

JENSEITS DER KONTROLLE, JENSEITS DER REFORM

Das EU-Dilemma des Energiecharta-Vertrages

CIARAN CROSS, LL.M.



September 2020

Im Auftrag der konföderalen Fraktion der Vereinte Europäische Linke/Nordische Grüne Linke (GUE/NGL)



EUROPAFRAKTION
Europäisches Parlament
B - 1047 Brüssel, Belgien
+32 (0)2 283 23 01

guengl-communications@europarl.europa.eu

September 2020
Foto: © Benita Welter @ Pixabay

Inhalt

Glossar	4
Vorwort	5
Einleitung	6
1. Den ECV 'EuGH-sicher machen'?	10
1.1 Innergemeinschaftliche Einwände	12
1.1.1 Vor Achmea	12
1.1.2 Die Konsequenzen von Achmea & Stellungnahme 1/17	12
1.2 Autonomie des EU-Rechtes	13
1.2.1 Gültiges Recht	13
1.2.2 Konfliktregeln	14
1.2.3 Kompetenzverteilung	15
1.3 Inhaltliche Fragen	16
1.3.1 Standards zum Investitionsschutz	16
1.3.2 Das Recht auf Regulierung	19
2. Die Horizonte des EU-Rechtes	21
2.1 Nationalitätenshopping	21
2.2 Wettbewerbsrecht	22
2.2.1 Entscheidung der Europäischen Kommission von 2017 (Spanien)	25
2.2.2 Gemischte Ansprüche	26
2.3 Umsetzung & Vollstreckung	27
2.3.1 Umsetzung außerhalb der EU	27
2.3.2 Das wahre "Schlachtfeld"?	28
3. Den Weg nach Paris ebnen	30
3.1 Multilaterale Umweltabkommen und Maßnahmen zum Klimaschutz	30
3.2 Beihilfen für fossile Brennstoffe	31
3.3 Verpflichtungen der Investoren	32
4. Schlussfolgerung	34
5. Fußnoten	36
Anlage 1 – ECV-Rechtssachen gegen Spanien	44

Glossar

BIT	Bilateral Investment Treaty, bilaterales Investitionsabkommen
CETA	Comprehensive Economic and Trade Agreement between Canada & the EU, Umfassendes Wirtschafts- und Handelsabkommen EU-Kanada
EuGH	Europäischer Gerichtshof
ECV	Energiecharta-Vertrag
EU	Europäische Union
FET	Fair and equitable treatment standard, Standard der gerechten und billigen Behandlung
FIT	Feed-in-tariff, Einspeisungsvergütung
ICS	Investment Court System, Investitionsgerichtssystem
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes, Internationales Zentrum zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten
ISDS	Investor State Dispute Settlement, Investor-Staat-Streitbeilegung
MIC	Multilateral Investment Court, Multilateraler Investitionsgerichtshof
REIO	Regional Economic Integration Organisation, regionale Organisation zur wirtschaftlichen Integration
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law, Kommission der Vereinten Nationen für internationales Handelsrecht
UNCTAD	United Nations Conference on Trade & Development, Konferenz der Vereinten Nationen für Handel und Entwicklung

Vorwort

Liebe Leserinnen und Leser,

Willkommen zu einer sehr aktuellen und interessanten Studie zum Vertrag über die Energiecharta (ECT). Dieser Vertrag ist zum wichtigsten Referenzdokument für weltweit tätige Anwaltskanzleien geworden, die darauf spezialisiert sind, Regierungen mittels sogenannter Streitbeilegungsmechanismen zwischen Investoren und Staaten (ISDS) zu verklagen.

Hier geht es um ein Milliardengeschäft. Gierige Anwält*innen haben herausgefunden, dass die naive Ausfertigung des Vertrags über die Energiecharta reichlich Gelegenheit bietet, um Urteile von Schiedsgerichten zu erwirken, die für Investor*innen günstig sind.

Es geht um die Fähigkeit der Regierungen, im öffentlichen Interesse zu regulieren, beispielsweise durch die Schaffung von Naturschutzgebieten, oder durch die Verbesserung des Schutzes der Bürger*innen vor gefährlichen Stoffen, oder durch die Änderung der Wahl der Energieversorgung von kohlenstoffbasierten zu erneuerbaren Energien. Behalten demokratisch gewählte Parlamente das Recht auf Gesetzgebung bei? Wird es ein Einfrieren von Regulierungsvorhaben geben, weil die Regierungen befürchten müssen, dass sich die Umsetzung des Willens des Volkes als zu kostspielig herausstellt, wenn Schiedsgerichte über hohe Entschädigungszahlungen für enttäuschte Gewinnerwartungen von Investor*innen entscheiden?

Zunehmend sind auch Regierungen von EU-Mitgliedstaaten zu Opfern von ISDS-Klagen geworden, die vom ECT ermöglicht wurden. Zudem hat Europäische Gerichtshof wegweisende Urteile hinsichtlich ECT-basierter Streitverfahren innerhalb der EU gesprochen und die Unvereinbarkeit der Schiedsarchitektur des ECT mit den EU Verträgen festgestellt. So sah sich schließlich auch die EU-Kommission widerstrebend genötigt, sich für eine Überprüfung und Änderung des Energiecharta-Vertrags einzusetzen. Die Kommission legte im Mai 2020 einen Vorschlag für eine ECT-Reform vor.

Die Linksfraktion im Europäischen Parlament (GUE/NGL) hat diese Studie in Auftrag gegeben, um die Grenzen des Kommissions-Vorschlags zu untersuchen, sowie die zugrundeliegenden Werte, die Verhandlungsführung, die Ziele und die Ergebnisse dieser Verhandlungen zu beleuchten. Wir wollten wissen, ob es ausreicht, lediglich einige Änderungen des Vertragswortlauts in Betracht zu ziehen, um bestimmte juristische Schlupflöcher zu schließen. Wir wollten wissen, ob mehr benötigt wird, ob unsere Regierungen sich nicht vom Grundprinzip der Sonderklagerechte für Investierende gegen Staaten abwenden müssen.

Ciaran Cross hat eine hervorragende Studie und einen sehr wertvollen und zeitnahen Beitrag zur Debatte im Zusammenhang mit den laufenden Verhandlungen geliefert.

Ich habe den früheren Handelskommissar Phil Hogan gefragt, ob ein Austritt aus dem Vertrag über die Energiecharta eine Option wäre, falls die Verhandlungen über eine Überprüfung scheitern sollten. Er bestätigte diese Option vor dem Ausschuss für internationalen Handel (INTA) des Europäischen Parlaments.

Nachdem Sie diese Studie gelesen haben, können Sie selbst beurteilen, welchen Rat Sie seinem Nachfolger Valdis Dombrovskis geben würden.

Helmut SCHOLZ

Mitglied des Europäischen Parlaments

Ausschuss für Internationalen Handel (INTA), dort Koordinator der Linksfraktion GUE/NGL

Einleitung

Im Mai 2020, am Rande der Verhandlungen über die „Modernisierung“ des Energiecharta-Vertrags (ECV), berichtete der Generalsekretär des Sekretariats der Energiecharta, Urban Rusnák, überraschend über den Beitrag des ECV zur Eindämmung des Klimawandels: *„Das Pariser Abkommen schützt die Investitionen nicht. Der Energiecharta-Vertrag tut dies. Es ist ein Zusatz zum Pariser Abkommen...“*¹

Rusnák's Sichtweise ist schwer mit der der vielen Kritiker*innen des ECV zu vereinbaren. Im Dezember 2019 verurteilten 278 zivilgesellschaftliche Organisationen und Gewerkschaften den ECV als gänzlich „unvereinbar mit der Umsetzung des Pariser Klimaabkommens“. In einem offenen Brief forderten sie die Europäische Union (EU) auf, sich zu einer Reform des ECV zu verpflichten, indem sie Investitionen in fossile Brennstoffe von seinem Schutz ausschließt und die Investor-Staat-Streitbeilegungsklausel (ISDS) abschafft; sollte dies nicht gelingen, sollten die EU und ihre Mitgliedstaaten massenhaft aus dem ECV austreten oder das Abkommen beenden²

Insbesondere die Gegenreaktion gegen den ECV hat lange auf sich warten lassen. Als „Geistesprodukt der Europäischen Union“³ bezeichnet, besteht das vorgebliche Ziel des ECV darin, „die Energiesicherheit durch das Funktionieren offenerer und wettbewerbsfähigerer Energiemärkte zu fördern und dabei die Grundsätze der nachhaltigen Entwicklung und der Souveränität über Energieressourcen zu respektieren“⁴. Er wurde in den 1990er Jahren von der Europäischen Kommission vorgeschlagen – und zum großen Teil von ihr entworfen –, um westeuropäischen Investor*innen zu helfen, aus dem Zusammenbruch der Sowjetunion Kapital zu schlagen. Es wurde als das „ehrgeizigste Beispiel“ für Versuche westlicher Mächte beschrieben, „neoliberale (marktfreundliche) Regeln im Energiehandel formell zu institutionalisieren“⁵.

Bis heute wurde der ISDS-Mechanismus des ECV in mehr Schlichtungsverfahren eingesetzt als jedes andere Investitionsabkommen weltweit. In den letzten zehn Jahren waren Fälle, die auf dem ECV basierten, in der Kritik am ISDS – einem weit verbreiteten vertraglichen Schlichtungsmechanismus, der es geschützten internationalen Anleger*innen erlaubt, „Gastgeber“-Staaten wegen angeblicher Verluste aufgrund von Regulierungsmaßnahmen zu verklagen –

prominent. Unzählige Beschwerden haben den öffentlichen Widerstand gegen ISDS in der EU im Allgemeinen katalysiert: kolossale Entschädigungsklagen, Interessenkonflikte und gerichtliche Voreingenommenheit, mangelnde Transparenz, zweifelhafte expansive Interpretationen von Investitionsschutzstandards sowie die mächtige Rolle der Schiedsgerichtsindustrie und der Drittfinanzierer*innen beim Schüren eines ISDS-„Goldrauchs“⁶.

Bis heute wurde der ISDS-Mechanismus des ECV in mehr Schlichtungsverfahren eingesetzt als jedes andere Investitionsabkommen weltweit.

Ein jüngster Boom an ECV-basierten Klagen gegen EU-Mitgliedstaaten hat die Landschaft der ISDS-Schiedsgerichtsbarkeit⁷ grundlegend verändert, darunter die beiden Klagen des schwedischen Unternehmens Vattenfall gegen Deutschland: eine Anfechtung der Umweltpolitik, die die Genehmigung eines Kohlekraftwerks verzögerte (2010 privat beigelegt), und eine laufende Entschädigungsklage in Höhe von 4,7 Milliarden Euro, die aus dem deutschen Atomausstieg resultiert⁸. In der Zwischenzeit ist Spanien in allen bekannten ISDS-Fällen weltweit zum dritthäufigsten Beklagtenstaat aufgestiegen und hat 47 bekannte ECV-Klagen verteidigt, die eine Gesamthaftung von über 4 Milliarden Euro darstellen, möglicherweise viel höher. In der Geschichte der ISDS spiegelt die missliche Lage Spaniens die Notlage Argentiniens nach der katastrophalen Wirtschaftskrise im Jahr 2001 wider, die dazu führte, dass ISDS-Schäden in Höhe von insgesamt über 2 Milliarden US-Dollar entschädigt wurden⁹. Die bisher gegen Spanien gewährten Entschädigungen belaufen sich bereits auf fast 1 Milliarde Euro¹⁰. Energieinvestor*innen nutzen die Befürchtung aus, dass der Ausstieg der Staaten aus fossilen Brennstoffen in einem ECV-Schiedsverfahren mit explodierenden Kosten enden könnte, und nutzen die Androhung eines Rechtsstreits erfolgreich als Druckmittel. Der tschechische Braun-

kohlebergbaukonzern Leag hat Berichten zufolge Deutschland eine Einigung in Milliardenhöhe unter der Bedingung entlockt, dass es auf seine Rechte auf alle künftigen Ansprüche aus dem Vertrag über den geplanten Ausstieg aus dem Steinkohlebergbau verzichtet¹¹. Seit 2019 droht die deutsche Firma Uniper damit, die Niederlande wegen ihrer Zusage, die Kohleverstromung bis 2030 einzustellen, zu verklagen¹².

Befürchtungen, dass ISDS-Rechtsstreitigkeiten im Rahmen des ECV eine Bedrohung für dringend notwendige Klimaschutzmaßnahmen, für den globalen Energie-wandel und den europäischen Green Deal darstellen, sind daher durchaus berechtigt. In den kommenden Jahren ist mit viel mehr ECV-Klagen zu rechnen, und diese werden direkt oder indirekt eine starke disziplinierende Wirkung auf die Energiemärkte der ECV-Vertragsstaaten haben. Genau in dem Moment, in dem die existenzielle Bedrohung durch den Klimawandel grundlegende und radikale Veränderungen in der Regulierung, Finanzierung und Überwachung des Energiesektors erfordert, erlaubt der ECV geschützten Investor*innen, die Kosten solcher Maßnahmen (Kosten, die letztlich von Steuerzahler*innen getragen werden) radikal zu erhöhen. Subventionen für fossile Brennstoffe und deren Nutzung müssen dringend abgeschafft und saubere erneuerbare Energiequellen rasch ausgeweitet werden, auch durch Marktanreize. Doch wenn der Übergang im Energiebereich in Gang kommt, drohen die Rechtsstreitigkeiten im Rahmen des ECV öffentliche Gelder abzuschöpfen und dringend notwendige Energiereformen weniger attraktiv zu machen.

Einfach ausgedrückt: Eine übermäßige Kompensation der Spekulant*innen auf den neuen und alten Energiemärkten ist keine „Ergänzung“, sondern behindert die Ziele des Pariser Abkommens.

REFORMPERSPEKTIVEN?

Die 2009 eingeleitete „Modernisierung“ des ECV könnte eine Gelegenheit bieten, sich diesen Herausforderungen zu stellen. Die Reform bleibt eine kritische Strategie, da - wie viele andere bilaterale Investitionsabkommen (BITs) - die „Verfallklausel“ des ECV¹³ jeden Staat, der sich einseitig zurückzieht, verpflichtet, bestehende Investitionen für weitere zwanzig Jahre zu schützen (bis jetzt ist nur Italien

zurückgetreten, mit Wirkung vom Januar 2016)¹⁴. Doch jede sinnvolle Änderung des ECV erfordert die einstimmige Zustimmung der fast fünfzig Vertragsparteien des Vertrags - eine höchst unwahrscheinliche Perspektive. Darüber hinaus ist es offensichtlich, dass die Vertragsstaaten des ECV auf „niedrig hängende Früchte“ abzielen. Keiner hat vorgeschlagen, die ISDS auszuschließen oder von den Anleger*innen zu verlangen, zuerst die inländischen Rechtsmittel auszuschöpfen.

Die eigene Herangehensweise der Europäischen Kommission an den ECV wird von Bedenken über die rechtliche Architektur der EU dominiert. Diese Bedenken sind zweierlei Art. Erstens setzt sich die Europäische Kommission dafür ein, die Anwendung der ISDS-Klausel des ECV bei „**EU-internen**“ Streitigkeiten (zwischen EU-Investoren und EU-Mitgliedstaaten) abzuschaffen, um die ausschließliche Zuständigkeit des Europäischen Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) zu untermauern. Dieses Ziel ist weit entfernt von einer umfassenden Reform des ECV. Sicherlich könnte die Abschaffung der Anwendung des ECV innerhalb der EU positive Auswirkungen haben: Zum einen würde sich die Anzahl der Investitionen verringern, die tatsächlich durch das Abkommen geschützt werden, da EU-Investor*innen derzeit rund 67% der vom Vertrag abgedeckten Investitionen in der EU ausmachen¹⁵. Die verbleibenden ECV-Fälle, die von Nicht-EU-Investor*innen vorgebracht werden, könnten sogar für die EU-Mitgliedstaaten tolerierbar sein. Wie jedoch in diesem Papier weiter ausgeführt wird, scheint es keine zwingenden rechtlichen oder politischen Gründe zu geben, um die Ansprüche von Nicht-EU-Investor*innen aus dem ECV grundlegend anders zu behandeln als die Ansprüche von EU-Investor*innen. Es ist zu vermuten, dass die „Intra-EU“-Konstruktion der Kommission nicht einmal vom EU-Recht unterstützt wird und das „Nationalitäten-Shopping“ fördern könnte. Darüber hinaus kann das Ziel der Kommission, die Anwendung des ECV innerhalb der EU auszuschließen, nicht von ihren Plänen zur Ausweitung und Legitimierung der Anwendung des ECV in allen *anderen Szenarien* getrennt werden.

Zweitens gab die Billigung des Investitionsgerichtssystems (Investment Court System, ICS) durch den EuGH im Jahr 2019, das in das Umfassende Wirtschafts- und Handelsabkommen zwischen Kanada und der EU („CETA“) aufgenommen wurde, der Europäischen Kommission grünes Licht für die Aufnahme von Schiedsmechanismen in EU-Investitionsverträge mit Nicht-EU-Staaten, sofern ausreichende

Schutzmaßnahmen vorgesehen werden. Ob die im CETA festgelegten „Schutzmaßnahmen“ tatsächlich wirksam sind, ist höchst fraglich. Aber der „modernisierte“ ECV der Kommission würde viele dieser Garantien weglassen; sein bestehender ISDS-Mechanismus bleibt im Wesentlichen unverändert und ist daher wahrscheinlich nicht mit dem EU-Recht vereinbar. Darüber hinaus hat die Kommission, indem sie versucht hat, dem ECV aufgrund der Anforderungen des EU-Rechts zu entkommen, eine Vielzahl anderer Bedenken vernachlässigt, nicht zuletzt: die Klimakrise. Selbst eine oberflächliche Bewertung der Vorschläge der Kommission zum ECV bestätigt, dass sie nur sehr wenig zur Energiewende, zur Reform der Energiesubventionen oder zu anderen Zielen des Pariser Abkommens beitragen würden. Die Pläne der Kommission enthalten keinen einzigen ausdrücklichen Hinweis auf fossile Brennstoffe.

AUFBAU DES BERICHTES

Der erste Teil stellt die Pläne der EU zur Modernisierung des ECV in den Kontext der anhaltenden Versuche der Kommission, die Anwendung des ECV innerhalb der EU zu zügeln. Er bewertet auch die Anforderungen des EU-Rechts, die im EuGH-Urteil zu CETA vorgeschlagen wurden und die die Kommission versucht hat, in den Entwurf von Bestimmungen für einen modernisierten ECV umzusetzen.

Im zweiten Teil wird erörtert, wie der Rückgriff der Kommission auf das EU-Wettbewerbsrecht zur Anfechtung von auf dem ECV basierenden ISDS-Ansprüchen eine Reihe unbeabsichtigter Konsequenzen nach sich ziehen kann: Natio-

nalitäten-Shopping, Definitionsumgehungen und sogar die Eintreibung von Entschädigungen in Nicht-EU-Staaten. Die Schiedsgerichtsindustrie ihrerseits zeigt keine Anzeichen dafür, dass sie die Einwände der EU beherzigt.

Der dritte Teil beleuchtet Überlegungen, die im Modernisierungsprozess völlig vernachlässigt wurden, die aber für jeden fortschrittlichen Versuch, die multilaterale Energiepolitik mit den Zielen des Klimaschutzes zu verbinden, von wesentlicher Bedeutung wären. Diese sind keineswegs erschöpfend, sondern betreffen Fragen, zu denen ein multilaterales Abkommen schmerzlich vermisst wird: die Gewährleistung des Vorrangs staatlicher Umweltschutzverpflichtungen, die Entwicklung von Strategien für Subventionsreformen und die Schaffung rechtlicher Verpflichtungen bezüglich des Verhaltens von Investor*innen.

Dieses Papier bietet keine erschöpfende Analyse des Vorschlagsentwurfs der Europäischen Kommission¹⁶, sondern soll eine Reihe kritischer Punkte hervorheben, die die Kommission betont oder vernachlässigt hat. Die auf dem ECV basierenden Schiedssprüche gegen Spanien bieten einen nützlichen Bezugspunkt für die Beurteilung dieser Fragen (die „spanischen Fälle“). Angeblich „unvereinbar mit dem EU-Recht“, bewegen sich diese Schiedssprüche rasch auf die Vollstreckung zu, da Investor*innen sich um „schiedsgerichtsfreundliche“ Gerichtsbarkeiten bemühen. Die Fälle heben daher mehrere zentrale, möglicherweise unlösbare Probleme der ISDS im Rahmen des ECV hervor und geben einen Vorgeschmack auf das, was noch kommen wird, da die Energiewende grundlegende Veränderungen bei der Gestaltung und Zuweisung von Marktanzügen im Energiesektor erfordert.



1. Den ECV 'EuGH-sicher machen'?

Nach zwei wegweisenden Urteilen des EuGH zu ISDS (Achmea; Stellungnahme 1/17)¹⁷ gibt es kaum Zweifel daran, dass der Investitionsschiedsmechanismus des ECV (Art. 26 ECV) mit dem EU-Recht unvereinbar ist. Entscheidende Schutzvorkehrungen, die der EuGH in Stellungnahme 1/17 identifiziert hat und die angeblich dazu dienen, Gerichte daran zu hindern, über das von der EU festgelegte Niveau des Schutzes öffentlicher Interessen zu entscheiden, fehlen im ECV gänzlich. Auf der Grundlage dieses Urteils scheint es daher „überdeutlich“ zu sein, dass der derzeitige ISDS-Mechanismus des ECV „gegen den Grundsatz der Autonomie des EU-Rechts verstößt“¹⁸.

Ob der EuGH diese Einschätzung bestätigt, wird davon abhängen, *ob, wann und wie* er gefragt wird. Eine Befassung des Gerichtshofs mit dieser Frage ist oft diskutiert und lange erwartet worden¹⁹. Wenn ein Mitgliedstaat beantragt, über die Vereinbarkeit des ECV zu entscheiden, könnte der Gerichtshof durchaus feststellen, dass die EU-Institutionen ein internationales Abkommen geschlossen haben, das vom primären EU-Recht abweicht und ihre zugewiesenen Zuständigkeiten überschreitet²⁰. Erwägungen „der Gegenseitigkeit internationaler Abkommen“, die in der positiven Beurteilung des Gerichtshofs in Bezug auf CETA²¹ eine wichtige Rolle spielten, dürften nicht ausreichen. Internationale Abkommen, bei denen die EU Vertragspartei ist, sind Teil des EU-Rechts²², aber im Falle eines Konflikts zwischen solchen internationalen Abkommen und den EU-Verträgen haben letztere Vorrang. Eine solche Feststellung des EuGH könnte letztlich die EU und die Mitgliedstaaten dazu zwingen, den ECV aufzuheben.

Im Mai 2020 veröffentlichte die Europäische Kommission ihre Vorschläge zur Reform des ECV²³. Es liegt auf der Hand, dass ein Großteil der Substanz der Vorschläge der Kommission zum ECV aus dem CETA herausgenommen wurde. Es muss jedoch von Anfang an angemerkt werden, dass der EuGH mit der Billigung des ICS einen alarmierend niedrigen Standard für die Kompatibilität mit dem EU-Recht gesetzt hat. Die Vorschläge der Kommission zur Modernisierung des ECV bleiben ausnahmslos hinter diesem „CETA-Benchmark“ zurück. Am problematischsten ist, dass sie die Architektur des ISDS nach Artikel 26 ECV grundsätzlich unberührt lassen würden. Der Textentwurf weist lediglich auf weitergehende Ambitionen einer „systemischen Reform“ des ISDS hin und fordert andere Vertragsstaaten des ECV auf,

das Investitionsgerichtssystem (Investment Court System, ICS) als Alternative „in Erwägung zu ziehen“²⁴. Er plant auch einen Kurs zur Verhandlung von ECV-Fällen vor einem ständigen Multilateralen Investitionsgericht (MIC), dessen Einrichtung die EU in anderen multilateralen Foren vorantreibt. Sollte es jemals realisiert werden, würde das MIC aus einem erstinstanzlichen Gericht und einem Berufungsgericht bestehen, deren Mitglieder von den Vertragsstaaten für eine bestimmte Dauer ernannt und den Fällen turnusmäßig zugeteilt würden. Wie jedoch schon seit langem festgestellt wurde, werden grundlegende Kritikpunkte an der ISDS - die Auswirkungen der „regulatorische Frost“, substanzielle Schutzstandards und das Fehlen jeglicher Anlegerpflichten - vom MIC überhaupt nicht aufgegriffen²⁵. Tatsächlich erkennt die Europäische Kommission durch die Werbung für die „Vorteile“ dieser Alternativen (wie „völlig unabhängige und unparteiische Schiedsrichter“, „effiziente und transparente Verfahren“) stillschweigend an, dass das ISDS nach dem ECV derzeit weder effizient noch transparent ist und dass seine Schiedsrichter*innen nicht völlig unabhängig und unparteiisch sind²⁶. In diesen optimistischen Platzhaltern für Foren, die es noch nicht gibt (und vielleicht auch nie geben wird), scheint die Kommission endlich, vielleicht unbeabsichtigt, Kritik an den ISDS akzeptiert zu haben, die seit fast einem Jahrzehnt Mainstream sind.

In den Vorschlägen der Europäischen Kommission fehlt insbesondere auch jeder Vorschlag, der die Beendigung der Anwendung des ECV innerhalb der EU unterstützen würde. Die Kommission beabsichtigt - so scheint es jedenfalls - den Kampf gegen die innergemeinschaftliche Anwendung des ECV auf Einzelfallbasis fortzusetzen. Die möglichen Grenzen dieser Strategie werden in Teil 2 erörtert. An dieser Stelle sei lediglich darauf hingewiesen, dass potenzielle Konflikte mit dem EU-Recht, die sich aus der auf dem ECV basierenden Investitionsschiedsgerichtsbarkeit ergeben könnten, nicht inhärent mit ihrem innergemeinschaftlichen Charakter verbunden sind, eine Tatsache, die sowohl von der Kommission als auch vom EuGH²⁷ zumindest stillschweigend anerkannt wird. Eine Vielzahl potenzieller materiellrechtlicher Unvereinbarkeiten zwischen dem ECV und dem EU-Recht - zum Beispiel in Bezug auf staatliche Beihilfen, Maßnahmen der öffentlichen Ordnung²⁸ oder Kapitaltransfers²⁹ - können auch im Zusammenhang mit ECV-Klagen von Nicht-EU-Investor*innen gegen EU-Mitgliedstaaten auftreten³⁰.

DER ECV & ISDS: FIT FÜR DIE ZUKUNFT?

Niedrigere Erwartungen, hohe Einsätze

Der **ECV-Modernisierungsprozess** wurde erstmals 2009 eingeleitet. Nach Konsultationen einigten sich die Vertragsstaaten des ECV auf etwa 25 Modernisierungsthemen im Jahr 2018. Die Verhandlungen werden bald in vollem Gange sein: Vorschläge zur Änderung des Vertrags sollten von den Vertragsparteien bis zum 17. September 2020 vorgelegt werden, rechtzeitig für die Abstimmung auf der Energiecharta-Konferenz im Dezember 2020.

Das Verhandlungsmandat der Europäischen Kommission, das vom Europäischen Rat im Juli 2019 gebilligt wurde, soll unter anderem sicherstellen, dass ein modernisierter ECV „die Übergangsziele in den Bereichen Klimawandel und saubere Energie widerspiegelt und zur Erreichung der Ziele des Pariser Abkommens beiträgt“ und das „Recht der Staaten auf Regulierung“ bekräftigt³¹.

Um angenommen zu werden, bedürfen alle Änderungen des ECV der einstimmigen Unterstützung der Vertragsparteien. Die Aussichten für die Kommission, alle Vertragsstaaten des ECV erfolgreich zur Unterstützung ihrer Vorschläge zu bewegen, erscheinen ziemlich düster. Japan hat bereits zu allen 25 Modernisierungsthemen Einwände erhoben und festgestellt, dass es „nicht notwendig ist, die derzeitigen Bestimmungen des ECV zu ändern“³². Nach den Worten von Yamina Saheb ist die Umwandlung des ECV in ein „klimafreundliches Instrument“ kaum vorstellbar „angesichts des Beitrags der Einnahmen aus fossilen Brennstoffen zur Wirtschaft einiger der ECV-Vertragsstaaten“³³...

Gleichzeitige Reformen

ISDS-Reformen sind anscheinend wie Busse: Man wartet ewig auf einen, und dann kommen drei auf einmal an. Die Modernisierung des ECV findet zeitgleich mit Diskussionen unter der Schirmherrschaft der Kommission der Vereinten Nationen für internationales Handelsrecht (UNCITRAL, Arbeitsgruppe III) sowie des Internationalen Zentrums zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten (ICSID) statt. In den UNCITRAL-Diskussionen drängt die EU darauf, dass die Regierungen ihr MIC-Projekt unterstützen. Zu den vielversprechenderen Alternativen, über die derzeit diskutiert wird, gehört ein multilaterales Instrument, das verschiedene Optionen für die ISDS-Reform und Zeitpläne für die Verpflichtungen der einzelnen Staaten vorsehen könnte; diese könnten bestehende Investitionsverträge nach ihrer Ratifizierung außer Kraft setzen und Anforderungen an die Investor*innen enthalten, nationale Rechtsmittel auszuschöpfen oder Gegenforderungen von Staaten gegen Investor*innen vorzusehen³⁴. In der Zwischenzeit umfassen die Reformen des ICSID, die 2020 zur Diskussion stehen sollen, unter anderem Fragen der Finanzierung durch Dritte, der Transparenz, des Zeitplans und des Ausschlusses von Schiedsrichter*innen. Angesichts des großen Anteils von Fällen, die dem ICSID auf der Grundlage des ECV vorgelegt werden, wären solche Reformen auch für die künftige Arbeit des ECV von entscheidender Bedeutung.

Die Ergebnisse dieser Verfahren sind ungewiss, aber eines ist ziemlich sicher: In der stark fragmentierten Welt des internationalen Investitionsrechts dürfte die Existenz von drei *parallel laufenden, multilateralen* Reformprozessen, die sich überschneidende Verträge betreffen, für eine wirksame oder umfassende Reform des ECV oder des ISDS im Allgemeinen nicht zweckmäßig sein.

Der folgende Abschnitt gibt einen kurzen Überblick über die innergemeinschaftlichen Einwände der Kommission gegen ECV-basierte Gerichte sowie über die Bedeutung der *Achmea*- und CETA-Entscheidungen des EuGH für die Modernisierungsvorschläge der Kommission.

1.1 INNERGEMEINSCHAFTLICHE EINWÄNDE

Mindestens seit 2009 besteht die Europäische Kommission darauf, dass die innergemeinschaftliche Anwendung der ISDS-Klausel des ECV gegen EU-Recht verstößt. Eines der Hauptanliegen der Kommission ist es, sicherzustellen, dass bei EU-internen Streitigkeiten zwischen EU-Investor*innen und EU-Mitgliedstaaten EU-Recht Vorrang hat. Zu diesem Zweck hat sich die Kommission mit ISDS-Schiedsgerichten zusammengetan, um die Rechtsprechung anzufechten, sie hat damit gedroht, die Vollstreckung von Schiedssprüchen innerhalb der EU, die sich auf Schiedssprüche innerhalb des EU-Vertrags stützen, zu blockieren, und sie hat an ausländische Gerichte appelliert, Vollstreckungsversuche in Nicht-EU-Staaten auszusetzen. Da das EU-Recht die ECV-Schiedsgerichte nicht bindet, haben sie alle Einwände der Kommission konsequent zurückgewiesen.

1.1.1 Vor *Achmea*

Bereits vor dem *Achmea*-Urteil hatten die Kommission und die EU-Mitgliedstaaten in ISDS-Verfahren eine Vielzahl von Argumenten vorgebracht, warum der ECV in EU-internen Streitigkeiten nicht anwendbar ist. Die Kommission und die Mitgliedstaaten argumentierten in ihren Eingaben an die ECV-Schiedsgerichte als *amicus curiae* bzw. Beklagte, dass:

- eine „implizite Abkoppelungsklausel“ in den ECV eingelesen werden muss, da der Abschluss des ECV für die EU eine Frage der Außenwirtschaftsbeziehungen war und eine EU-interne ISDS nie vorweggenommen wurde.
- die Mitgliedstaaten beim Beitritt neuer Staaten zur EU eine „inter se Abänderung“ des ECV vornahmen. Diese erstreckt sich angeblich auch auf die Nichtanwendung der Kollisionsnorm (*conflict norm*) des ECV (Artikel 16) und bestätigt die allgemeine Vorrangregel des EU-Rechts.
- „EU-Investor*innen“ nicht behaupten können, Investor*innen aus „einer anderen Vertragspartei“ zu sein, da die EU selbst Vertragspartei des ECV ist (als einzige

Organisation der regionalen Wirtschaftsintegration oder REIO).

- die Mitgliedstaaten der ISDS-Schiedsgerichtsbarkeit bei Streitigkeiten innerhalb der EU nie rechtsgültig zugestimmt haben, da dies mit dem EU-Recht unvereinbar wäre.

Das EU-Recht könnte durchaus einige (wenn nicht alle) dieser Argumente unterstützen. Eine einfache Lektüre des ECV ist jedoch keinem dieser Ansätze dienlich. Obwohl die EU derzeit das einzige REIO-Mitglied des ECV und damit die einzige Vertragspartei ist, für die die REIO-Bestimmungen des Abkommens gelten, enthalten diese nichts, was die Anwendung des Abkommens innerhalb der EU ausdrücklich ausschließt. In der eigenen unilateralen Erklärung der EU zum ECV aus dem Jahr 1998 findet sich kein Hinweis auf eine innergemeinschaftliche Beschränkung. Auch die vorbereitenden Arbeiten des ECV zeigen, dass die EU tatsächlich versucht hat, während der Verhandlungen zum ECV eine ausdrückliche Trennungsklausel einzufügen, die eine Anwendung innerhalb der EU ausschließt, diese aber nach dem Widerstand anderer Staaten aufgegeben hat³⁵.

Es ist daher wenig überraschend, dass kein ECV-Gericht aufgrund dieser Herausforderungen seine Zuständigkeit abgetreten hat³⁶. Wie weiter unten erörtert wird (siehe 1.2.2), haben sich die Gerichte wiederholt auf die „Kollisionsklausel“ des ECV (Art. 16) berufen, die vorsieht, dass im Falle einer Widersprüchlichkeit zwischen den Bestimmungen des ECV und den Verpflichtungen der Vertragsparteien aus einem früheren oder späteren internationalen Abkommen die Bestimmungen gelten müssen, die „für den Investor oder die Investition günstiger“ sind.

1.1.2 Die Konsequenzen von *Achmea* & *Stellungnahme 1/17*

Die Urteile des EuGH in den Rechtssachen *Achmea* und *Stellungnahme 1/17* betreffen in erster Linie die Vereinbarkeit der ISDS mit der Architektur der EU-Rechtsordnung. Die EU-Verträge räumen dem EuGH das ausschließliche Monopol über seine maßgebliche Auslegung und rechtmäßige Anwendung ein³⁷, woraus der EuGH den Grundsatz der „Autonomie“ des EU-Rechts entwickelt hat³⁸. Die Gerichte der Mitgliedstaaten können – und sind in der höchsten Instanz dazu verpflichtet – den EuGH um eine Vorabentscheidung oder die Bestätigung der Gültigkeit und Auslegung von Rechtsakten der EU-Institutionen ersuchen³⁹.

In *Achmea* stellte der EuGH fest, dass ISDS-Schiedsgerichte außerhalb des EU-Rechts stehen und nicht berechtigt sind, dem EuGH Vorabfragen zu stellen. Auf ein Vorabentscheidungsersuchen des deutschen Bundesgerichtshofs entschied der EuGH, dass ein ISDS-Mechanismus im niederländisch-slowakischen BIT „verhindern könnte, dass [EU-interne] Streitigkeiten in einer Weise gelöst werden, die die volle Wirksamkeit des EU-Rechts gewährleistet“, sowie „den Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens in Frage stellen“ und den „Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit“ untergraben könnte⁴⁰. Da Gerichte, die sich mit Streitigkeiten innerhalb der EU befassen, „aufgefordert werden können, das EU-Recht, insbesondere die Bestimmungen über die Grundfreiheiten, einschließlich der Niederlassungsfreiheit und des freien Kapitalverkehrs, auszulegen oder sogar anzuwenden“, untergraben Investitionsabkommen zwischen Mitgliedstaaten, die ISDS vorsehen, die Autonomie der EU-Rechtsordnung⁴¹.

In der Stellungnahme 1/17 entschied der EuGH, dass das Investitionsgerichtssystem (ICS) in CETA mit dem EU-Recht vereinbar ist. Der EuGH stellte fest, dass ein internationales Abkommen zwischen der EU, den Mitgliedstaaten und einem Drittland zwar „die Befugnisse der EU-Institutionen berühren kann“, dass jedoch bestimmte „unabdingbare Voraussetzungen für die Wahrung des wesentlichen Charakters dieser Befugnisse“ erfüllt sein müssen, um eine „nachteilige Auswirkung auf die Autonomie der EU-Rechtsordnung“ zu verhindern⁴². Der Gerichtshof hat daher den Grundsatz der Autonomie des EU-Rechts nicht nur als „formalistisch“, sondern auch als „wirkungsvoll“ formuliert⁴³. Viele Kommentator*innen drückten Überraschung – und Bestürzung – über die dem Urteil zugrunde liegende Argumentation aus, die die möglichen Auswirkungen des ICS auf die Funktionsweise des EU-Rechts herunterspielt. Der EuGH hat das künftige Berufungsgericht sogar als mit dem EU-Recht vereinbar abgesegnet, da keine Klarheit über seine Verfassung und seine spezifischen Funktionen bestand⁴⁴.

Insofern sich *Achmea* und *Stellungnahme* 1/17 auf Abkommen innerhalb der EU bzw. auf Abkommen mit Drittstaaten beziehen, sollten sie beide Konsequenzen für den multilateralen ECV haben. Welche Folgen dies genau sind, ist Gegenstand einer Debatte. Während die in *Achmea* festgestellten Risiken für die Autonomie des EU-Rechts bei der Ausübung der Zuständigkeit der ECV-Schiedsgerichte für Streitigkeiten innerhalb der EU eindeutig vorhanden sind,

schweigt die *Achmea*-Entscheidung zum Fall des ECV, und die Mitgliedstaaten sind nach wie vor uneins über dessen Anwendbarkeit.

Nach dem Urteil veröffentlichten die Mitgliedstaaten im Januar 2019 eine Reihe von politischen Erklärungen⁴⁵. Diese stellten einen EU-weiten Konsens darüber her, dass die EU-internen BITs aller Mitgliedstaaten beendet werden müssen. Eine Mehrheit von 22 Mitgliedstaaten war sich darüber einig, dass auch die innergemeinschaftliche Anwendung des ECV „entbunden“ werden muss. Finnland, Malta, Luxemburg, Slowenien und Schweden behielten sich zunächst ein Urteil vor, bis das Berufungsgericht von Svea entschieden hatte, den EuGH mit der Frage der Vereinbarkeit des ECV mit dem EU-Recht zu befassen (das schwedische Gericht lehnte die Befassung später ab). Allein Ungarn war kategorisch, dass *Achmea* „kein anhängiges oder künftiges Schiedsverfahren nach dem ECV betrifft“. Die Gerichte haben diesen Mangel an Einstimmigkeit unter den EU-Mitgliedstaaten ausgenutzt, um ihre fortgesetzte Ausübung der Gerichtsbarkeit in ECV-Fällen innerhalb der EU zu unterstützen⁴⁶.

1.2 AUTONOMIE DES EU-RECHTES

1.2.1 Gültiges Recht

Ein Schlüsselement der Billigung des ICS-Systems durch den EuGH war die Feststellung des Gerichtshofs, dass bestimmte Bestimmungen im CETA die EU-Rechtsordnung von einer fremden Auslegung oder Anwendung des EU-Rechts abschirmen. Den Gerichten darf nicht „die Befugnis eingeräumt werden, Bestimmungen des EU-Rechts auszulegen oder anzuwenden... oder Schiedssprüche zu erlassen, die bewirken könnten, dass die EU-Institutionen daran gehindert werden, im Einklang mit dem Verfassungsrahmen der EU zu arbeiten“⁴⁷.

Es ist ein gut etablierter Grundsatz des EU-Rechts, dass in den Beziehungen zwischen den EU-Mitgliedstaaten die EU-Verträge gelten müssen⁴⁸. Der EuGH bestätigte in *Achmea*, dass das EU-Recht sowohl den Charakter des *nationalen* als auch des *internationalen* Rechts hat⁴⁹. Daher sollten ECV-Schiedsgerichte, die sich mit ISDS-Fällen innerhalb der EU befassen, das EU-Recht als Teil des zwischen den Parteien anwendbaren Völkerrechts betrachten.

Nach dem ECV sollen die Gerichte derzeit ISDS-Ansprüche auf der Grundlage der Bestimmungen des ECV und der „anwendbaren Regeln und Grundsätze des Völkerrechts“ entscheiden⁵⁰. In den Modernisierungsvorschlägen der Europäischen Kommission wird vorgeschlagen, in die Klausel zum anwendbaren Recht des ECV Verweise auf „gewöhnheitsrechtliche Auslegungsregeln des Völkerrechts“ aufzunehmen. Diese würden weiter klarstellen, dass „das innerstaatliche Recht einer Vertragspartei nicht Teil des anwendbaren Rechts ist“. Bei der Auseinandersetzung mit solchen Gesetzen sind die Gerichte gehalten, sich auf die „vorherrschenden Auslegungen“ der innerstaatlichen Gerichte oder Behörden zu stützen⁵¹. Diese Vorbehalte basieren auf gleichwertigen Bestimmungen im CETA, die in ähnlicher Weise von den Gerichten verlangen, das EU-Recht als eine „Tatsachenfrage“ zu behandeln, und die in der Entscheidung des EuGH zur Billigung des ICS hervorgehoben wurden⁵².

Diese Einordnung des EU-Rechts entweder als *anwendbares internationales Recht* (bei Streitigkeiten innerhalb der EU) oder als „*inländische Tatsache*“ (bei Streitigkeiten zwischen EU-Mitgliedstaaten und Nicht-EU-Investor*innen) hat sich in der Praxis als nicht ganz hilfreich erwiesen. Nach den Worten eines Gelehrten auf dem Gebiet des Investitionsrechts „wenden internationale Investitionsgerichte das EU-Recht routinemäßig an und legen es aus, entweder in der Phase der Zuständigkeit oder in der Phase der Sachprüfung, unabhängig davon, ob das EU-Recht auf die Streitigkeit als Recht oder Tatsache anwendbar ist⁵³“. Während die ECV-Schiedsgerichte versucht haben, sich auf kreative Weise der Schlussfolgerung zu entziehen, dass Streitigkeiten innerhalb der EU die Anwendung von EU-Recht erfordern⁵⁴, wurden gelegentlich sogar ISDS-Schiedsgerichte, die sich mit ISDS-Ansprüchen außerhalb der EU befassen, aufgefordert, EU-Recht zu interpretieren und anzuwenden⁵⁵. Von den spanischen Fällen haben mehrere Gerichte das EU-Recht nur in Bezug auf Zuständigkeits-erwägungen, nicht aber in Bezug auf die Sachprüfung als anwendbar erachtet⁵⁶. Nichtsdestotrotz haben sich all diese ECV-Schiedsgerichte notwendigerweise mit der Auslegung des EU-Rechts befasst – und sei es nur, um die zahlreichen innergemeinschaftlichen Einwände der Europäischen Kommission und der beklagten Staaten gegen ihre Zuständigkeit zurückzuweisen.

Die Forderung, dass die Gerichte den „vorherrschenden Auslegungen“ der inländischen Behörden folgen müssen, wird ebenfalls nicht als absolute Garantie für richterliche

Gehorsamkeit dienen. Insbesondere kann sich ein Gericht bei Streitigkeiten über neuartige Fragen des EU-Rechts nicht auf „vorherrschende Auslegungen“ stützen, die es nicht gibt. In Ermangelung solcher Auslegungen kann ein Gericht durchaus aufgefordert werden, eigene Auslegungen zu entwickeln.

1.2.2 Konfliktregeln

Die Klassifizierung des anwendbaren Rechts hat Konsequenzen für die Lösung von *Konflikten* zwischen dem ECV und dem EU-Recht. Nach dem Völkergewohnheitsrecht können sich die Staaten „nicht auf die Bestimmungen ihres innerstaatlichen Rechts berufen, um die Nichterfüllung eines Vertrags zu rechtfertigen⁵⁷“. Daher muss in einem Rechtsstreit zwischen einem EU-Mitgliedstaat und einem*r Nicht-EU-Investor*in das EU-Recht als „innerstaatliche Tatsache“ betrachtet werden, und folglich sind Einreden auf der Grundlage des EU-Rechts nicht zulässig⁵⁸. Die einzige Ausnahme wären Fälle, in denen der Vertrag unter „offensichtlicher Verletzung“ einer „Bestimmung seines innerstaatlichen Rechts über die Zuständigkeit zum Abschluss von Verträgen“ geschlossen wurde⁵⁹.

Wenn das EU-Recht Teil des anwendbaren internationalen Rechts ist, müssen etwaige Widersprüche zwischen den Bestimmungen des EU-Rechts und des ECV durch Verweis auf die einschlägigen Konfliktregeln gelöst werden. Nach den Konfliktregeln des Völkergewohnheitsrechts können die multilateralen vertraglichen Verpflichtungen der Staaten außer Kraft gesetzt werden, wenn sie mit Verpflichtungen in späteren Verträgen unvereinbar sind (*lex posterior rule*)⁶⁰. Die EU hat argumentiert, dass sowohl die Beitrittsverträge als auch der Vertrag von Lissabon die „spätere“ Vereinbarung darstellen⁶¹. Die EU hat sich alternativ auch auf die „Konfliktregeln“ der EU-Verträge (Art. 351 AEUV) berufen; diese Bestimmung zielt darauf ab, Unvereinbarkeiten zwischen den EU-Verträgen und den früheren internationalen Abkommen der Mitgliedstaaten zu beseitigen⁶². Die Anwendung beider Bestimmungen hängt wohl von den relativen Beitrittsdaten ab, was zu ungleichen und willkürlichen Ergebnissen für die verschiedenen EU-Länder führt⁶³.

Die Berufung entweder auf Gewohnheitsrecht oder auf EU-Recht scheint jedoch durch den ECV, der „vorgibt, auf *lex posterior* Prinzipien zu verzichten“, nahezu verboten zu sein⁶⁴. Artikel 16 ECV sieht ausdrücklich vor, dass die Bestimmungen des ECV Vorrang vor allen früheren oder späteren Verträgen haben, die den Anleger*innen ein niedrigeres Schutzniveau

als das ihnen nach dem ECV gewährte einräumen⁶⁵. Den Vertragsparteien ist es daher effektiv untersagt, die Standards des Investitionsschutzes im ECV zu senken oder den Anwendungsbereich seiner Bestimmungen zur Streitbeilegung durch ein anderes internationales Abkommen einzuschränken. Die Gerichte in den spanischen Fällen haben in aller Deutlichkeit klargestellt, dass sie nach Artikel 16 verpflichtet sind, den Bestimmungen des ECV Vorrang einzuräumen, wenn sie aufgefordert werden, etwaige Unvereinbarkeiten zwischen EU-Recht und dem ECV zu lösen⁶⁶. Sie dürfen dem EU-Recht nur dann Vorrang einräumen, wenn es als günstiger für den Investitionsschutz erachtet wird.

Bisher hat noch kein Gericht eine Inkohärenz zwischen dem ECV und dem EU-Recht festgestellt. In Bezug auf mögliche Widersprüche hat sich die Position der Europäischen Kommission deutlich verschoben. Vor fast einem Jahrzehnt war die Kommission von der „Gleichwertigkeit des materiellen Schutzes zwischen dem EU-Recht und dem ECV unter unterschiedlichen Behandlungsstandards“ überzeugt, wobei sie oft betonte, dass das EU-Recht ein gleichwertiges Schutzniveau für Investor*innen und ein umfassendes System der gerichtlichen Überprüfung bietet. Seither hat die Kommission diese Einschätzung abgeschwächt⁶⁷. Bis 2017 stellte sie fest, dass „die Investitionsschutzvorschriften“ im ECV bzw. im EU-Recht „inhaltlich nicht identisch sind und von unterschiedlichen Richtern angewandt werden“, wodurch „die Gefahr von Konflikten zwischen dem internationalen Investitionsvertrag und dem Unionsrecht“ besteht⁶⁸. Ein neuerer Gerichtsentscheid fasste den Einwand der Kommission gegen die Rechtsprechung alarmierender zusammen: „[d]ie innergemeinschaftliche Anwendung des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft würde die Gefahr eines materiellen Konflikts zwischen dem EU-Recht zum Energie- und Investitionsschutz und den Bestimmungen des ECV schaffen“⁶⁹. In der Tat zeigt die Tatsache, dass ausländische Investor*innen in den spanischen Fällen im Vergleich zu nationalen Investor*innen eine höhere Entschädigung erhalten haben, deutlich, dass die jeweiligen Behandlungsstandards der EU und des ECV nicht gleichwertig sind.

Die Modernisierungsvorschläge der Europäischen Kommission berühren Artikel 16 nicht (auch andere Vertragsparteien haben ihn nicht zur Diskussion gestellt). Der Grund dafür könnte darin liegen, dass die Modernisierungsvorschläge der EU nur für Streitigkeiten außerhalb der EU gedacht sind, da die Kommission Fälle innerhalb der EU als ungünstig betrachtet.

Artikel 16 kann jedoch bei der Lösung von Konflikten mit anderen Rechtsordnungen zum Tragen kommen, insbesondere mit anderen multilateralen Abkommen, die den Energiesektor, das Klima oder die nachhaltige Entwicklung betreffen. Wie weiter unten erörtert (siehe 3.1), könnte eine Neudefinition des Verhältnisses zwischen dem ECV und dem Pariser Abkommen allen ECV-Vertragsstaaten bei der Verfolgung ihrer Klimaziele besser dienen. Die Vorschläge zur Modernisierung des ECV vernachlässigen diese Überlegungen völlig.

1.2.3 Kompetenzverteilung

Ein internationales Abkommen kann die Aufteilung der Zuständigkeiten zwischen der EU und ihren Mitgliedstaaten nicht beeinflussen, die strikt eine Frage des EU-Rechts ist⁷⁰. In seiner Stellungnahme 1/17 gelangte der Gerichtshof zu der Überzeugung, dass die ausschließliche Zuständigkeit des Gerichtshofs für Entscheidungen über die Verteilung der Zuständigkeiten zwischen der Union und ihren Mitgliedstaaten gewahrt bleibt, da CETA der EU die Befugnis überträgt, zu bestimmen, ob die EU oder ein Mitgliedstaat in einem ICS-Streitfall Beklagte*r sein soll⁷¹.

Im Rahmen des ECV ist die EU derzeit nicht befugt, zu bestimmen, ob die EU oder ein Mitgliedstaat der/die richtige Beklagte ist. Die EU ist nur dann in der Lage, eine solche Zuständigkeit nach dem ECV zu bestimmen, wenn der/die Investor*in die Bestimmung des/der geeigneten Antragsgegners*in nicht zwingend verlangt⁷². Dies wurde von der EU in einer einseitigen Erklärung von 1998 ausgeführt, die in einer Fußnote klarstellt, dass eine solche Bestimmung in jedem Fall unverbindlich ist⁷³. Obwohl eine EU-Verordnung (912/2014) eingeführt wurde, die einen Rahmen für eine solche Zuweisung bietet - und die Verordnung gilt auch für den ECV -, um in Bezug auf Streitfälle im Rahmen des ECV wirksam zu sein, ist es notwendig, dass eine entsprechende Bestimmung in den Text des ECV aufgenommen wird. Darüber hinaus kann die EU nicht Beklagte sein, wenn der/ die Investor*in sich dafür entscheidet, seinen/ ihren Anspruch beim ICSID einzureichen, da die EU keine Vertragspartei des ICSID-Übereinkommens ist (und auch nicht werden kann).

Die Modernisierungsvorschläge der EU gehen auf diese Frage überhaupt nicht ein. Angesichts des Gewichts, das der EuGH den äquivalenten Bestimmungen von CETA beim EuGH einräumt, erscheint diese Auslassung im Hinblick auf die Rechtmäßigkeit der EU erheblich.

1.3 INHALTLICHE FRAGEN

1.3.1 Standards zum Investitionsschutz

Der derzeitige Standard der „fairen und gerechten Behandlung“ (FET) des ECV ist nachweislich weitreichender als gleichwertige Schutzstandards nach EU-Recht. Der ECV bietet derzeit auch einen sehr weitreichenden Schutz für gedeckte Investor*innen vor Enteignung und „indirekter“ Enteignung⁷⁴.

Die Vorschläge der Kommission zur Modernisierung des ECV würden die etwas engeren Standards des Investitionsschutzes des CETA weitgehend in den ECV übernehmen. Bei der Bewertung der Investitionsschutzstandards im CETA stellte der EuGH fest, dass diese im CETA ausreichend eingeschränkt worden waren, um nur die schwersten Fälle abzudecken⁷⁵. Der vorgeschlagene FET-Standard würde sich daher auf eine erschöpfende Liste von Situationen beschränken, die eine schwerwiegendere Misshandlung von Investor*innen darstellen, wie z. B. Rechtsverweigerung, grundlegende Verletzung eines ordnungsgemäßen Verfahrens und offensichtliche Willkür⁷⁶. Wie CETA enthalten auch die vorgeschlagenen FET-Bestimmungen eine Klausel, die es den Gerichten erlaubt, „zu berücksichtigen, ob eine Vertragspartei gegenüber einem*r Investor*in eine spezifische Zusicherung gemacht hat, um eine gedeckte Investition zu veranlassen, die eine berechtigte Erwartung geschaffen hat“. Im Gegensatz zum CETA gäbe es keinen Mechanismus, der es den Vertragsstaaten des ECV erlauben würde, „den Inhalt der [FET-]Verpflichtung regelmäßig zu überprüfen“⁷⁷. Die Europäische Kommission schlägt ferner vor, den Anhang von CETA zur Enteignung in den ECV umzusetzen⁷⁸.

Wie oben erwähnt, setzte die positive Bewertung des CETA durch den EuGH eine sehr niedrige Messlatte für die Vereinbarkeit mit dem EU-Recht. Diese Standards sind immer noch weit gefasst und räumen den Schiedsrichter*innen einen erheblichen Ermessensspielraum bei der Auslegung ein. Die Herangehensweise der Gerichte in den spanischen Fällen (siehe Exkurs 2) unterscheidet sich deutlich von der des EuGH im Bezug auf die berechtigten Erwartungen⁷⁹. Die Europäische Kommission ihrerseits ist davon überzeugt, dass Spanien „nicht gegen die Grundsätze der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes nach Unionsrecht verstoßen hat“⁸⁰. Da die Gerichte die berechtigten Erwartungen der Investor*innen in diesen Fällen sehr unterschiedlich auslegen, schränken die Vorschläge der Kommission künftige ECV-Schiedsgerichte nicht wesentlich darin

ein, den FET-Standard in ähnlich extensiver oder inkonsistenter Weise anzuwenden. Es besteht weder die Anforderung, dass bestimmte Darstellungen schriftlich niedergelegt werden müssen, noch gibt es Einschränkungen hinsichtlich des Ausmaßes der Autorität, die von öffentlichen Bediensteten, die solche Darstellungen abgeben, ausgeübt wird. Diese Bestimmungen gehen auch nicht auf die Fragen ein, die sich in fast allen spanischen Fällen stellen, wie z. B. die Bedeutung der Sorgfaltspflicht von Investor*innen oder die Frage, ob sich aus der Gesetzgebung oder dem allgemeinen Rechtsrahmen Erwartungen ergeben können.

Weit gefasste Qualifizierungsmerkmale wie „fundamental“ und „manifest“ geben den Schiedsrichter*innen einen erheblichen Ermessensspielraum bei der Festlegung der Konturen des FET-Standards. Auch eine Reihe nicht definierter Qualifizierungsmerkmale für die Bestimmung der „indirekten“ Enteignung würde letztlich den Schiedsgerichten Spielraum zur Auslegung überlassen. Zum Beispiel wird eine Maßnahme nur dann nicht auf eine „indirekte“ Enteignung hinauslaufen, wenn ihre „Auswirkungen“ im Hinblick auf ihren Zweck nicht „so schwerwiegend sind, dass sie *offensichtlich* übertrieben erscheinen“⁸¹.



INKOHÄRENZ UND ÜBERKOMPENSATION: DIE SPANISCHEN FÄLLE

Das Sonderregime

Spaniens so genanntes „Sonderregime“⁸² wurde durch das Elektrizitätsgesetz von 1997 (Ley del Sector Eléctrico, 54/1997) und den Königlichen Erlass 661/2007 eingerichtet. Die letztgenannte Verordnung – vor der Finanzkrise von 2007 verabschiedet – schuf großzügige Anreize zur Förderung der spanischen Kapazitäten für erneuerbare Energien im Einklang mit den Zielen des Kyoto-Protokolls von 1997 sowie den EU-Richtlinien. Der Erlass von 2007 sah feste Preise für Strom aus erneuerbaren Energien vor, die als Einspeisetarife (FITs) bekannt sind. Doch schon bald begannen die Kosten für erneuerbare Technologien dramatisch zu sinken, die Investitionen stiegen sprunghaft an, und das FIT-System erzeugte ein nicht nachhaltiges „Tarifdefizit“ (die Lücke zwischen Kosten und Einnahmen). Mit dem zusätzlichen Druck der globalen Finanzkrise wurde eine Reduzierung der FIT unausweichlich.

In den Jahren 2013 und 2014 führte Spanien eine Reihe von Maßnahmen ein, die dieses Sonderregime aufhoben, ihre Vorteile beseitigten und den Vergütungssatz für bestehende Anlagen für erneuerbare Energien senkten. Dies setzte eine Flut von Ansprüchen aus dem ECV in Gang. Investor*innen, die eine Entschädigung für Änderungen der Regelungen fordern, haben 47 Verfahren eingeleitet, von denen 28 noch anhängig sind (siehe Anhang 1). Bis heute wurden 14 der Ansprüche zugunsten der Investor*innen und drei zugunsten des Staates entschieden; ein Verfahren wurde eingestellt und ein Schiedsspruch anschließend annulliert⁸³.

Spanien wurde zur Zahlung einer Entschädigung in Höhe von insgesamt fast 1 Milliarde Euro verurteilt. Investor*innen, die unter dem ECV geschützt sind, haben von den Entschädigungsniveaus profitiert, die inländischen Kleinanleger*innen und Bürger*innen, die von den gleichen regulatorischen Änderungen betroffen sind, nicht zur Verfügung stehen⁸⁴. Die Mehrheit der Kläger*innen in diesen Fällen sind Private Equity-Fonds und andere Finanzinvestor*innen⁸⁵. Die einzigen inländischen Firmen, die den ECV nutzen konnten, sind große multinationale Unternehmen, die den Schutz des ECV aufgrund von Unternehmensstrukturen beanspruchten, die Tochtergesellschaften außerhalb Spaniens umfassen. In der Tat deutet die Tatsache, dass einige Antragsteller*innen auch nach der Geltendmachung ihrer Ansprüche aus dem ECV weiterhin in Spanien investierten, darauf hin, dass einige dieser Investoren ISDS weniger „als eine Versicherungspolice“, sondern vielmehr als „eine zusätzliche Gewinnquelle“ betrachten⁸⁶.

Als Reaktion auf seine wachsenden Vergabeverpflichtungen führte Spanien 2019 eine weitere Änderung ein (RDL 17/2019), die eine höhere garantierte Rendite für erneuerbare Anlagen bis 2031 verspricht und Investor*innen nur unter der Bedingung zur Verfügung steht, dass sie bis zum 30. September 2020 auf ihre Ansprüche aus dem ECV gegen Spanien verzichten. Ob sich diese Strategie als wirksam erweisen wird, wird erst die Zeit zeigen⁸⁷.

Berechtigte Erwartungen

Die bisher 17 Schiedssprüche hingen weitgehend von der unterschiedlichen Auslegung von Art. 10(1) ECV durch die jeweiligen Gerichte ab, der die Vertragsparteien unter anderem verpflichtet, „stabile, gerechte, günstige und transparente Bedingungen für Investor*innen zu schaffen“ und ihren Investitionen eine „faire und gerechte Behandlung“ (FET) zu gewähren. Der ECV bezieht sich nicht auf „berechtigte Erwartungen“. Dies ist jedoch ein etabliertes (und umstrittenes) Prinzip der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit, das seit langem zur Erweiterung des FET-Standards beiträgt. Die spanischen Fälle sind ein nützliches Beispiel dafür, wie die unterschiedlichen Herangehens-

weisen von Schiedsrichter*innen an die Frage des Vertrauensschutzes zu höchst widersprüchlichen Ergebnissen bei gleichen Sachverhalten führen können. Sogar Kommentator*innen aus der Schiedsgerichtsindustrie weisen darauf hin, dass die widersprüchlichen Interpretationen des FET-Standards des ECV durch diese Gerichte in Bezug auf weitgehend dieselben materiellen Fakten ein Fehlen einer „kohärenten Struktur“ in diesen Entscheidungen offenbaren⁸⁸.

Der erste Schiedsspruch – *Charanne*, zugunsten Spaniens - fand keine Grundlage für die berechtigten Erwartungen des Investors⁸⁹. Das Gericht wies nachdrücklich das Argument zurück, der RD 661/2007 könne in eine „spezifische Verpflichtung des Staates“ umgewandelt werden, da dies „eine übermäßige Beschränkung der Befugnis der Staaten, die Wirtschaft im Einklang mit dem öffentlichen Interesse zu regulieren“, darstellen würde⁹⁰.

In der überwiegenden Mehrheit der nachfolgenden Schiedssprüche haben die Gerichte jedoch akzeptiert, dass die Investor*innen solche berechtigten Erwartungen auf einen Gewinn hatten, die sich entweder aus dem *allgemeinen Rechtsrahmen*⁹¹ oder aus einer *spezifischen Stabilisierungsverpflichtung* ergaben: nämlich Artikel 44.3 des RD 661/2017, in dem es hieß, dass künftige „Revisionen“ der Regelung die bestehenden Einrichtungen nicht beeinträchtigen würden. Dies wurde festgehalten, um den Investor*innen eine feste Rendite für die gesamte Lebensdauer ihrer Investition zu garantieren⁹². Andere Gerichte waren geteilter Meinung darüber, ob eine Registrierungs- pflicht in RD 661/2017 die berechtigten Erwartungen der Investor*innen kennzeichnet⁹³.

Alternativ dazu wiesen Eiser und andere Gerichte das Argument zurück, dass RD 661/2017 die Grundlage „*unveränderlicher wirtschaftlicher Rechte*“⁹⁴ sein könnte, akzeptierten aber, dass die Erwartungen der Investor*innen durch Spaniens „grundlegende“, „unerwartete“ und „unangemessene“ Überarbeitung der bestehenden Regelungen enttäuscht wurden, selbst wenn Spanien keine spezifische Verpflichtung eingegangen war⁹⁵. Im Gegensatz dazu wurde in einer kürzlich getroffenen Ausreißer-Entscheidung zugunsten Spaniens anerkannt, dass die Regierung in „gutem Glauben“ gehandelt habe, um „die Ungleichgewichte zu beheben, die das Ausgleichssystem im spanischen Elektrizitätssystem in einer heiklen Zeit der internationalen Wirtschaftskrise erzeugt hatte“⁹⁶. Die Mehrheitsentscheidung kam zu dem Schluss, dass die Korrekturmaßnahmen Spaniens zwar „unangenehme Folgen“ für die Investor*innen gehabt haben könnten, aber vernünftig und im öffentlichen Interesse seien⁹⁷.

Sorgfaltspflicht?

Vor RD 661/2007 wurde eine Reihe von Erlassen über erneuerbare Energien angenommen und anschließend geändert. Der spanische Oberste Gerichtshof hatte 2005 entschieden, dass die Regierung durch nichts daran gehindert sei, die Anreize für erneuerbare Energien zu ändern. Spätere Urteile des Obersten Gerichtshofs bestätigten dies⁹⁸. *Charanne* betonte, dass sich die Investor*innen dieser Entwicklungen hätten bewusst sein müssen, und dämpfte ihre Gewinnerwartungen⁹⁹. In ähnlicher Weise betonte das *Isolux*-Schiedsgericht, dass die Kläger*innen im Jahr 2012 vernünftigerweise keine solchen berechtigten Erwartungen hätten haben können, da sich zu diesem Zeitpunkt das regulatorische Umfeld offensichtlich änderte¹⁰⁰. Auf dieser Grundlage verweigerte das PV Investors-Schiedsgericht den Investitionen der Kläger*innen aus dem Jahr 2008 jeglichen Nutzen aus den in RD 661/2007 enthaltenen angeblichen Verpflichtungen; die Investor*innen hätten eine Due-Diligence-Prüfung durchführen und sich bewusst sein müssen, dass die inländische Rechtsprechung nur eine Garantie für eine „angemessene Rentabilität“ im Rahmen des Gesetzes von 1997 anerkennt¹⁰¹.

Das *Watkins*-Schiedsgericht hat jedoch kürzlich die berechtigten Erwartungen der Investor*innen anerkannt – wiederum auf der Grundlage der angeblichen „Stabilisierungsverpflichtung“ in RD 661/2007 – obwohl die Kläger*innen zunächst 2011 ein Portfolio von Windparks erworben und 2016 für 42 Millionen Euro Gewinn verkauft hatten. Den *Watkins*-Kläger*innen wurden weitere 77 Millionen Euro Entschädigung zugesprochen¹⁰².

1.3.2 Das Recht auf Regulierung

In seiner Stellungnahme 1/17 schlug der Gerichtshof vor, dass die bloße Möglichkeit, dass „die Union – oder ein Mitgliedstaat im Zuge der Umsetzung von EU-Recht – Rechtsvorschriften ändern oder zurückziehen muss“ als Folge des ICS, bedeuten würde, „dass eine solche Vereinbarung die Fähigkeit der Union untergräbt, innerhalb ihres einzigartigen Verfassungsrahmens autonom zu handeln“¹⁰³. Letztendlich stellte der EuGH jedoch fest, dass Verweise im CETA auf das „Recht der Staaten auf Regulierung“ einen wirksamen Schutz gegen Eingriffe der ICS-Schiedsgerichte in den innenpolitischen Raum bieten¹⁰⁴.

Für die Modernisierung des ECV wird von der Europäischen Kommission eine Reihe von Verweisen auf das Recht der Staaten auf Regulierung vorgeschlagen. Damit werden viele Bestimmungen aus dem CETA in den ECV übernommen¹⁰⁵. Beispielsweise bekräftigen die vorgeschlagenen Artikel über „Regulierungsmaßnahmen“ das „Recht der Staaten, in ihrem Hoheitsgebiet zu regulieren, um legitime politische Ziele wie den Schutz der Umwelt, einschließlich der Bekämpfung des Klimawandels, zu erreichen...“ Es ist äußerst zweifelhaft, dass solche Verweise ausreichen, um die Ausübung der Regulierung durch die Staaten von künftigen Herausforderungen im Rahmen des ECV abzuschotten. Wie weithin festgestellt wurde, schließen die „Schutzvorkehrungen“ von CETA mögliche Eingriffe der ICS-Gerichte in die angebliche Regulierungsautonomie der EU und ihrer Mitgliedstaaten im Großen und Ganzen nicht aus, sondern beschränken sie lediglich¹⁰⁶.

Während der EuGH davon überzeugt war, dass ein ICS-Schiedsgericht nicht dafür zuständig ist, das Schutzniveau einer Partei in Bezug auf eine beliebige Anzahl legitimer öffentlicher Interessen „in Frage zu stellen“, haben Gerichte, die sich mit den spanischen Fällen – oder auch mit jedem

anderen ISDS-Streitfall – befassen, dieses Recht nie wirklich in Frage gestellt. Tatsächlich dürfte die Tatsache, dass Staaten ein „Recht auf Regulierung“ haben, wohl kaum jemals in Frage gestellt werden. Vielmehr haben ECV-Gerichte häufig festgestellt, dass das „Recht zu regulieren“ die Verpflichtung des Staates zur Erfüllung seiner Verpflichtungen aus dem ECV nicht grundlegend ändert. Insbesondere entbindet dieses Recht die Vertragsstaaten des ECV nicht von der Verpflichtung, sicherzustellen, dass Kosten, die aus solchen Regulierungsmaßnahmen entstehen, nicht von geschützten Investor*innen getragen werden¹⁰⁷.

Die Schlussfolgerung des EuGH in der Stellungnahme 1/17 stellt die Auswirkungen solcher Kosten auf fatale Weise falsch dar und unterschätzt sie. Der Gerichtshof betonte, dass die ICS-Schiedsgerichte nicht befugt sind, „eine angefochtene Maßnahme für nichtig zu erklären oder zu verlangen, dass das innerstaatliche Recht der betreffenden Partei mit dem CETA vereinbar gemacht wird“, sondern lediglich eine Entschädigung für Verstöße gegen die Investitionsbestimmungen zusprechen können¹⁰⁸. Tatsächlich sind ISDS-Schiedsgerichte fast immer darauf beschränkt, Anleger*innen eine Entschädigung zuzusprechen; Diskussionen über alternative Rechtsmittel (wie z.B. Rückerstattung) im Rahmen von Investitionsschiedsverfahren sind äußerst selten¹⁰⁹.

Aber Staaten können immer noch geneigt sein, eher im Interesse der Anleger*innen als im öffentlichen Interesse zu regulieren – *oder überhaupt nicht zu regulieren* (sog. „regulatory chill“) –, um „zu vermeiden, dass sie wiederholt gezwungen werden..., dem klagenden Anleger Schadenersatz zu zahlen“¹¹⁰. Bei der „Wahl“, ob geschützte Anleger*innen beschwichtigt werden sollen oder nicht, um einen ISDS-Rechtsstreit zu vermeiden, wird jedes „Recht auf Regulierung“ zwangsläufig einer Kosten-Nutzen-Analyse ausgesetzt, zum Nachteil der nicht investiven Ziele des öffentlichen Interesses.

2. Die Horizonte des EU-Rechtes

Die in Teil 1 beschriebenen gerichtlichen Anfechtungen der Europäischen Kommission gegenüber den ECV-Gerichten sind bis zu einem gewissen Grad das Ergebnis besonderer juristischer Bedenken, die spezifisch für das EU-Recht sind. Die Kommission steht seit über einem Jahrzehnt im Dialog mit verschiedenen ECV-basierenden ISDS-Schiedsgerichten. Bislang hat noch kein Gericht diese Bedenken als relevant für die Ausübung seiner Rechtsprechung angesehen. Vereinfacht gesagt: Die Versuche der Europäischen Kommission, dem internen EU-Recht einen besonderen Charakter zu verleihen, um es als Verteidigung gegen das ISDS-Regime zu nutzen, könnten schnell an ihre Grenzen stoßen.

Erstens veranlassen die Versuche der Kommission, den ECV in seine „Intra-EU / Extra-EU“-Anwendung zu zerschneiden, Anwaltskanzleien dazu, Investor*innen dabei zu unterstützen, sich der „EU“-Identität zu entziehen. Die Vorschläge im Modernisierungsplan der Kommission könnten einen gewissen Beitrag dazu leisten, dies zu verhindern, allerdings mit nur wenigen Garantien. Darüber hinaus kann die Strategie der Kommission, das EU-Wettbewerbsrecht anzuwenden, um die Vollstreckung von Schiedssprüchen innerhalb der EU, die im Rahmen des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft ergangen sind, zu vereiteln, dazu beitragen, die Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten zu gewährleisten, ist aber selbst im Rahmen des EU-Rechts begrenzt. Sie lässt auch die Frage offen, wie die Kommission beabsichtigt, die Anwendung des ECV für „Projekte, an denen sowohl EU- als auch Nicht-EU-Investoren beteiligt sind“, innerhalb der EU „rechtlich zu entflechten“, ohne willkürliche oder diskriminierende Ergebnisse zu erzielen¹¹¹. Ob diese EU-internen Schiedssprüche „nicht durchsetzbar“ sind – wie die Kommission behauptet – könnte letztlich außerhalb der EU-Grenzen entschieden werden. Da die Haftung für die Schiedssprüche in den spanischen Fällen bei fast 1 Milliarde Euro liegt, kann man nur spekulieren, wie lange die EU und ihre Mitgliedstaaten durchhalten würden, bevor sie vor dem Druck der Gläubiger kapitulieren, die die Vollstreckung dieser Schiedssprüche vor den Gerichten von Nicht-EU-Staaten fordern.

2.1 NATIONALITÄTENS SHOPPING

Es ist bekannt, dass Investor*innen Mantelgesellschaften benutzen, um eine „Gefälligkeitsnationalität“ anzunehmen, um den Schutz eines internationalen Investitionsabkommens in Anspruch zu nehmen. Forum-Shopping und Vertrags-Shopping sind bekannte Strategien in ISDS-Streitigkeiten: Niederländische Briefkastenfirmen steckten hinter einer beträchtlichen Anzahl der spanischen Fälle; zwei Kläger waren wohlhabende spanische Staatsbürger, die versuchten, sich als „niederländische“ Investoren durch solche Firmen Schutz zu sichern¹¹².

Internationale Anwaltskanzleien ermutigen bereits jetzt EU-Investor*innen, sich strategisch um einen Nicht-EU-Heimatstaat-Status für ihre EU-Investitionen zu bemühen. Wie populär diese Strategie wird, hängt von einer Vielzahl von Faktoren ab, aber Großbritannien und die Schweiz werden aufgrund ihrer Nähe und der Leichtigkeit, mit der sie Geschäfte machen können, bereits als günstige Gerichtsbarkeiten angepriesen¹¹³. Ein Anwalt rät: „Sobald das Vereinigte Königreich die EU verlassen hat, wird ein ECV-Schiedsverfahren, das von einem britischen Unternehmen gegen einen EU-Mitgliedstaat oder von einem Unternehmen eines Mitgliedstaates gegen das Vereinigte Königreich angestrengt wird, kein innergemeinschaftliches Schiedsverfahren mehr sein, und daher sollte Achmea überhaupt nicht mehr gelten... Die Tatsache, dass ein britisches Investorenunternehmen im Besitz und/oder unter der Kontrolle eines EU-Unternehmens steht, sollte irrelevant sein: Investitionsvertrags-Schiedsgerichte lehnen es im Allgemeinen ab, bei der Bestimmung der Nationalität über den Gründungsort des Investorenunternehmens hinaus zu schauen¹¹⁴.

Dies eröffnet die Möglichkeit, dass sich jede Unterscheidung innerhalb der EU letztlich in stellvertretenden Rechtsstreitigkeiten über die Einkaufsstrategien von Investor*innen hinsichtlich ihrer Nationalität niederschlägt. Die Festlegung der Konturen der Anwendung des ECV – und des EU-Rechts – könnte dann bis zu einem gewissen Grad vom Geschäftsumfeld der Nicht-EU-Vertragsstaaten des ECV, von den Ressourcen der Investor*innen, ihre Investitionen entsprechend zu strukturieren, und vom Ermessen der ISDS-Schiedsgerichte abhängen, zu beurteilen, ob

sie dadurch für den Schutz durch den ECV qualifiziert sind. Nichts davon klingt nach einem vorhersehbaren und stabilen rechtlichen Umfeld.

Der Modernisierungsvorschlag der Europäischen Kommission würde die Definition des Begriffs „gedeckter Anleger“ auf diejenigen beschränken, die im „Herkunftsstaat“ eine „wesentliche Geschäftstätigkeit“ ausüben, was als gleichbedeutend mit einer „effektiven und kontinuierlichen Verbindung“ nach EU-Recht zu verstehen ist¹¹⁵. Ein neuer Artikel über „leichtfertige Forderungen“ würde die Gerichte auch verpflichten, sich für unzuständig zu erklären, „wenn die Streitigkeit zu dem Zeitpunkt, zu dem der Kläger das Eigentum oder die Kontrolle über die Investition erworben hat, entstanden ist oder aufgrund eines hohen Wahrscheinlichkeitsgrades vorhersehbar war“ und das Gericht feststellt, dass dieser Erwerb „hauptsächlich zum Zweck der Einreichung einer Klage“ erfolgt ist¹¹⁶.

Ob sich diese von der Kommission vorgeschlagenen Definitionsverfeinerungen als ausreichend erweisen werden, um sicherzustellen, dass „Briefkastenfirmen keine Streitigkeiten nach dem ECV anstrengen können¹¹⁷“, hängt zu einem großen Teil davon ab, wie künftige Gerichte sie auslegen. Sicherlich könnten die ECV-Vertragsparteien das Risiko des Nationalitäten-Shoppings verringern, indem sie einschränken, welche Investor*innen oder Investitionen unter den Vertrag fallen, oder indem sie Mechanismen vorsehen, durch die Ansprüche unter bestimmten Kriterien ausgeschlossen werden können. Die Rechtsprechung veranschaulicht jedoch, dass schlecht definierte Begriffe (einschließlich „Vorhersehbarkeit“) zu „widersprüchlichen und unvorhersehbaren“ Vorgehensweisen der Gerichte beigetragen haben¹¹⁸.

Die Kommission hat ferner vorgeschlagen, die „Verweigerungsklausel“ in Artikel 17 ECV zu reformieren. Dieser Artikel sieht derzeit vor, dass sich die Vertragsparteien das Recht vorbehalten, „die Vorteile“ der Bestimmungen des ECV über den Investitionsschutz „zu verweigern“, was sich auf besondere Umstände beschränkt – z. B. wenn „Bürger oder Staatsangehörige eines Drittstaates die Investition besitzen oder kontrollieren“ und es „keine wesentlichen Geschäftstätigkeiten“ im vermeintlichen „Herkunftsstaat“ des*r Investierenden gibt. Die Kommission beabsichtigt, Artikel 17 um eine Klarstellung zu ergänzen, dass die Vertragsparteien die Anwendung der Investitionsschutzbestimmungen „ohne vorherige Bekanntmachung oder zusätzliche Formalität¹¹⁹“ verweigern können. Damit soll vermut-

lich die Streitbeilegung ausgeschlossen werden, da dieses Recht in der bisherigen schiedsgerichtlichen Praxis sehr eng ausgelegt wird: Es kann nicht dazu dienen, die Gerichtsbarkeit auszuschließen¹²⁰ und muss pro-aktiv und rechtzeitig, d. h. vor Beginn eines Schiedsverfahrens, ausgeübt werden¹²¹.

Der Vorschlag der Kommission würde jedoch jeglichen Nutzen von Artikel 17 zum Schutz vor „Nationalitäten-Shopping“ zunichtemachen. Erstens hat sie keine Änderung der Definition von „Drittstaaten“ gemäß Artikel 17 vorgeschlagen; bisher wurde dies so ausgelegt, dass dies nur für Nichtvertragsparteien des ECV gilt¹²². Dies würde daher nicht dazu beitragen, Nationalitäten-Shopping durch Investor*innen aus Vertragsstaaten des ECV zu verhindern. Darüber hinaus schlägt die Kommission vor, die entsprechende Passage über „Eigentum“, „Kontrolle“ oder „wesentliche Geschäftstätigkeiten“ vollständig aus Artikel 17 zu streichen.

Schließlich schlägt die Kommission vor, die Definition von „Investition“ auf „Investitionen, die in Übereinstimmung mit dem anwendbaren Recht und dem innerstaatlichen Recht der Gastvertragspartei getätigt werden“ zu beschränken¹²³ – ein ziemlich üblicher Vorbehalt bei BITs. An anderer Stelle zielt eine Fußnote, die der Schiedsklausel des ECV hinzugefügt wird, darauf ab, Ansprüche „unzulässig zu machen, wenn die Investition durch betrügerische Falschdarstellung, Verschleierung, Korruption oder ein Verhalten, das einem Verfahrensmisbrauch gleichkommt, getätigt wurde¹²⁴“. Beschränkungen der Zuständigkeit oder Zulässigkeit auf der Grundlage dieser Bestimmungen hätten erheblich weiter gehen können, nicht nur bei der Frage des Nationalitäten-Shoppings, sondern auch durch eine ausdrückliche Verknüpfung des Anlegerschutzes nach dem ECV mit der Einhaltung von Standards des Unternehmensverhaltens, Due-Diligence-Pflichten, Menschenrechten oder Umweltvorschriften durch die Investor*innen (siehe unten 3.3).

2.2 WETTBEWERBSRECHT

Das Verhältnis der EU-Regeln für staatliche Beihilfen zu Investitionsschiedsverfahren ist für die Frage des ECV ziemlich kritisch geworden. Die Einstufung des Entschädigungsschiedspruchs im *Micula*-Fall durch die Europäische Kommission als neue staatliche Beihilfe hat sich als ein zentraler Streitpunkt bei den Versuchen der Kommission erwiesen, die Durchsetzung des Schiedspruchs zu vereiteln. Die EU-Verträge verbieten im Allgemeinen

ENTSCHÄDIGUNG ALS 'NEUE STAATLICHE BEIHILFE': MICULA

Im Jahr 2005 verklagten Investor*innen Rumänien im Rahmen des schwedisch-rumänischen BIT aus dem Jahr 2002 auf Schadenersatz wegen der Abschaffung von Steueranreizen, die Investitionen in unterentwickelten Regionen fördern sollten. Diese Anreize sollten bis 2009 gelten, wurden jedoch 2004 im Rahmen der Beitrittsverhandlungen Rumäniens mit der EU aufgehoben, nachdem sie als unvereinbar mit den EU-Vorschriften für staatliche Beihilfen eingestuft worden waren¹²⁵. Die Kommission griff in das ICSID-Verfahren als *amicus curiae* ein, um zu beanstanden, dass die Aufhebung der Anreize nach EU-Recht erforderlich gewesen sei und dass „eine Entscheidung, die die von Rumänien abgeschafften Privilegien wiederherstellt oder die Antragsteller für den Verlust dieser Privilegien entschädigt, zur Gewährung neuer Beihilfen führen würde, die nicht mit dem EG-Vertrag vereinbar wären“. Im Jahr 2013 stellte das ICSID-Schiedsgericht dennoch fest, dass die Maßnahmen die berechtigten Erwartungen der Antragsteller*innen verletzen, indem sie gegen den FET-Standard verstießen, und sprach den Investor*innen 178 Millionen Euro zu.

Während der Versuch Rumäniens, den ICSID-Schiedsspruch 2013 zu annullieren, scheiterte, erließ die Kommission eine einstweilige Verfügung, die Rumänien an der Zahlung hinderte. In der Folge erklärte die Kommission, dass die Zahlung des Micula-Schiedsspruchs „eine staatliche Beihilfe im Sinne von Artikel 107 Absatz 1 [AEUV] darstellt“ (Kommissionsbeschluss 2015 (Rumänien))¹²⁶. Da das EU-Beihilfenrecht Primärrecht ist, hat es Vorrang vor den internationalen Verpflichtungen der Mitgliedstaaten“, und die Kommission ordnete an, dass Rumänien keine Entschädigungszahlungen leisten und bereits geleistete Zahlungen zurückfordern müsse¹²⁷.

Nicht so schnell...

Dann, im Jahr 2019, entschied der Gerichtshof des EuGH, dass die Kommission nicht befugt war, die Rechtmäßigkeit der Anreize nach EU-Recht zu beurteilen, da das „Recht der Investoren auf die Entschädigung“ entstand, als Rumänien die Anreize 2004 aufhob, aber das EU-Recht in Rumänien erst mit dem EU-Beitritt am 1. Januar 2007 anwendbar wurde¹²⁸. Indem sie diese Unterscheidung (zwischen „vor oder nach dem Beitritt“) unterließ, hatte die Kommission „ihre Befugnisse im Bereich der Überprüfung staatlicher Beihilfen überschritten¹²⁹“. Die Kommissionsentscheidung 2015 (Rumänien) wurde daher in vollem Umfang für nichtig erklärt. Die Kommission hat gegen das Urteil beim Gerichtshof Berufung eingelegt.

Dementsprechend würde, wenn ein ISDS-Schiedsspruch den Anleger*innen Anspruch auf eine Entschädigung in Höhe des Nutzens eines widerrufenen unrechtmäßigen Anreizes verleiht, die Zahlung dieser Entschädigung indirekt die unrechtmäßige staatliche Beihilfe wiederherstellen¹³⁰. Aber damit eine Maßnahme als „Beihilfe“ eingestuft werden kann, muss sie dennoch Artikel 107 Absatz 1 AEUV erfüllen, der unter anderem verlangt, dass die Zahlung dem Mitgliedstaat zuzurechnen ist¹³¹. Was ist, wenn die Zahlung der Entschädigung „unfreiwillig“ erfolgt? Im Kommissionsbeschluss 2015 (Rumänien) hielt die Kommission diesem Einwand entgegen, indem sie hervorhob, dass Rumänien dem BIT freiwillig beigetreten sei¹³². Es bleibt abzuwarten, ob diese Position zur Zurechenbarkeit im Zusammenhang mit der Vollstreckung von EU-internen ICSID-Schiedssprüchen vor Gerichten von Nicht-EU-Staaten noch haltbar ist.

Freiwillige Zahlungen?

Zumindest anfangs diente der Kommissionsbeschluss 2015 (Rumänien) dazu, die Gerichte der EU-Mitgliedstaaten an der Durchsetzung des Micula-Schiedsspruchs zu hindern. Zum Beispiel gewährten die britischen Gerichte Rumänien einen Aufschub der Vollstreckung unter Berufung auf die „Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit“ beider Mitgliedstaaten und das (damals noch ausstehende) Urteil des EuGH. Im Februar 2020 hob der Oberste Gerichtshof des Vereinigten Königreichs diesen Vollstreckungsaufschub jedoch unter Berufung auf seine Verpflichtungen gemäß Art. 54 der ICSID-Konvention auf (weiter unten erörtert, siehe 2.3.1). Der Gerichtshof argumentierte unter anderem, dass der EuGH, da die EU keine Vertragspartei der ICSID-Konvention ist, den britischen Gerichten die Auslegung der Konvention überlassen sollte¹³³. Folglich wird das Vereinigte Königreich als „fruchtbarer Boden“ für die Vollstreckung von Schiedssprüchen gepriesen, nachdem es gezeigt hat, dass es „bereit ist, Schiedssprüche innerhalb der EU zu übernehmen, die dem EuGH möglicherweise nicht gefallen“¹³⁴.

Den *Micula*-Kläger*innen ist es auch gelungen, den Schiedsspruch in den USA durchzusetzen. Im Mai 2020 bestätigte der Court of Appeals for the District of Columbia Circuit die Umwandlung ihres ICSID-Schiedsspruchs in ein Urteil in Höhe von 330 Millionen US-Dollar¹³⁵. Die Kommission intervenierte als *amicus curiae* und legte Einwände vor, die sich auf mehrere völkerrechtliche Doktrinen stützten (Internationales Wohlverhalten, Staatsakt und ausländischer Souveränitätszwang), aber ohne Erfolg.



Subventionen, die von den Mitgliedstaaten gewährt werden, es sei denn, diese sind durch besondere Ausnahmen qualifiziert. EU-Wettbewerbsregeln – geregelt durch Artikel 107 und 108 AEUV – statten die Kommission mit Befugnissen zur Überprüfung und Genehmigung aller Maßnahmen der Mitgliedstaaten im Bereich „staatliche Beihilfen“ aus. Die Kommission hat folglich ihre wettbewerbsrechtlichen Kompetenzen auf die spanischen Fälle übertragen, aber die Ergebnisse dieser Strategie sind noch sehr ungewiss.

2.2.1 Entscheidung der Europäischen Kommission von 2017 (Spanien)

Die Modernisierungsvorschläge der Europäischen Kommission berühren nicht direkt die Frage der „Entschädigung als neue Beihilfe“ (siehe Exkurs 3). Sie versuchen jedoch, Streitigkeiten über die Einstellung staatlicher Beihilfen aus dem Geltungsbereich der ISDS nach dem ECV „herauszulösen“. In diesen Entwürfen wird bekräftigt, dass die Investitionsschutzbestimmungen des ECV nicht „als Verpflichtung einer Vertragspartei ausgelegt werden dürfen, dass sie den rechtlichen und regulatorischen Rahmen nicht ändern wird, auch nicht in einer Weise, die sich negativ auf den Betrieb von Investitionen oder die Gewinnerwartungen des Investors auswirken könnte“. Insbesondere in Bezug auf Subventionen darf die „Entscheidung eines Staates, keine Subventionen zu gewähren, zu erneuern oder beizubehalten“, „in Ermangelung einer spezifischen gesetzlichen Verpflichtung“ keinen Verstoß gegen den ECV darstellen¹³⁶. Diese Vorschläge spiegeln gleichwertige Schutzmaßnahmen wider, die im CETA enthalten sind.

Bei der Betrachtung dieses Ansatzes zur „Ausgliederung“ der Einstellung von Subventionen aus dem Geltungsbereich der ISDS im Rahmen des ECV lohnt es sich zu untersuchen, wie die Gerichte auf Einwände reagiert haben, die auf den EU-Vorschriften für staatliche Beihilfen beruhen. Im Jahr 2017 veröffentlichte die Europäische Kommission eine Entscheidung, in der sie die Vereinbarkeit der von Spanien in den Jahren 2013-2014 eingeführten neuen Regelungen für erneuerbare Energien mit den EU-Beihilferegeln bewertete (Kommissionsentscheidung 2017 (Spanien))¹³⁷. Wie oben beschrieben (siehe Exkurs 2), wurden durch diese Maßnahmen die Vorteile des so genannten „Sonderregimes“ (RD 661/2007) faktisch abgeschafft, was die Welle von Ansprüchen aus dem ECV gegen Spanien auslöste.

In der Kommissionsentscheidung 2017 (Spanien) wurde nicht geprüft, ob die Sonderregelung nach dem EU-

Beihilferecht rechtmäßig war, da eine solche Feststellung als „nicht relevant“ erachtet wurde¹³⁸. Nichtsdestotrotz wurde in der Entscheidung erklärt, dass jede Entschädigung für Investor*innen in den spanischen Fällen „gemäß Artikel 108 Absatz 3 AEUV anmeldepflichtige staatliche Beihilfen wären und der Stillhalteverpflichtung unterliegen würden“. Nach EU-Recht „kann ein Empfänger staatlicher Beihilfen grundsätzlich kein berechtigtes Vertrauen in die Rechtmäßigkeit von Beihilfen haben, die nicht bei der Kommission angemeldet wurden¹³⁹. Es ist jedoch wichtig, darauf hinzuweisen, dass die Entscheidung nur verlangt, dass die Entschädigung der Kommission gemeldet wird, aber nicht feststellt, „dass eine Entschädigung für den Verlust der [Sonderregelung] automatisch mit dem EU-Beihilferecht unvereinbar wäre¹⁴⁰“.

Diese Meldepflicht ist nicht auf Fälle innerhalb der EU beschränkt. Die Kommission erklärte weiter: „In einer Situation innerhalb der EU... kann der Grundsatz der fairen und gerechten Behandlung nicht weiter gefasst sein als die unionsrechtlichen Begriffe Rechtssicherheit und berechnete Erwartungen im Zusammenhang mit einer staatlichen Beihilferegulierung“. Das mag im Rahmen des EU-Rechts so sein, aber wie oben dargelegt, hat der FET-Standard des ECV, wie er von den meisten Gerichten in den spanischen Fällen ausgelegt wird, einen nachweislich „breiteren Anwendungsbereich“ als alle entsprechenden Grundsätze des EU-Rechts.

Die Europäische Kommission und Spanien haben die Kommissionsentscheidung 2017 (Spanien) in ihren Eingaben an die Gerichte häufig zitiert, sowohl zur Verteidigung Spaniens, um zu veranschaulichen, dass die Aufhebung der Sonderregelung für Anreize für erneuerbare Energien nach dem EU-Beihilferecht erforderlich war, als auch um hervorzuheben, dass Spanien und andere Mitgliedstaaten nach EU-Recht verpflichtet sind, Vollstreckungsverfahren auszusetzen. Wahrscheinlich trifft es eher zu, wenn man sagt, dass die Aufhebung der Sonderregelung durch die EU-Rechtsvorschriften über staatliche Beihilfen gefördert wurde, als dass sie von diesen vorgeschrieben wurde¹⁴¹.

Mehrere Gerichte haben als Antwort darauf festgestellt, dass die Kommissionsentscheidung 2017 (Spanien) ausdrücklich nicht bewertet hat, ob die Sonderregelung oder die RD 661/2007 eine unrechtmäßige staatliche Beihilfe darstellt. Vielmehr betraf der Beschluss nur die Maßnahmen 2013-2014, die diejenigen Maßnahmen ersetzten, auf die sich die Erwartungen der Investor*innen hinsichtlich der Vergü-

tung stützten¹⁴². Problematischer ist, dass die Gerichte in den spanischen Fällen eine Vielzahl von Methoden angewandt haben, um festzustellen, dass Spanien „Verpflichtungen“ eingegangen ist, die die berechtigten Erwartungen der Investor*innen begründeten. Unter Bezugnahme auf den Modernisierungsvorschlag der Kommission kann man feststellen, dass nur wenige dieser angeblichen Verstöße gegen den ECV „ohne konkrete rechtliche Verpflichtung“ erfolgten, und keiner dieser Verstöße hatte zur Folge, dass die Investitionsschutzbestimmungen des ECV „als Verpflichtung“ interpretiert wurden, „den Rechts- und Regulierungsrahmen nicht zu ändern“. Vielmehr wandelten viele Gerichte einfach eine allgemeine Regelung (nämlich Artikel 44.3 der RD 661/2017) in eine „besondere rechtliche Verpflichtung“ um, wodurch berechnete Erwartungen geweckt wurden¹⁴³.

Dementsprechend könnte die von der Kommission vorgeschlagene Ausgliederung der ECV-Subventionen nicht dazu dienen, solche Vergaben zu verhindern. Wie das PV Investors-Schiedsgericht vor kurzem feststellte, wenn die Schiedsrichter*innen beispielsweise einfach eine Entschädigung auf der Grundlage der allgemeineren Erwartungen der Investor*innen an eine „angemessene Rentabilität“ zusprechen, anstatt entgangene Vorteile gemäß RD 661/2007 wiederherzustellen, „gibt es weder von der Kommission noch von Spanien den Eindruck, dass [dies] eine staatliche Beihilfe darstellen würde¹⁴⁴“. In ähnlicher Weise ist die internationale Anwaltskanzlei Allen & Overy der Ansicht, dass die Antragsteller*innen in den spanischen Fällen immer noch „eine Chance haben, Fragen im Zusammenhang mit staatlichen Beihilfen vom Typ *Micula* zu vermeiden“: Wenn die gewährte Entschädigung „als eine „geringfügige Änderung“ der genehmigten Regelung eingestuft werden kann, muss [sie] möglicherweise überhaupt nicht angemeldet werden¹⁴⁵“. Angesichts solcher definitiven Umgehungslösungen ist es bei weitem nicht garantiert, dass der Vorschlag der Kommission, Subventionen aus dem Bereich des Investitionsschutzes herauszulösen, funktionieren wird.

Die Frage der Definition von Subventionen geht in der Tat weit über diese Fragen der EU-Zuständigkeit und der Wettbewerbsregeln hinaus. Völlig vernachlässigt wird im Modernisierungsprozess des ECV die Frage der Einigung auf eine Methodik für die Ermittlung von Subventionen für fossile Brennstoffe, eine der wichtigsten Herausforderungen für die künftige Energiepolitik, Subventionierung und den Klimawandel (siehe 3.2).

2.2.2 Gemischte Ansprüche

Die Möglichkeit, dass ein Gericht eine Entschädigung zur Wiederherstellung rechtswidriger staatlicher Beihilfen zusprechen kann, ist nicht auf Fälle beschränkt, die EU-Investor*innen betreffen. Die EU-Beihilfevorschriften sehen eine solche Unterscheidung nicht vor und gelten für alle Wirtschaftsteilnehmer*innen innerhalb der EU, unabhängig davon, ob sie unter den Schutz des ECV oder eines anderen Investitionsabkommens fallen.

Sechs der spanischen Fälle betreffen entweder Nicht-EU-Investor*innen oder sind „gemischte Forderungen“, an denen Investor*innen aus EU-Mitgliedstaaten und aus Nicht-EU-Staaten beteiligt sind (siehe Anhang 1). Bislang hat nur der Fall *Operafund* zu einem Schiedsspruch geführt. Das *Operafund*-Schiedsgericht befasste sich nicht mit der Frage, ob der „EU-interne Einspruch“ in Verfahren, die maltesische und schweizerische Investor*innen betreffen, angemessen ist; die Europäische Kommission und Spaniens EU-interne Einsprüche richteten sich nur gegen erstere¹⁴⁶. Das Schiedsgericht kam schließlich zu dem Ergebnis, dass die Kläger*innen – Schweizer*innen und Maltesen, ohne Unterschied – berechnete Erwartungen hatten, und dass der FET-Standard verletzt wurde.

Es sei daran erinnert, dass der EuGH in der Stellungnahme 1/17 Situationen wie diese und in *Micula* unter CETA als „höchst unwahrscheinlich“ erachtete¹⁴⁷. Im Hinblick auf die spanischen Fälle wird das Risiko in dieser Beurteilung erheblich unterbewertet. Der Gerichtshof kam insbesondere zu dem Schluss, dass die ICS-Fälle nicht zu einer „Ungleichbehandlung zum Nachteil eines EU-Investors“ führen könnten, da es „unvorstellbar“ sei, dass ein ICS-Schiedsgericht einen Verstoß gegen den FET-Standard feststellt oder solche Maßnahmen als indirekte Enteignung betrachtet, „wenn die Wettbewerbsregeln von der Kommission oder einer Wettbewerbsbehörde eines Mitgliedstaates korrekt angewandt wurden¹⁴⁸“. Dieser Optimismus beruhte weitgehend auf den Bestimmungen von CETA, die sich auf „die Bedeutung eines freien und unverzerrten Wettbewerbs in ihren Handelsbeziehungen“ bezogen¹⁴⁹. Aber wie CETA hat auch der ECV Bestimmungen zum Wettbewerbsrecht; und noch im Jahr 2012 sangen die Kommission und das ECD-basierte Eletrabel-Schiedsgericht (im Großen und Ganzen) das gleiche Lied: Das Schiedsgericht kam zu dem Schluss, dass „der ECV und der EG-Vertrag bei der Bekämpfung wettbewerbswidrigen Verhaltens das gleiche allgemeine Ziel verfolgen“, ausdrücklich auch in Bezug auf die EU-Beihilfe-

vorschriften¹⁵⁰. Dieses „gemeinsame, weit gefasste Ziel“ hat sich nun jedoch als eine Definitionskrise für die EU und den ECV herausgestellt.

Wie wird die Kommission in Bezug auf die fünf verbleibenden anhängigen ECV-Klagen gegen Spanien, an denen „Nicht-EU-Investoren“ beteiligt sind, vorgehen? Wenn sie mit denselben auf EU-Recht basierenden Einwänden eingreift, kann die Kommission ihren Standpunkt, dass nur EU-interne Streitigkeiten im Rahmen des ECV mit dem EU-Recht unvereinbar sind, nicht weiter vertreten. Wenn dies nicht der Fall ist, wie wird diese De-facto-Diskriminierung zugunsten von Nicht-EU-Investor*innen gerechtfertigt sein?

2.3 UMSETZUNG & VOLLSTRECKUNG

Die Warnung der Europäischen Kommission, dass die ECV-Gerichte innerhalb der EU möglicherweise „nicht vollstreckbare Schiedssprüche“ erlassen könnten, hat die Gerichte nicht davon abgehalten, ihre Zuständigkeit auszuüben¹⁵¹. Auch haben diese Proteste die Kläger*innen nicht davon abgehalten, aggressiv zu versuchen, ihre Schiedssprüche innerhalb der EU und darüber hinaus durchzusetzen. Die Anwälte von Allen & Overy ermutigen beispielsweise erfolgreiche ISDS-Kläger*innen innerhalb der EU, „ihre Schiedssprüche außerhalb der EU durchzusetzen“ (in den USA oder der Schweiz) oder die Schiedssprüche sogar „mit einem Preisnachlass an Dritte, wie z. B. Investmentfonds, zu verkaufen“¹⁵².

Damit ein Schiedsspruch in einem Drittstaat vollstreckt werden kann, muss er zunächst von nationalen Gerichten anerkannt und durch ein Urteil über den Schiedsspruch umgewandelt werden; erst dann können Schiedssprüche gegen das Vermögen eines*r Schiedsspruchschuldners*in vollstreckt werden. In der Vergangenheit gab es relativ wenige „widerspenstige“ Befragte (Staaten, die sich weigern, Entschädigungsurteile zu zahlen) in ISDS-Fällen¹⁵³. Ob (und wo) diese EU-internen Schiedssprüche letztlich vollstreckbar sind, ist daher eine offene Frage, die in verschiedenen EU- und Nicht-EU-Rechtsordnungen noch geprüft und angefochten wird: Australien, Belgien, Frankreich, Luxemburg, Rumänien, Schweden, dem Vereinigten Königreich und den USA.

Welche Schritte (wenn überhaupt) den beklagten Staaten zur Verfügung stehen, um die Vollstreckung anzufechten oder zu verhindern, hängt bis zu einem gewissen Grad von dem

gewählten Forum eines ECV-Streitfalls ab. Kläger*innen, die ISDS-Streitigkeiten auf der Grundlage des ECV einreichen, können wählen, ob sie diese beim ICSID, bei einem Ad-hoc-Schiedsgericht nach den UNCITRAL-Schiedsregeln oder bei der Stockholmer Handelskammer (SCC) einreichen¹⁵⁴. ICSID-Schiedssprüche können nach der „ICSID-Konvention“ in den Gerichtsbarkeiten von 154 Staaten vollstreckt werden; Nicht-ICSID-Schiedssprüche nach der „New York Convention“, die 164 Staaten ratifiziert haben¹⁵⁵.

2.3.1 Umsetzung außerhalb der EU

Möglichkeiten für nationale Gerichte, die Gültigkeit eines Schiedsspruchs nach EU-Recht zu überprüfen und den EuGH im Vorabentscheidungsverfahren anzurufen, bestehen nur, wenn der Sitz des Schiedsgerichts innerhalb der EU liegt¹⁵⁶. Obwohl mehrere Nicht-ICSID-ECV-Schiedsgerichte innerhalb der EU festgelegt wurden, könnten sich diese Gerichte dafür entscheiden, ihren Sitz außerhalb der EU festzulegen und dadurch eine solche Überprüfung durch inländische Gerichte der EU zu umgehen¹⁵⁷. Nach dem New Yorker Übereinkommen können nationale Gerichte die Anerkennung oder Vollstreckung von Schiedssprüchen nur aus begrenzten Gründen verweigern: Die EU und die Mitgliedstaaten könnten argumentieren, dass das ECV-Schiedsgericht nicht zuständig sei oder dass die Vollstreckung des Schiedsspruchs die öffentliche Ordnung der EU verletzen würde¹⁵⁸. In Nicht-EU-Staaten können nationale Gerichte die auf EU-Recht basierenden Einwände der Kommission und der Mitgliedstaaten vor der Vollstreckung von Schiedssprüchen, die nicht auf dem ICSID beruhen, berücksichtigen.¹⁵⁹

Wie bei den ISDS-Ansprüchen im Allgemeinen handelt es sich jedoch bei der überwiegenden Mehrheit der spanischen Fälle (35 von 47) um Verfahren im Rahmen des ICSID-Übereinkommens und um internationale Schiedsverfahren „ohne Sitz oder Rechtspersönlichkeit innerhalb der Europäischen Union“¹⁶⁰. Es gibt daher keine Möglichkeit für nationale Gerichte der EU-Mitgliedstaaten, ICSID-Schiedssprüche zu überprüfen¹⁶¹. Darüber hinaus verbietet das ICSID-Übereinkommen jegliche Berufung oder andere Rechtsmittel außer den im Übereinkommen vorgesehenen und die ICSID-Nichtigkeitsverfahren sind streng auf verfahrensrechtliche Angelegenheiten beschränkt¹⁶². Im Mai 2020 unternahm ein Ad-hoc-Ausschuss des ICSID den seltenen Schritt, den *Eiser*-Schiedsspruch 2017 aufgrund eines Interessenkonflikts eines Schiedsrichters einstimmig für nichtig zu erklären.

Nationale Gerichte haben sich bereit gezeigt, Vollstreckungsverfahren bis zur Aufhebung auszusetzen. Wenn jedoch eine Annullierung durch ICSID-Verfahren scheitert, sieht das ICSID-Übereinkommen eine „automatische“ Vollstreckung von ICSID-Schiedssprüchen vor: Alle Vertragsparteien sollen einen ICSID-Schiedsspruch als „bindend behandeln und die durch diesen Schiedsspruch auferlegten finanziellen Verpflichtungen in ihren Hoheitsgebieten so vollstrecken, als ob es sich um ein rechtskräftiges Urteil eines Gerichts in diesem Staat handeln würde“ (Art. 54.1).

Diese Bestimmung des ICSID-Übereinkommens kann zu Konflikten mit dem EU-Recht führen. In der Rechtsache *Electrabel* warnte die Kommission, dass, sollten die Kläger*innen versuchen, einen ICSID-Schiedsspruch, der gegen EU-Recht verstößt, innerhalb der EU durchzusetzen, „das Verfahren nach Artikel 267 AEUV ausgesetzt würde, damit der EuGH über die Anwendung von Artikel 54 des ICSID-Übereinkommens entscheiden kann¹⁶³“. Bisher wurde noch keine Entscheidung des EuGH über diese Bestimmung beantragt. Interessanterweise stellte Generalanwalt Wathelet in seiner Stellungnahme zu *Achmea* fest, dass solche Bedenken hinsichtlich der Rechtmäßigkeit der EU nicht ausgereicht hätten, um die Kommission daran zu hindern, das ICSID in spätere Handels- und Investitionsabkommen der EU aufzunehmen¹⁶⁴.

Eine solche Befassung ist möglicherweise nicht notwendig. Die Kläger*innen in den spanischen Fällen stehen – hinter *Micula* – Schlange, um ihre Schiedssprüche vor dem US-Bezirksgericht des District of Columbia¹⁶⁵ und anderswo durchzusetzen.

2.3.2 Das wahre „Schlachtfeld“?

Könnte die künftige „Autonomie des EU-Rechts“ von der Hartnäckigkeit der Anwalt*innen der Investor*innen abhängen, wenn es darum geht, Spaniens Handelsvermögen in Nicht-EU-Staaten zu identifizieren? Vielleicht müssen wir nicht lange auf eine Antwort warten.

Die Fähigkeit eines*r Investors*in, einen Schiedsspruch zu vollstrecken, wird vom „Immunitätsrecht des Staates abhängen, in dem [der Investor] die Vollstreckung anstrebt¹⁶⁶“. Nach dem ICSID-Übereinkommen unterliegt die Vollstreckung von ICSID-Schiedssprüchen „den Gesetzen über die Vollstreckung von Urteilen, die in dem Staat gelten, in dessen Hoheitsgebiet die Vollstreckung angestrebt wird“; die Gesetze über die souveräne Immunität gelten jedoch weiterhin¹⁶⁷. Die Zustimmung zur Schiedsge-

richtbarkeit in Investitionsverträgen stellt einen Verzicht auf Gerichtsbarkeitsimmunität dar, aber die Vollstreckung von Schiedssprüchen erfordert weiterhin die Überwindung der Vollstreckungsimmunität, von der souveräne nicht-kommerzielle Vermögenswerte wahrscheinlich profitieren werden. Deshalb müssen Investor*innen kommerzielle Vermögenswerte des Schuldnerstaates identifizieren¹⁶⁸.

Im Februar 2020 wies der Bundesgerichtshof Australiens die Einwände Spaniens gegen die Vollstreckung von zwei ICSID-Schiedssprüchen zurück: Antin und Eiser (letzterer wurde später annulliert)¹⁶⁹. Diese Einsprüche betrafen die Auslegung der australischen Gesetzgebung zur Staatenimmunität und die Vollstreckungsbestimmungen des ICSID-Übereinkommens. Mit dieser Entwicklung hat sich der Druck auf Spanien zur Zahlung erhöht; mit den Worten der Anwälte der Klagenden: „Wenn Spanien dies nicht tut, werden die Kläger ihre Inkassobemühungen in Australien und weltweit fortsetzen¹⁷⁰“. Solange Spanien an seiner Zahlungsverweigerung festhält, wird die Vollstreckung von Urteilen gegen Spaniens souveräne Vermögenswerte in Drittländern zum „wahren Schlachtfeld“: Anwaltskanzleien stehen Schlange, um Investor*innen „forensische Analysen“ anzubieten, um „Vermögenswerte im Besitz des souveränen Schuldners“ zu identifizieren, wie z. B. „Gelder von Bankkonten, Immobilien, Flugzeuge, Schiffe und/oder Fracht¹⁷¹“.

Die Geschichte ist noch nicht zu Ende, aber es lohnt sich zu bedenken, dass für die EU hier wesentlich mehr auf dem Spiel steht als für das ISDS-Regime. Selbst wenn die Bemühungen der Investor*innen um eine Vollstreckung außerhalb der EU scheitern, können die Auswirkungen auf die Welt des Investitionsrechts durchaus zu vernachlässigen sein. Ein Grund dafür, dass widerspenstige Staaten im ISDS-Regime so selten sind, liegt darin, dass die Verweigerung der Auszahlung von Prämien zu einer Stigmatisierung führt, und zwar nicht nur in Bezug auf Investitionen, sondern ganz entscheidend auch bei Handelspräferenzen und Entwicklungsdarlehen¹⁷². Die meisten Staaten halten sich freiwillig an die ICSID-Zuteilungen, nicht aus Furcht vor der Beschlagnahme staatlicher Handelsvermögen, sondern weil die Reputation und die politischen Kosten zu hoch sind, es nicht zu tun.

Wenn sie Erfolg haben, sind die Möglichkeiten der Europäischen Kommission begrenzt. Wie ein Gericht kürzlich bemerkte, könnte die Kommission schließlich alle Beträge, die gegen ausländische Vermögenswerte eingezogen werden, als unrechtmäßige staatliche Beihilfen einstufen und von einem Mitgliedstaat fordern, „die Rückforde-

zung eines entsprechenden Betrags von [dem Investor] zu verlangen¹⁷³. Ob die Kommission dies nach EU-Recht tun kann, hängt jedoch davon ab, ob diese Zahlungen überhaupt als staatliche Beihilfe eingestuft werden können. Und könnten Rückforderungsklagen gegen Investor*innen auch zu mehr Ansprüchen aus dem ECV führen? Die Aussicht auf einen schwebenden Zuständigkeitskonflikt zwischen den EU-Institutionen und Schiedsgerichten ist für die EU wahrscheinlich überhaupt nicht vorteilhaft. Aber da ISDS-Schiedsrichter*innen und -anwälte*innen ein persönliches Interesse an der Existenz lukrativer ISDS-Streitigkeiten haben, könnten endlose Schiedsverfahren der ISDS-Industrie recht gut dienen.

3. Den Weg nach Paris ebnen

In seinem gegenwärtigen Zustand ist der ECV weit davon entfernt, eine „Ergänzung“ des Pariser Abkommens zu sein, und der Modernisierungsprozess wird wahrscheinlich zu keinen wesentlichen Änderungen führen. Die Europäische Kommission hat eingeräumt, dass die „überholten Bestimmungen des ECV nicht mehr tragfähig und den aktuellen Herausforderungen nicht mehr angemessen sind¹⁷⁴“, und schlägt im Einklang mit ihrem Verhandlungsmandat für die Modernisierung des ECV eine Reihe neuer Artikel zur „nachhaltigen Entwicklung“ vor¹⁷⁵. Diese neuen Artikel beschränken sich fast ausschließlich auf eine werbende, kooperative oder „bemühende“ Wortwahl und enthalten nur wenig, was spezifisch genug ist, um wirksam zu sein. Der vorgeschlagene Mechanismus zur Behandlung von Streitigkeiten über die Umsetzung dieser Bestimmungen – ähnlich denjenigen in den Kapiteln „Handel und nachhaltige Entwicklung“ des EU-Freihandelsabkommens – darf nur unverbindliche „Empfehlungen“ aussprechen, die von den streitenden Vertragsparteien nur „berücksichtigt“ werden müssen, wenn sie „geeignete Aktionen oder Maßnahmen zur Umsetzung“ erörtern¹⁷⁶.

Es gibt daher sehr gute umweltpolitische Gründe, die für eine sofortige Kündigung des ECV oder den Rückzug einzelner Vertragsparteien sprechen. Ebenso überzeugend ist aber auch die Argumentation für ein multilaterales Energieabkommen, welches das Pariser Abkommen tatsächlich ergänzt. Die Umsetzung des Pariser Abkommens kann ein breites Spektrum an handels- und investitionsbezogenen Maßnahmen beinhalten, einschließlich einer Subventionsreform, Technologietransfer, Effizienzstandards und Anpassungen der CO₂-Obergrenzen. Das Pariser Abkommen selbst schweigt sich jedoch völlig zu der Frage aus, wie diese Durchführungsmaßnahmen mit den Verpflichtungen der Vertragsparteien aus Investitions- und Handelsverträgen in Einklang gebracht werden sollen¹⁷⁷.

Bestehende Alternativvorschläge zeigen auf, wie eine tiefere Reform des ECV oder seine Beendigung durch einen alternativen Nachfolgevertrag wesentlich zur Erreichung der Ziele des Pariser Abkommens beitragen könnte¹⁷⁸. Eine herausragende Reformforderung ist, dass jeder modernisierte ECV „zwischen kohlenstoffarmen und kohlenstoffintensiven Investitionen unterscheiden muss¹⁷⁹“. Bemerkenswert ist, dass sich die Vorschläge der Europäischen Kommission nicht ein einziges Mal auf fossile Brennstoffe

beziehen. Ein entschiedener Verfechter des ECV schlug vor kurzem vor, dass die Kohlenstoffdifferenzierung „zu einem Diskriminierungsgrund werden könnte...¹⁸⁰“. Die angebliche „Mission“ des derzeitigen ECV sieht jedoch genau diese Differenzierung vor: Erneuerbare Energiequellen sind für die Gewährleistung der Energiesicherheit der Staaten von entscheidender Bedeutung; die Abhängigkeit von fossilen Brennstoffen hingegen macht die Staaten von Natur aus „verwundbar¹⁸¹“. Daher scheint eine unterschiedliche Behandlung von fossilen Brennstoffen und erneuerbaren Energiequellen für die Energiesicherheitsziele des ECV absolut zentral zu sein.

Dieser Abschnitt gibt einen kurzen Überblick über drei Kernelemente, mit denen sich jedes Abkommen im Bereich der Energiepolitik und des Klimawandels befassen müsste. Diese sind weder umfassend noch erschöpfend, sollen aber die erheblichen Versäumnisse im Modernisierungsprozess des ECV aufzeigen. Die Beschäftigung der EU mit den Auswirkungen der ISDS auf die Architektur des EU-Rechts hat ihrerseits dazu geführt, dass ein Großteil der Bedeutung des ECV für die Klimapolitik sträflich vernachlässigt wurde.

3.1 MULTILATERALE UMWELTABKOMMEN UND MASSNAHMEN ZUM KLIMASCHUTZ

Der ECV-Vorschlag der Europäischen Kommission verpflichtet die Vertragsparteien, die von ihnen ratifizierten Multilateralen Umweltabkommen (MEAs) „wirksam umzusetzen“, und bekräftigt „das Recht jeder Vertragspartei, Maßnahmen zur Förderung der Ziele der MEAs, deren Vertragspartei sie ist, zu ergreifen oder beizubehalten¹⁸²“. Jede Vertragspartei wäre insbesondere verpflichtet, „die UNFCCC und das Pariser Abkommen... einschließlich ihrer Verpflichtungen in Bezug auf ihren national festgelegten Beitrag (NDC) wirksam umzusetzen“ und „die gegenseitige Unterstützung von Investitions- und Klimapolitiken und -maßnahmen zu fördern und zu verstärken...¹⁸³“.

Insbesondere gehen diese Vorschläge überhaupt nicht auf Artikel 16 ECV ein. Wie oben (1.2.2) erörtert, haben die Schiedsgerichte dies als ein unüberwindliches Hindernis für die Durchsetzung der Bestimmungen jedes anderen

internationalen Abkommens ausgelegt, das Investor*innen ungünstigere Bedingungen als die Investitionsstandards des ECV bieten könnte.

Dieses vermeintliche Bemühen, die Klimaschutzziele mit den Handels- und Investitionsverpflichtungen des ECV in Einklang zu bringen, vernachlässigt daher die Tatsache, dass viele multilaterale Umweltübereinkommen die Vertragsparteien zu keinerlei spezifischen Maßnahmen verpflichten und es ihnen häufig an wirksamen Durchsetzungsmechanismen mangelt. Um das Pariser Abkommen als Beispiel zu nehmen: Jede neue Verpflichtung zur „wirksamen Umsetzung“ dieses Abkommens bringt uns der Frage, wie eine wirksame Umsetzung aussehen sollte, nur wenig näher: Bisher hat die gemeinsame Verpflichtung der Parteien zur Vorlage freiwilliger, selbstbestimmter und unverbindlicher NDCs dazu geführt, dass einige NDCs „ziemlich unvereinbar mit den Zielen des Pariser Abkommens“ sind¹⁸⁴. Daher dienen Appelle an so genannte „sich gegenseitig unterstützende“ Ansätze bei der Auslegung internationaler Abkommen dazu, die Umsetzung von MEAs zugunsten der Erfüllung der strengeren Handels- und Investitionsverpflichtungen der Staaten herunterzuspielen.

Jedes Abkommen über Handel und Investitionen im Energiesektor sollte ausdrücklich den Vorrang der MEA-Verpflichtungen der Vertragsparteien im Falle von Widersprüchen festschreiben. Es sollte auch der Tatsache Rechnung tragen, dass multilaterale Umweltübereinkommen recht häufig keine spezifischen Verpflichtungen oder verbindlichen Normen enthalten, indem solche Konflikte weit gefasst werden, so dass auch Situationen einbezogen werden, „in denen eine Bestimmung eines Vertrags ein Hindernis für die Durchführung eines anderen Vertrags darstellt“, z. B. wenn „eine Bestimmung eines Vertrags es einer Vertragspartei ermöglicht oder sie dazu ermutigt, Aktivitäten zu unternehmen oder Maßnahmen zu beschließen und durchzuführen, die durch den anderen Vertrag verboten sind“. Auf diese Weise sollte ein Abkommen wie der ECV sicherstellen, dass die Erfüllung der NDCs durch die Vertragsparteien Vorrang vor Handels- oder Investitionsverpflichtungen hat.

Noch gründlicher wäre es, alle Streitigkeiten über Klimaschutzmaßnahmen einem obligatorischen Vorabentscheidungsverfahren zu unterziehen¹⁸⁵, in dem ein Gremium von Klimaexpert*innen ermittelt, ob die Auswirkungen einer strittigen Maßnahme auf Investor*innen durch die Klimaziele der Maßnahme gerechtfertigt sind. Bei dieser Feststellung sollte einer wissenschaftlichen Bewertung

der Auswirkungen der Maßnahme auf die Reduzierung der Treibhausgasemissionen Vorrang eingeräumt werden, so dass Vergeltungsstreitigkeiten von Investor*innen oder anderen Vertragsparteien ausgeschlossen werden können¹⁸⁶.

3.2 BEIHILFEN FÜR FOSSILE BRENNSTOFFE

Es wird geschätzt, dass die Abschaffung der Subventionen für fossile Brennstoffe die Staatseinnahmen weltweit um 2,9 Billionen US-Dollar erhöhen und die globalen CO₂-Emissionen um mehr als 20% reduzieren könnte¹⁸⁷. Das Potenzial für strittige Klagen von Investor*innen in fossile Brennstoffe im Rahmen des ECV ist beträchtlich, wie die jüngste Geschichte des ECV zeigt. Es ist jedoch alles andere als klar, dass die von der Europäischen Kommission vorgeschlagene „Ausgliederung“ aller ISDS-Ansprüche gegen die Einstellung der Subventionierung wirksam dazu beitragen würde, die Herausforderungen der Reform der Subventionen für fossile Brennstoffe zu begrenzen. In Ermangelung einer gemeinsamen Methodik zur Identifizierung von Subventionen für fossile Brennstoffe könnte die Definition dieser Subventionen zu einem zunehmend strittigen Thema werden. Aufgrund von Transparenz- und Zuteilungsfragen fallen diese unter das Radar der WTO, was zum Teil darauf zurückzuführen ist, dass die Notifizierungsanforderungen des WTO-Übereinkommens über Subventionen und Ausgleichsmaßnahmen (ASCM) nur für „spezifische“ (im Sinne des ASCM) Subventionen gelten, die den Handel negativ beeinflussen.

Eine umfassende Methodik zur Identifizierung und Messung von Subventionen für fossile Brennstoffe wurde 2019 von Experten der UNO-Umwelt, der OECD und der Globalen Subventionsinitiative als Indikatorinstrument zur Erreichung des Ziels der nachhaltigen Entwicklung veröffentlicht (insbesondere Nachhaltigkeitsentwicklungsziel 12, um „nachhaltige Konsum- und Produktionsmuster sicherzustellen“)¹⁸⁸. Wenn diese Methodik durch Verweis in ein multilaterales Abkommen aufgenommen wird, könnte sie sowohl dazu dienen, jede „Ausgliederung“ des subventionsbezogenen Investitionsschutzes zu verstärken, als auch dringend benötigte Impulse für breitere multilaterale Diskussionen (in der WTO und anderswo) über die Reform der Subventionen für fossile Brennstoffe geben. Transparenz und Berichterstattung sind „Voraussetzungen“ für die Aushand-

lung und Planung des Ausstiegs aus den Subventionen für fossile Brennstoffe, und die Staaten könnten zeitgebundene Verpflichtungen zur Anwendung dieses Rahmens und zur Notifizierung von Subventionen für fossile Brennstoffe unter Verwendung einer gemeinsamen Vorlage vereinbaren¹⁸⁹. Sie könnten auch weitere Verpflichtungen festlegen, wie z. B. die Umlenkung der Einnahmeneinsparungen aus allen Reformen der Subventionen für fossile Brennstoffe in Sozialschutz- und Armutsbekämpfungsprogramme¹⁹⁰.

3.3 VERPFLICHTUNGEN DER INVESTOREN

Im Dezember 2019 erkannte die philippinische Menschenrechtskommission als erste Menschenrechtsorganisation der Welt den Beitrag von Unternehmen im Bereich der fossilen Brennstoffe zum Klimawandel an und identifizierte 47 Unternehmen im Besitz von Investor*innen, die für ihre Auswirkungen auf die Menschenrechte rechtlich haftbar gemacht werden könnten¹⁹¹. Die Umsetzung der UN-Leitprinzipien zu Unternehmen und Menschenrechten (UNGPs) – ein Wendepunkt in den weltweiten Bemühungen um Gerechtigkeit und Rechenschaftspflicht von Unternehmen, denen die EU und die Mitgliedsstaaten 2011 ihre volle Unterstützung zugesagt haben¹⁹² – und die Verhandlungen über einen verbindlichen UN-Vertrag über Unternehmen und Menschenrechte sind in den letzten Jahren ebenfalls deutlich vorangekommen. Die UNGPs wiesen ausdrücklich darauf hin, dass internationale Handels- und Investitionsabkommen eine Bedrohung für die Regulierung des Geschäftsgebarens darstellen können, und empfahlen den Staaten, darauf zu achten, „angemessene politische und regulatorische Fähigkeiten zu bewahren“¹⁹³.

Vor diesem Hintergrund ist der Vorschlag der Europäischen Kommission für einen neuen ECV-Artikel über „verantwortungsvolle Geschäftspraktiken“ kaum angemessen. Der Entwurf des Artikels verpflichtet die Vertragsparteien lediglich dazu, „die Übernahme sozialer Verantwortung von Unternehmen oder verantwortungsbewusstes Geschäftsverhalten im Einklang mit den einschlägigen internationalen Instrumenten“ zu „fördern“. Die begleitenden Verweise auf internationale „Soft-law“-Instrumente dürften kaum nennenswerte Auswirkungen haben.

Alternative investitionspolitische Optionen in Bezug auf die Pflichten und Verantwortlichkeiten der Investor*innen sind seit langem verfügbar, werden aber von der Kommission völlig ignoriert¹⁹⁴. Als absolutes Minimum sollten Fragen des Anleger*innenverhaltens mit jeglichem Schutz oder Nutzen verknüpft werden, den Anleger*innen im Rahmen eines internationalen Abkommens erhalten; wie oben erörtert (siehe 2.1), hat die Kommission nur in ungeheuerlichen Fällen versucht, den Rückgriff der Anleger*innen auf ISDS im Rahmen des ECV zu begrenzen. Handels- und Investitionsabkommen könnten die Vertragsparteien jedoch auch dazu verpflichten, verbindliche Gesetze über die Sorgfaltspflicht bei der Prüfung der Einhaltung der Menschenrechte, gerichtliche Mechanismen und Überwachungseinrichtungen zu verabschieden und wirksam umzusetzen; diese könnten sich an den Nationalen Aktionsplänen der Staaten für eine verbindliche Sorgfaltspflicht bei der Prüfung der Einhaltung der Menschenrechte für Unternehmen orientieren¹⁹⁵. Solche Regelungen für Energieinvestitionen sind nicht nur im Hinblick auf die fossile Brennstoffindustrie, sondern zunehmend auch im boomenden Sektor der erneuerbaren Energien dringend erforderlich¹⁹⁶.



4. Schlussfolgerung

Jenseits der Kontrolle und jenseits der Reform stellt der ECV eine klare Warnung dar, was passieren kann, wenn die Handels- und Investitionspolitik der EU schiefeht. Bis heute das einzige geltende Investitionsabkommen, bei dem die EU selbst Vertragspartei ist, hat sich dieses „Geistesprodukt“ der Kommission zu einem großen Kopfzerbrechen für die EU-Mitgliedstaaten und die Kommission selbst entwickelt. Während die Europäische Kommission in den Verhandlungen auf eine Flut neuer Handels- und Investitionsabkommen mit Partnern aus der ganzen Welt zusteuert, sollten die EU-Mitgliedstaaten weder die Lehren aus dem ECV noch die Rolle der Kommission bei seiner Einführung vergessen.

Die anschließenden Versuche der Kommission, die Anwendung des ECV unter Bezugnahme auf die EU-Rechtsdoktrin zu zügeln, haben sich als umständlich und verworren erwiesen. Zwar mag es der EU immer noch gelingen, „EU-interne“ ECV-Fälle auszuschließen, doch entspricht diese territoriale Ausweisung nicht den vielfältigen Problemen, die der ECV aufwirft – auch nicht im Hinblick auf das EU-Wettbewerbsrecht und noch weniger im Hinblick auf die Ziele des Klimaschutzes.

Tatsächlich läuft der „Intra-EU-Einwand“ der Kommission im Kern auf eine schlichte Weigerung hinaus, geschützte Investor*innen im Verhältnis zu inländischen Investor*innen für die Auswirkungen von Regulierungsänderungen überzukompensieren¹⁹⁷. Daher bleibt die Frage, warum eine solche Verteidigung nicht auf ISDS-Fälle anwendbar sein sollte, an denen Nicht-EU-Investor*innen oder Nicht-EU-Staaten beteiligt sind? Es war bekannt, dass im Januar 2020 18 Länder auf den Beitritt zum ECV hinarbeiteten¹⁹⁸. Die sui-generis-Verteidigung der Rechtsprechung, welche die Kommission in den letzten zehn Jahren vorgebracht hat, steht ihnen per Definition nicht zur Verfügung. Aber die gegenwärtigen Herausforderungen, vor denen die EU im Hinblick auf den Energiewandel steht, sind nicht einzigartig. Die Bewältigung dieser Herausforderungen erfordert nicht nur öffentliche Investitionen, sondern auch Ausgleichsmechanismen, um die Arbeitnehmer*innen und Gemeinschaften zu unterstützen, die durch den Ausstieg aus fossilen Brennstoffen am stärksten gefährdet sind. Aber die ISDS im Rahmen des ECV spült Spekulant*innen auf den Energiemärkten für ungerechtfertigte Ausgleichsbeträge an die Spitze der Warteschlange. Angesichts der

umfangreichen Regulierungs- und Verteilungsmaßnahmen, die ein gerechter globaler Energiewandel erfordert, könnte sich jede Ausweitung des Geltungsbereichs des Vertrags zur Gründung der Energiegemeinschaft sowohl in ökologischer als auch in sozialer Hinsicht als katastrophal erweisen.

Obwohl es nicht das erste Mal ist, dass Europas höchstes Gericht die berechtigten Erwartungen der EU-Bürger*innen enttäuscht¹⁹⁹ hat, zeigt die Billigung des ICS durch den EuGH im Jahr 2019 weiter, dass die „Kompatibilität mit dem EU-Recht“ ein eher schwaches Barometer für die Bewertung der Auswirkungen der Investitionsschutzabkommen der EU auf die öffentliche Ordnung ist. Tatsächlich hat die Tatsache, dass sich die Kommission auf das EU-Recht als ihren Hauptbezugspunkt stützt, letztlich dazu geführt, dass das Verhältnis des ECV zum Pariser Abkommen kaum angesprochen wurde. Man muss sich fragen, was passieren würde, wenn die Kommission dafür plädieren würde, dass die Verpflichtungen der Staaten aus dem Pariser Abkommen Vorrang vor den Investitionsschutzbestimmungen des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union haben, und zwar mit dem gleichen Eifer, den sie bei der Verteidigung der ausschließlichen Zuständigkeit des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft oder ihrer eigenen wettbewerbsrechtlichen Kompetenzen an den Tag gelegt hat.

Klimagerechtigkeit kann gerade verlangen, dass wir nach Lösungen suchen, die über die Grenzen des EU-Rechts hinausgehen. Da die Agenda für die Modernisierung des ECV bereits feststeht, ist dies in den kommenden Verhandlungen kaum zu erwarten. Die Vorschläge der Kommission sind selbst in Bezug auf die Rechtmäßigkeit der EU nicht überzeugend, und in Bezug auf die klimabezogenen Aspekte der Energiepolitik ist der Modernisierungsprozess schlicht und einfach eine verpasste Gelegenheit: Wenn der ECV zu einer „Ergänzung“ des Pariser Abkommens werden könnte, braucht er viel mehr als das Facelifting, das die Kommission derzeit vorschlägt. In diesem düsteren Szenario scheint – unwissentlich – der einzige Lichtstrahl vom Generalsekretär des Sekretariats der Energiecharta, Urban Rusnák, auszugehen, der kürzlich spekulierte, dass der ECV nicht überleben könnte, wenn der Modernisierungsprozess scheitert²⁰⁰.

Das könnte die bisher beste Reformoption sein: Wenn der ECV keine Zukunft hat, dann haben wir vielleicht doch eine.

5. Fußnoten

- ¹Urban Rusnák, im Gespräch mit K. Beckman. 'A new Energy Charter Treaty as a complement to the Paris Agreement on climate change', *Borderlex*, 18. Juni 2020. Verfügbar: <https://borderlex.eu/2020/06/18/interview-a-new-energy-charter-treaty-as-a-complement-to-the-paris-agreement-on-climate-change/> [Zugriff am 20. Juni 2020].
- ²Offener Brief zum Energiecharta-Vertrag (ECV), 9. Dezember 2020. Verfügbar: <https://energy-charter-dirty-secrets.org/open-letter/> [Zugriff 20. Juni 2020].
- ³*Electrabel S.A. gegen Republik Ungarn*, ICSID Rechtssache Nr. ARB/07/19, Beschluss zur Gerichtsbarkeit, dem gültigen Gesetz und der Haftung, 30. November 2012, Abs 4.6.
- ⁴Energiecharta-Sekretariat, 'Energiecharta-Vertrag (1994)'. Verfügbar: <https://www.energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/> [Zugriff am 20. Juni 2020].
- ⁵C. Kuzemko, M.F. Keating und A. Goldthau, *The Global Energy Challenge: Environment, Development and Security* (New York: Palgrave, 2016), S. 85, zitiert in K. Tienhaara und C. Downie, 'Risky Business? The Energy Charter Treaty, Renewable Energy, and Investor-State Disputes'. *Global Governance* 24 (2018), S.454.
- ⁶Siehe allgemein P. Eberhardt, C. Olivet & L. Steinfort, *One Treaty To Rule Them All: The ever-expanding Energy Charter Treaty and the power it gives corporations to halt the energy transition* (CEO/TNI, Juni 2018).
- ⁷Für eine gute Übersicht über diese und andere Rechtssachen siehe allgemein Eberhardt et al, *One Treaty*. Ebenfalls: Energiecharta-Sekretariat, Aktualisierte Statistiken über Investitionsschiedsfälle unter dem Energiecharta-Vertrag, 5. Juni 2020. Verfügbar: <https://www.energycharter.org/media/news/article/updated-statistics-on-investment-arbitration-cases-under-the-energy-charter-treaty/> [Zugriff am 20. Juni 2020].
- ⁸*Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG gegen die Bundesrepublik Deutschland* (ICSID Rechtssache Nr. ARB/09/6). Antrag auf Schiedsverfahren, 30. März 2009; *Vattenfall AB und andere gegen die Bundesrepublik Deutschland (II)* (ICSID Rechtssache Nr. ARB/12/12).
- ⁹F. Lavopa, 'Crisis, Emergency Measures and the Failure of the ISDS System: The Case of Argentina', *South Centre Investment Policy Brief*, No. 2 (South Centre, July 2015). Verfügbar: <https://www.southcentre.int/investment-policy-brief-2-july-2015/> [Zugriff am 15. Juni 2020]; N. Bernasconi-Osterwalder, S. Brewin, N. Maina, *Protecting Against Investor-State Claims Amidst COVID-19: A call to action for governments*. (International Institute for Sustainable Development, April 2020) S.4.
- ¹⁰Auf der Grundlage der in Anhang 1 enthaltenen Daten belaufen sich die bisher 14 Entschädigungen zugunsten von Investoren auf Entschädigungsschulden in Höhe von 944,7 Millionen Euro (ohne die kürzlich annullierte Eiser-Entschädigung). In dieser Zahl sind Zinsen und Kosten nicht enthalten, die zusätzlich einen zweistelligen Millionenbetrag ausmachen. Die Gesamthaftung für anhängige Ansprüche beläuft sich auf 3,3 Milliarden Euro. Nicht alle Fälle sind bekannt, und nicht alle geltend gemachten Beträge sind für gemeldete Fälle bekannt. Saheb schätzte kürzlich die höhere Zahl auf 8,19 Milliarden Euro „für die 37 Fälle, für die Informationen öffentlich zugänglich sind“ (Y. Saheb, *Modernisation of the Energy Charter Treaty: A Global Tragedy at a High Cost for Taxpayers* (OpenExp, Jan. 2020)). Dies scheint sowohl geregelte als auch anhängige Ansprüche zu umfassen; in einem dieser Fälle (PV Investors) sollen die Investor*innen ursprünglich insgesamt 1,9 Milliarden Euro gefordert haben, erhielten aber deutlich weniger zugesprochen: 91 Millionen Euro. Frühere Bewertungen der Gesamthaftung haben die Zahl näher an 10 Milliarden US-Dollar heranrücken lassen (siehe L.E. Peterson: „Da sich ein weiterer Spanien-Schiedsspruch abzeichnet, tauchen vier weitere zuvor vertrauliche Fälle im Bereich der erneuerbaren Energien auf; die potenzielle Haftung für alle anhängigen Ansprüche übersteigt jetzt 9,5 Milliarden US-Dollar, *Investment Arbitration Reporter*, 7 Feb. 2018. Verfügbar: <https://www.iareporter.com/articles/as-another-spain-award-looms-four-more-previously-confidential-renewables-cases-surface-potential-liability-for-all-pending-claims-now-exceeds-9-5-billion/> [Zugriff am 15. Juni 2020. nur mit Abonnement].
- ¹¹P. Pinzler, 'Warum der Kohleausstieg so teuer ist'. *Die Zeit*, 3. Juli 2020. Verfügbar: <https://www.zeit.de/wirtschaft/2020-07/kohleausstieg-energie-wende-leag-rwe-entschaedigung-bundesregierung> [Zugriff am 3. Juli 2020].
- ¹²Marie-Amélie Brun, 'Sued for acting on climate breakdown?' *Europäisches Umweltbüro*, 7. November 2019. Verfügbar: <https://meta.eeb.org/2019/11/07/sued-for-acting-on-climate-breakdown/> [Zugriff am 20. Juni 2020].
- ¹³Art. 47(3), *Der Energiecharta-Vertrag [1994] 2080 UNTS 95 ("ECV")*.
- ¹⁴Die Herausforderung der Verfalls Klausel des ECV wird hier nicht näher erörtert, verdient aber vielleicht nähere Aufmerksamkeit. Kürzlich schlug Y. Saheb vor, dass die Verfalls Klausel des ECV leicht überwunden werden könne, wenn die EU-Mitgliedstaaten einfach (untereinander) vereinbaren, die Verfalls Klausel des ECV zu beenden und damit die innergemeinschaftlichen Fälle ohne eine Verlängerung der Verpflichtungen um 20 Jahre sofort zu beenden (Saheb, *Modernisation of the ECT*, S.42). Mit dieser Strategie wird eine jüngste Neuerung in Bezug auf die gegenseitige Beendigung von EU-internen BITs und deren Verfalls Klauseln übernommen (z.B. Art. 3, Abkommen über die Beendigung der bilateralen Investitionsverträge zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union. SN/4656/2019/INIT, OJ L 169, 29.5.2020). Bemerkenswert ist, dass selbst diese Beendigung der innergemeinschaftlichen BIT-Verfalls Klauseln mit zukünftigen ISDS-Herausforderungen konfrontiert sein kann. Für den multilateralen ECV sind solche Anfechtungen jedoch ziemlich sicher, da die EV-Schiedsgerichte konsequent alle Argumente zurückgewiesen haben, die auf inter-se-Ausnahmeregelungen beruhen. In diesem Sinne unterscheidet sich Sahebs Strategie für Verfalls Klauseln nicht wesentlich von früheren Einwänden der Kommission gegen die innergemeinschaftliche Rechtsprechung, die bisher von der Kommission vorgebracht wurden (erörtert in Teil 1). Selbst wenn die EU eine solche Strategie ernsthaft verfolgen würde, könnte sie daher zu den gleichen Ergebnissen führen: d. h. Gerichte, die Fälle innerhalb der EU-Vertragsstaaten verhandeln, werden sie ignorieren. In diesem Fall wären die einzigen Durchsetzungsmöglichkeiten der EU die nationalen Gerichte der Mitgliedstaaten und die EU-Vertragsverletzungsverfahren. Wie wirksam diese in Bezug auf die „Blockierung“ von EU-internen ISDS-Ansprüchen sind, wird derzeit getestet (wie in Teil 2 diskutiert).

- ¹⁵ 80 % einschließlich Investoren von EFTA-Ländern. Saheb, *Modernisation of the ECT*, S. 5, 42.
- ¹⁶ Zu den Auslassungen gehören vorgeschlagene Bestimmungen über die Finanzierung durch Dritte, Transparenz oder Transfers oder Regeln, die Interventionen durch „Dritte“ erlauben.
- ¹⁷ Rechtssache C-284/16 Slowakische Republik gegen Achmea BV [2018] ECLI:EU:C:158 („Achmea“); Stellungnahme 1/17 EU-Canada CET Abkommen [2019] ECLI:EU:C:2019:341 („Stellungnahme 1/17“)
- ¹⁸ Siehe S. Hindelang, ‚The Price for a Seat at the ISDS Reform Table – CJEU’s clearance of the EU’s investment protection policy in Opinion 1/17 and its impact on the EU constitutional order‘, in A. Biondi und G. Sangiuolo (eds), *Judicial Protection and EU Free Trade Agreements, LAwTTIP Book Series* (Edward Elgar Publishing, forthcoming 2020). Verfügbar unter: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3548204 [Zugriff am 15. Juni 2020] p.17.
- ¹⁹ Der EuGH kann die Frage des ECV nach EU-Recht bei der Beantwortung eines Vorabentscheidungsersuchens des Pariser Berufungsgerichts vom September 2019 (Rechtssache C-741/19, betreffend das ECV-basierte UNCITRAL-Schiedsgericht, Energoalians SARL gegen die Republik Moldau) behandeln. Zuvor lehnte es das Berufungsgericht Svea (Stockholm) im Jahr 2019 ab, eine Vorabentscheidung des EuGH zu beantragen, „um zu klären, ob Artikel 26 ECV zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union anwendbar ist, und wenn dies der Fall ist, ob Artikel 26 ECV mit dem Primärrecht der Europäischen Union vereinbar ist“. (Rechtssache Nr. T 4658-18, Berufungsgericht Svea, 25.4.2019).
- ²⁰ C. Cross & V. Kube, *Is the arbitration clause of the Energy Charter Treaty compatible with EU law in its application between EU Member States?* (Das Münchener Umweltinstitut, Februar 2018), S.11; ebenfalls M. Happold & M. De Boeck, ‚The European Union and The Energy Charter Treaty: What Next After Achmea?‘ in M. Andenas, M. Happold und L. Pantaleo (eds), *The European Union as an Actor in International Economic Law* (T.M.C. Asser Press: forthcoming) Verfügbar: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3261590 [Zugriff am 20. Juni 2020] p.22; J. Kleinheisterkamp, ‚Investment Protection and EU Law: The Intra- and Extra-EU Dimension of the Energy Charter Treaty‘. *Journal of International Economic Law* 15(1) (2012) S.105–106.
- ²¹ Stellungnahme 1/17, Abs. 117.
- ²² Art. 216.2, Konsolidierte Version des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union [2016] OJ C326/47 („AEUV“).
- ²³ Europäischen Kommission, EU-Textentwurf zur Modernisierung des Energiecharta-Vertrages (ECV). 27. Mai 2020. Verfügbar: https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/may/tradoc_158754.pdf [Zugriff am 10. Juni 2020] („EU ECV-Modernisierungsvorschlag“).
- ²⁴ Teil V [ECV] Streitschlichtung, EU ECV-Modernisierungsvorschlag, S.15.
- ²⁵ Siehe allgemein, Love Rönnelid, *Research Report: An Evaluation of the Proposed Multilateral Investment Court System* (GUE/NGL, Oktober 2018).
- ²⁶ In Stellungnahme 1/17 betonte der EuGH die Anforderungen an die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit künftiger Mitglieder von ICS-Gerichten, die in den Bestimmungen von CETA über die Ernennungsbedingungen (Dauer und Fachkenntnisse), die Vergütung sowie die Ethik, das Verhalten und die Interessenkonflikte von Schiedsrichter*innen enthalten sind. Siehe Abs. 223, 230-1, 238 und 242, die sich auf die Artikel 8.27 bis 8.31, CETA, beziehen.
- ²⁷ Siehe Diskussion in Stellungnahme 1/17 über die Risiken, dass CETA die Wirksamkeit des EU-Wettbewerbsgesetzes untergraben könnte, Abs. 54-55. Im Rahmen der TTIP-Verhandlungen hielt die Kommission ebenfalls fest, dass *Micula*-ähnliche Konflikte mit dem EU-Beihilfenrecht vermieden werden könnten, wenn Ansprüche aus der Einstellung von Subventionen ausgeschlossen würden. Siehe Konzeptpapier der Europäischen Kommission „Investitionen in die GFTT und darüber hinaus - der Weg zur Reform“ (5. Mai 2015). Verfügbar: https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF [Zugriff am 4. Mai 2020].
- ²⁸ Der ECV sieht eine begrenzte Zahl von Ausnahmen von Investitionsschutzverpflichtungen aus Gründen der öffentlichen Ordnung vor, nämlich: Maßnahmen, die „notwendig“ sind für den Schutz der wesentlichen Sicherheitsinteressen, die Wahrung der Nichtverbreitungspolitik (Art. 24.3) oder „zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung“; oder Maßnahmen, die „notwendig“ sind, um das Leben oder die Gesundheit von Menschen, Tieren oder Pflanzen zu schützen (Art. 24.2(b)). Keine der beiden Ausnahmeregelungen darf jedoch für die Verpflichtungen der Vertragsparteien gelten, den Investor*innen volle Sicherheit und vollen Schutz (Art. 12) oder Schutz vor Enteignung (Art. 13) zu gewähren. Im Gegensatz dazu unterliegen nach EU-Recht „alle Grundfreiheiten des Binnenmarkts (d. h. auch der freie Verkehr von Waren, Arbeitnehmer*innen und Kapital) solchen Ausnahmen von der öffentlichen Ordnung“: Jan Kleinheisterkamp, ‚Investment Protection and EU Law: The Intra- and Extra-EU Dimension of the Energy Charter Treaty‘. *Journal of International Economic Law* 15(1), 85–109 (2012), 91. Siehe auch J. Kokott & C. Sobotta, ‚Investment Arbitration and EU Law‘, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 18 (2016).
- ²⁹ Die Kapitaltransfervorschriften des ECV entsprechen weitgehend den Bestimmungen in mehreren Nicht-EU-BITs, die 2009 Gegenstand von Vertragsverletzungsverfahren waren. Der EuGH befand drei Mitgliedstaaten – Österreich, Schweden und Finnland – für haftbar, weil sie Unvereinbarkeiten zwischen dem AEUV (Art. 64(2), 66 und 75) und diesen BIT-Bestimmungen nicht beseitigt hatten. Rechtssache C-205/06, Kommission gegen Österreich, ECLI:EU:C:2009:118; C-249/06, Kommission gegen Schweden, ECLI:EU:C:2009:119; C- 118/07, Kommission gegen Finnland, ECLI:EU:C:2009:715. Siehe Diskussion in T. Roe und M. Happold, ‚Settlement of Investment Disputes under the Energy Charter Treaty‘, *Cambridge University Press*, 2011, S 89; T. Eilmansberger, ‚Bilateral Investment Treaties and EU Law‘ (2009) 48 *Common Market Law Review* 383 at 411–12; G. Coop, ‚Energy Charter Treaty and the European Union: Is Conflict Inevitable?‘, *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 27:3, 404-419, (2009) S 418
- ³⁰ N. Basener, *Investment Protection in the European Union: Considering EU law in investment arbitrations arising from intra-EU and extra-EU bilateral investment agreements* (Nomos Verlag, 2017) S.155
- ³¹ *Rat der Europäischen Union, Verhandlung der Richtlinien für die Modernisierung des Energiecharta-Vertrages*, Brüssel, 2. Juli 2019, S. 3, 4.
- ³² Politische Optionen zur Modernisierung des ECV, Entscheidung der Energiecharta-Konferenz, Brüssel, den 6. Oktober 2019. CCDEC 2019.
- ³³ Saheb, *Modernisation of the ECT*, p.42.
- ³⁴ Internationaler Gewerkschaftsbund, Zusammenfassung der Beratungen und der gewerkschaftlichen Interessenvertretung für die 38. Sitzung der UNCITRAL-Arbeitsgruppe III zur ISDS-Reform, 14.-18. Oktober 2019, UN-Hauptsitz, Wien.

- ³⁵ J.R. Basedow, 'The Achmea Judgment and the Applicability of the Energy Charter Treaty in Intra-EU Investment Arbitration'. *Journal of International Economic Law* 23 (2020) S.289
- ³⁶ *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. gegen Königreiche Spanien*, ICSID Rechtssache Nr. ARB/13/30. Entscheidung zur Gerichtsbarkeit, 6. Juni 2016, Abs. 85; *Watkins Holdings S.à r.l. und andere gegen Königreich Spanien*, ICSID Rechtssache Nr. ARB/15/44. Schiedsspruch, 21. Januar 2020, Abs. 197-202
- ³⁷ Art. 19, Konsolidierte Version des Vertrages der Europäischen Union [2012] OJ C 326/13; Art. 251-281 ff. und Art. 344 AEUV
- ³⁸ Stellungnahme 1/17, Abs. 106-11
- ³⁹ Art. 267, AEUV
- ⁴⁰ *Achmea*, Abs. 56-9
- ⁴¹ *Ibid.* Abs. 40-2. Erwähnenswert ist, dass das Achmea BIT (Art. 10(5), 10(7)) in Bezug auf das anwendbare Recht wesentlich vager ist als der ECV, da das Gericht befugt ist, „sein eigenes Verfahren zu bestimmen“ und ein Urteil „auf der Grundlage des [BIT] und anderer einschlägiger Vereinbarungen zwischen den beiden Vertragsparteien, der allgemeinen Grundsätze des Völkerrechts sowie der allgemeinen Rechtsnormen, die das Gericht für anwendbar hält“, zu fällen.
- ⁴² Stellungnahme 1/17, Abs. 107
- ⁴³ Hindelang, 'The Price for a Seat', S. 7
- ⁴⁴ S. Gáspár-Szilágyi, 'Between fiction and reality: The external autonomy of EU law as a 'shapeshifter' after Opinion 1/17' (demnächst, beim Autor hinterlegt), S. 5
- ⁴⁵ Erklärung der Mitgliedstaaten am 15. Januar 2019 über die Rechtsfolgen des Achmea-Urteils und über Investitionsschutz, verfügbar unter: https://ec.europa.eu/info/publications/190117-bilateral-investment-treaties_en [Zugriff am 15. Juni 2020]
- ⁴⁶ *The PV Investors gegen Königreich Spanien*, PCA Rechtssache Nr. 2012-14. endgültiger Schiedsspruch, 28. Februar 2020, Abs. 547
- ⁴⁷ Stellungnahme 1/17, Abs. 118
- ⁴⁸ Siehe Hindelang, 'The Price for a Seat', fn. 34; Happold & De Boeck, 'EU and ECT', S. 11-13
- ⁴⁹ *Achmea*, Abs. 41
- ⁵⁰ Art. 26.6, ECV
- ⁵¹ Art. 26.6, EU ECV-Modernisierungsvorschlag, S. 16
- ⁵² Siehe Art. 8.31.1-2 CETA; Stellungnahme 1/17, Abs. 106, 118, 131
- ⁵³ Gáspár-Szilágyi, 'Between fiction and reality', S. 12; S. Gáspár-Szilágyi & M. Usynin, 'The Uneasy Relationship between Intra-EU Investment Tribunals and the Court of Justice's Achmea Judgment', *European Investment Law and Arbitration Review* (Vol. 4, Dez. 2019); A. Van Den Berghe, 'The Commission's draft proposal for the modernisation of the Energy Charter Treaty: Legal briefing', ClientEarth, April 2020, fn. 9
- ⁵⁴ Hindelang beschreibt Eskosol und andere Schiedsgerichte als „offen feindseelig“ gegenüber der Anwendung von EU-Recht (siehe Hindelang, 'The Price for a Seat', S. 10); *Eskosol S.p.A. in Konkurs gegen die Italienischen Republik*, ICSID Rechtssache Nr. ARB/15/50. Schiedsspruch über Kündigungsantrag und Intra-EU Einwand, 7. Mai 2019, Abs. 115-130.
- ⁵⁵ Beispiel: *Maffezini gegen Spanien*, ICSID Rechtssache Nr. ARB/97/7; *Safa gegen Griechenland*, ICSID Rechtssache Nr. ARB/16/20; *Fleming DutyFree gegen Polen*, UNCITRAL, Schiedsspruch vom 12. August 2016; *Gazprom gegen Litauen*, PCA Rechtssache Nr. 2011-16 (2012). Siehe Diskussion in L. Ankersmit & L. Hughes, *Implications of Achmea: How the Achmea Judgment Impacts Investment Agreements with Non-EU Countries* (ClientEarth / CIEL, April 2018), S. 5
- ⁵⁶ *RREEF gegen Spanien*, Entscheidung zur Gerichtsbarkeit, Abs. 73; *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC und Schwab Holding AG gegen Königreiche Spanien*, ICSID Rechtssache Nr. ARB/15/36. Schiedsspruch, 6. September 2019, Abs. 330-331
- ⁵⁷ Art. 27, Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge, 1155 UNTS 331 ("WÜRV")
- ⁵⁸ *AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erőmű Kft gegen die Republik Ungarn*, ICSID Rechtssache Nr. ARB/07/22, Schiedsspruch, 23. September 2010, Absatz. 7.6.5 -7.6.6.
- ⁵⁹ Art. 46, WÜRV
- ⁶⁰ Art. 30, WÜRV
- ⁶¹ *OperaFund gegen Spanien*, Schiedsspruch Abs. 319
- ⁶² Es ist fraglich, ob (und wie) Art. 351 AEUV auf den ECV oder das ICSID-Übereinkommen Anwendung finden sollte. Der EuGH hat entschieden, dass Artikel 351 AEUV 351 AEUV nicht die Rechte und Pflichten zwischen den Mitgliedstaaten wahrt (Rechtssache 10/61 Kommission gegen Italien ECLI:EU:C:1962:2). Aber der Oberste Gerichtshof des Vereinigten Königreichs hat kürzlich entschieden, dass Art. 351 AEUV nur dann Anwendung finden kann, wenn aus dem früheren Vertrag Verpflichtungen gegenüber einem Nichtmitgliedstaat bestehen, dies jedoch „keine zusätzliche Anforderung auferlegt, dass sich die besondere Streitigkeit vor dem Gericht auf Aktivitäten oder Transaktionen außerhalb der EU beziehen muss“. Darüber hinaus sind „das Bestehen und der Umfang von Verpflichtungen aus früheren Verträgen im Rahmen von Art. 351 AEUV nicht den EU-Gerichten vorbehalten“, und da die EU nicht einmal Vertragspartei des ICSID-Übereinkommens ist, sollte sich der EuGH hinsichtlich der Auslegung des Übereinkommens „den innerstaatlichen Gerichten des Vereinigten Königreichs als Vertragsstaat“ unterwerfen. Siehe *Micula und andere gegen Rumänien* [2020] UKSC 5, Absätze. 100, 112, 116.
- ⁶³ Happold & De Boeck, 'EU and ECT', S.16; Cross & Kube, 'Arbitration clause of the ECT', S. 31
- ⁶⁴ *Electrabel gegen Ungarn*, Entscheidung zur Gerichtsbarkeit, Absätze 4.78, unter Berufung der Eingaben Ungarns
- ⁶⁵ Im Rahmen von Art. 16 ECV schließt Art. 41 VCLT wahrscheinlich jeden Nutzen der lex posterior-Regel in Art. 30 WÜRV aus.
- ⁶⁶ *Charanne B.V. und Construction Investments S.a.r.l. gegen Königreich Spaniens*, SCC Rechtssache. 062/2012. Endgültiger Schiedsspruch, 21. Januar 2016, Absätze 438; *RREEF gegen Spanien*, Entscheidung über Gerichtsbarkeit, Absätze. 82-87; *RREEF gegen Spanien*, Schiedsspruch, 11. Dezember 2019, Abs. 75; *OperaFund gegen Spanien*, Schiedsspruch, Abs. 327; *Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. gegen Königreich Spanien*, ICSID Rechtssache Nr. ARB/13/36. Schiedsspruch, 4. Mai 2017, Abs. 202; *Stadwerke München GmbH und andere gegen Königreich Spanien*, ICSID Rechtssache Nr. ARB/15/1, Schiedsspruch, 2. Dezember 2019, Abs. 145-6; *SolEs Badajoz GmbH gegen Königreich Spanien*, ICSID Rechtssache Nr. ARB/15/38. Schiedsspruch, 31. Juli 2019, Absätze 164-5

- ⁶⁷ *Electrabel gegen Ungarn, Entscheidung zur Gerichtsbarkeit*, Abs. 4.105, unter Berufung der Eingaben der EK
- ⁶⁸ Entscheidung der Europäischen Kommission vom 10. November 2017 über Staatliche Beihilfen SA.40348 (2015/NN) – Spanien: Unterstützung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energiequellen, Kraft-Wärme-Kopplung und Abfall. C(2017) 7384 endgültig, Absatz.161 („EK Entscheidung 2017 (Spanien)“)
- ⁶⁹ *OperaFund gegen Spanien*, Schiedsspruch, Abs. 317.
- ⁷⁰ *Achmea*, Abs. 32 und EuGH Rechtsprechung, die vom Gerichtshof zitiert wird
- ⁷¹ Stellungnahme 1/17, Abs. 74, 132 & 140, die sich auf Art. 8.21, CETA. Es ist erwähnenswert, dass die positive Beurteilung des EuGH eine erhebliche Lücke im CETA übersehen hat: Wenn die EU es versäumt, innerhalb von 50 Tagen eine Entscheidung über den/ die richtige*n Antragsgegner*in zu treffen, hat der/ die Investor*in das Recht, den/ die richtigen Antragsgegner*in danach zu bestimmen, ob die angefochtenen Maßnahmen „ausschließlich“ Maßnahmen eines Mitgliedstaates sind“ oder ob sie auch „Maßnahmen der Europäischen Union“ umfassen (Art. 8.21.4-5, CETA). Angesichts der Bedeutung, die der EU-internen Aufteilung der Zuständigkeiten beigemessen wird, ist es überraschend, dass diese Bestimmung als akzeptabel erachtet wurde. Siehe Hindelang, 'The Price for a Seat', S.6
- ⁷² C. Kovács, *Attribution in International Investment Law* (Kluwer Law, 2018) § 9.03; Cross & Kube, 'Arbitration clause of the ECT', S. 10
- ⁷³ Erklärung der Europäischen Gemeinschaften an das Sekretariat der Energiecharta gemäß Artikel 26(3)(b)(ii) EV. 9. März 1998, ABl. L 69/115: „In diesem Fall werden die Gemeinschaften und die betreffenden Mitgliedstaaten auf Antrag des Investors innerhalb von 30 Tagen eine solche Feststellung treffen. Auch Fußnote 1: „Dies berührt nicht das Recht des Anlegers, ein Verfahren sowohl gegen die Gemeinschaften als auch gegen ihre Mitgliedstaaten einzuleiten.“
- ⁷⁴ Art. 13.1, ECV
- ⁷⁵ Stellungnahme 1/17, Abs. 157-158
- ⁷⁶ Art. 10 (1), Vorschlag der EU zur Modernisierung des ECV, S. 5-6. Diese Bestimmungen entsprechen denjenigen unter. 8.10, CETA
- ⁷⁷ Art. 8.10 (3), CETA
- ⁷⁸ Anhang X (Enteignung), Vorschlag der EU zur Modernisierung des ECV, S. 7; vgl. Anhang 8-A, CETA. Die einzige Änderung des CETA-Anhangs besteht darin, dass der ECV-Vorschlag jeden Hinweis auf eine Beeinträchtigung von „unterschiedlichen, angemessenen, durch Investitionen gestützten Erwartungen“ auslöst. In jedem Fall informieren solche Erwartungen in der Regel eher über die Beurteilung von Verstößen gegen den FET-Standard als über die regulatorische Enteignung.
- ⁷⁹ García Castrillón fasst den Ansatz des EuGH wie folgt zusammen: „Die Elemente, die ausgewogen sein sollten, sind die folgenden: die berechtigten Erwartungen der Beteiligten müssen sich aus konkreten Handlungen ergeben, die objektiv solche Erwartungen wecken und die spezifische, bedingungslose und kohärente Garantien in Übereinstimmung mit dem anwendbaren Recht bieten; die Wirtschaftsteilnehmer können keine berechtigten Erwartungen in Bezug auf den Fortbestand einer Situation haben, die der Ermessensausübung der Behörden unterliegt, insbesondere in Bereichen, die eine ständige Anpassung an die wirtschaftlichen Gegebenheiten erfordern oder die auf außergewöhnliche oder vorübergehende Situationen sowie auf die Notwendigkeit reagieren, im allgemeinen öffentlichen Interesse zu handeln; die Unvorhersehbarkeit der normativen Änderungen, die dazu geführt haben, dass die legitimen Erwartungen eines umsichtigen Wirtschaftsteilnehmers unter Berücksichtigung der Umstände des Marktes oder des Wirtschaftssektors letztlich enttäuscht wurden; und die normativen Änderungen müssen den besonderen Situationen dieser Wirtschaftsteilnehmer Rechnung tragen und Anpassungen vorsehen, die die enttäuschten legitimen Erwartungen durch Ersatzmaßnahmen, die in einem angemessenen Verhältnis zu den erklärten Zielen stehen, minimieren, ausgleichen oder wieder ins Gleichgewicht bringen“. C.O. García Castrillón, Spanien und Investitionsschiedsgerichtsbarkeit: Die Explosion der erneuerbaren Energien. Schriftenreihe Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit, Papier Nr. 17 (Centre for International Governance Innovation, November 2016) S. 9
- ⁸⁰ Entscheidung EK 2017 (Spanien), Abs. 164
- ⁸¹ C. Cross, *Investor protection in CETA: Gold standard or missed opportunity?* (International Centre for Trade Union Rights & Greenpeace, Oktober 2016), S. 7-9
- ⁸² Dies wird von der Europäischen Kommission auch als "Premium Economic Scheme" bezeichnet
- ⁸³ Für eine prägnante Diskussion über diese Schiedssprüche, siehe N. Briercliffe und D. Ingle, 'Dispute Resolution in the European Energy Sector', in T. Soliman Hunter et al (eds.), *Routledge Handbook of Energy Law* (Routledge 2020).
- ⁸⁴ García Castrillón fügt hinzu, dass die Klagen sogar zu einer Abwanderung von Fachkräften geführt haben: Ein Dutzend spanische Staatsanwälte haben vorübergehend ihre administrativen Aufgaben aufgegeben, um für die Anwaltskanzleien zu arbeiten, die Investor*innen vertreten. Siehe *Spain and Investment Arbitration*, S. 18
- ⁸⁵ Laut Eberhardt und andere gut 88% der Forderungen. *One Treaty*, S. 45
- ⁸⁶ K. Tienhaara und C. Downie, 'Risky Business? The Energy Charter Treaty, Renewable Energy, and Investor-State Disputes'. *Global Governance* 24 (2018), S. 458-9
- ⁸⁷ Siehe Saheb, *Modernisation of the ECT*, S.14; P. Pérez-Salido, 'Royal Decree-Law 17/2019: An Opportunity for Spain to Leave Behind the Renewable Energy Arbitrations?' *Kluwer Arbitration Blog*, 30. Dezember 2019. Verfügbar: http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/12/30/royal-decree-law-17-2019-an-opportunity-for-spain-to-leave-behind-the-renewable-energy-arbitrations/?doing_wp_cron=1592306511.2984879016876220703125 [Zugriff am 15. Juni 2020]
- ⁸⁸ P. Nacimiento, 'The Energy Charter Treaty', in B. Legum (ed.), *Investment Treaty Arbitration Review: Third Edition* (Law Business Research Ltd, 2018), Sp.331-2
- ⁸⁹ N.B. Die *Charanne*-Kläger fochten nur die 2010 vorgenommenen Änderungen des Sonderregimes an. Spätere Fälle konzentrierten sich auf die Maßnahmen 2013-14.
- ⁹⁰ *Charanne gegen Spanien*, Endgültiger Schiedsspruch, Abs. 493
- ⁹¹ *OperaFund gegen Spanien*, Schiedsspruch, Abs. 513; *Foresight Luxembourg Solar 1 S.Á.R.L und andere gegen Königreich Spanien*, SCC Rechts-sache Nr. 2015/150. Schiedsspruch, 14. November 2018, Abs. 553; *Novenergia II - Energy & Environment (SCA), SICAR gegen Königreich Spanien*, SCC Rechtssache Nr. 063/2015. Endgültiger Schiedsspruch, 15. Februar 2018, Abs. 553-4

- ⁹² *OperaFund gegen Spanien*, Schiedsspruch, Abs. 485; *9REN Holding S.a.r.l. gegen Königreich Spanien*, ICSID Rechtssache Nr. ARB/15/15, Schiedsspruch, 31. Mai 2019, Abs. 257; *Watkins gegen Spanien*, Schiedsspruch, Abs. 527
- ⁹³ Das *Novenergia-* und das *Masdar*-Schiedsgericht betrachteten die Bestimmung (Art. 17(c) RD 661/2007, die die Eintragung in das Registro Administrativo de Instalaciones de Producción en Régimen Especial oder „RAIPRE“ vorschreibt) als eine solche Verpflichtung. Das *NextEra*-Schiedsgericht wies diese Auslegung ausdrücklich zurück. Siehe *Novenergia II gegen Spanien*, Endgültiger Schiedsspruch, Abs. 665-667; *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. gegen Königreich Spanien*, ICSID- Rechtssache Nr. ARB/14/1. Schiedsspruch, 16. Mai 2018, Absätze. 512-521; *NextEra Energy Global Holdings B.V. und NextEra Energy Spain Holdings B.V. gegen Königreich Spanien*, ICSID Rechtssache Nr. ARB/14/11, Schiedsspruch, 31. Mai 2019, Absatz. 585
- ⁹⁴ *Eiser gegen Spanien*, Schiedsspruch, Abs. 363; *Foresight gegen Spanien*, Schiedsspruch, Abs. 336; *Stadtwerke gegen Spanien*, Schiedsspruch, Abs. 198
- ⁹⁵ *Eiser gegen Spanien*, Schiedsspruch, Abs. 363-5; *Novenergia II gegen Spanien*, Endgültiger Schiedsspruch, Abs. 695; *REEF gegen Spanien*, Schiedsspruch, Abs. 337; *NextEra gegen Spanien*, Schiedsspruch, Abs. 599
- ⁹⁶ *Stadtwerke gegen Spanien*, Schiedsspruch, Abs. 258-261
- ⁹⁷ *Ibid.* und Abs. 364
- ⁹⁸ Urteil der Dritten Abteilung des Obersten Spanischen Gerichtshofs vom 15. Dezember 2005, Berufung Nr. 73/2004; Urteil der Dritten Abteilung des Obersten Gerichtshofs vom 25. Oktober 2006, Berufung Nr. 12/2005. Siehe Diskussion in *PV Investors*, Endgültiger Schiedsspruch, Absätze 605-606
- ⁹⁹ *Charanne gegen Spanien*, Endgültiger Schiedsspruch, Abs. 504, 514, 804
- ¹⁰⁰ *Isolux Infrastructure Netherlands B.V. gegen Königreich Spanien*, SCC Rechtssache Nr. 2013/153. Schiedsspruch, 12. Juli 2016, Abs. 787
- ¹⁰¹ *PV Investors*, Endgültiger Schiedsspruch, Abs. 612, 616, 647. Ebenfalls zum Thema der Sorgfalt: *Charanne gegen Spanien*, Endgültiger Schiedsspruch, Abs. 504; *Stadtwerke gegen Spanien*, Schiedsspruch, Abs. 277-8
- ¹⁰² *Watkins gegen Spanien*, Schiedsspruch, Abs. 654. Siehe insbesondere die abweichende Meinung von Prof. Dr. Hélène Ruiz Fabri, *Watkins gegen Spanien*, Unstimmigkeit über Haftung und Quantum, 21. Januar 2020, Abs. 11-12
- ¹⁰³ Stellungnahme 1/17, Abs. 150
- ¹⁰⁴ Dazu gehören Maßnahmen, die „die öffentliche Ordnung oder die öffentliche Sicherheit, den Schutz der öffentlichen Sittlichkeit, den Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen und Tieren, die Wahrung der Lebensmittelsicherheit, den Schutz von Pflanzen und der Umwelt, das Wohlergehen am Arbeitsplatz, die Produktsicherheit, den Verbraucherschutz oder auch die Grundrechte“ betreffen. Siehe Stellungnahme 1/17, Abs. 160 & 154, mit Bezug auf Artikel 8.9.1-2, CETA.
- ¹⁰⁵ Grundsätzlich, die nicht nummerierten Artikel über „Gesetzgebende Maßnahmen“ und „Nachhaltige Entwicklung – Anrecht auf Regulierung und Schutzniveaus“, EU-Modernisierungsvorschlag des ECV, S. 4, 10
- ¹⁰⁶ Hindelang, ‚The Price for a Seat‘, S. 9
- ¹⁰⁷ U.a. *Eiser gegen Spanien*, Schiedsspruch, Absätze 362, 371; *Foresight gegen Spanien*, Schiedsspruch, Abs. 364; *9REN gegen Spanien*, Schiedsspruch, Abs. 253
- ¹⁰⁸ Stellungnahme 1/17, Abs. 144
- ¹⁰⁹ Eine erwähnenswerte Ausnahme ist *Bernhard von Pezold und andere gegen Republik Simbabwe*, ICSID Rechtssache Nr. ARB/10/15, Schiedsspruch, 28. Juli 2015
- ¹¹⁰ Stellungnahme 1/17, Abs. 149-150
- ¹¹¹ Basedow, ‚The Achmea Judgment‘, S. 290
- ¹¹² Namentlich, *Isolux and Charanne*. Beide Klagen wurden abgewiesen, jedoch nicht aufgrund des Nationalitäten-Shoppings, Siehe Eberhardt u.a, *One Treaty*, S. 45
- ¹¹³ R. Power, Clyde & Co, ‚Brexit, the Energy Charter Treaty and Achmea: A ray of light?‘, *Energy Voice*, 02/01/2019. Verfügbar: <https://www.energyvoice.com/opinion/189343/brexit-the-energy-charter-treaty-and-achmea-a-ray-of-light/> [Zugriff am 15. Juni 2020]; W. Wyss, ‚Achmea-Earthquake – Time to Consider a Swiss Solution‘, *Lexology*. Verfügbar: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=475fa99b-9c5c-4800-bc68-c854cd806525> [Zugriff am 15. Juni 2020, nur mit Abonnement]
- ¹¹⁴ Power, ‚Brexit, ECT and Achmea‘
- ¹¹⁵ Art. 1(7)(a)(ii) und begleitende Fußnote 2, EU-Modernisierungsvorschlag des ECV, S.3
- ¹¹⁶ Neuer Artikel: *Frivolous claims* [Ort muss bestimmt werden], EU Modernisierungsvorschlag des EDV, S. 16. siehe Art 8.32 und 8.33, CETA
- ¹¹⁷ Rat der Europäischen Union, Verhandlung der Richtlinien zur Modernisierung des Energiecharta-Vertrages, Brüssel, 2. Juli 2019, S. 4
- ¹¹⁸ T. Voon, A. Mitchell & J. Munro, ‚Legal Responses to Corporate Manoeuvring in International Investment Arbitration‘. *Journal of International Dispute Settlement* 2014 5, S. 67
- ¹¹⁹ Art. 17, EU-Modernisierungsvorschlag des ECV, S. 9
- ¹²⁰ *Plama Consortium Limited gegen Republik Bulgarien*, ICSID Rechtssache Nr. ARB/03/24, Schiedsspruch, 27. August 2008, Abs. 147-9
- ¹²¹ Siehe Diskussion, K. Hobér, ‚Overview of Energy Charter Treaty Cases‘, in M. Scherer (ed.), *International Arbitration in the Energy Sector* (Oxford University Press, 2018) S. 188-192
- ¹²² *Yukos Universal Limited (Isle of Man) gegen Russische Föderation*, UNCTRAL, PCA Rechtssache Nr. 2005-04/AA227, Zwischenschiedsspruch über Gerichtsbarkeit und Zulässigkeit, 30. November 2009, Absätze 543-555
- ¹²³ Art 1(6), EU-Modernisierungsvorschlag des ECV, S. 2
- ¹²⁴ 26.4 [FN1], EU-Modernisierungsvorschlag des ECV, S. 15
- ¹²⁵ Wie zitiert in der Entscheidung der Europäischen Kommission (2015/1470) am 30. März 2015 über Staatliche Beihilfen SA.38517 (2014/C) (ex 2014/NN) vollstreckt durch Rumänien – Schiedsspruch Micula gegen Rumänien am 11. Dezember 2013. C(2015) 2112 endgültige, Absatz. 25 („EK-Entscheidung 2015 (Rumänien)“)
- ¹²⁶ *Ibid.*, Art. 1
- ¹²⁷ Art. 107 & 108, AEUV, EK-Entscheidung 2015 (Rumänien), Abs. 104

- ¹²⁸ Rechtssachen T-624/15, T-694/15 und T-704/15 *European Food SA und andere gegen Europäische Kommission* [2019] EU:T:2019:423, Absätze 78-79, 86
- ¹²⁹ *Ibid.* Absätze 91, 108
- ¹³⁰ *Ibid.*, Absätze 103. Ebenfalls C. Tietje und C. Wackernagel, 'Outlawing Compliance? - The Enforcement of intra-EU Investment Awards and EU State Aid Law'. No. 41 Policy Papers on Transnational Economic Law (2014), S. 7; T. Kende, 'Arbitral Awards Classified as State Aid under European Union Law', *ELTE Law Journal* 2015 1, S. 43
- ¹³¹ *European Food gegen Kommission*, Abs. 101: „Erstens muss eine Intervention des Staates oder aus staatlichen Mitteln erfolgen; zweitens muss die Intervention geeignet sein, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen; drittens muss sie dem Empfänger einen Vorteil verschaffen und viertens muss sie den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen“.
- ¹³² Entscheidung EK 2015 (Rumänien), Abs. 118
- ¹³³ *Micula und andere gegen Rumänien* [2020] UKSC 5, Abs. 100, 112, 116
- ¹³⁴ G. Croissant, 'Micula Case: The UK Supreme Court Rules That The EU Duty Of Sincere Co-operation Does Not Affect The UK's International Obligations Under The ICSID Convention', *Kluwer Arbitration Blog*, 20. Februar 2020. Verfügbar: http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/02/20/micula-case-the-uk-supreme-court-rules-that-the-eu-duty-of-sincere-co-operation-does-not-affect-the-uks-international-obligations-under-the-icsid-convention/?doing_wp_cron=1592903569.9045419692993164062500 [Zugriff am 20. Juni 2020]; A. Stanic, 'Enforcement of Intra-EU BIT and ECT Awards in the UK Post Micula', *Kluwer Arbitration Blog*, 25. April 2020. Verfügbar: http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/04/25/enforcement-of-intra-eu-bit-and-ect-awards-in-the-uk-post-micula/?doing_wp_cron=1592903574.0474169254302978515625 [Zugriff am 20. Juni 2020]
- ¹³⁵ Der Betrag „entspricht der Gesamtsumme der von Rumänien geleisteten Nettozahlungen des Schiedsspruchs, zuzüglich der Zinsen vor der Urteilsverkündung ab dem 2. November 2018, zu dem im Schiedsspruch festgelegten Satz“, siehe Rechtssache Nr. 17-cv-02332 (APM) *Micula gegen Rumänien (I)*, Memorandum Opinion of the United States District Court for the District of Columbia, 11. September 2019. 404 F. Supp. 3d 265 (D.D.C. 2019) Abs. 60; ebenfalls Rechtssache Nr. 19-7127, Urteil des Berufungsgerichtshofes der Vereinigten Staaten für den District of Columbia Circuit, 19. Mai 2020
- ¹³⁶ [Neuer Artikel] Regulatorische Maßnahme, EU-Modernisierungsvorschlag des ECV, S.4-5
- ¹³⁷ Entscheidung der Europäischen Kommission vom 10. November 2017 über Staatliche Beihilfen SA.40348 (2015/NN) – Spanien: Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energiequellen, Kraft-Wärme-Kopplung und Abfall. C(2017) 7384 endgültig („EK-Entscheidung 2017 (Spanien)“)
- ¹³⁸ Entscheidung EK 2017 (Spanien), Abs. 156
- ¹³⁹ *Ibid.* Abs. 83
- ¹⁴⁰ D. Busse und S. Lange, 'European Law and Investment Treaties', in B. Legum (ed.), *Investment Treaty Arbitration Review: Third Edition* (Law Business Research Ltd, 2018) S. 346.
- ¹⁴¹ F. Montanaro, "Ain't No Sunshine": Photovoltaic Energy Policy in Europe at the Crossroads Between EU Law and Energy Charter Treaty Obligations', in *International Economic Law: Contemporary Issues*, herausgegeben von G. Adinolfi et al. Springer 2017, S. 224.
- ¹⁴² *OperaFund gegen Spanien*, Schiedsspruch, Abs. 442; *PV Investors*, endgültiger Schiedsspruch, Abs. 635.
- ¹⁴³ *OperaFund gegen Spanien*, Schiedsspruch, Abs. 485; *9REN gegen Spanien*, Schiedsspruch, Abs. 257; *Watkins gegen Spanien*, Schiedsspruch, Abs. 527; *Novenergia II gegen Spanien*, endgültiger Schiedsspruch, Abs. 665-667; *Masdar gegen Spanien*, Schiedsspruch, Abs. 512-52
- ¹⁴⁴ *PV Investors gegen Spanien*, endgültiger Schiedsspruch, Abs. 637
- ¹⁴⁵ Siehe Allen & Overy, 'Increased enforcement risk in intra-EU investment treaty arbitration'. Verfügbar: <https://www.allenoverly.com/en-gb/global/news-and-insights/legal-and-regulatory-risks-for-the-finance-sector/europe/increased-enforcement-risk-in-intra-eu-investment-treaty-arbitration> [Zugriff am 20. Juni 2020]
- ¹⁴⁶ *OperaFund gegen Spanien*, Schiedsspruch, Abs. 336
- ¹⁴⁷ Stellungnahme 1/17, Abs. 86
- ¹⁴⁸ *Ibid.*, Abs. 185
- ¹⁴⁹ *Ibid.* Absätze 86, 185-6, zitiert insbesondere Arte 8.9 und 17.2, CETA
- ¹⁵⁰ *Electrabel gegen Ungarn*, Entscheidung über Gerichtsbarkeit, Absätze 4.137-4.141
- ¹⁵¹ *Electrabel gegen Ungarn*, Entscheidung über Gerichtsbarkeit, Abs. 5.16; *Eskosol gegen Italien*, Entscheidung über Beendigungsanfrage, Absätze. 232-4
- ¹⁵² Allen & Overy, 'Increased enforcement risk in intra-EU investment treaty arbitration'. Verfügbar: <https://www.allenoverly.com/en-gb/global/news-and-insights/legal-and-regulatory-risks-for-the-finance-sector/europe/increased-enforcement-risk-in-intra-eu-investment-treaty-arbitration> [Zugriff am 20. Juni 2020]
- ¹⁵³ Dazu gehören Argentinien, Kasachstan, Kirgisistan, Russland, Thailand und Simbabwe. Eine Studie aus dem Jahr 2008 schätzte, dass die freiwillige Einhaltung von Investitionszuschüssen in 90% der Fälle erfolgte: L. Mistelis & C. Baltag, 'Recognition and Enforcement of Arbitral Awards and Settlement in International Arbitration: Corporate Attitudes and Practices', 19 *American Review of International Arbitration* (2008) S. 319, 324. Siehe auch O. Gerlich, 'State Immunity from Execution in the Collection of Awards Rendered in International Investment Arbitration: The Achilles' Heel of the Investor-State Arbitration System?' 26/1 *American Review of International Arbitration* (2015), S. 48; A. K. Bjorklund, 'Sovereign Immunity as a Barrier to the Enforcement of Investor-State Arbitral Awards: The Re-Politicization of International Investment Disputes' 21 *American Review of International Arbitration* (2010), S. 213-4
- ¹⁵⁴ Artikel 26 (4), ECV
- ¹⁵⁵ Übereinkommen über die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Staaten und Angehörigen anderer Staaten 1965, 575 UNTS 159 („ICSID Übereinkommen“); Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche 1959, 330 UNTS 3 („New York Übereinkommen“)

- ¹⁵⁶ In der Rechtssache *Achmea* stellte das Gericht fest, dass die ISDS-Gerichte, die unter dem niederländisch-slowakischen BIT gebildet werden, ihr „eigenes Verfahren unter Anwendung der UNCITRAL-Schiedsregeln“ frei bestimmen und den Sitz des Schiedsgerichts (Art. 8(5) des BIT) wählen können, wodurch sowohl bestimmt wird, ob der Schiedsspruch überhaupt einer Überprüfung durch ein Gericht eines EU-Mitgliedstaates unterliegt, als auch der nach dem innerstaatlichen Recht des Staates geltende Standard der gerichtlichen Überprüfung (Absätze 52-55).
- ¹⁵⁷ Wie in der Vorlage der Kommission vor den ECV-Gerichten hervorgehoben, siehe: *OperaFund gegen Spanien*, Schiedsspruch, Abs. 377
- ¹⁵⁸ Artikel 5(2)(a) & (b), New York Übereinkommen
- ¹⁵⁹ Allerdings „kann der Wert einer Anordnung oder Entscheidung der EU-Kommission in Bezug auf staatliche Beihilfen in den Staaten, die Drittstaaten des [AEUV] sind, recht begrenzt sein.“ T. Kende, ‚Arbitral Awards‘, S. 56
- ¹⁶⁰ *Electrabel gegen Ungarn*, Entscheidung über Gerichtsbarkeit, Abs. 4.199
- ¹⁶¹ Einige Forscher vermuten, dass die Mitgliedstaaten die ICSID-Schiedssprüche dennoch überprüfen oder sich weigern könnten, sie durchzusetzen. C.H. Schreuer und andere, ‚Article 54 – Enforcement‘, *The ICSID Convention* (Cambridge University Press, 2009), 1115-1150, Abs. 91; Hanno Wehland, ‚The Enforcement of Intra-EU BIT Awards: Micula v Romania and Beyond‘ (2016) 17 *The Journal of World Investment & Trade* 942, 959, 961-962.
- ¹⁶² ICSID Art. 52 und Artikel 53(1)
- ¹⁶³ *Electrabel gegen Ungarn*, Entscheidung über Gerichtsbarkeit, Abs. 5.19
- ¹⁶⁴ Nämlich Art. 9.16 des Freihandelsabkommens EU-Singapur. Siehe Stellungnahme des Generalanwalts Wathelet, Rechtssache C-284/16, Slowakische Republik v Achmea, ECLI:EU:C:2017:699, Fußnote 199
- ¹⁶⁵ P. Pérez-Salido, ‚Enforceability of Intra-EU Awards at the U.S. District Court for the District of Columbia: The Spanish Cases‘, *Kluwer Arbitration Blog*, 21. Juni 2020. Verfügbar: http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/06/21/enforceability-of-intra-eu-awards-at-the-u-s-district-court-for-the-district-of-columbia-the-spanish-cases/?doing_wp_cron=1593514466.1786530017852783203125 [Zugriff am 20. Juni 2020]
- ¹⁶⁶ Bjorklund, ‚Sovereign Immunity‘, S. 213
- ¹⁶⁷ Art. 54(3) & 54, ICSID Übereinkommen
- ¹⁶⁸ Bjorklund, ‚Sovereign Immunity‘, S. 211, 213, 228; C. Annacker, L. Achtouk-Spivak, Z. Bouraoui, ‚ICSID Awards‘ in E. Gaillard & G.E. Kaiser (eds.), *The Guide to Challenging and Enforcing Arbitration Awards* May (Law Business Research Ltd, 2019)
- ¹⁶⁹ *Eiser Infrastructure Ltd gegen Königreich Belgien* [2020] FCA 157
- ¹⁷⁰ S. Perry, ‚Spain solar awards enforced in Australia‘, *Global Arbitration Review*, 24. Februar 2020. Verfügbar: <https://globalarbitrationreview.com/article/1214857/spain-solar-awards-enforced-in-australia> [Zugriff am 20. Juni 2020, nur mit Abonnement]
- ¹⁷¹ F. Bannon und W. Stefanidis, ‚Path cleared for ICSID Award enforcement by investors in Australia‘, Clayton Utz, 28 May 2020. Verfügbar <https://www.claytonutz.com/knowledge/2020/may/path-cleared-for-icsid-award-enforcement-by-investors-in-australia> [Accessed 20 June 2020]
- ¹⁷² Bjorklund, ‚Sovereign Immunity‘, p.237-8; C. Annacker et al, ‚ICSID Awards‘, S. 146-7
- ¹⁷³ Das Gericht lehnte es ab, sich zur „Angemessenheit solcher möglichen Entwicklungen als Angelegenheit des Völkerrechts“ zu äußern. Eskosol gegen Italien, Entscheidung über Beendigungsantrag, Abs. 232-3
- ¹⁷⁴ Europäische Kommission, Empfehlung einer Ratsentscheidung zur Genehmigung, Empfehlung für einen Beschluss des Rates zur Ermächtigung zur Aufnahme von Verhandlungen über die Modernisierung des Energiecharta-Vertrags, 14. Mai 2019, S. 1
- ¹⁷⁵ z. B. über das „Recht der Regulierung und Schutzniveaus“, „Multilaterale Umweltabkommen und Arbeitsübereinkommen“, „Klimawandel und Übergang zu sauberer Energie“, „Verantwortliche Geschäftspraktiken“, „Transparenz“ und „Folgenbewertung“
- ¹⁷⁶ Neuer Artikel 28A: Beilegung von Streitigkeiten über die Bestimmungen zu Handel und nachhaltiger Entwicklung zwischen den Vertragsparteien, EU-Vorschlag zur Modernisierung des ECV, S. 20
- ¹⁷⁷ Siehe C. Cross, *Anchoring Climate & Environmental Protection in EU Trade Agreements* (Powershift, 2020), S. 17-36
- ¹⁷⁸ NN. Bernasconi-Osterwalder & M.D. Brauch, ‚Redesigning the Energy Charter Treaty to Advance the Low-Carbon Transition‘, TDM 1 (2019) Verfügbar: <https://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=2632> [Zugriff am 20. Juni 2020]
- ¹⁷⁹ Van Den Berghe, ‚Commission’s draft proposal‘, S. 4
- ¹⁸⁰ A.V. Belyi, ‚New Challenges to the Liberal World Order: Reassessing Controversies Surrounding the Energy Charter Treaty‘, International Centre for Defence & Security, 1. Juli 2020. Verfügbar: <https://icds.ee/new-challenges-to-the-liberal-world-order-reassessing-controversies-surrounding-the-energy-charter-treaty/> [Zugriff am 2. Juli 2020]
- ¹⁸¹ A New World: The Geopolitics of the Energy Transformation (Global Commission on the Geopolitics of Energy Transformation/ International Renewable Energy Agency IRENA, 2019) S. 6, 36. Verfügbar: <http://www.geopoliticsofrenewables.org> [Zugriff am 20. Juni 2020]
- ¹⁸² Neuer Artikel: Nachhaltige Entwicklung – Multilaterale Umweltabkommen und Arbeitsübereinkommen, 2(a), 3, EU-Vorschlag zur Modernisierung des ECV, S. 10-11
- ¹⁸³ Neuer Artikel Nachhaltige Entwicklung - Klimawandel und Übergang zu sauberer Energie, Unterpunkte. (a) und (b), EU-Vorschlag zur Modernisierung des ECV, S. 11
- ¹⁸⁴ Z.B. Japan. Siehe Bewertungen der NDC bei Climate Action Tracker: <https://climateactiontracker.org/countries/japan/> [Accessed 1 July 2020]
- ¹⁸⁵ Van Den Berghe, ‚Commission’s draft proposal‘, S. 6. Für ähnliche Vorschläge im Rahmen des FTA, siehe J. Lawrence & L. Ankersmit, *Making EU FTAs ‘Paris Safe’: Three studies with concrete proposals* (The Greens/EFA, Amsterdam Centre for European Law and Governance, Central European University; 8. März 2019) S. 7; Cross, *Anchoring Climate Protection*, S. 19
- ¹⁸⁶ Im Jahr 2012 wurde während des Modernisierungsprozesses des ECV vorgeschlagen, einen Mechanismus zu entwickeln, um den Gerichten „interpretative Leitlinien“ für die Entscheidung über klimabezogene ISDS-Ansprüche zu geben, die angesichts ihres großen Ermessensspielraums bei der Auslegung des Vertrags und der Feststellung von Verletzungen erforderlich sind. Nach

- einem achtjährigen Boom von Rechtsstreitigkeiten im Zusammenhang mit dem Vertrag über Klimaänderungen ist die Zeit für reine „Anleitung“ längst vorbei. Siehe P. Cameron, *The Energy Charter Treaty Provisions On Low Carbon Investment, Final Report*, 12. April 2013. Verfügbar: <https://www.energycharter.org/what-we-do/investment/investment-thematic-reports/low-carbon-investment-2013/> [Zugriff am 20. Juni 2020], S. 23
- ¹⁸⁷ WTO Sekretariat und UN Umwelt, Handel für Umwelt, Wohlstand und Belastbarkeit nutzbar machen (WTO/ UNE, 2018), S. 25
- ¹⁸⁸ *Messung der Subventionen für fossile Brennstoffe im Kontext der Ziele der nachhaltigen Entwicklung, United Nations Environment Programme (UN Environment/International Institute for Sustainable Development) (2019)*.
- ¹⁸⁹ Cameron, *Der Energiecharta-Vertrag*, S. 17, 77
- ¹⁹⁰ Siehe Diskussion in Cross, *Anchoring Climate Protection*, S. 29-30
- ¹⁹¹ Greenpeace International, ‚Commission on Human Rights declares fossil fuel companies can be held responsible for climate-related human rights harms‘. 10. Dezember 2019. Verfügbar: <https://www.greenpeace.org/international/press-release/27881/commission-on-human-rights-declares-fossil-fuel-companies-can-be-held-responsible-for-climate-related-human-rights-harms/> [Zugriff am 20. Juni 2020]
- ¹⁹² *Mitteilung der Kommission: Eine neue Strategie (2011-2014) für die Soziale Verantwortung der Unternehmen (KOM/2011/0681 endgültig)*
- ¹⁹³ Leitprinzip 9 Staaten: „Die Staaten sollen einen angemessenen innenpolitischen Spielraum bewahren, um ihren Menschenrechtsverpflichtungen nachzukommen, wenn sie geschäftsbezogene politische Ziele mit anderen Staaten oder Wirtschaftsunternehmen verfolgen, zum Beispiel durch Investitionsverträge oder -verträge. Der Kommentar des UNGP stellt klar, dass Prinzip 9 auch für Freihandelsabkommen gilt. OHCHR, *Leitprinzipien zu Wirtschaft und Menschenrechten, Umsetzung des Rahmenwerks der Vereinten Nationen „Protect, Respect and Remedy“*, 2011, S. 11
- ¹⁹⁴ Zwei recht umfassende Beispiele finden Sie hier: UNCTAD, *Investitionspolitische Rahmen für nachhaltige Entwicklung (2015)*, Abschnitt 7, Verpflichtungen und Zuständigkeiten von Investoren, S. 109-111; SADC, *Model Bilateral Investment Treaty Template with Commentary (2012)*, Teil 3: Rechte und Pflichten von Investoren und Vertragsstaaten, S. 31-41
- ¹⁹⁵ z. B. Frankreich, Großbritannien, die Niederlande, Italien, Dänemark, Finnland, Litauen, Schweden. Siehe Sandra Cossart, ‚What lessons does France’s Duty of Vigilance law have for other national initiatives?‘ *Business & Human Rights Resource Centre*, 27. Juni 2019 Verfügbar: <https://www.business-humanrights.org/en/what-lessons-does-frances-duty-of-vigilance-law-have-for-other-national-initiatives> [Zugriff am 20. Juni 2020]; ebenfalls Cross, *Anchoring Climate Protection*, S. 36-39
- ¹⁹⁶ A. Signorelli, ‚Ensuring human rights underpin the global energy transition‘, *International Union Rights: Climate Change issue 26/4 (International Centre for Trade Union Rights, 2019)*
- ¹⁹⁷ Obwohl nicht auf die Forderungen des ECV gerichtet, bezieht sich die Kommission im EG-Beschluss 2017 (Spanien) ausdrücklich auf staatliche Beihilfen in diesen Begriffen: EK-Entscheidung 2017 (Spanien), Abs. 120, 156
- ¹⁹⁸ Saheb, *Modernisation of the ECT*, S. 39
- ¹⁹⁹ Beispiel: Rechtssache C-438/05 International Transport Workers Federation gegen Viking Line ABP (2007) ECLI:EU:C:2007:772; Rechtssache C-341/05 Laval und Partneri Ltd gegen Svenska Byggnadsarbetareförbundet (2007) ECLI:EU:C:2007:809; Rechtssache T-330/18 Carvalho und Andere gegen Parlament und Rat, Kammer des Allgemeinen Gerichtes (Zweite Kammer) vom 8. Mai 2019. ECLI:EU:T:2019:324 (anhängige Berufung vor dem Gerichtshof). Siehe auch A. Berthier, ‚The General Court of the EU rejects the people climate case as inadmissible‘, ClientEarth, 3. Juni 2019. Verfügbar: <https://www.clientearth.org/the-general-court-rejects-the-people-climate-case-as-inadmissible/> [Zugriff 20. Juni 2020]; ‚Der einzige Weg ist, dem EuGH nicht zu folgen‘ (Interview mit Fritz Scharpf, nur auf Deutsch), Hans-Boeckler-Stiftung, 2008. Verfügbar: <https://www.boeckler.de/de/magazin-mitbestimmung-2744-aposder-einzig-weg-ist-dem-eugh-nicht-zu-folgen-11173.htm> [Zugriff am 20. Juni 2020]
- ²⁰⁰ Im Gespräch mit K. Beckman, Borderlex, 18. Juni 2020

Anlage 1. ECV Rechtssachen gegen Spanien¹

	ENTSCHEIDUNG (zugunsten von)	KLÄGER / Rechtssache.
1	Staat	Stadtwerke München GmbH und andere ICSID Rechtssache Nr. ARB/15/1
2	Staat	Isolux Infrastructure Netherlands B.V. SCC Rechtssache Nr. 2013/153
3	Staat	Charanne B.V. und Construction Investments S.a.r.l. SCC Rechtssache Nr. 062/2012
4	Investor	9REN Holding S.a.r.l. ICSID Rechtssache Nr. ARB/15/15
5	Investor	Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. und Antin Energia Termosolar B.V. ICSID Rechtssache Nr. ARB/13/31
6	Investor	Cube Infrastructure Fund SICAV und andere ICSID Rechtssache Nr. ARB/15/20
7	Investor	Foresight Luxembourg Solar 1 S.Á.R.L., Foresight Luxembourg Solar 2 S.Á.R.L., Greentech Energy System A/S, GWM Renewable Energy I S.P.A und GWM Renewable Energy II S.P.A SCC Rechtssache Nr. 2015/150
8	Investor	InfraRed Environmental Infrastructure GP Limited und andere ICSID Rechtssache Nr. ARB/14/12
9	Investor	Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. ICSID Rechtssache Nr. ARB/14/1
10	Investor	NextEra Energy Global Holdings B.V. und NextEra Energy Spain Holdings B.V. ICSID Rechtssache Nr. ARB/14/11
11	Investor	Novenergia II - Energy & Environment (SCA), SICAR. SCC Rechtssache Nr. 063/2015
12	Investor	OperaFund Eco-Invest SICAV PLC and Schwab Holding AG ICSID Rechtssache Nr. ARB/15/36
13	Investor	The PV Investors PCA Rechtssache Nr. 2012-14
14	Investor	RREEF Infrastructure (G.P.) Limited und RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. ICSID Rechtssache Nr. ARB/13/30
15	Investor	SolEs Badajoz GmbH ICSID Rechtssache Nr. ARB/15/38
16	Investor	Watkins Holdings S.à r.l. und andere ICSID Rechtssache Nr. ARB/15/44
17	Annulliert (Mai 20)	Eiser Infrastructure Limited und Energía Solar Luxembourg S.à r.l. ICSID Rechtssache Nr. ARB/13/36ß
18	Anhängig	Alten Renewable Energy Developments BV SCC Rechtssache Nr. 2015/036
19	Anhängig	BayWa r.e. Renewable Energy GmbH und BayWa r.e. Asset Holding GmbH ICSID Rechtssache Nr. ARB/15/16
20	Anhängig	Aharon Naftali Biram, Gilatz Spain SL, Redmill Holdings Ltd und Sun-Flower Olmeda GmbH ICSID Rechtssache Nr. ARB/16/17

¹ Die Daten basieren auf dem UNCTAD-Navigator für die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten: investmentpolicy.unctad.org [Zugriff am 15. Juni 2020] und auf zusätzlichen Recherchen des Autors. Da nicht alle Forderungen der ISDS veröffentlicht werden, ist es wahrscheinlich, dass weitere Fälle gegen Spanien noch nicht gemeldet wurden.

² Die Zahlen sind nur Entschädigungen, die von ECV-Schiedsgerichten zugesprochen wurden, ohne Zinsen oder Kosten.

FORUM	"STAMM"-Staat der Kläger	SCHÄDEN ² (Mio. EUR)
ICSID	Deutschland	423 (gefordert)
SCC	Niederlande	68.9 (gefordert)
SCC	Luxemburg, Niederlande	17.8 (gefordert)
ICSID	Luxemburg	40
ICSID	Luxemburg, Niederlande	101
ICSID	Luxemburg, Frankreich	33.7
SCC	Luxemburg, Dänemark, Italien	39
ICSID	UK	28.2
ICSID	Niederlande	64.5
ICSID	Niederlande	290.6
SCC	Luxemburg	53.3
ICSID	Malta, Schweiz	29.3 Mio USD
PCA	Dänemark, Deutschland, Irland, UK, Luxemburg, Niederlande	91.1 (520 gefordert)
ICSID	Luxemburg, UK	59.6
ICSID	Deutschland	40.5
ICSID	Luxemburg, Niederlande	77
ICSID	Luxemburg, UK	128
SCC	Niederlande	59.4
ICSID	Deutschland	67.4
ICSID	Deutschland, UK	69

	ENTSCHEIDUNG (zugunsten von)	KLÄGER / Rechtssache
21	Anhängig	Canepa Green Energy Opportunities I, S.à r.l. und Canepa Green Energy Opportunities II, S.à r.l. ICSID Rechtssache Nr. ARB/19/4
22	Anhängig	Cavalum SGPS, S.A. ICSID Rechtssache Nr. ARB/15/34
23	Anhängig	Cordoba Beheer B.V., Cross Retail S.L., Sevilla Beheer B.V., Spanish project companies ICSID Rechtssache Nr. ARB/16/27
24	Anhängig	CSP Equity Investment Sarl SCC Rechtssache Nr. 094/2013
25	Anhängig	DCM Energy GmbH & Co. Solar 1 KG, DCM Energy GmbH & Co. Solar 2 KG, Edisun Power Europe A.G., Hannover Leasing Sun Invest 2 Spanien Beteiligungs GmbH, und Hannover Leasing Sun Invest 2 Spanien GmbH & Co. KG ICSID Rechtssache Nr. ARB/17/41
26	Anhängig	E.ON SE, E.ON Finanzanlagen GmbH und E.ON Iberia Holding GmbH ICSID Rechtssache Nr. ARB/15/35
27	Anhängig	EBL (Genossenschaft Elektra Baselland) und Tubo Sol PE2 S.L. ICSID Rechtssache Nr. ARB/18/42
28	Anhängig	EDF Energies Nouvelles S.A.
29	Anhängig	European Solar Farms A/S ICSID Rechtssache Nr. ARB/18/45
30	Anhängig	Eurus Energy Holdings Corporation und Eurus Energy Europe B.V. ICSID Rechtssache Nr. ARB/16/4
31	Anhängig	FREIF Eurowind SCC Rechtssache Nr. 2017/060
32	Anhängig	Green Power K/S und Obton A/S SCC Rechtssache Nr. 2016/135
33	Anhängig	Hydro Energy 1 S.à r.l. und Hydroxana Sweden AB ICSID Rechtssache Nr. ARB/15/42
34	Anhängig	Infracapital F1 S.à r.l. und Infracapital Solar B.V. ICSID Rechtssache Nr. ARB/16/18
35	Anhängig	Itochu Corporation ICSID Rechtssache Nr. ARB/18/25
36	Anhängig	JGC Corporation ICSID Rechtssache Nr. ARB/15/27
37	Anhängig	Frank Schumm, Joachim Kruck, Jürgen Reiss und andere ICSID Rechtssache Nr. ARB/15/23
38	Anhängig	KS Invest GmbH and TLS Invest GmbH ICSID Rechtssache Nr. ARB/15/25
39	Anhängig	Landesbank Baden-Württemberg, HSH Nordbank AG, Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale and Norddeutsche Landesbank-Girozentrale ICSID Rechtssache Nr. ARB/15/45
40	Anhängig	Portigon AG ICSID Rechtssache Nr. ARB/17/15
41	Anhängig	RENERGY S.à r.l. ICSID Rechtssache Nr. ARB/14/18
42	Anhängig	RWE Innogy GmbH and RWE Innogy Aersa S.A.U. ICSID Rechtssache Nr. ARB/14/34
43	Anhängig	Saptec, S.A. ICSID Rechtssache Nr. ARB/19/23
44	Anhängig	STEAG GmbH ICSID Rechtssache Nr. ARB/15/4
45	Anhängig	Triodos SICAV II SCC Rechtssache Nr. 2017-194
46	Anhängig	M Solar GmbH & Co. KG, M Solar Verwaltungs GmbH, Solarizz Holding GmbH & Co. KG und andere ICSID Rechtssache Nr. ARB/19/30
47	Eingestellt	Solarpark Management GmbH & Co. Atum I KG SCC Rechtssache Nr. 2015/163

FORUM	"STAMM"-Staat der Kläger	SCHÄDEN (Mio. EUR)
ICSID	Luxemburg	-
ICSID	Portugal	60
ICSID	Niederlande	20.5
SCC	Luxemburg	840
ICSID	Deutschland, Schweiz	-
ICSID	Deutschland	324.7
ICSID	Schweiz	-
UNCITRAL	Frankreich	52.8
ICSID	Dänemark	-
ICSID	Japan, Niederlande	263
SCC	UK	53
SCC	Dänemark	76.1
ICSID	Luxemburg, Schweden	133.1
ICSID	Luxemburg, Niederlande	-
ICSID	Japan	-
ICSID	Japan	93.5
ICSID	Deutschland	67.4
ICSID	Deutschland	80
ICSID	Deutschland	482.5
ICSID	Deutschland	-
ICSID	Luxemburg	206
ICSID	Deutschland	273
ICSID	Belgien	-
ICSID	Deutschland	96.6
SCC	Luxemburg	-
ICSID	Deutschland	-
SCC	Deutschland	6.1

**EIN ANDERES
EUROPA
IST MÖGLICH!**



www.guengl.eu