass Schiedsverfahren hier zulässig sein sollen („Folglich kann der VEC den Mitgliedstaaten zwar vorschreiben...“), ist der englische Urteilstext, der als Amtssprache maßgeblich ist, zurückhaltender („[A]lthough the ECT *may* require Member States to comply...“).<sup>28</sup> Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass der EuGH die Frage bislang noch nicht als entschieden ansieht.<sup>29</sup>

Betrachtet man die Verfahrenssituation in *Komstroy*, so spricht bereits einiges dafür, dass Extra-EU-Verfahren ebenfalls unzulässig sind. *Komstroy* betraf eine Streitigkeit zwischen einem ukrainischen Investor und der Republik Moldau, also gewissermaßen ein „Extra-Extra-EU-Verfahren“, an dem EU-Mitgliedstaaten

---

<sup>25</sup> EuGH, a.a.O., Rn. 23, 49 f.

<sup>26</sup> EuGH, a.a.O., Rn. 64.

<sup>27</sup> Agreement in Principle, Fn. 2, Punkt 2., Fn. 1.

<sup>28</sup> EuGH, Urteil vom 2.9.2021, C-741/19 (*Komstroy*), jeweils Rn. 65.

<sup>29</sup> Ebenso – jeweils auf Grundlage des englischen Urteilstextes – Eckes/Ankersmid, The compatibility of the Energy Charter Treaty with EU law, April 2022, S. 17; Tropper, From Achmea to Komstroy – The CJEU Strikes Back Against Investment Arbitration Under the Energy Charter Treaty, Völkerrechtsblog vom 22.9.2021, <https://voelkerrechtsblog.org/de/from-achmea-to-komstroy/>. Für die deutsche Sprachfassung Nikolov, Investor-Staat-Schiedsverfahren gemäß Art. 26 ECT – Anmerkung zum Urteil des EuGH v. 2.9.2021, Rs. C-741/19, EuR 2022, 496 (499).

weder auf Investoren- noch auf Staatenseite beteiligt waren. Hier war die Schiedsvereinbarung zwar wirksam möglich. Gleichwohl erklärte sich der EuGH für zuständig, zum einen, weil der Schiedsort in Paris lag,<sup>30</sup> und zum anderen, um eine einheitliche Auslegung des Abkommens – welches ja selbst EU-Recht darstellt (s.o.) – sicherzustellen:

„[W]enn eine Vorschrift eines internationalen Übereinkommens sowohl auf dem Unionsrecht unterliegende als auch auf nicht dem Unionsrecht unterliegende Sachverhalte anwendbar ist, [besteht] ein klares Interesse der Union daran (...), dass diese Vorschrift *unabhängig davon, unter welchen Voraussetzungen sie angewandt werden soll, einheitlich ausgelegt wird, um in der Zukunft voneinander abweichende Auslegungen zu verhindern.*“<sup>31</sup>

Dies gilt erst recht für Verfahren, an denen ein ausländischer Investor und ein EU-Mitgliedstaat beteiligt sind, die Gefahr einer gespaltenen Auslegung wiegt hier noch deutlich schwerer. Denn anders als im *Komstroy*-Verfahren, bei dem weder der Sitz des Investors noch der beklagte Staat innerhalb der EU lagen, droht hier eine uneinheitliche Auslegung im Verhältnis zur selben Partei.

Damit ist – im Unterschied zur *Komstroy*-Konstellation – auch die Autonomie des Rechtssystems der EU gefährdet, weil der beklagte Mitgliedstaat unmittelbar an Unionsrecht gebunden ist. Entscheidend für die Unzulässigkeit der Schiedsabrede ist, dass die Anwendung des Unionsrechts den mitgliedstaatlichen Gerichten und als Konsequenz dessen auch der Auslegungshoheit des EuGH entzogen wird.<sup>32</sup> Dies ist auch der Fall, wenn ein Investor mit Sitz außerhalb der EU klagt: Da die Gerichte des beklagten Mitgliedstaates eigentlich – also ohne die Schiedsabrede – für die Streitigkeit zuständig wären,<sup>33</sup> wären sie auch nach Art. 19 EUV verpflichtet, die Beachtung des Unionsrechts zu gewährleisten und Streitfragen notwendigenfalls dem EuGH vorzulegen (Art. 267 AEUV).<sup>34</sup> Ob das Rechtssystem der EU durch Schiedsgerichte umgangen wird, hängt nicht vom Sitz des Klägers ab, sondern davon, ob ein EU-Mitgliedstaat verklagt wird.

---

<sup>30</sup> EuGH, Urteil vom 2.9.2021, C-741/19 (*Komstroy*), Rn. 32 ff.

<sup>31</sup> EuGH, a.a.O., Rn. 29 (Hervorhebung von uns).

<sup>32</sup> Eckes/Ankersmid, The compatibility of the Energy Charter Treaty with EU law, April 2022, S. 24.

<sup>33</sup> Dies bestätigt Art. 26 Abs. 2 lit. a) ECT, der als Alternative zu den Schiedsverfahren die Zuständigkeit der Gerichte des beklagten Vertragsstaates vorsieht. Praktisch ist diese Alternative freilich kaum relevant, weil Investoren den Weg über die Schiedsgerichte bevorzugen, vgl. Eckes/Ankersmid, The compatibility of the Energy Charter Treaty with EU law, April 2022, S. 40.

<sup>34</sup> EuGH, Urteil vom 2.9.2021, C-741/19 (*Komstroy*), Rn. 45.

Außerdem hätte die Nichtanwendbarkeit der *Komstroy*-Rechtsprechung auf Investoren mit Sitz außerhalb der EU zur Folge, dass Unternehmen es in der Hand hätten, durch einen strategischen Wechsel des Sitzes – z.B. aus einem Mitgliedstaat in die Schweiz – wieder in den Genuss der ISDS-Privilegien zu kommen.<sup>35</sup> Dies wäre mit dem Gebot der praktischen Wirksamkeit des Unionsrechts (*effet utile*) kaum zu vereinbaren.

Damit verstößt die ECT-Schiedsabrede auch in Extra-EU-Verfahren, bei denen ein externer Investor gegen EU-Mitgliedstaaten klagt, gegen die Autonomie des Unionsrechts und ist damit unwirksam.

An diesem Ergebnis ändert auch das CETA-Gutachten des EuGH im Ergebnis nichts. Zwar hat der EuGH in diesem Gutachten festgestellt, dass das im CETA-Vertrag zwischen der EU und Kanada – also in einer Extra-EU-Konstellation – vorgesehene System (ICS) nicht gegen die Autonomie des Rechtssystems der EU verstoße.<sup>36</sup> Allerdings ist die Begründung des EuGH nicht auf den ECT übertragbar.<sup>37</sup> Entscheidend für die Zulässigkeit des privaten Streitschlichtungssystems im CETA-Vertrag waren zwei Erwägungen:<sup>38</sup> Erstens dürften die Schiedsgerichte außer dem Vertragstext selbst ausdrücklich keine weiteren Vorschriften des EU-Rechts auslegen und anwenden (vgl. Art. 8.31 CETA). Zweitens sei in CETA sichergestellt, dass die Schiedsgerichte keine Urteile sprechen könnten, die die Unionsorgane an ihrem ordnungsgemäßen Funktionieren hindern könnten, insbesondere, weil die Regulierungsbefugnisse der EU nicht beeinträchtigt seien.

Beim ECT dürfte es schon an der ersten Voraussetzung fehlen. Zwar bemüht sich das **AiP**, die Anforderungen des CETA-Gutachtens dadurch zu erfüllen, dass das innerstaatliche Recht („domestic law“) einer Vertragspartei ausdrücklich kein von den Schiedsgerichten anwendbares Recht sein soll.<sup>39</sup> Dies ist allerdings nur klarstellend gemeint („clarifies“), da Art. 26 Abs. 6 ECT die Auslegungsbefugnis der Schiedsgerichte auf internationales Recht beschränkt. Das Problem ist, dass die Schiedsgerichte in der Praxis häufig annehmen, das EU-Recht sei (aufgrund sei-

---

<sup>35</sup> Vgl. Gundel, Die Bedeutung des internationalen Investitionsschutzrechts für den Klimaschutz: Konfliktilinien und Konvergenzen, S. 26 mit Fn. 136.

<sup>36</sup> EuGH, Gutachten vom 30.4.2019, C-1/17 (*CETA*), Rn. 106 ff. Kritisch hierzu Weiss, Autonomie der EU als Schranke für Investitionsschutz und weit darüber hinaus – das CETA Gutachten des EuGH als Ursprung einer überschießenden verfassungsrechtlichen Anforderung, EuR 2020, 621 (632 f.).

<sup>37</sup> Vgl. auch Eckes/Ankersmid, The compatibility of the Energy Charter Treaty with EU law, April 2022, S. 24 ff.

<sup>38</sup> EuGH, Gutachten vom 30.4.2019, C-1/17 (*CETA*), Rn. 119.

<sup>39</sup> Agreement in Principle, Punkt 2., Fn. 1, siehe bereits oben.

nes supra-nationalen Charakters) kein innerstaatliches, sondern internationales Recht, für dessen Auslegung sie nach Art. 26 Abs. 6 ECT zuständig sind.<sup>40</sup> Nach dieser Auffassung geht die Klarstellung des AiP zum innerstaatlichen Recht ins Leere und kann die Interpretationshoheit des EuGH und damit die Einhaltung des EU-Primärrechts nicht sichern. Außerdem sind die CETA-Gerichte<sup>41</sup> verpflichtet, der herrschenden Auslegung durch die innerstaatlichen Gerichte zu folgen und der EuGH hat die ausschließliche Zuständigkeit darüber zu entscheiden, ob Klagen gegen die EU oder einen Mitgliedstaat zu richten sind.<sup>42</sup> Vergleichbare Vorgaben fehlen im ECT nach wie vor. Schließlich hat es der EuGH in *Komstroy* – zeitlich nach dem CETA-Gutachten – für die Begründung seiner Auslegungs- und Letztzuständigkeit ausdrücklich ausreichen lassen, dass der ECT selbst Unionsrecht darstellt.<sup>43</sup> Diese Auslegungskompetenz wird, wie oben dargestellt, durch Klagen gegen EU-Mitgliedstaaten stets gefährdet, ob die Investoren nun innerhalb oder außerhalb der EU ansässig sind.

In jedem Falle fehlt es beim ECT an der zweiten Voraussetzung, die der EuGH im CETA-Gutachten als Zulässigkeitsvoraussetzung für ISDS-bzw. ICS-Systeme aufgestellt hat. Danach darf die Schiedsgerichtsbarkeit auch außerhalb der Judikative das Funktionieren der Unionsorgane, insbesondere die EU-Gesetzgebung nicht beeinträchtigen.<sup>44</sup> Damit ist das „right to regulate“ angesprochen, also die Möglichkeit der EU, im Gemeinwohlinteresse effektive Regulierungsmaßnahmen zu treffen. Dies ist durch den ECT jedoch nach wie vor stark beeinträchtigt, wie im Folgenden dargestellt wird.

## 2. Unvereinbarkeit mit der Regulierungsautonomie der Union

Ein häufiger Kritikpunkt an Investitionsschutzabkommen im Allgemeinen und dem ECT im Besonderen besteht darin, dass die Aussicht auf kostspielige Schadensersatzprozesse die Vertragsstaaten davon abhalten könnte, Konzerne im öffentlichen Interesse zu regulieren und insbesondere eine ambitionierte Umwelt- und Klimaschutzpolitik zu betreiben.<sup>45</sup> Diese Diskussion hat der EuGH im CETA-Gutachten aufgegriffen und seine Argumentation zur Autonomie des Uni-

---

<sup>40</sup> Germelmann, Der Investitionsschutz im Energie- und Klimaschutzrecht zwischen „European Green Deal“ und Grenzen des Unionsprimärrechts, EuR 2020, 375 (397); Eckes/Ankersmid, The compatibility of the Energy Charter Treaty with EU law, April 2022, S. 25.

<sup>41</sup> Dieses Gutachten befasst sich mangels Gründungsstatut nicht konkret mit dem für CETA primär vorgesehenen neuen Streitschlichtungsorgan ICS (investment court system). Es soll nach Ratifizierung von CETA eingerichtet werden (Art. 8.27 CETA).

<sup>42</sup> EuGH, Gutachten vom 30.4.2019, C-1/17 (*CETA*), Rn. 131.

<sup>43</sup> EuGH, Urteil vom 2.9.2021, C-741/19 (*Komstroy*), Rn. 43, 49 f.

<sup>44</sup> EuGH, Gutachten vom 30.4.2019, C-1/17 (*CETA*), Rn. 137 ff.

<sup>45</sup> Siehe dazu bereits oben, II.

onsrechts auf den Schutz demokratisch getroffener Entscheidungen vor ISDS-Tribunalen erweitert.<sup>46</sup> Hierbei legt der Gerichtshof einen strengen Maßstab an.<sup>47</sup> Der EuGH stellt zunächst fest, dass es die EU-Gesetzgebung beeinträchtigen würde, wenn Regelungen zum Schutz öffentlicher Interessen – wie zum Umwelt- und Klimaschutz – von Schiedsgerichten mit Schadensersatzzahlungen „bestraft“ werden könnten. Denn in diesem Fall

„wäre die Union gezwungen, darauf zu verzichten, dieses Schutzniveau zu erreichen, wenn sie nicht immer wieder vom CETA-Gericht gezwungen werden will, Schadensersatz an den klagenden Investor zu leisten.“<sup>48</sup>

Eine solche Befugnis des Schiedsgerichts würde daher das autonome Funktionieren der Union „in ihrem eigenen verfassungsrechtlichen Rahmen beeinträchtigen“.<sup>49</sup> In der Folge nennt der Gerichtshof unterschiedliche Vorschriften des Abkommens, die seiner Auffassung nach einen hinreichenden Schutz der Regulierungsbefugnisse der Unionsorgane gewährleisten. So stelle der Vertragstext sicher, dass die Annahme und Durchsetzung von Maßnahmen, die zum Schutz öffentlicher Interessen erforderlich sind, nur dann unzulässig sei, wenn sie zu einer willkürlichen oder ungerechtfertigten Diskriminierung zwischen den Vertragsparteien oder zu einer verschleierte Beschränkung des Handels mit Dienstleistungen führen (z.B. Art. 28.3.2 CETA).<sup>50</sup> Im Ergebnis legt der EuGH die Befugnisse der CETA-Schiedsgerichte einschränkend so aus, dass

„die Beurteilungsbefugnis [der CETA-Gerichte] nicht so weit reicht, dass es ihnen erlaubt wäre, das Niveau des Schutzes eines öffentlichen Interesses, das von der Union in einem demokratischen Prozess festgelegt worden ist, in Frage zu stellen.“<sup>51</sup>

---

<sup>46</sup> Weiss, *Autonomie der EU als Schranke für Investitionsschutz und weit darüber hinaus – das CETA Gutachten des EuGH als Ursprung einer überschießenden verfassungsrechtlichen Anforderung*, EuR 2020, 621 (633 ff.).

<sup>47</sup> Weiss, a.a.O.; Holterhus, *Das CETA-Gutachten des EuGH – Neue Maßstäbe allerorten...*, Verfassungsblog vom 3.5.2019, <https://verfassungsblog.de/das-ceta-gutachten-des-eugh-neue-massstaebe-allerorten/>.

<sup>48</sup> EuGH, Gutachten vom 30.4.2019, C-1/17 (CETA), Rn. 149.

<sup>49</sup> EuGH, a.a.O., Rn. 150.

<sup>50</sup> EuGH, a.a.O., Rn. 152.

<sup>51</sup> EuGH, a.a.O., Rn. 156.

Damit geht der EuGH davon aus, dass die Regulierungszuständigkeiten der EU durch ein ISDS-System nicht beeinträchtigt werden dürfen und Schiedsgerichte im Grunde nur eine diskriminierende Anwendung solcher Regelungen sanktionieren dürfen. Dies gilt insbesondere auch für Regelungen zum Klimaschutz, welche die EU-Organe im Rahmen ihrer Zuständigkeiten für den Umweltschutz erlassen (vgl. Art. 191 AEUV).<sup>52</sup>

Bei näherem Hinsehen lässt sich durchaus bezweifeln, ob die vom EuGH vorgenommene Auslegung des Abkommens im CETA-Text hinreichend abgesichert ist.<sup>53</sup> Für die hier vorzunehmende Bewertung des ECT muss dies allerdings nicht vertieft werden. Denn im ECT fehlen nach wie vor Sicherungen zum Schutz der Regulierungsautonomie der EU, die mit denen im CETA-Abkommen vergleichbar wären.

Dass der ECT in seiner gegenwärtigen Handhabung durch die Schiedsgerichte die Klimaziele der EU in Frage stellt und gefährdet, wurde bereits dargestellt.<sup>54</sup> Verschiedene Mitgliedstaaten wurden zu Schadensersatzzahlungen verurteilt oder haben ihre Klimapolitiken abgeschwächt, um Klagen zu vermeiden. Derartige Vorgänge sind nicht nur auf mitgliedstaatlicher Ebene relevant, sondern stellen implizit stets auch das Schutzniveau des Unionsrechts in Frage, weil das Klimaschutzniveau innerhalb der EU maßgeblich durch die EU-Klimaziele bestimmt wird, wie sie im Europäischen Klimagesetz<sup>55</sup> und der Lastenteilungsverordnung festgelegt<sup>56</sup> sind. Zahlreiche weitere Klimaschutzpolitiken werden von der EU im Rahmen des Grünen Deals<sup>57</sup> auf europäischer Ebene vorgezeichnet. Daher dienen Klimaschutzanstrengungen der Mitgliedstaaten in aller Regel (auch) der Erreichung von Zielen und Vorgaben des Unionsrechts, sodass eine Verurteilung der Mitgliedstaaten auch das Funktionieren der Union beeinträchtigt bzw. das dort

---

<sup>52</sup> Der EuGH, a.a.O., Rn. 160, nennt den Umweltschutz ausdrücklich als einen Bereich, in dem demokratisch getroffene Entscheidungen nicht durch Schiedsgerichte in Frage gestellt werden dürfen.

<sup>53</sup> Vgl. Holterhus, Das CETA-Gutachten des EuGH – Neue Maßstäbe allerorten..., Verfassungsblog vom 3.5.2019, <https://verfassungsblog.de/das-ceta-gutachten-des-eugh-neue-massstaebe-allerorten/>, der auf die notwendige Auslegung von Begriffen wie „Erforderlichkeit“ und „Willkür“ verweist.

<sup>54</sup> Siehe oben mit Fn. 11 und 12.

<sup>55</sup> Verordnung (EU) 2021/1119 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Juni 2021 zur Schaffung des Rahmens für die Verwirklichung der Klimaneutralität und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 401/2009 und (EU) 2018/1999 („Europäisches Klimagesetz“), ABl. EU L 243/1.

<sup>56</sup> Verordnung (EU) 2018/842 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 2018 zur Festlegung verbindlicher nationaler Jahresziele für die Reduzierung der Treibhausgasemissionen im Zeitraum 2021 bis 2030 als Beitrag zu Klimaschutzmaßnahmen zwecks Erfüllung der Verpflichtungen aus dem Übereinkommen von Paris sowie zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 525/2013, ABl. EU L 156/26.

<sup>57</sup> Mitteilung der EU-Kommission vom 11.12.2019, COM(2019) 640 final, Der europäische Grüne Deal.

festgelegte Schutzniveau in Frage stellt.<sup>58</sup> Für die Unzulässigkeit des Schiedssystems kommt es insoweit nicht auf den einzelnen zu entscheidenden Fall an, es genügt bereits eine allgemein hinreichend wahrscheinliche Gefährdung der Regulierungsautonomie der Union.<sup>59</sup> Das CETA-Gutachten formuliert allgemeine Anforderungen an Investitionsschutzverträge und ISDS-Systeme, an denen die EU und ihre Mitgliedstaaten beteiligt sind.

**Diesen Anforderungen wird der ECT auch nach den im AiP angekündigten Änderungen nicht gerecht.** Konkrete Verbesserungen sind nur in Ansätzen erkennbar. Das Recht der Parteien zur Regulierung im öffentlichen Interesse wird „bekräftigt“ („reaffirm“) und explizit auf Klimaschutz und -anpassung bezogen.<sup>60</sup> Eine Bekräftigung verweist freilich grundsätzlich auf Bestehendes, eine echte Erweiterung der Regulierungsbefugnis geht damit ebenso wenig einher wie eine klare Einschränkung der Befugnisse der Schiedsgerichte. Die angekündigte Konkretisierung der Definitionen für die schwammigen Begriffe der „fairen und gerechten Behandlung“ sowie der „indirekten Enteignung“ wird den Anforderungen des CETA-Gutachtens ebenfalls nicht gerecht. Nach dem AiP soll eine indirekte Enteignung „in der Regel“ („as a general rule“) ausscheiden, wenn eine nicht-diskriminierende Maßnahme dem Schutz legitimer Interessen (z.B. zum Klimaschutz) dient, bei der „fairen und gerechten Behandlung“ wird auf diesen Punkt nicht eingegangen.<sup>61</sup> Dies lässt den Schiedsgerichten weiter viel Raum für die inhaltliche Bewertung und anschließende Sanktionierung von Regulierungsmaßnahmen der EU und ihrer Mitgliedstaaten. Beim ISDS-Mechanismus selbst geht das Dokument nicht auf die Regulierungsbefugnis der Vertragsparteien ein und kündigt keine Änderungen zu deren Schutz an.<sup>62</sup>

Schließlich geht der ECT auch nicht auf die Problematik ein, dass Schiedsgerichte entscheiden können, ob die EU oder ein Mitgliedstaat der richtige Beklagte ist. Darin liegt ein Eingriff in die Zuständigkeitsordnung der EU. In Art. 8.21 CETA ist für diesen Fall deswegen ein Entscheidungsrecht der EU (überprüfbar durch den EuGH) vorgesehen.<sup>63</sup> Entsprechende Sicherungen fehlen im ECT vollständig und sind auch nach dem AiP nicht beabsichtigt.

---

<sup>58</sup> In diesem Sinne auch EuGH, Gutachten vom 30.4.2019, C-1/17 (*CETA*), Rn. 140: unabhängig davon, ob der Mitgliedstaat oder die EU Klagegegnerin ist, kann es zur Bewertung von Unionsrecht kommen.

<sup>59</sup> Vgl. Eckes/Ankersmid, *The compatibility of the Energy Charter Treaty with EU law*, April 2022, S. 24 f.

<sup>60</sup> *Agreement in Principle*, unter 2.

<sup>61</sup> *Agreement in Principle*, a.a.O.

<sup>62</sup> *Agreement in Principle*, unter 3.

<sup>63</sup> Der EuGH, Gutachten vom 30.4.2019, C-1/17 (*CETA*), Rn. 132. Vgl. auch Weiss, *Autonomie der EU als Schranke für Investitionsschutz und weit darüber hinaus – das CETA-Gutachten des EuGH als Ur-*



### 3. Zwischenergebnis

Das im ECT verankerte ISDS-System ist, auch unter Einbeziehung der im AiP angekündigten Änderungen, **unionsrechtswidrig**.

Es verstößt erstens gegen das Rechtssystem der EU, weil es Streitigkeiten den Gerichten der Mitgliedstaaten und damit auch dem EuGH entzieht. Dies gilt unabhängig davon, ob der klagende Investor innerhalb oder außerhalb der EU ansässig ist, also sowohl in Intra- als auch in Extra-EU-Verfahren.

Zweitens beeinträchtigen die weitgehenden Prüfungsbefugnisse der Schiedsgerichte die Regulierungsautonomie der EU. Anders als CETA enthält der ECT keine konkreten Einschränkungen, die es wenigstens ausschließen *könnten*, dass die Schiedsgerichte die Wirksamkeit des Unionsrechts – insbesondere der Klimaziele und weiteren Klimapolitiken – beeinträchtigen. Auch deswegen verstößt der ISDS-Mechanismus nach dem ECT sowohl in Intra- als auch in Extra-EU-Konstellationen gegen Unionsrecht.

### **IV. Rechtliche Handlungsmöglichkeiten**

Obwohl der ECT gegen EU-Recht verstößt, ist keineswegs garantiert, dass keine Schiedssprüche gegen Vertragsstaaten ergehen. Denn die im ECT völkerrechtlich vorgesehenen Schiedsgerichte sind selbst nicht unmittelbar an das Unionsrecht oder die Rechtsprechung des EuGH gebunden.<sup>64</sup> Daher werden sogar Intra-EU-Verfahren, deren Unzulässigkeit durch den EuGH explizit festgestellt wurde, von den Investoren fortgeführt, beispielsweise die bereits erwähnte Klage der RWE AG wegen des vorgezogenen Kohleausstiegs in den Niederlanden.<sup>65</sup>

Angesichts dessen stellt sich die Frage, welche rechtlichen Möglichkeiten bestehen, um derartigen Klagen den Boden zu entziehen, bzw. ihnen im Hinblick auf zielgenaue Klimaschutzmaßnahmen den „Schrecken“ zu nehmen. Im Folgenden werden zwei Optionen untersucht, die auf unterschiedlichen Ebenen ansetzen:

---

sprung einer überschießenden verfassungsrechtlichen Anforderung, EuR 2020, 621 (629 f.), der selbst die Regelung in CETA für zweifelhaft hält.

<sup>64</sup> Eckes/Ankersmid, The compatibility of the Energy Charter Treaty with EU law, April 2022, S. 19, 41; Gundel, Die Bedeutung des internationalen Investitionsschutzrechts für den Klimaschutz: Konfliktlinien und Konvergenzen, S. 13.

<sup>65</sup> Müller-Hoff/Duarte, Raus aus dem fossilen Zeitalter – Zieht dem Energiecharta-Vertrag den Stecker!, Völkerrechtsblog vom 31.1.2022, <https://voelkerrechtsblog.org/de/raus-aus-dem-fossilen-zeitalter-zieht-dem-energiecharta-vertrag-den-stecker/>.

zum einen kann vor den Gerichten der Mitgliedstaaten geltend gemacht werden, dass ECT-Schiedssprüche nicht vollstreckt werden dürfen und aufzuheben sind (1.), zum anderen kommt eine Nichtigkeitsklage beim EuGH nach Art. 263 AEUV in Betracht (2.).

### **1. Vorgehen gegen die Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen**

Schiedssprüche nach dem ECT sind nach Art. 26 Abs. 8 ECT „endgültig und verbindlich“ und daher nicht mehr mit regulären Rechtsbehelfen wie Berufung oder Revision anfechtbar. Allerdings müssen Schiedssprüche grundsätzlich von einem nationalen Gericht anerkannt oder für vollstreckbar erklärt werden. Erst dieser Vollstreckungstitel ist der Anspruch für den Geldfluss an den Investor – im Zweifel über den Gerichtsvollzieher. Eine Ausnahme stellen dabei Schiedsverfahren nach dem ICSID-Übereinkommen<sup>66</sup> dar, die überhaupt nicht durch nationale Gerichte überprüfbar sein sollen. Diese rechtliche Ausgangslage wird im Folgenden zunächst dargestellt, bevor anhand verschiedener Konstellationen untersucht wird, ob Schiedssprüche gegen EU-Mitgliedstaaten dort auch tatsächlich vollstreckt werden können, wenn sie auf Grundlage des unionsrechtswidrigen ECT-ISDS ergangen sind.

Die Untersuchung erfolgt anhand des deutschen Zivilprozessrechts, die Prozessordnungen anderer Mitgliedstaaten sind aber ähnlich strukturiert.<sup>67</sup> Daher sind die folgenden Ausführungen – auch wenn es im Einzelnen natürlich auf die jeweilige Rechtsordnung ankommt – grundsätzlich auf die anderen EU-Mitgliedstaaten übertragbar. Deren nationale Gerichte sind ebenso wie die deutschen Gerichte verpflichtet, dem Unionsrecht durch entsprechende Auslegung und Anwendung ihres Prozessrechts zur Wirksamkeit zu verhelfen.

#### **a) Anerkennung und Vollstreckbarkeit von Schiedssprüchen: Allgemeines**

Im deutschen Zivilprozessrecht sind die Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen grundsätzlich in §§ 1059 ff. ZPO geregelt. Dabei unterscheidet das Zivilprozessrecht zwischen inländischen und ausländischen Schiedssprüchen. Diese Differenzierung ist auch für Klagen gegen Schiedssprüche aufgrund des ECT relevant, weil diese sowohl im Inland als auch im Ausland ergehen können.

---

<sup>66</sup> ICSID = International Centre for Settlement of Disputes, alle Statuten etc. auf <https://icsid.worldbank.org/>. Das Übereinkommen regelt Verfahren vor dem International Centre for Investment Dispute Resolution, das bei der Weltbank angesiedelt ist und in Washington D.C. seinen Sitz hat.

<sup>67</sup> Vgl. etwa zum französischen Zivilprozessrecht EuGH, Urteil vom 2.9.2021, C-741/19 (*Komstroy*), Rn. 7.

Einen Sonderfall bilden Schiedssprüche, die aufgrund des ICSID-Übereinkommens ergangen sind.

– *Inländische Schiedssprüche*

Ein inländischer Schiedsspruch liegt vor, wenn der Sitz des Schiedsgerichts in Deutschland liegt (Territorialprinzip, vgl. § 1025 ZPO).<sup>68</sup> Ist dies der Fall, greifen die besonderen Regelungen zur Vollstreckbarkeit und Aufhebung von Schiedssprüchen in §§ 1059, 1060 ZPO.

Inländische Schiedssprüche müssen von einem deutschen Gericht für vollstreckbar erklärt werden (§ 1060 Abs. 1 ZPO), damit eine Zwangsvollstreckung (in Deutschland) stattfinden kann. Die Vollstreckbarerklärung ist ein autonomes staatliches Verfahren, ein „Kontrollakt“, der nicht Bestandteil des Schiedsverfahrens ist und die staatliche Vollstreckungsgewalt sichert.<sup>69</sup> Ein Investor muss, um einen in Deutschland erwirkten Schiedsspruch im Inland vollstrecken zu können, also vor Gericht eine Vollstreckbarerklärung erwirken.

Das Gegenstück zur Vollstreckbarerklärung ist die Aufhebung eines inländischen Schiedsspruches, die in § 1059 ZPO geregelt ist. Eine Aufhebung kann entweder im Verfahren zur Vollstreckbarerklärung ausgesprochen (§ 1060 Abs. 2 ZPO) oder außerhalb dessen von dem im Schiedsspruch Verurteilten beantragt werden (§ 1059 ZPO). In einem ISDS-Verfahren verurteilte Staaten können grundsätzlich<sup>70</sup> gegen den Schiedsspruch vorgehen, indem sie innerhalb von drei Monaten (§ 1059 Abs. 3 ZPO) einen entsprechenden Antrag beim zuständigen Oberlandesgericht (§ 1062 Abs. 1 Nr. 4 ZPO) stellen. Ein Schiedsspruch ist aufzuheben, wenn einer der in § 1059 Abs. 2 ZPO abschließend aufgezählten Gründe vorliegt. Dazu zählen insbesondere die Ungültigkeit der Schiedsvereinbarung (§ 1059 Abs. 2 Nr. 1 lit. a) ZPO) und ein Verstoß gegen den *ordre public* (Art. 1059 Abs. 2 Nr. 2 lit. b) ZPO), also gegen grundlegende verfahrens- oder materiellrechtliche Grundsätze der deutschen Rechtsordnung einschließlich EU-Regelungen.<sup>71</sup> Ein Verstoß gegen den *ordre public* ist – anders als ein Verstoß gegen die Aufhebungsgründe aus § 1059 Abs. 2 Nr. 1 ZPO – auch nach Ablauf

---

<sup>68</sup> Wilske/Markert, in: BeckOK ZPO, 45. Ed. 1.7.2022, § 1060 Rn. 19, § 1059 Rn. 9; Münch, in: MüKo ZPO, 6. Aufl. 2022, § 1059 Rn. 80.

<sup>69</sup> Münch, in: MüKo ZPO, 6. Aufl. 2022, § 1060 Rn. 1 ff.

<sup>70</sup> Auch hier können völkerrechtliche Sonderregeln gelten, relevant ist vor allem das ICSID-Übereinkommen, dazu noch unten, IV.1.

<sup>71</sup> Näher Münch, in: MüKo ZPO, 6. Aufl. 2022, § 1059 Rn. 43 ff., zur Einbeziehung des EU-Rechts a.a.O., Rn. 46.

der Dreimonatsfrist von Amts wegen zu berücksichtigen (vgl. § 1060 Abs. 2 Satz 3 ZPO).<sup>72</sup>

Die Aufhebung eines Schiedsspruchs führt unmittelbar dazu, dass der Schiedsspruch im Inland „aus der Welt“, insbesondere also nicht mehr vollstreckbar ist. Darüber hinaus dürfen auch ausländische Gerichte die Anerkennung und Vollstreckung unter Verweis auf die Aufhebung ohne weitere Begründung verweigern. Dies ergibt sich aus Art. V Abs. 1 lit. e Alt. 2 des New Yorker Übereinkommens über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche (UNÜ).<sup>73</sup> Insofern hat die Aufhebung eines inländischen Schiedsspruchs durchaus auch internationale Bedeutung.

– *Ausländische Schiedssprüche*

Die Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche ist in § 1061 ZPO geregelt. Danach richtet sich die Vollstreckung grundsätzlich nach dem bereits erwähnten UNÜ, sofern keine völkerrechtlichen Sonderregelungen einschlägig sind (§ 1061 Abs. 1 Satz 2 ZPO).

Das UNÜ enthält ähnliche Aufhebungsgründe wie § 1059 ZPO.<sup>74</sup> Insbesondere kann die Vollstreckung nach Art. V Abs. 2 lit. b) UNÜ versagt werden, wenn ein Verstoß gegen den *ordre public* vorliegt. Dieser wird (noch) restriktiver ausgelegt als bei der Überprüfung inländischer Schiedssprüche, erforderlich ist ein besonders schwerwiegender Verstoß gegen grundlegende Rechtsvorstellungen.<sup>75</sup> Vollständig überprüfbar ist nach der Rechtsprechung des BGH aber jedenfalls, ob das Schiedsgericht seine Zuständigkeit zurecht bejaht hat.<sup>76</sup> Auch eine Verurteilung trotz fehlender Schiedsvereinbarung verstößt nach der Rechtsprechung gegen den *ordre public*.<sup>77</sup> Gerade diese Aufhebungsgründe sind für die Bewertung von ECT-Schiedssprüchen von Bedeutung, wie unten noch näher dargestellt wird.

Ausländische Schiedssprüche werden von deutschen Gerichten nicht aufgehoben, stattdessen begrenzt sich die Sanktion auf eine inländische Nichtanerkennung (§ 1061 Abs. 2 ZPO). Auch damit ist der Schiedsspruch aber in Deutschland nicht vollstreckbar. Wird ein ausländischer Schiedsspruch in seinem Herkunftsstaat

---

<sup>72</sup> Voit, in: Musielak (Hrsg.), ZPO, 19. Aufl. 2022, § 1059 Rn. 37.

<sup>73</sup> Wilske/Markert, in: BeckOK ZPO, 45. Ed. 1.7.2022, § 1059 Rn. 10.

<sup>74</sup> Münch, in: MüKo ZPO, 6. Aufl. 2022, § 1061 Rn. 11.

<sup>75</sup> Näher Wilske/Markert, in: BeckOK ZPO, 45. Ed. 1.7.2022, § 1061 Rn. 48.

<sup>76</sup> BGH, Beschluss vom 30.1.2013, III ZB 40/12 (*Walter Bau*).

<sup>77</sup> Münch, in: MüKo ZPO, 6. Aufl. 2022, Art. V UNÜ Rn. 72.

aufgehoben, kann er auch in Deutschland nicht mehr wirken und wird nicht für vollstreckbar erklärt.<sup>78</sup> In diesem Fall kann die Vollstreckbarkeit auch nachträglich auf Antrag beseitigt werden (§ 1061 Abs. 3 ZPO). Würde also ein ECT-Schiedsspruch von einem anderen EU-Staat aufgehoben, so wäre er auch in Deutschland nicht mehr vollstreckbar.

– *Sonderfall: ICSID-Schiedssprüche*

Die obigen Ausführungen zur Vollstreckbarkeit in- und ausländischer Schiedssprüche gelten nur dann uneingeschränkt, wenn keine völkerrechtlichen Sonderregelungen bestehen. Dies ergibt sich für ausländische Schiedssprüche unmittelbar aus § 1061 Abs. 1 Satz 2 ZPO, gilt aber ebenso für inländische Schiedssprüche.<sup>79</sup>

Eine Sonderrolle nehmen vor allem Schiedssprüche ein, die auf Grundlage des ICSID-Übereinkommens gefällt wurden. Dies ist auch für den ECT relevant, weil der Weg zu einem ICSID-Verfahren in Art. 26 Abs. 4 lit. a) ECT ausdrücklich eröffnet wird. Während die in Art. 26 Abs. 4 lit. b) und c) genannten weiteren Abkommen (UNCITRAL und Stockholmer Übereinkommen) keine Sonderregelungen zu Anerkennung und Vollstreckung enthalten<sup>80</sup> – es also bei den oben genannten Grundsätzen bleibt –, soll das ICSID-Übereinkommen eine Überprüfung von Schiedssprüchen durch nationale Gerichte vollständig ausschließen<sup>81</sup> und ist deswegen bei Investoren besonders beliebt.<sup>82</sup>

Art. 53 ICSID legt fest, dass Schiedssprüche auf Grundlage dieses Übereinkommens nicht mit nationalen Rechtsbehelfen angegriffen werden können, sondern allein mit den in ICSID selbst vorgesehenen Verfahren vor dem Generalsekretär (Art. 50 ff. ICSID). Dies gilt auch für die Vollstreckung (Art. 54 ICSID). Damit verwehrt das Abkommen den nationalen Gerichten jegliche Kontrollmöglichkeit anhand ihres nationalen Rechts, einschließlich der Frage der Zuständigkeit des Schiedsgerichts und Verstößen gegen den *ordre public*.

---

<sup>78</sup> Münch, in: MüKo ZPO, 6. Aufl. 2022, § 1061 Rn. 31; Voit, in: Musielak (Hrsg.), ZPO, 19. Aufl. 2022, § 1061 Rn. 18.

<sup>79</sup> Münch, in: MüKo ZPO, 6. Aufl. 2022, § 1059 Rn. 13.

<sup>80</sup> Nikolov, EuR 2022, Investor-Staat-Schiedsverfahren gemäß Art. 26 ECT, 496 (501).

<sup>81</sup> Münch, in: MüKo ZPO, 6. Aufl. 2022, § 1061 Rn. 20; Nikolov, Investor-Staat-Schiedsverfahren gemäß Art. 26 ECT, EuR 2022, 496 (501 f.); ausführlich Steinbrück/Krahé: Declaratory relief against post-Achmea ICSID arbitration?, EuZW 2022, 357 (359 ff.); v. Marschall, Vollstreckbarerklärung und Vollstreckung von ICSID-Schiedssprüchen in Deutschland, RIW 2021, 785 (785 ff.).

<sup>82</sup> Steinbrück/Krahé, Declaratory Relief against post-Achmea ICDS Arbitration?, EuZW 2022, 357 (358).

## **b) Die Anerkennung und Vollstreckbarkeit von ECT-Schiedssprüchen in Deutschland und der EU**

Im Folgenden wird der soeben vorgestellte Rechtsrahmen auf ECT-Schiedssprüche angewendet. Dabei ist die zentrale Frage, wie sich die Unionsrechtswidrigkeit von Schiedssprüchen, die gegenüber EU-Mitgliedstaaten ergeben, auf die Anerkennungsfähigkeit und Vollstreckbarkeit von Schiedssprüchen auswirkt.

### *– Inländische Schiedssprüche*

Für inländische Schiedssprüche hat der BGH diese Frage für Intra-EU-Verfahren bereits entschieden, nämlich in dem erwähnten *Achmea*-Verfahren, in welchem der EuGH (auf Vorlage des BGH) erstmalig die Unzulässigkeit von ISDS-Vereinbarungen zwischen EU-Mitgliedstaaten festgestellt hatte. Daraufhin hob der BGH den Schiedsspruch auf, der von einem Schiedsgericht in Frankfurt a.M. gefällt worden war.<sup>83</sup> Da die Ausführungen des EuGH im *Achmea*-Verfahren nach der *Komstroy*-Entscheidung ebenso für Intra-EU-Verfahren unter dem ECT gelten,<sup>84</sup> lassen sich die Ausführungen des BGH auf diese Verfahren unmittelbar übertragen.

Im *Achmea*-Verfahren versagte der BGH die Anerkennung des Schiedsspruches mit der Begründung, dass es – wegen des vom EuGH festgestellten Verstoßes gegen die Autonomie des Rechtssystems der EU – schon an einer wirksamen Schiedsabrede fehle (§ 1059 Abs. 2 Nr. 1 lit.a) ZPO analog). Das staatlicherseits im Investitionsschutzabkommen ausgesprochene Angebot auf Abschluss einer Schiedsabrede sei unionsrechtswidrig und daher unwirksam.<sup>85</sup> Dies gelte unabhängig davon, ob im konkreten Fall überhaupt Unionsrecht anzuwenden sei.<sup>86</sup> Insbesondere wies der BGH das Argument zurück, dass die *europarechtliche* Bewertung des EuGH die *völkerrechtliche* Verbindlichkeit der Schiedsvereinbarung unberührt lasse:

„Vergeblich macht die Antragsgegnerin geltend, die Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union lasse die völkerrechtliche Wirksamkeit des BIT im Verhältnis zwischen der Antragstellerin und den Niederlanden unberührt, so dass mangels einer Kündigung des BIT auch die

---

<sup>83</sup> BGH, Urteil vom 31.10.2018, IZB 2/15.

<sup>84</sup> Siehe ausführlich oben, III.1.

<sup>85</sup> BGH, Urteil vom 31.10.2018, IZB 2/15, Rn. 25 ff.

<sup>86</sup> BGH, a.a.O., Rn. 32.

Schiedsklausel zwischen den Parteien wirksam bleibe. Wie der Senat bereits in seinem Vorlagebeschluss ausgeführt hat, haben die Mitgliedstaaten durch den Beitritt zur Union ihre völkerrechtliche Dispositionsbefugnis beschränkt und untereinander **auf die Ausübung mit dem Unionsrecht kollidierender völkervertraglicher Rechte verzichtet**. Im Hinblick darauf hat der **Vorrang der unionsrechtlichen Bestimmungen zur Folge**, dass eine mit ihnen unvereinbare Regelung in einem unionsinternen Abkommen der Mitgliedstaaten **auch als völkervertragliche Regelung unanwendbar** ist.<sup>87</sup>

Diese Rechtsprechung ist wegen des Vorrangs des Unionsrechts nur konsequent. Das EU-Recht ist für die Mitgliedstaaten grundsätzlich die in der Normenhierarchie höchste Rechtsquelle und geht – von extremen Ausnahmefällen abgesehen<sup>88</sup> – sowohl dem nationalen Verfassungsrecht als auch dem Völkerrecht vor.<sup>89</sup> Ein Primat des Völkerrechts besteht nach den europäischen Verträgen (vgl. Art. 218 Abs. 11 AEUV) und der EuGH-Rechtsprechung gerade nicht.<sup>90</sup>

Die dargestellte Rechtsprechung des BGH gilt ebenso für inländische Schiedssprüche, die in **Intra-EU-Verfahren** nach dem ECT gefällt wurden, weil der EuGH die Unionsrechtswidrigkeit der Schiedsklausel auch hier bereits festgestellt hat. Derartige Schiedssprüche sind **aufzuheben**, ohne dass es einer Vorlage an den EuGH bedarf, weil die Rechtslage geklärt ist (*acte éclairée*). Eine Aufhebung von Schiedssprüchen in Intra-EU-Verfahren ist zudem nicht nur geboten, wenn sie in Deutschland gefällt werden, sondern ebenso in anderen Mitgliedstaaten<sup>91</sup>, da auch deren Gerichte an den Vorrang des Unionsrechts gebunden sind. Schiedssprüche in Intra-EU-Verfahren, die von einem Schiedsgericht innerhalb der EU getroffen werden, sind damit stets von den jeweils zuständigen „inländi-

---

<sup>87</sup> BGH, a.a.O., Rn. 40 f. m.w.N.

<sup>88</sup> Sog. Ultra-Vires Kontrolle, dazu statt vieler: Haltern, Ultra-vires-Kontrolle im Dienst europäischer Demokratie, NVwZ 2020, 817 (anlässlich des umstrittenen Urteils des BVerfG zum PSPP der Europäischen Zentralbank, BVerfG, Urt. v. 5.5.2020 – 2 BvR 859/15 ua - juris).

<sup>89</sup> Siehe nur EuGH, Gutachten vom 30.4.2019, C-1/17 (CETA), Rn. 109; Weiss, Autonomie der EU als Schranke für Investitionsschutz und weit darüber hinaus – das CETA Gutachten des EuGH als Ursprung einer überschießenden verfassungsrechtlichen Anforderung, EuR 2020, 621 (626).

<sup>90</sup> Germelmann, Der Investitionsschutz im Energie- und Klimaschutzrecht zwischen „European Green Deal“ und Grenzen des Unionsprimärrechts, EuR 2020, 375 (397) m.w.N.

<sup>91</sup> Auf Grundlage der dort jeweils einschlägigen „Parallelnorm“ zu § 1059 ZPO, vgl. z.B. für das französische Recht EuGH, Urteil vom 2.9.2021, C-741/19 (Komstroy), Rn. 7.

schen“ nationalen Gerichten aufzuheben.<sup>92</sup> Rechtlich kann dies – wie vom BGH – mit dem Fehlen einer Schiedsabrede begründet werden, aber ebenso mit der Unzuständigkeit des Schiedsgerichts für Intra-EU-Verfahren oder mit einem Verstoß gegen den *ordre public*, weil die Autonomie des Rechtssystems der EU zu den fundamentalen Rechtsgrundsätzen sowohl der Unionsrechtsordnung<sup>93</sup> als auch der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gehört.

**Extra-EU-Verfahren** unter dem ECT, also Klagen von außerhalb der EU ansässigen Investoren gegen EU-Mitgliedstaaten, sind ebenfalls unionsrechtswidrig. Wie oben ausführlich dargelegt,<sup>94</sup> verstoßen sie sowohl gegen die Autonomie des Rechtssystems der EU als auch gegen deren Regulierungsautonomie. Allerdings hat der EuGH diese Frage noch nicht entschieden, sondern in der *Komstroy*-Entscheidung offengelassen. Daher müssen die deutschen Gerichte (und ebenso die Gerichte anderer EU-Mitgliedstaaten), diese Frage nach **Art. 267 AEUV dem EuGH zur Entscheidung vorlegen**, wenn sie einen inländischen Schiedsspruch für vollstreckbar erklären oder umgekehrt aufheben sollen.

Dies alles gilt auch für Mitgliedstaaten, deren EU-Beitritt zeitlich nach dem Beitritt zum ECT erfolgte; die Unterwerfung unter die Schiedsklausel ist in diesen Fällen unwirksam geworden. Dies ergibt sich bereits aus dem *Achmea*-Verfahren selbst, da das zugrunde liegende BIT ebenfalls vor dem EU-Beitritt der Slowakei abgeschlossen worden war.<sup>95</sup>

– *Ausländische Schiedssprüche (UNCITRAL und Stockholmer Übereinkommen)*

Diese Grundsätze lassen sich auf ausländische Schiedssprüche übertragen, bei denen sich die Vollstreckbarkeit nach dem UNÜ richtet (vgl. § 1061 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Im Rahmen des ECT ist dies der Fall, wenn Schiedsverfahren nach den Regeln von UNCITRAL oder dem Stockholmer Übereinkommen (Art. 26 Abs. 4 lit. b) und c) ECT) geführt werden. Der Umgang mit ausländischen Schiedssprüchen ist besonders relevant, wenn diese von Schiedsgerichten außerhalb der EU gefällt werden.<sup>96</sup>

---

<sup>92</sup> Vgl. auch Gundel, Die Bedeutung des internationalen Investitionsschutzrechts für den Klimaschutz: Konfliktlinien und Konvergenzen, S. 25.

<sup>93</sup> Vgl. nur EuGH, Urteil vom 2.9.2021, C-741/19 (*Komstroy*), Rn. 42 ff.

<sup>94</sup> Siehe oben, III.

<sup>95</sup> EuGH, Urteil vom 6.3.2018, C-284/16 (*Achmea*), Rn. 3, 6; vgl. jüngst auch EuGH, Urteil vom 25.1.2022, C-638/19 P (*Micula*), Rn. 140 für den Fall Rumäniens.

<sup>96</sup> Werden Schiedssprüche innerhalb der EU getroffen, sind die im jeweiligen Mitgliedstaat zuständigen nationalen Gerichte ohnehin verpflichtet, den Schiedsspruch aufzuheben (Intra-EU-Verfahren) oder zumindest dem EuGH vorzulegen (Extra-EU-Verfahren), wie soeben dargelegt.



Da die nationalen Gerichte nach dem UNÜ ebenfalls zur (begrenzten) Überprüfung von Schiedssprüchen berechtigt sind, ist die Rechtslage mit inländischen Schiedssprüchen im Ergebnis vergleichbar. Sie bietet den mitgliedstaatlichen Gerichten hinreichende Anknüpfungspunkte, um unionsrechtswidrigen Schiedssprüchen die inländische Anerkennung<sup>97</sup> zu versagen und den Vorrang des Unionsrechts zu sichern.

Eine Anerkennung ist auch im Verfahren nach § 1061 ZPO für **Intra-EU-Verfahren** letztlich aus den gleichen Gründen zu versagen wie im Verfahren nach § 1059 ZPO. Wegen der vom EuGH festgestellten Ungültigkeit der ECT-Schiedsvereinbarung für Intra-EU-Verfahren sind dennoch gefällte Schiedssprüche im jeweiligen Mitgliedstaat nicht anerkennungsfähig. Dies folgt aus der Anwendung von Art. V Abs. 1 lit. a) UNÜ, wonach Schiedssprüche unwirksam sind, wenn die Parteien zum Abschluss der zugrunde liegenden Vereinbarung „in irgendeiner Hinsicht“ nicht fähig waren. Hier lässt sich die oben dargestellte BGH-Rechtsprechung im *Achmea*-Verfahren zwanglos übertragen: wegen des Vorrangs des Unionsrechts fehlt es bereits an einem rechtswirksamen Angebot auf Abschluss einer Schiedsvereinbarung, sodass Anerkennung und Vollstreckung abzulehnen sind.<sup>98</sup>

Dasselbe Ergebnis ergibt sich aus der Anwendung des *ordre-public*-Vorbehalts in Art. V Abs. 2 lit. b) UNÜ. Da es für die Verletzung des *ordre public* nach dem UNÜ auf die Perspektive des deutschen (bzw. mitgliedstaatlichen) Rechts ankommt,<sup>99</sup> ist auch ausländischen Schiedssprüchen wegen des Vorrangs des Unionsrechts, der eindeutigen Positionierung des EuGH und der fundamentalen Bedeutung des Rechtssystems der EU sowohl für die europäische und als auch die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen die **Anerkennung in den EU-Mitgliedstaaten zu versagen**, sodass diese innerhalb der Union nicht vollstreckt werden können.<sup>100</sup> Eine Vorlage an den EuGH ist wegen der eindeutigen Rechtslage (*acte éclairé*) nicht erforderlich.

In **Extra-EU-Verfahren** nach dem ECT gilt ebenfalls das zu inländischen Schiedssprüchen Ausgeführte. Auch Schiedssprüche, die Investoren außerhalb

---

<sup>97</sup> Eine Aufhebung kommt bei ausländischen Schiedssprüchen hingegen nicht in Betracht, dazu oben, IV.1.a.

<sup>98</sup> Siehe auch v. Marschall, Vollstreckbarerklärung und Vollstreckung von ICSID-Schiedssprüchen in Deutschland, RIW 2021, 785 (789 f.).

<sup>99</sup> Wilske/Markert, in: BeckOK ZPO, 45. Ed. 1.7.2022, § 1061 Rn. 48.

<sup>100</sup> Vgl. auch Steinbrück/Krahé: Declaratory relief against post-Achmea ICSID arbitration?, EuZW 2022, 357 (358).

der EU Schadensersatz gegen EU-Mitgliedstaaten zusprechen, sind unionsrechtswidrig, weil sie gegen die Autonomie des Rechtssystems der EU sowie gegen deren Regulierungsautonomie verstoßen. Weil es diesbezüglich aber noch an einer Entscheidung des EuGH fehlt, sind entsprechende Verfahren dem **EuGH nach Art. 267 AEUV vorzulegen**.

– *ICSID-Schiedssprüche*

Komplizierter ist die Lage, wenn sich ein Investor für ein ECT-Schiedsverfahren nach den ICSID-Regeln entscheidet (Art. 26 Abs. 4 lit. a) ECT), weil das ICSID-Übereinkommen auch auf der Vollstreckungsebene jegliche Überprüfung von Schiedssprüchen durch nationale Gerichte ausschließt. Als völkerrechtliche Spezialregelung greifen Art. 53 ff. ICSID sowohl für die Kontrolle inländischer als auch ausländischer Schiedssprüche.<sup>101</sup> Fraglich ist daher, wie mit der besonderen völkerrechtlichen Privilegierung von ICSID-Schiedssprüchen umzugehen ist.

Insofern ist zunächst festzustellen, dass der EuGH seine *Achmea*-Rechtsprechung auch im Hinblick auf ICSID-Schiedssprüche jüngst bestätigt hat.<sup>102</sup> In der Rechtssache *Micula* hatte ein ICSID-Schiedsgericht Rumänien aufgrund eines Intra-EU-BIT zu knapp 180 Millionen Euro Schadensersatz verurteilt, weil es im Zusammenhang mit dem Beitritt zur EU bestimmte steuerlichen Anreize abgeschafft hatte, um nicht gegen das europäische Beihilfenrecht (Art. 107 AEUV) zu verstoßen. Daraufhin hatte die Europäische Kommission den Vollzug des Schiedsspruches untersagt, weil dieser einen (erneuten) Verstoß gegen das Beihilfenrecht bedeuten würde.<sup>103</sup> In seinem Urteil bestätigte der EuGH die Auffassung der Kommission, weil die Schiedsabrede entsprechend der *Achmea*-Rechtsprechung gegen Unionsrecht verstoße.<sup>104</sup> Dass die Ungültigkeit von Schiedsabreden in Intra-EU-Verfahren auch ICSID-Verfahren erfasst, stellte der EuGH konsequenterweise nur knapp fest.<sup>105</sup> Denn die *Achmea*-Argumentation gilt erst recht, wenn Schiedssprüche vor nationalen Gerichten gar nicht mehr überprüfbar sind und dem EU-Rechtssystem damit vollständig entzogen werden. Für Intra-EU-Verfahren nach dem ECT gilt dasselbe.

Damit stehen mitgliedstaatliche Gerichte vor einem Dilemma, wenn sie mit der Vollstreckung von ICSID-Schiedssprüchen konfrontiert sind. Denn hier fehlt es

---

<sup>101</sup> Siehe oben, IV.1.a.

<sup>102</sup> EuGH, Urteil vom 25.1.2022, C-638/19 P (*Micula*).

<sup>103</sup> EuGH, a.a.O., Rn. 27 ff.

<sup>104</sup> EuGH, a.a.O., Rn. 137 ff.

<sup>105</sup> EuGH, a.a.O., Rn. 142.

an einem Anknüpfungspunkt im nationalen Recht (§ 1059 Abs. 2 ZPO) oder Völkerrecht (Art. V UNÜ), der sie dazu berechtigt, zumindest grundlegende Mängel wie die Unzuständigkeit des Schiedsgerichts, das Fehlen einer Schiedsabrede oder einen Verstoß gegen den *ordre public* festzustellen und die Anerkennung und Vollstreckung auf dieser Grundlage zu verweigern. Andererseits sind die mitgliedstaatlichen Gerichte an den Vorrang des Unionsrechts gebunden und gehalten, diesem zu praktischer Wirksamkeit zu verhelfen, sodass sie die Anerkennung und Vollstreckung verweigern **müssen**. Die nationalen (Vollstreckungs) Gerichte stehen also vor der Wahl, entweder Völker- oder EU-Recht zu brechen.<sup>106</sup>

Dem lässt sich nicht entgegenhalten, es bestehe gar kein Konflikt mit dem Europarecht, wenn die Vollstreckungsregeln des ICSID-Abkommens angewendet werden, weil die *Achmea* und *Komstroy*-Rechtsprechung lediglich die Wirksamkeit, nicht aber die Vollstreckung von Schiedssprüchen betreffe.<sup>107</sup> Denn ein zentraler Grundsatz für die Auslegung und Anwendung des Unionsrechts ist dessen praktische Wirksamkeit (*effet utile*).<sup>108</sup> Diese wäre erkennbar nicht gewährleistet, wenn die Unwirksamkeit der Schiedsklausel (die für Intra-EU-Verfahren höchst richterlich feststeht und einen zentralen Grundsatz des EU-Primärrechts betrifft) schlicht durch die Wahl des ICSID-Verfahrens umgangen werden könnte.<sup>109</sup>

Der bestehende Konflikt zwischen EU- und Völkerrecht muss aus Sicht mitgliedstaatlicher (Vollstreckungs-)Gerichte im Ergebnis zugunsten des Unionsrechts aufgelöst bzw. entschieden werden.<sup>110</sup> Dies folgt aus dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts, das sowohl gegenüber dem Recht der Mitgliedstaaten als auch gegenüber dem Völkerrecht autonom ist und für die mitgliedstaatlichen Gerichte in der Normhierarchie über dem Völkerrecht steht.<sup>111</sup> Damit müssen die nationalen Gerichte entweder das ICSID-Abkommen so auslegen, dass Intra-EU-Streitigkeiten nicht erfasst sind,<sup>112</sup> oder – falls dies nicht möglich ist – dessen Vorschriften unangewendet lassen, wie dies auch für unionsrechtswidrige natio-

---

<sup>106</sup> Eckes/Ankersmid, S. 41.

<sup>107</sup> Dies erwägend v. Marschall, Vollstreckbarerklärung und Vollstreckung von ICSID-Schiedssprüchen in Deutschland, RIW 2021, 785 (789 f.).

<sup>108</sup> NACHWEISE.

<sup>109</sup> Wackernagel, Anm. zu LAT, Urteil vom 18.1.2022 – e3K-3-121-916/22, EuZW 2022, 567 (576).

<sup>110</sup> Wackernagel, Anm. zu LAT, Urteil vom 18.1.2022 – e3K-3-121-916/22, EuZW 2022, 567 (576); tendenziell auch Steinbrück/Krahé: Declaratory relief against post-Achmea ICSID arbitration?, EuZW 2022, 357 (360). a.A. Nikolov, EuR 2022, Investor-Staat-Schiedsverfahren gemäß Art. 26 ECT, 496 (502), allerdings ohne Auseinandersetzung mit dem Dilemma der mitgliedstaatlichen Gerichte.

<sup>111</sup> Siehe dazu bereits oben mit Fn. 89.

<sup>112</sup> Dafür Wackernagel, Anm. zu LAT, Urteil vom 18.1.2022 – e3K-3-121-916/22, EuZW 2022, 567 (575 ff.).

nale Gesetze gilt.<sup>113</sup> Dann wären die ICSID-Regelungen – die in Deutschland den Rang nationaler Gesetze haben (Art. 59 Abs. 2 GG) – unanwendbar, soweit sie den Rechtsstreit dem Rechtssystem der EU entziehen.

Es ist nach dem Gesagten davon auszugehen, dass der EuGH die Anerkennung und Vollstreckung auch von ICSID-Schiedssprüchen jedenfalls in **Intra-EU-Verfahren** als europarechtswidrig ansieht. Diese Auffassung hat jüngst auch der Oberste Gerichtshof Litauens (LAT) vertreten und aufgrund der *Achmea*- und *Komstroy*-Rechtsprechung auch ICSID-Verfahren in Intra-EU-Konstellationen als unzulässig angesehen.<sup>114</sup> Der LAT sah die Rechtslage als geklärt an (*acte éclairée*) und legte die Frage deswegen nicht einmal nach Art. 267 AEUV dem EuGH zur Entscheidung vor.<sup>115</sup> Dies kann man bedauern, weil eine Vorlage zur Rechtssicherheit im Kontext von ICSID-Verfahren hätte beitragen können.<sup>116</sup> Der Klärungsbedarf zeigt sich auch in der deutschen Rechtsprechung. Während das OLG Köln aktuell entschieden hat, dass auch ICSID-Verfahren in Intra-EU-Streitigkeiten unzulässig sind,<sup>117</sup> hatte das KG Berlin zuvor das Gegenteil angenommen und sich für unzuständig erklärt.<sup>118</sup> Das Vorgehen des KG Berlin ist angesichts der klaren europarechtlichen Unzulässigkeit von Intra-EU-Verfahren nicht mehr vertretbar. Die Entscheidungen des EuGH führen jedenfalls dazu, dass nationale Gerichte in der EU ICSID-Schiedssprüche nicht gänzlich ungeprüft „durchwinken“ dürfen. Entweder sind die **Vollstreckung und Anerkennung direkt zu verweigern** (wie durch den LAT und das OLG Köln) **oder die Rechtsfrage ist dem EuGH vorzulegen**.

Auch in **Extra-EU-Verfahren** verstoßen ISDS-Verfahren nach dem ECT gegen Unionsrecht. Dies gilt unabhängig davon, ob sie aufgrund des ICSID-Übereinkommens durchgeführt werden und deswegen der soeben dargestellte Konflikt zwischen Völker- und EU-Recht auf Vollstreckungsebene zutage tritt. Allerdings müssen die (Vollstreckungs-)Gerichte der Mitgliedstaaten dem EuGH

---

<sup>113</sup> Ständige Rechtsprechung seit EuGH, Urteil vom 9.3.1978, Rs. 106/77, Rn. 27. In Deutschland prominent bestätigt für den Fall des Verstoßes gegen Luftreinhaltewerte: BVerwG, Urteil vom 27.02.2018 - BVerwG 7 C 30.17, ECLI:DE:BVerwG:2018:270218U7C30.17.0.

<sup>114</sup> LAT, Urteil vom 18.1.2022 – e3K-3-121-916/22, EuZW 2022, 567 ff.

<sup>115</sup> LAT, Urteil vom 18.1.2022 – e3K-3-121-916/22, EuZW 2022, 567 (574).

<sup>116</sup> Trotz Zustimmung im Ergebnis daher kritisch Wackernagel, Anm. zu LAT, Urteil vom 18.1.2022 – e3K-3-121-916/22, EuZW 2022, 567 (575 ff.).

<sup>117</sup> OLG Köln, Beschluss vom 1.9.2022, 19 SchH 14/2 (unveröffentlicht), dazu <https://rsw.beck.de/aktuell/daily/meldung/detail/olg-koeln-kein-internationales-schiedsverfahren-gegen-eu-staat-wegen-kohelausstiegs>.

<sup>118</sup> KG Berlin, Beschluss vom 28.4.2022, 12 SchH 6/21 (unveröffentlicht), dazu <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/07/21/berlin-court-finds-that-icsid-arbitrations-are-immune-from-achmea-and-komstroy-at-least-while-they-are-ongoing/>.

die Verfahren in jedem Falle **nach Art. 267 AEUV vorlegen**, weil der Gerichtshof über die Zulässigkeit von Klagen ausländischer Investoren gegen EU-Mitgliedstaaten noch nicht entschieden hat. Bei der Vorlage sollte dann zusätzlich die Frage gestellt werden, ob die Anerkennung und Vollstreckung auch in ICSID-Verfahren zu versagen ist.

### c) Ergebnis

Sollten EU-Mitgliedstaaten aufgrund des ECT von Schiedsgerichten zu Schadensersatzzahlungen verurteilt werden, sind diese Schiedssprüche in der EU grundsätzlich nicht vollstreckbar.

In **Intra-EU-Konstellationen** ist die Rechtslage aufgrund der *Komstroy*-Entscheidung des EuGH für Verfahren nach **UNCITRAL oder dem Stockholmer Übereinkommen** eindeutig. Werden derartige Entscheidungen von Schiedsgerichten getroffen, die in einem EU-Mitgliedstaat ansässig sind, so sind sie auf Antrag von den nationalen Gerichten des jeweiligen Mitgliedstaates aufzuheben (vgl. § 1059 ZPO). Wurde der Schiedsspruch von einem Schiedsgericht außerhalb der EU erlassen, ist ihm die Anerkennung und Vollstreckung innerhalb der EU zu versagen (vgl. § 1061 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Eine Vorlage an den EuGH ist nicht notwendig. Für Schiedsverfahren, die nach dem **ICSID-Übereinkommen** geführt werden, gilt dies im Ergebnis ebenso. Allerdings kommt hier eine Vorlage an den EuGH (Art. 267 AEUV) durchaus in Betracht, weil die Rechtslage wegen der völkerrechtlichen Sonderregelungen nicht ganz so eindeutig ist.

In **Extra-EU-Verfahren**, also bei Klagen eines ausländischen Investors gegen EU-Staaten, sind Schiedssprüche von den nationalen Gerichten nach Art. 267 AEUV dem EuGH vorzulegen, da der EuGH hierzu noch keine Entscheidung getroffen hat. Dies gilt unabhängig davon, nach welchen Regeln (UNCITRAL, Stockholmer Übereinkommen oder ICSID) das Schiedsverfahren durchgeführt wurde. Eine Anerkennung oder Vollstreckung durch mitgliedstaatliche Gerichte darf nicht erfolgen, bevor der EuGH die Rechtsfrage auf EU-Ebene geklärt hat. Bestehen bleibt die Gefahr einer Vollstreckung von Schiedssprüchen außerhalb der EU, zu der Wirtschaftskanzleien den Investoren bereits raten.<sup>119</sup> Vollständig ausgeschlossen ist die Durchsetzung unionsrechtswidriger ECT-Schiedssprüche also nicht, insbesondere in Konstellationen, in denen sowohl das Schiedsgericht außerhalb der EU ansässig ist – der Schiedsspruch also nicht von EU-Gerichten

---

<sup>119</sup><https://riskandcompliance.freshfields.com/post/102h5vr/eu-highest-court-declares-intra-eu-disputes-under-the-energy-charter-treaty-incom>: „Extra-EU enforcement remains the most advisable option where available.”

aufgehoben werden kann<sup>120</sup> – als auch die Vollstreckung in Vermögen außerhalb der EU stattfinden soll. Eine Vollstreckung ist völkerrechtlich grundsätzlich in allen Staaten zulässig, die dem UNÜ bzw. ICSID beigetreten sind.<sup>121</sup>

Allerdings sind die Möglichkeiten von Investoren durch die Unzulässigkeit einer Vollstreckung innerhalb der EU stark eingeschränkt. Darüber hinaus ist die Vollstreckung in ausländisches staatliches Vermögen völkerrechtlich ausgeschlossen, soweit es hoheitlichen Zwecken dient (Vollstreckungsimmunität).<sup>122</sup> Dieser Grundsatz ist völkergewohnheitsrechtlich anerkannt und führt nach der Rechtsprechung des Internationalen Gerichtshofs (IGH) beispielsweise dazu, dass keine Vollstreckung in Grundstücke stattfinden darf, die nicht-kommerziellen Zwecken dienen.<sup>123</sup> Der Schutz der hoheitlichen oder diplomatischen Tätigkeit ist dabei zum Schutz des fremden Staates weit zu ziehen, sodass Botschaftsgegenstände oder auch allgemeine Bankkonten einer Botschaft in einem fremden Staat grundsätzlich nicht gepfändet werden dürfen.<sup>124</sup>

## **2. Unionsrechtliche Rechtsbehelfe: Nichtigkeits- oder Untätigkeitsklage gegen den ECT (Art. 263, 265 AEUV)**

Der EuGH kann, wie dargestellt, die mitgliedstaatlichen Gerichte zur Aufhebung oder Nichtanerkennung unionsrechtswidriger ECT-Schiedssprüche verpflichten (267 AEUV). Im Folgenden wird nun geprüft, inwieweit auch die Nichtigkeitsklage (Art. 263 AEUV) ein geeigneter Rechtsbehelf sein kann, um die festgestellte materielle Unionsrechtswidrigkeit des ECT geltend zu machen. Hier ist vor allem interessant, ob der EuGH die Bindung an den ECT im Rahmen der Nichtigkeitsklage möglicherweise vollständig beseitigen kann.

Inwieweit ein solcher Rechtsbehelf vor dem EuGH zulässig ist, richtet sich nach Art. 263 AEUV. Im Folgenden wird zunächst die Zulässigkeit einer Nichtigkeitsklage geprüft und auch eine (ergänzende) Untätigkeitsklage nach Art. 265 AEUV

---

<sup>120</sup> Selbst bei einer Aufhebung von Schiedssprüchen ist allerdings nicht ausgeschlossen, dass andere Staaten diese im Vollstreckungsverfahren als irrelevant ansehen, vgl. für das UNÜ Adolphsen, MüKo ZPO, Art. 5 UNÜ Rn. 60 m.w.N.

<sup>121</sup> Vgl. Gundel, Die Bedeutung des internationalen Investitionsschutzrechts für den Klimaschutz: Konfliktlinien und Konvergenzen, S. 7 f.

<sup>122</sup> von Arnould, Völkerrecht, 3. Auflage 2016, Rn. 326.

<sup>123</sup> IGH, Urteil vom 3.2.2012, (*Italien vs. Deutschland*), I.C.J. Reports 2012, S.99, Rn. 109 ff., insbesondere Rn. 118 m.w.N. aus der internationalen Rechtsprechung; vgl. auch BGH, Beschluss vom 28.5.2003, IXa ZB 19/03.

<sup>124</sup> BVerfG, Beschluss vom 13. 12. 1977, 2 BvM 1/76, NJW 1978, 485 (492 ff.) unter ausführlicher Einbeziehung der internationalen Rechtsprechung.

einbezogen, bevor auf die Rechtsfolgen – gerade im Zusammenspiel mit dem Völkerrecht – eingegangen wird.

### a) Zulässigkeit

Für eine Klage gegen den ECT wäre der EuGH **zuständig**. Die Zuständigkeitsverteilung zwischen EuG und EuGH im Bereich der Nichtigkeitsklage ist in Art. 51 EuGH-Satzung geregelt. Danach fallen Nichtigkeitsklagen stets in den Zuständigkeitsbereich des EuGH, wenn sie von EU-Organen erhoben werden (Art. 51 lit. b) EuGH-Satzung). Gleiches gilt für Klagen der Mitgliedstaaten gegen Handlungen des Europäischen Parlaments, des Europäischen Rates oder des Rates, Art. 51 lit. a) i) EuGH-Satzung. Da der Abschluss des („modernisierten“) ECT nach Art. 218 Abs. 6 AEUV durch einen Beschluss des Rates ergeht,<sup>125</sup> wäre der EuGH zuständig.

Da der ECT ein völkerrechtlicher Vertrag ist, weist der **Klagegegenstand** gewisse Besonderheiten auf. Allerdings muss ein zulässiger Klagegegenstand lediglich eine rechtlich existente Handlung sein, die eine verbindliche Rechtswirkung nach außen erzeugt bzw. dazu bestimmt ist.<sup>126</sup> Dies umfasst auch atypische Rechtsakte – außerhalb der in Art. 288 AEUV festgelegten Rechtsform – die keine unmittelbar-ausdrückliche Bezugnahme im Wortlaut erfahren.<sup>127</sup> Eine restriktivere Auslegung liefe der Aufgabe der Nichtigkeitsklage zuwider, das Recht bei Auslegung und Anwendung des Vertrages zu wahren.<sup>128</sup> Der ECT ist als Abkommen nach Art. 216 Abs. 2 AEUV als bindend für die Organe in die Unionsrechtsordnung eingeflossen. Somit ist auch der Ratsbeschluss (Art. 218 Abs. 6 AEUV) auf Abschluss des modernisierten ECT ein tauglicher Klagegegenstand.<sup>129</sup>

Bei der **Klagebefugnis** dürfte eine Individualklage (vgl. Art. 263 Abs. 4 AEUV) von Unionsbürger:innen mangels hinreichend unmittelbarer und individueller Betroffenheit aufgrund der strikten „Plaumann-Rechtsprechung“ des EuGH<sup>130</sup> ausscheiden. Möglich bleibt eine Klageerhebung durch Unionsorgane sowie die

---

<sup>125</sup> Der ursprüngliche Beschluss erging durch Rat und Kommission, 98/181/EG, EGKS, Euratom, abrufbar unter: [https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:bb5339f8-f387-4c05-a895-1a64f898413c.0002.02/DOC\\_1&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:bb5339f8-f387-4c05-a895-1a64f898413c.0002.02/DOC_1&format=PDF) (zuletzt abgerufen am 05.09.2022).

<sup>126</sup> Cremer, in: Callies/Ruffert Kommentar EUV/AEUV, 6. Auflage 2022, Art. 263 Rn. 13.

<sup>127</sup> Ehricke, in: Streinz Kommentar EUV/AEUV, 3. Auflage 2018, Art. 263 AEUV Rn. 11.

<sup>128</sup> Ehricke, in: Streinz Kommentar EUV/AEUV, 3. Auflage 2018, Art. 263 AEUV Rn. 11; EuGH C-22/70, Slg. 1970, 625 Rn. 38/42 – Kommission/Rat.

<sup>129</sup> Siehe für eine Nichtigkeitsklage gegen einen Beschluss über die Zeichnung und vorläufige Anwendung eines völkerrechtlichen Abkommens EuGH, Urteil vom 28.4.2015, C-28/12.

<sup>130</sup> EuGH, Urteil vom 15.7.1963, C-25/62. Zur übermäßig strikten Handhabung gerade im Klimaschutzbereich siehe EuGH, Urteil vom 25.3.2021, C-565/19 P.

Mitgliedstaaten, die im Rahmen der Klagebefugnis privilegiert werden. Aktiv und passiv parteifähig (also zulässige Kläger und Beklagte) sind nach Art. 263 Abs. 2 der Rat, die Kommission, die Mitgliedstaaten sowie das Europäischen Parlament. Organe, wie z.B. die Fraktionen des Europäischen Parlaments, sind ggf. ebenfalls, ggf. aber auch nur nach Abs. 4 parteifähig.<sup>131</sup> Ein Rechtsschutzbedürfnis bzw. eine individuelle Betroffenheit ist bei den sog. privilegierten Klägern nicht zu prüfen.<sup>132</sup>

Als zulässiger **Klagegrund** ist ein in Art. 263 Abs. 2 AEUV enumerativ aufgezählter Nichtigkeitsgrund zu benennen. Wegen der Verletzung der o.g. elementaren Prinzipien der Unionsrechtsordnung durch den ECT liegt eine Verletzung der Verträge als Nichtigkeitsgrund vor.

Die richtigen **Beklagten** sind, wie bereits erwähnt, der Rat und die Kommission als zuständige Organe für den Beschluss über den Abschluss des Vertrags über den Beitritt zum ECT durch die Europäischen Gemeinschaften.<sup>133</sup>

Für die Einhaltung der **Zweimonatsfrist** aus Art. 263 Abs. 6 AEUV ist von entscheidender Bedeutung, inwieweit sich die Novellierung des ECT, welche plangemäß am 22. November 2022 aus der Energy Charter Conference verabschiedet werden soll, auf die Frist einer Nichtigkeitsklage auswirkt. Da der ECT bereits im Jahr 1996 in Kraft getreten ist, ist die Frist gegen den ursprünglichen Abschluss des Abkommens lange abgelaufen, auch die Ausnahmeregelungen des Art. 45 Abs. 2 EuGH-Satzung helfen hier nicht weiter. Allerdings lässt sich möglicherweise argumentieren, dass die angestrebte „Modernisierung“ des ECT einen derart integralen Bestandteil abbildet, dass eine getrennte Betrachtung der ursprünglichen Fassung und der Novellierung nicht in Betracht kommt, es sich also wertungsmäßig um einen erneuten Abschluss des ECT handelt, der dann insgesamt

---

<sup>131</sup> Zur Anwendbarkeit von Art. 230 Abs. 4 EGV bei einzelnen Abgeordneten (alt, vor 2009, jetzt 263 AEUV) vgl. Urteil des EuGH vom 30.03.2004 - Rs. C-167/02 P - Rothley u.a./Parlament. Nach Aussage führender Kommentare ist die Frage der Prozessfähigkeit von Fraktionen umstritten. Während Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, § 13 Nr. 5 BVerfGG den Fraktionen im deutschen Bundestag dies ausdrücklich zugesteht, gibt es dazu im EU Recht keine ausdrückliche Bestimmung. „Aus diesem Umstand kann jedoch nicht bereits eine generell fehlende Prozessfähigkeit von EP-Fraktionen gefolgert werden. Die in der Praxis weitreichende Selbstständigkeit der Fraktionen legt nahe, darin die Trägerschaft eigener Rechte und Pflichten zu sehen, die ggf. auch des gerichtlichen Schutzes bedarf. Zweifelhaft ist allerdings, ob dies auch im „Innenverhältnis“, also gegenüber dem EP gilt. Der EuGH hat bisher eine allgemeine Festlegung vermieden, scheint jedoch eine Aktivlegitimation von Fraktionen gegen das EP nicht grundsätzlich auszuschließen. In der Literatur ist die Frage umstritten.“ Groeben, von der/Schwarze/Roland Bieber, 7. Aufl. 2015, EUV Art. 14 Rn. 80, mwN.

<sup>132</sup> Ehrlicke, in: Streinz Kommentar EUV/AEUV, 3. Auflage 2018, Art. 263 AEUV Rn. 21.

<sup>133</sup> 98/181/EG, EGKS, Euratom, abrufbar unter: [https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:bb5339f8-f387-4c05-a895-1a64f898413c.0002.02/DOC\\_1&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:bb5339f8-f387-4c05-a895-1a64f898413c.0002.02/DOC_1&format=PDF) (zuletzt abgerufen am 05.09.2022).



angreifbar wäre. Hierfür ist vor allem der Wille der Vertragsparteien relevant. Im AiP heißt es einerseits, dass die Modernisierung lediglich spezifische Themen abdecken soll (“contracting parties agreed to address a specific list of topics”).<sup>134</sup>

Andererseits ist vom Abschluss eines „modernisierten ECT“ die Rede,<sup>135</sup> was für eine Wertung als inhaltlich neuer Vertrag spricht. Hierfür lässt sich weiter anführen, dass es gerade für die EU und ihre Mitgliedstaaten ein zentrales kommuniziertes Anliegen war, das Abkommen mit den Pariser Klimaschutzziele in Einklang zu bringen. Dies lässt sich durchaus dafür anführen, dass mit der Ratifizierung des neuen Vertragstextes der ECT insgesamt neu abgeschlossen werden soll und die Zweimonatsfrist für den Vertrag insgesamt neu zu laufen beginnt. Die Bewertung dieser Frage durch den EuGH ist aber ungewiss.

Wäre eine Nichtigkeitsklage allein gegen die Modernisierung möglich, würde bei einem Erfolg der Klage der ursprüngliche ECT vor Reformierung gelten. Dies wäre ein unglückliches Ergebnis. Um den Bestand des ursprünglichen Teils des ECT entgegenzuwirken, ließe sich hier – alternativ oder ergänzend – eine **Untätigkeitsklage nach Art. 265 AEUV** erwägen, gerichtet auf Austritt der EU aus dem ECT oder ggf. die Suspendierung von dessen Anwendung (vgl. Art. 218 Abs. 9 AEUV). Die Zulässigkeitsvoraussetzungen für diesen Rechtsbehelf laufen als *Pendant* zur Nichtigkeitsklage weitgehend parallel zu Art. 263 AEUV. Nach dem in Art. 265 Abs. 2 AEUV aufgeführtem Vorverfahren würde sich die Klage auf die Anordnung eines Ratsbeschlusses zur Kündigung nach Art. 218 Abs. 6 AEUV analog<sup>136</sup> richten, welche einen einseitigen völkerrechtlichen Rechtsakt darstellt. Dabei wäre darzulegen, dass die zuständigen Organe ihrer Pflicht, entsprechende Maßnahmen zur Gewährleistung primärrechtlicher Pflichten und damit dem Unionsrecht ausreichend Rechnung zu tragen, nicht ausreichend nachgekommen sind. Da die unzähligen Bemühungen und Anläufe zur Reformierung des ECT nach dem AiP als gescheitert anzusehen ist, lässt sich begründen, dass es die einzig verbliebene rechtmäßige Entscheidung ist, den Vertrag durch einen Beschluss seitens des Rates und der Kommission durch Kündigung oder Rücktritt zu beenden. Das Ermessen der Unionsorgane hat sich aufgrund der aufgeführten Umstände ausnahmsweise auf Null reduziert und zu einer konkreten Handlungspflicht verdichtet,<sup>137</sup> um der umfassenden „konstitutionellen Bindung“ der politi-

---

<sup>134</sup> Agreement in Principle, Fn. 2, S. 2.

<sup>135</sup> Agreement in Principle, a.a.O.

<sup>136</sup> Mögele, in: Streinz Kommentar EUV/AEUV, 3. Auflage 2018, Art. 218 AEUV Rn. 25.

<sup>137</sup> Vgl. Thiele, in: Enzyklopädie Europarecht Hatje/Müller-Graf (Hrsg.), Bd. 3 Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht Leible/Terhechte (Hrsg.), 2022, § 11 Rn. 26.

schen Spitze der Union sowie der „verfassungsmäßigen Legalität“ aller Handlungen der Unionsorgane<sup>138</sup> gerecht zu werden.

## b) Rechtsfolge

Als Rechtsfolge einer **Untätigkeitsklage** (Art. 265 AEUV) würde auch für die erzwungene Kündigung die „Sunset“-Klausel des ECT greifen und der Investitionsschutz somit für bereits getätigte Investitionen weitere 20 Jahre gelten.

Die Entscheidung über die **Nichtigkeitsklage** ergeht demgegenüber in Form eines Gestaltungsurteils.<sup>139</sup> Die Nichtigkeitserklärung gilt grundsätzlich umfassend und rückwirkend und erstreckt sich damit auch auf die „Sunset“-Klausel. Art. 264 Abs. 2 AEUV bietet zwar Möglichkeit, die Wirkung (teilweise) auf die Zukunft zu beschränken, wenn dies Gründen der Rechtssicherheit erforderlich ist,<sup>140</sup> dies liegt allerdings im gerichtlichen Ermessen.

Problematisch bleibt vor allem das Zusammenspiel der verschiedenen Rechtsregime, nämlich dem Unionsrecht und dem Völkerrecht. Beide beanspruchen in ihrer Rechtssphäre einen Anwendungsvorrang, um eine Aushebelung des Rechtsgebildes zu verhindern.<sup>141</sup> Auch wenn eine Klage auf die Nichtigkeitsklärung des ECT für das Gebiet der EU erfolgreich sein sollte, stellt sich die Frage des Konfliktes zwischen dem völkerrechtlichen Grundsatz *pacta sunt servanda* zur Einhaltung der völkerrechtlichen Vertragspflichten und dem „innerstaatlichen Rechtsverstoß“. Denn anlässlich des Vertrauensschutzes im internationalen Rechtsverkehr besteht das grundsätzliche Gebot zur Einhaltung der Verpflichtungen seitens der Vertragspartner und damit die Bindung an die Pflichten aus den völkerrechtlichen Abkommen.<sup>142</sup> Dies gilt gerade unabhängig von den innerstaatlichen Rechtsordnungen und etwaiger Kollisionen. Dieser allgemeine völkerrechtliche Grundsatz gilt völkergewohnheitsrechtlich und ist zudem in von Art. 27 der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK) kodifiziert. Insofern ist es nicht unwahrscheinlich, dass sich ECT-Schiedsgerichte auf den Standpunkt stellen

---

<sup>138</sup> Kotzur, in: Enzyklopädie Europarecht Hatje/Müller-Graf (Hrsg.), Bd. 3 Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht Leible/Terhechte (Hrsg.), 2022, § 5 Rn. 14.

<sup>139</sup> Thiele, Europäisches Prozessrecht, 2. Auflage 2014, § 6 Rn. 60.

<sup>140</sup> Cremer, in: Callies/Ruffert Kommentar EUV/AEUV, 6. Auflage 2022, Art. 264 Rn. 3 f.

<sup>141</sup> Epiney, Die Bindung der EU an das allgemeine Völkerrecht, EuR, Beiheft 2/2021, 25 (40).

<sup>142</sup> Epiney, a.a.O.

würden, selbst an eine europarechtliche Nichtigkeitsklärung des ECT nicht gebunden zu sein.<sup>143</sup>

Anders stellt sich die Rechtslage innerhalb der Union, also für EU und Mitgliedstaaten sowie deren Gerichte dar. Das Primärrecht, auf das sich das gesamte System der EU stützt, darf nicht durch völkerrechtliche Verpflichtungen, die sich aus diversen internationalen Abkommen ergeben, ausgehebelt und umgangen werden. Daher kann die Unionsrechtsordnung nach innen nicht mit der innerstaatlichen Ordnung gleichgesetzt werden. Wesentliche Grundkonzepte der Union wie die Autonomie und der Vorrang des Unionsrechts würden anderenfalls ins Leere laufen. Daher stehen die völkerrechtlichen Verträge und die sich daraus ergebenden Verpflichtungen innerhalb der Unionsrechtsordnung entweder auf einer Stufe mit dem Unions-Sekundärrecht (Sonderstatusmodell) oder zwischen diesem und dem Primärrecht der EU (Zwischenstatusmodell).<sup>144</sup> Wie bereits im Rahmen der Vollstreckbarkeit dargestellt,<sup>145</sup> ist das Unionsrecht zudem die höchstrangige Rechtsquelle in den Mitgliedstaaten. Damit hätte eine erfolgreiche Nichtigkeitsklage zur Folge, dass die mitgliedstaatlichen Gerichte Schiedssprüche auf Grundlage dieses Vertrages keinesfalls mehr anerkennen und vollstrecken dürfen. Auch einer Vorlage an den EuGH bedürfte es nicht mehr, wenn der ECT aus unionsrechtlichen Gründen für nichtig erklärt würde, damit würde sowohl für Intra- als auch für Extra-EU-Verfahren Rechtsklarheit herrschen.

### c) Ergebnis

Eine Nichtigkeitsklage gegen den ECT steht zunächst vor dem Problem, dass wegen der Zweimonatsfrist in Art. 263 Abs. 6 AEUV nur eine Klage gegen den noch zu fassenden Ratsbeschluss zum „modernisierten“ ECT möglich wäre. Unklar ist, ob sich die Nichtigkeit allein auf die Änderungen beziehen oder den Vertrag insgesamt erfassen würde. Nur im zweiten Fall könnte die Nichtigkeitsklage den ECT insgesamt beseitigen, im ersten Falle würde der Zustand vor der Modernisierung bestehen bleiben, was formal sogar eine Verschlechterung der Rechtslage bedeuten würde. Allerdings wäre die Unionsrechtswidrigkeit des Gesamtvertrages auch bei einer solchen Entscheidung offensichtlich (weil ja sogar die Modernisierung nichtig ist), sie könnte nur nicht mehr mit der Nichtigkeitsklage angegriffen werden.

---

<sup>143</sup> Auch die *Komstroy*-Rechtsprechung zur Unionsrechtswidrigkeit von Intra-EU-Verfahren hat die Schiedsgerichte nicht beeinflusst, siehe oben, IV.

<sup>144</sup> Epiney, Die Bindung der EU an das allgemeine Völkerrecht, EuR, Beiheft 2/2021, 25 (40); Haag, in: Bieber/Epiney/Haag/Kotzur, Die Europäische Union; 14. Auflage, 2021, § 36 Rn. 31.

<sup>145</sup> Siehe oben, IV.1.b.

Auch im Falle einer Nichtigkeitsklärung durch den EuGH bliebe der ECT im Außenverhältnis völkerrechtlich wirksam, sodass Schiedsgerichte die Entscheidung ignorieren könnten und vermutlich würden. Allerdings wäre die Entscheidung innerhalb der EU und insbesondere für die mitgliedstaatlichen Gerichte verbindlich. Damit wäre zugleich geklärt, dass (Intra- und Extra-EU-)Schiedssprüche auf Grundlage des ECT in den Mitgliedstaaten nicht anerkannt und vollzogen werden dürfen; insofern könnte eine Nichtigkeitsklage zur Rechtssicherheit beitragen.

Alternativ oder ergänzend zu einer Nichtigkeitsklage könnte zudem eine Untätigkeitsklage erhoben werden, gerichtet auf Kündigung des ECT durch die EU. Dass eine Kündigung die einzig verbliebene rechtmäßige Option ist, lässt sich wegen der gescheiterten Modernisierung begründen. In der Rechtsfolge würde allerdings die Sunset-Klausel greifen, die bereits getätigte Investitionen noch 20 Jahre nach Kündigung schützt. Damit würden sich in Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren weiterhin die oben ausführlich behandelten Rechtsfragen (Aufhebung, Vorlage an EuGH)<sup>146</sup> stellen.

## **V. Gesamtergebnis und Handlungsempfehlungen**

Die Regelungen zu Investitionsschutz und Schiedsgerichtsbarkeit im ECT sind unionsrechtswidrig, soweit sie Investorenklagen gegen EU-Mitgliedstaaten ermöglichen. Sie sind auch nach der beabsichtigten „Modernisierung“ weder mit der Autonomie des Rechtssystems der EU noch mit ihrer Regulierungsautonomie vereinbar. Allerdings ist zu erwarten, dass die ECT-Schiedsgerichte diese Unionsrechtswidrigkeit (weiterhin) ignorieren werden, weil sie nicht unmittelbar an den Vorrang des EU-Rechts gebunden sind.

Etwas Anderes gilt für die Gerichte der Mitgliedstaaten, für die das EU-Recht die höchstrangige Rechtsquelle darstellt. Dies führt dazu, dass unionsrechtswidrige Schiedssprüche von den mitgliedstaatlichen Gerichten auf Antrag aufzuheben sind, wenn sie innerhalb der EU erlassen wurden. Anerkennung und Vollstreckung innerhalb der EU sind rechtlich ausgeschlossen. Dies haben die Gerichte der Mitgliedstaaten festzustellen, soweit sie in einer Fallkonstellation unsicher sind, müssen sie die Frage dem EuGH vorlegen (Art. 267 AEUV). Dies kann insbesondere bei Extra-EU-Verfahren und ICSID-Verfahren relevant sein.

---

<sup>146</sup> Ausführlich oben, IV.1.b.

Außerhalb des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV könnte mehr Rechtssicherheit möglicherweise auch durch eine Nichtigkeitsklage erreicht werden (Art. 263 AEUV). Diese müsste sich gegen den anstehenden Ratsbeschluss zur „Modernisierung“ des ECT richten. Unklar ist dabei, ob eine Nichtigklärung wegen der Klagefrist auf die Neuregelungen beschränkt wäre; selbst dann ginge von einem entsprechenden Urteil aber zumindest noch eine deutliche Signalwirkung aus, da implizit erst recht der bestehende Vertrag für unionsrechtswidrig erklärt würde.

Schließlich kann ergänzend eine Untätigkeitsklage (Art. 265 AEUV) auf Austritt aus dem ECT erwogen werden. Dies würde zwar die „Sunset-Klausel“ unberührt lassen, das Abkommen im Übrigen aber für die Zukunft rechtssicher beseitigen. Ein Austritt der EU und ihrer Mitgliedstaaten erscheint nicht zuletzt deswegen geboten, weil ECT-Schiedssprüche gegen EU-Mitgliedstaaten außerhalb der EU weiterhin erlassen und vollstreckt werden könnten. Außerdem wäre ein Austritt der EU ein klares Zeichen an die übrigen Vertragsparteien, das zu weiteren Austritten sowie einer (Teil-)Aufhebung der Sunset-Klausel<sup>147</sup> führen könnte.

Insgesamt sind die mitgliedstaatlichen Gerichte bereits nach der geltenden Rechtslage in der Pflicht, die Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen in der EU zu unterbinden.

Die Bundesregierung ist gemeinsam mit der EU Kommission darüber hinaus aufgerufen, die verbleibenden Lücken zu schließen und Unklarheiten zu beseitigen:

- Das ICSID-Verfahren gehört grundlegend auf den Prüfstand. Es soll den nationalen Gerichten sogar im Vollstreckungsverfahren jegliche Möglichkeit der Kontrolle von Schiedssprüchen entziehen, was bei ECT-Klagen gegen EU-Mitgliedstaaten europarechtswidrig, aber auch sonst hochproblematisch ist. Zu empfehlen ist daher ein Austritt aus diesem Abkommen, zumal die EU ohnehin auf andere, neue Formen der Gerichte setzt (ICS im Rahmen von CETA und anderen bilateralen Abkommen, etwa Mexiko, Japan). Denkbar wäre auch die Schaffung einer klarstellenden Norm in der ZPO, die eine Vollstreckung allgemein – also auch für ICSID – ausschließt, wenn sie auf einer europarechtswidrigen Schiedsabrede beruht.

---

<sup>147</sup> Dies wäre völkerrechtlich zumindest zwischen den austretenden Parteien möglich, vgl. dazu Eckes/Ankersmid, *The compatibility of the Energy Charter Treaty with EU law*, S. 50.

- Eine Vollstreckung gegen EU-Mitgliedstaaten ist innerhalb der EU rechtlich unzulässig, im EU-Ausland aber in bestimmten Konstellationen noch möglich. Daher ist ein Austritt der EU und möglichst vieler Mitgliedstaaten aus dem ECT unter gleichzeitiger Aufhebung der Sunset-Klausel zumindest zwischen diesen Parteien weiterhin anzustreben. Eine Nichtigkeits- oder Untätigkeitsklage gegen den ECT bzw. auf Austritt aus dem Übereinkommen wäre eine Möglichkeit, um hier Druck aufzubauen.

---