

ecolex

FACHZEITSCHRIFT FÜR WIRTSCHAFTSRECHT

Schwerpunkt

Investitionskontrolle

- > Vollzug
- > Strafrecht
- > Unionsrecht

Claims-Made-Prinzip:
Vorkennnisausschluss

Stammkapitalabsenkung und
Gründungsprivilegierung

Versorgung mit kritischen
Rohstoffen

Streikende überlassene
Arbeitskräfte

VfGH zur Handysicherstellung

Software-as-a-Service-Verträge



„BITS in Pieces“? Intra-EU-Investitionsschutzabkommen nach der Entscheidung in *Green Power*

BEITRAG. In *Green Power* hat erstmals ein internationales Investitionsschiedsgericht seine Zuständigkeit unter Heranziehung der EuGH-Rsp zu Intra-EU-Investitionsschutzabkommen verneint. Die E markiert damit einen Wendepunkt in der Auseinandersetzung rund um die Frage der Vereinbarkeit solcher Schiedsverf mit Unionsrecht. Diese und weitere Entwicklungen vor Gerichten in den MS scheinen dem innereuropäischen Investitionsschutz iES – zumindest außerhalb des ICSID-Rahmens – ein baldiges Ende zu bereiten.

ecolex 2024/78



Dr. Christian W. Konrad ist Rechtsanwalt bei Konrad Partners Rechtsanwälte.

A. Einleitung

Der innereuropäische Investitionsschutz gerät immer mehr in Bedrängnis. Seitdem der EuGH in der Rs *Achmea*¹⁾ Schiedsklauseln in bilateralen Investitionsschutzabkommen zw MS (sog Intra-EU-BITs) als unvereinbar mit der Unionsrechtsordnung angesehen hat, setzt er seine Judikaturlinie weiter fort. In *PL Holdings*²⁾ stellt der EuGH klar, dass auch *Ad-hoc*-Schiedsverf in Rechtsstreitigkeiten zw einem Investor eines MS und einem anderen MS unzulässig sind.³⁾ Zuletzt äußerte sich der EuGH in *Komstroy*⁴⁾ (obiter) bejahend zu der Frage, ob *Achmea* auch auf innereuropäische Fälle anzuwenden sei, die ihre Grundlage in der Schiedsklausel im Energiechartavertrag (*Energy Charter Treaty*, ECT) haben.⁵⁾ Ob auch Schiedsklauseln basierend auf Verträgen zw Investoren und dem Gaststaat im Intra-EU-Kontext unionsrechtswidrig sind, ist zwar noch ungeklärt; alles andere als eine affirmative Antwort des EuGH darauf wäre aber jedenfalls überraschend.⁶⁾ Auch iZm der Vollstreckbarkeit von internationalen (ICSID-)Schiedssprüchen folgen Gerichte der MS dem EuGH und verweigern diese mit Berufung auf seine Rsp.

Auf multilateraler Ebene hat die EU zudem einen weiteren Schritt weg von Investitionsschutz gesetzt. Ein Beschluss der Energiechartakonferenz sieht nämlich vor, dass die Schieds-

klausel des Art 26 ECT ausdrücklich nicht (mehr) für Intra-EU-ECT-Schiedsverfahren gelten soll.⁷⁾

In *Green Power* hat aber – entgegen den zahlreichen bisherigen Entscheidungen – nun erstmals ein internationales SchiedsG seine Zuständigkeit im Lichte der EuGH-Rsp verneint.⁸⁾ Die dabei angezogene rechtsdogmatische Begründung überzeugt – wie noch zu zeigen sein wird – jedenfalls aus Sicht des Völkerrechts nicht vollständig.⁹⁾ Der folgende Beitrag bietet einen Überblick über die wichtigsten Aspekte von *Green Power* (Pkt B.) sowie der Rechtsprobleme und Entwicklungen iZm intra-EU-Investitionsschiedsverfahren und der Vollstreckung von daraus ergangenen Schiedssprüchen (Pkt C.).

B. Entscheidung in *Green Power*

1. Unionsrecht als *lex superior*

Ursprung der E ist eine Schiedsklage, die von zwei dänischen Unternehmen gegen Spanien 2016 auf Grundlage des ECT eingebracht wurde.¹⁰⁾ Das SchiedsG schlug die Aufteilung des Verf vor, um im Lichte der *Achmea*-Entscheidung zunächst die Zuständigkeitsfrage zu klären.¹¹⁾

Mangels Parteienvereinbarung hinsichtlich des auf die Zuständigkeitsfrage anwendbaren Rechts hatte das SchiedsG dies von Amts wegen im Rahmen seiner *Kompetenz-Kompetenz* zu prüfen.¹²⁾ Ausgangspunkt hierfür sei Art 26 – jedoch nicht ausschließlich; vielmehr müssten auch andere Bestimmungen des ECT sowie des (Vertrags- und Gewohnheits-)Völkerrechts berücksichtigt werden.¹³⁾ In Abgrenzung zu anderslautenden E von

¹⁾ EuGH C-284/16, *Achmea*. Dazu ausf *Madner/Mayr*, Die Zukunft der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit im europäischen Mehrebenensystem, ÖJZ 2019, 207; *Konrad*, *Achmea*: Auswirkungen auf den Investitionsschutz in Europa, *ecolex* 2019, 227.

²⁾ EuGH C-109/20, *PL Holdings*.

³⁾ EuGH C-109/20, *PL Holdings* = *ecolex* 2022/200 (*Konrad*). Dazu auch *Ofner*, „*Achmea*“ und *Ad-hoc*-Schiedsvereinbarungen, *ZfRV* 2021, 24; *Langenfeld*, Unionsrechtswidrige Umgehung der *Achmea*-Rechtsprechung durch den Rückgriff auf eine *ad hoc*-Schiedsvereinbarung – Anmerkung zum Urteil des EuGH v. 26.10.2021, Rs. C-109/20 (*PL Holdings*), *EuR* 2022, 399.

⁴⁾ EuGH C-741/19, *Komstroy*; siehe dazu auch *ecolex* 2022/200 (*Konrad*).

⁵⁾ Dazu ausf *Karpenstein/Sangi*, Investitionsschutz vor nationalen Gerichten – zur Zukunft der Energiecharta, *NJW* 2021, 3228.

⁶⁾ *Scheu/Nikolov*, Anmerkung zu C-109/20 (*PL Holdings*), *EuZW* 2021, 1097 (1103).

⁷⁾ Decision of the Energy Charter Conference, CCDEC 2022 10 GEN, 24. 6. 2022.

⁸⁾ *Green Power K/S and Obton A/S v Kingdom of Spain*, SCC Case No. 2016/135 (im Folgenden *Green Power Award*).

⁹⁾ Siehe auch *Wilske/Markert/Ebert*, Entwicklungen in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit im Jahr 2021 und Ausblick auf 2022, *SchiedsVZ* 2022, 111 (125).

¹⁰⁾ *Green Power Award* Rn 107–116.

¹¹⁾ Ebd Rn 22–23.

¹²⁾ Ebd Rn 125, 153–159.

¹³⁾ Ebd Rn 160.

ICSID-SchiedsG argumentierte das SchiedsG, dass zw Schiedsverf nach den SCC-Regeln und jenen der ICSID-Konvention „ein signifikanter Unterschied“ bestünde.¹⁴⁾ Denn, während ICSID als geschlossenes System keinen nationalen Sitz besitze, handle es sich bei einem SCC-Schiedsverf um eines mit Sitz in einem MS. Damit sei die Anwendbarkeit der *lex loci arbitri* gegeben und Unionsrecht damit auch Teil derselben.¹⁵⁾ Letztlich kamen die Schiedsrichter zu dem Schluss, dass „the relevance and application of EU law to certain questions arising in these proceedings is inescapable, regardless of whether such law is characterized as part of international law or as part of domestic law“.¹⁶⁾

Detailliert setzte sich das SchiedsG mit der Auslegung von Art 26 Abs 3 lit a ECT auseinander. Nach dieser Bestimmung erteilt jede Vertragspartei seine uneingeschränkte Zustimmung, (vorbehaltlich lit b und c) sich einem internationalen Schiedsverf zu unterwerfen. Gestützt auf Art 31 WVK sowie auf *Achmea*, *Komstroy* und Erklärungen der MS zu den Folgen von *Achmea*¹⁷⁾, schlussfolgerte das SchiedsG, dass Art 26 Abs 3 lit a ECT nicht ohne Bezugnahme auf Unionsrecht ausgelegt werden könne und wegen des Vorrangs von Unionsrecht die Unwirksamkeit des spanischen Schiedsangebots folge.¹⁸⁾

Der Normkonflikt sei daher mittels *lex superior* aufzulösen.

mittels *lex superior* aufzulösen.¹⁹⁾ Daraus folge, dass es gar kein Schiedsangebot gebe, das der Kl hätte annehmen können.²⁰⁾

Der bestehende Normkonflikt sei daher nicht mittels *lex posterior* oder *lex specialis*, sondern mit

2. Reaktionen anderer Schiedsgerichte

ICSID-SchiedsG haben sich von der E in *Green Power* bisher unbeeindruckt gezeigt. In *Infracapital v Spanien* beispielsweise wies das SchiedsG zunächst auf die Tatsache hin, dass es sich bei *Green Power* um ein Schiedsverf mit Sitz in Stockholm, Schweden – also einem MS – handle.²¹⁾ Des Weiteren verpflichtete Art 26 ECT – entgegen der Ansicht in *Green Power* – nicht zur Anwendung bzw Auslegung von Unionsrecht.²²⁾ Die Zuständigkeit des SchiedsG gründe sich gem Art 26 ECT den Auslegungsregeln der WVK folgend auf den ECT selbst und nicht auf Unionsrecht.²³⁾ Dabei verwies das SchiedsG auf eine vorangegangene E, die feststellte: „EU law is not applicable to jurisdiction. As a result, the *Komstroy Judgment* is irrelevant to the question of jurisdiction. The applicable law to jurisdiction and the merits of the dispute is international law, and not principles of sub-systems of international law such as EU treaties“.²⁴⁾ Dasselbe gelte für *Green Power*.

Kommentatoren sehen *Green Power* zu Recht ebenfalls kritisch.²⁵⁾ Das Umgehen des klaren Wortlautes in Art 26 Abs 3 lit a ECT überzeugt genauso wenig wie das Heranziehen der Erklärung von einigen ECT-Vertragsparteien als Beleg für eine authentische Interpretation. Rechtsdogmatisch lässt sich der hier vorliegende Normenkonflikt zw EU- und Völkerrecht durch Interpretation nicht auflösen – je nach Betrachtung, also entweder aus der Perspektive des Unionsrechts oder des Völkerrechts, ist ein unterschiedliches Ergebnis schlüssig argumentierbar.

Eine elegantere Lösung schlagen daher *Paddeu* und *Tams* vor. Ihrer Ansicht nach sollte die Vorrangregel *lex superior* eingesetzt werden (die Art 30 WVK implizit vorsehe), nach der Staaten selbst bestimmen können, welche von zwei miteinander unvereinbaren Völkerrechtsverpflichtungen Vorrang genießen soll.²⁶⁾ Die MS hätten diesbezüglich Unionsrecht klar den Vorrang gegeben und das auch völkerrechtlich. Dies ergebe sich auch aus der Erklärung vom 15. 1. 2019.²⁷⁾

Letztlich sollten internationale SchiedsG in dieser Frage einen pragmatischen Ansatz wählen, um nicht in einer Art von Parallelwelt zu landen. Die Gerichte in den MS selbst scheinen dem EuGH jedenfalls zur Durchsetzung verhelfen zu wollen. So war das OLG Köln kürzlich mit der Frage der Zulässigkeit eines Intra-EU-ICSID-Verf konfrontiert: In einem bisher unveröffentlichten Beschluss vom 1. 9. 2022 iZm den von *Uniper*²⁸⁾ und *RWE*²⁹⁾ gegen die Niederlande angestregten Intra-EU-ECT-Schiedsverf gab es den Anträgen der Niederlande auf Feststellung der Unzulässigkeit dieser Schiedsverf nach § 1032 Abs 2 dZPO statt. Aufgrund der unionsrechtlichen Unvereinbarkeit solcher Verf auf Grundlage des ECT seien diese unzulässig, da nach der Rsp des EuGH solche Schiedsklauseln keine wirksame Rechtsgrundlage für eine Schiedsbindung sein könnten.³⁰⁾

C. Vollstreckbarkeit von Intra-EU-Schiedssprüchen

Auch im Bereich der Vollstreckung zeichnet sich dasselbe Bild. Die EK erkennt in den in Intra-EU-(ICSID-)Schiedssprüchen zugesprochenen Entschädigungszahlungen unzulässige staatliche Beihilfen – wie im Fall *Micula*.³¹⁾ Der EuGH bejahte in *European Food* jedenfalls, dass die EK die Zuständigkeit besitzt,

¹⁴⁾ Ebd Rn 160–161 (Übersetzung des Autors).

¹⁵⁾ Ebd Rn 161.

¹⁶⁾ Ebd Rn 170.

¹⁷⁾ Zitiert in *Green Power Award* Rn 365.

¹⁸⁾ *Green Power Award* Rn 341, 343, 476–477.

¹⁹⁾ Ebd Rn 469.

²⁰⁾ Ebd Rn 477.

²¹⁾ *InfraCapital F1 and InfraCapital Solar v Spain*, ICSID Case No. ARB/16/18, Decision on Respondent's Second Request for Reconsideration 19. 8. 2022, Rn 41. Siehe auch *Cavalum v Spain*, ICSID Case No. ARB/15/34, Precudural Order No. 6 7. 9. 2022. So im Ergebnis laut Berichten auch *Sevilla Beheer et al. v. Spain*, ICSID Case No. ARB/16/27 11. 8. 2022, zitiert nach *Bohmer*, ECT Tribunal declines to reconsider previous ruling on intra-EU jurisdiction in view of Green Power award, IAREporter www.iareporter.com/articles/ect-tribunal-declines-to-reconsider-previous-ruling-on-intra-eu-jurisdiction-in-view-of-green-power-award/ (Stand 12. 8. 2022).

²²⁾ *InfraCapital F1 and InfraCapital Solar v Spain*, Rn 46.

²³⁾ Ebd Rn 46.

²⁴⁾ Ebd Rn 46.

²⁵⁾ *Müller*, EU Law And Arbitration Under International Investment Instruments: The Surprising Award In *Green Power v. Spain*, Jus Mundi www.blog.jusmundi.com/eu-law-and-arbitration-under-international-investment-instruments-the-surprising-award-in-green-power-v-spain/ (abgerufen am 22. 9. 2022); *Paddeu/Tams*, Interpreting Away Treaty Conflicts? Green Power, ISDS and the Primacy of EU Law, Kluwer Arbitration Blog www.arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/08/23/interpreting-away-treaty-conflicts-green-power-isds-and-the-primacy-of-eu-law/ (abgerufen am 22. 9. 2023).

²⁶⁾ *Paddeu/Tams*, Kluwer Arbitration Blog (siehe FN 25).

²⁷⁾ Ebd.

²⁸⁾ *Uniper SE, Uniper Benelux Holding BV and Uniper Benelux NV v Kingdom of the Netherlands*, ICSID Case No. ARB/21/22.

²⁹⁾ *RWE AG and RWE Eemshaven Holding II BV v Kingdom of the Netherlands*, ICSID Case No. ARB/21/4.

³⁰⁾ OLG Köln 1. 9. 2022, 19 SchH 14/21 und 19 SchH 15/21 (noch unveröffentlicht). Siehe aber die Pressemitteilung des OLG unter www.olg-koeln.nrw.de/behoerde/presse/004_zt_letzte-pm_archiv_zwangs/001_letzte_pressemitteilung/index.php (abgerufen am 22. 9. 2023).

³¹⁾ Beschluss (EU) 2015/1470 der Kommission vom 30. 3. 2015 über die von Rumänien durchgeführte staatliche Beihilfe SA.38517 (2014/C) (ex2014/NN) – Schiedsspruch vom 11. 12. 2013 in der Sache *Micula/Rumänien*, ABI L 2015/232, 43. Der dafür zugrundeliegende ICSID-Fall ist *Ioan Micula, Viorel Micula, and Others v Romania*, ICSID Case No. ARB/05/20, Award 11. 12. 2013. Dazu *Germelmann*, Der Investitionsschutz im Energie- und Klimaschutzrecht zwischen „European Green Deal“ und Grenzen des Unionsprimärrechts, EuR 2020, 375 (383f).

solche Konstellationen gemäß Beihilfenrecht zu prüfen und zwar auch dann, wenn der entschiedene Sachverhalt vor dem Beitritt des betroffenen Staates zur EU lag.³²⁾ In der Sache verwies er die Angelegenheit zur Entscheidung aber an das EuG zurück.³³⁾ Festgehalten wurde darin aber auch, dass in diesen Fällen (also auch in ISCID-Verf) die *Achmea*-Rsp zu beachten ist.³⁴⁾

Zudem haben Gerichte der MS bereits – wie im Fall Schwedens³⁵⁾ und Luxemburgs³⁶⁾ – die Vollstreckbarkeit eines ICSID-Schiedsspruchs aufgrund der EuGH-Rsp mit der Begründung verweigert, dass durch die Vollstreckung die unionsrechtliche Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit verletzt würde.³⁷⁾ Dagegen hat der UK Supreme Court sowie ein US-BerufungsG anders entschieden.³⁸⁾ Gegen den UK-Entscheid zieht die EK mittels Vertragsverletzungsverf gem Art 87 des UK-EU-Austrittsabkommens vor den EuGH.³⁹⁾ Innerhalb des ICSID-Systems selbst wurde im Rahmen eines Aufhebungsverf der Einwand einer fraglichen Vollstreckbarkeit innerhalb der EU jedoch zurückgewiesen.⁴⁰⁾

MS werden zur Verletzung ihrer Verpflichtung aus dem ICSID-Übereinkommen gezwungen.

Damit ergibt sich für MS im Ergebnis (wenn man die *Lex-superior*-Ansicht nicht teilt), dass diese zur Verletzung ihrer völkerrechtlichen Verpflichtungen aus dem ICSID-Übereinkommen gezwungen werden. Denn gem Art 53 Abs 1 und Art 54 Abs 1 leg cit ist ein Schiedsspruch völkerrechtlich bindend und so zu vollstrecken, als handle es sich um ein rechtskräftiges Urteil eines innerstaatlichen Gerichts.⁴¹⁾ Für dieses Dilemma bietet der EuGH freilich keine Lösung, was auch an die Problematik rund um Verpflichtungen aus der UN-Charta nach der *Kadi*⁴²⁾-Entscheidung erinnert.⁴³⁾

Schlussstrich

Der EuGH setzt unbeirrt seine Rsp zu Intra-EU-BITs fort, und die Gerichte der MS ziehen nach. Anderes galt noch unter den SchiedsG, doch hier tritt mit der E in *Green Power* wohl eine Wende ein. Mittels akrobatischer Auslegung wurde hier eine eurozentrische Entscheidung getroffen, die aus völkerrechtlicher Sicht jedenfalls nicht zwingend ist.

Aus praktischen Gründen war das Ergebnis aufgrund des Sitzes des SchiedsG in einem MS freilich dennoch erwartbar. Der Vorrang von Unionsrecht innerhalb der EU bedeutet, dass der Schiedsspruch ohnehin einer Aufhebungsklage ausgesetzt gewesen und eine Vollstreckung in der EU gleichfalls aussichtslos wäre.

Dass nunmehr auch ICSID-Verf dem faktischen Zugriff des EuGH unterliegen, wie die Beschlüsse des OLG Köln zeigen, mag unbe-

friedigend sein. Nach dem Selbstverständnis der Unionsrechtsordnung ist dies aber durchaus konsequent. Dennoch: Warum ein Mehr an Rechtsschutz für Investoren innerhalb der EU einem eurozentrischen (Völker-)Rechtsverständnis weichen soll, ist jedenfalls rechtspolitisch nicht ganz nachvollziehbar.⁴⁴⁾ Die bereits seit Jahren bekannte Einführung eines multilateralen Instruments zur Erhaltung eines hohen Rechtsschutzniveaus auf Unionsebene wäre idZ sicherlich zu begrüßen.⁴⁵⁾

³²⁾ EuGH C-638/19 P, *European Food*. Dazu näher *Marschall*, Anmerkung zu C-638/19 P (*European Food*), RIW 2022, 219.

³³⁾ Ebd.

³⁴⁾ Ebd Rn 137.

³⁵⁾ Nacka District Court 23. 1. 2019, Case file 149, Case No Ö. 2550-1. Eine zertifizierte Übersetzung der Entscheidung ist unter www.jusmundi.com/en/document/pdf/decision/en-ioan-micula-viorel-micula-and-others-v-romania-i-decision-of-the-nacka-district-court-in-stockholm-wednesday-23rd-january-2019 abrufbar.

³⁶⁾ Cour de Cassation (Luxemburg) 14. 7. 2022, N° 116 /2022 Numéro CAS-2021-00061.

³⁷⁾ Nacka District Court 23. 1. 2019, Case file 149, Case No Ö. 2550-1. Eine zertifizierte Übersetzung der Entscheidung ist unter www.jusmundi.com/en/document/pdf/decision/en-ioan-micula-viorel-micula-and-others-v-romania-i-decision-of-the-nacka-district-court-in-stockholm-wednesday-23rd-january-2019 abrufbar.

³⁸⁾ UK Supreme Court 19. 2. 2020, [2020] UKSC 5, *Micula v Romania*; United States District Court for the District of Columbia, Memorandum Opinion 9. 11. 2019, Case No. 17-cv-02332-APM, *Ioan Micula et al. v. Government of Romania*. Dazu näher *Florou*, The UK Supreme Court Judgment in *Micula v Romania*: A Landmark Judgment for the Relationship between EU Law and International Investment Law? ICSID Review 2021, 295.

³⁹⁾ EK Pressemitteilung 9. 2. 2022, Sincere cooperation and primacy of EU law: Commission refers UK to EU Court of Justice over a UK Judgment allowing enforcement of an arbitral award granting illegal State aid, www.ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_22_802 (abgerufen am 21. 9. 2023).

⁴⁰⁾ *Ioan Micula, Viorel Micula and Others v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/20, Decision on Annulment 26. 2. 2016, Rn 230-235.

⁴¹⁾ *Marschall*, Anmerkung zu C-638/19 P (*European Food*), RIW 2022, 219 (230).

⁴²⁾ EuGH C-584/10 P, C-593/10 P und C-595/10 P, *Kadi*, ECLI:EU:C:2013:518.

⁴³⁾ Allgemein zur (Rechtfertigung dieser) Rsp zur Autonomie der Unionsrechtsordnung s *Lenaerts/Gutiérrez-Fons/Adam*, Exploring the Autonomy of the European Union Legal Order, ZaöRV 2021, 47.

⁴⁴⁾ S aber den Hinweis auf die „Pflicht der Mitgliedstaaten zur Errichtung eines den unionsrechtlichen Anforderungen an einen wirksamen gerichtlichen Rechtsschutz genügenden Rechtsschutzsystems [...]“ bei *Langenfeld*, EuR 2022, 399 (404).

⁴⁵⁾ So bereits das Non-Paper from Austria, Finland, France, Germany and the Netherlands on Intra-EU Investment Treaties, www.tni.org/files/article-downloads/intra-eu-bits2-18-05_0.pdf (abgerufen am 22. 9. 2023).