



CLYDE&CO

Arbitration & Litigation

Quarterly Update 03/2020 Germany

Inhalt

01.

Editorial

02.

Schiedsverfahren und Streitverkündung - Teil I

04.

Settlement facilitation or how to cut short an arbitration and save time and costs

06.

Yukos-Schiedsverfahren: Wer spricht noch das letzte Wort?

10.

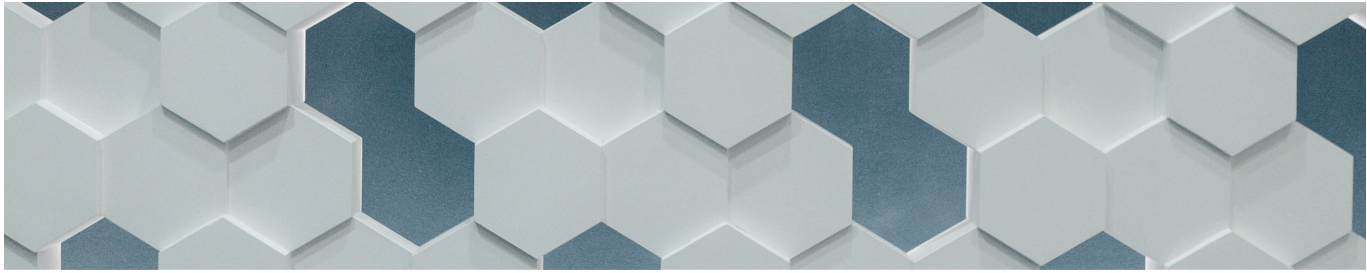
Zur Möglichkeit der Feststellung der (Un-) Zulässigkeit eines Schiedsverfahrens gemäß § 1032 Abs. 2 ZPO

12.

Germany's Federal Constitutional Court takes aim at EU's Legal Order

16.

Insight: Clyde & Co



Liebe Leserin, lieber Leser,

der Sommer neigt sich dem Ende zu und wir hoffen, dass Sie während der heißen Tage Zeit zur Erholung und Entspannung gefunden haben.

Covid19 hat die Welt weiterhin fest im Griff. Kaum ein Lebensbereich ist nicht von der Pandemie betroffen. Zwar haben sich viele Unternehmen mittlerweile auf ein "New Normal" eingestellt und können dank Home Office-Lösungen und moderner Kommunikationsmittel ihre Geschäftsaktivitäten fortsetzen. Dennoch stehen viele Industrien – wie etwa die Gastronomie-, Luftfahrt- und Tourismusbranchen – aufgrund der Pandemie vor existenzbedrohenden Schwierigkeiten.

Diese Entwicklungen sorgen auch in der Streitbeilegung für stürmische Zeiten. Im Versicherungssektor rollt etwa bereits die Klagewelle gegen Versicherer im Rahmen von Betriebsunterbrechungsversicherungen. Auch in anderen Industrien sind Vorboten vielfältiger Rechtsstreitigkeiten zu sehen. Insolvenzbezogene Streitigkeiten werden dabei Unternehmen, Organmitglieder und Versicherer betreffen. So belegt eine Studie der Creditreform aus dem August in Deutschland einen Anstieg des durchschnittlichen Zahlungsverzugs im ersten Halbjahr im Vergleich zum Vorjahreszeitraum. Und Pandemie-bedingte Störungen von Lieferketten werden in den kommenden Monaten ebenfalls zur erhöhten Inanspruchnahme von Zivil- und Schiedsgerichten führen. Diese Entwicklungen werden auch die seit längerem zu beobachtenden Veränderungen im deutschen und europäischen Litigation Markt weiter befeuern, nicht zuletzt in Richtung weiterer Massenverfahren und Litigation Funding. In Österreich bereiten Verbraucherschützer etwa bereits Musterprozesse gegen den Ort Ischgl vor, wo sich wegen unzureichender Maßnahmen zum Gesundheitsschutz tausende Urlauber angesteckt haben sollen.

Doch nicht nur Covid19 hat im Sommer 2020 die Welt der Streitbeilegung bewegt. Mit Wirecard hat erstmals ein DAX-Unternehmen Insolvenz anmelden müssen. Die zu erwartende Klagewelle und die juristische Aufarbeitung des Wirecard-Skandals wird weite Kreise ziehen. Der Gesamtschaden wird auf über drei Milliarden Euro geschätzt

und Klägeranwälte bringen sich bereits für Kapitalanleger-Musterklagen in Position. Ähnlich wie durch „Dieselgate“ wird auch der Wirecard-Skandal strukturelle Veränderungen in Aufsicht und Pflichtenheften von Unternehmen, Organmitgliedern und Wirtschaftsprüfern nach sich ziehen. Auch hier ist zudem mit Massenklagen zu rechnen, welche die (rechts-)politische Debatte um Klageoptionen und weitere Reformen weiter antreiben werden.

In diesem Quarterly Update widmen wir uns neben Berichten zu aktuellen Geschehnissen auch Fragestellungen, die angesichts der geschilderten Entwicklungen von grundsätzlichem Interesse sind:

- Schiedsverfahren und Streitverkündung
- Settlement Facilitation or How to cut short an arbitration and save time and costs
- Yukos-Schiedsverfahren: Wer spricht noch das letzte Wort?
- Zur Möglichkeit der Feststellung der (Un-)Zulässigkeit eines Schiedsverfahrens gemäß § 1032 Abs. 2 ZPO
- Germany's Federal Constitutional Court takes aim at EU's Legal Order

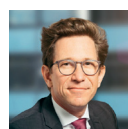
Wir wünschen Ihnen eine interessante Lektüre und freuen uns über Fragen, Anregungen und Feedback. Schreiben Sie uns gerne dazu an arbitration.germany@clydeco.com.



Dr. Henning Schaloske



Nadia Darwazeh



Dr. Tim Schommer



Schiedsverfahren und Streitverkündung - Teil I

Parteien eines Vertrages können für die Streitbeilegung die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts vereinbaren. Sie können auch nichts regeln. Dann sind im Einklang mit den einschlägigen gesetzlichen Regelungen staatliche Gerichte zuständig.

In der Praxis sind Vertragsparteien sehr häufig mit einer Vielzahl von Vertragspartnern auf unterschiedlichen Ebenen konfrontiert. Denn in den allermeisten Fällen bedient sich eine Vertragspartei für die Erbringung ihrer vertraglich geschuldeten Leistung Dritter. So greift zum Beispiel ein Warenhändler auf Leistungen eines Großhändlers und/ oder Herstellers zurück. Ein Frachtführer verpflichtet typischerweise einen oder mehrere Unterfrachtführer, um seine Transportleistung zu erbringen. Und auch Industrieanlagen, wie zum Beispiel Offshore Windenergieanlagen, werden von einem Generalunternehmer mit einer Vielzahl von Subunternehmern errichtet.

Wenn die Ware verspätet oder gar nicht geliefert wird, die Ware im Rahmen des Transports beschädigt wird oder das Bauwerk nach der Abnahme Mängel aufweist, dann wird der Verkäufer, der Transporteur bzw. der Generalunternehmer versuchen, sich bei seinem jeweiligen Subunternehmer schadlos zu halten. Kommt es jetzt zum Streit, ist in einem ersten Schritt der Streitbeilegungsmechanismus im jeweiligen Vertragsverhältnis zu prüfen. Denn abhängig von der getroffenen Vereinbarung ist entweder ein Schiedsgericht oder ein staatliches Gericht zuständig. Interessant wird es, wenn die Parteien in ihren jeweiligen Vertragsverhältnissen unterschiedliche Streitbeilegungsmechanismen vereinbart haben.

Theoretisch (und auch praktisch) lassen sich folgende fünf Fallkonstellationen unterscheiden: (1) Auf der ersten und der zweiten Ebene haben die Parteien keine besondere Vereinbarung getroffen, weshalb staatliche Gerichte für die Rechtsstreitigkeiten zuständig sind. (2) Auf der ersten Ebene haben die Parteien nichts vereinbart, weshalb die Streitigkeit in die Zuständigkeit eines staatlichen Gerichts fällt.

Auf der zweiten Ebene, also dem Verhältnis zum Subunternehmer, besteht eine Schiedsvereinbarung. (3) Im umgekehrten Fall ist für die Streitigkeit auf der ersten Ebene ein Schiedsgericht zuständig, auf der zweiten Ebene ein staatliches Gericht: (4) Schließlich ist denkbar, dass die Parteien auf beiden Ebenen Schiedsvereinbarungen geschlossen haben. Diese können inhaltlich gleich oder aber unterschiedlich sein mit der Folge, dass dann von einander abweichende Schiedsverfahrensregeln gelten.

Der erste Fall ist unproblematisch, denn er ist gesetzlich geregelt. Die anderen drei Sachverhaltskonstellationen werfen – jeweils unterschiedliche – Probleme auf. Im Rahmen dieses Artikels stellen wir den gesetzlichen Regelfall dar.

Sachverhaltskonstellation 1

Diese Sachverhaltskonstellation ist gesetzlich geregelt. Die Streitverkündung ist in den §§ 72 ff. der Zivilprozessordnung geregelt. Ihre wesentlichen Regelungen lauten wie folgt:

§ 72 Abs. 1 ZPO – Zulässigkeit der Streitverkündung:

“Eine Partei, die für den Fall des ihr ungünstigen Ausganges des Rechtsstreits einen Anspruch auf Gewährleistung oder Schadloshaltung gegen einen Dritten erheben zu können glaubt oder den Anspruch eines Dritten besorgt, kann bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Rechtsstreits dem Dritten gerichtlich den Streit verkünden.”

§ 73 ZPO – Form der Streitverkündung

“Zum Zwecke der Streitverkündung hat die Partei einen Schriftsatz einzureichen, in dem der Grund der Streitverkündung und die Lage des Rechtsstreits anzugeben ist. Der Schriftsatz ist dem Dritten zuzustellen und dem Gegner des Streitverkünders in Abschrift mitzuteilen. Die Streitverkündung wird erst mit der Zustellung an den Dritten wirksam.”

§ 74 ZPO – Wirkung der Streiverkündung

“(1) Wenn der Dritte dem Streiterkündender beitrifft, so bestimmt sich sein Verhältnis zu den Parteien nach den Grundsätzen über die Nebenintervention.

(2) Lehnt der Dritte den Beitritt ab oder erklärt er sich nicht, so wird der Rechtsstreit ohne Rücksicht auf ihn fortgesetzt.

(3) In allen Fällen dieses Paragraphen sind gegen den Dritten die Vorschriften des § 68 mit der Abweichung anzuwenden, dass statt der Zeit des Beitritts die Zeit entscheidet, zu welcher der Beitritt infolge der Streiterkündung möglich war.”

§ 68 ZPO – Wirkung der Nebenintervention

“Der Nebenintervenient wird im Verhältnis zu der Hauptpartei mit der Behauptung nicht gehört, dass der Rechtsstreit, wie er dem Richter vorgelegen habe, unrichtig entschieden sei; er wird mit der Behauptung, dass die Hauptpartei den Rechtsstreit mangelhaft geführt habe, nur insoweit gehört, als er durch die Lage des Rechtsstreits zur Zeit seines Beitritts oder durch Erklärungen und Handlungen der Hauptpartei verhindert worden ist, Angriffs- oder Verteidigungsmittel geltend zu machen, oder als Angriffs- oder Verteidigungsmittel, die ihm unbekannt waren, von der Hauptpartei absichtlich oder durch grobes Verschulden nicht geltend gemacht sind.”

Umfang der Interventionswirkung nach höchstrichterlicher Rechtsprechung

Die Bindungswirkung des rechtskräftigen Urteils des Vorprozesses beschränkt sich nicht nur auf den Entscheidungssatz, also den Bestand der im Tenor der Entscheidung ausgesprochenen Rechtsfolge. Vielmehr erstreckt er sich auch auf die tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen.

Zusammengefasst ist die in der ZPO für Verfahren vor staatlichen Gerichten geregelte Streiterkündung also die Benachrichtigung eines am Prozess nicht beteiligten Dritten (dem Subunternehmer auf Ebene 2) vom Schweben des Prozesses auf Ebene 1. Die Benachrichtigung dient folgendem Zweck: Zum einen kann sich der an sich nicht beteiligte Dritte durch Beitritt zum Rechtsstreit am Prozess auf Ebene 1 beteiligen. Zum anderen erleichtert die Streiterkündung demjenigen, der den Streit verkündet hat, den nachfolgenden Regressprozess gegen den Dritten auf Ebene 2. Dies folgt aus der Interventionswirkung, die den Richter des Regressprozesses auf Ebene 2 an die Ergebnisse des Rechtsstreits auf Ebene 1 bindet. Da die Interventionswirkung unabhängig davon eintritt, ob der Dritte dem Prozess auf Ebene 1 beitrifft, kann der Streiterkündender nicht beide Prozesse verlieren.

Verkauft also der Händler die von einem Dritten hergestellte mangelhafte Ware, so wird der vom Käufer verklagte Händler den Rechtsstreit gegen den Hersteller nicht verlieren, wenn das Erstgericht auf Ebene 1 festgestellt hat, dass die Ware mangelhaft war. Denn an diese Feststellung ist das Gericht auf Ebene 2 gebunden.

Ob diese der Prozessökonomie und Gerechtigkeit dienende Interventionswirkung auch in den anderen genannten Fallkonstellationen greift, ist höchst spannend. Dieser Frage wird in den nächsten Newslettern nachgegangen.



Dr. Tim Schommer



Settlement facilitation or how to cut short an arbitration and save time and costs

As in-house counsel overseeing disputes, one of the key questions is always: How do I resolve the dispute as quickly and cost-efficiently as possible? Whereas 30 years ago arbitration, with its flexible procedure, was held up as quicker and shorter than going to court, that is not always the case today.

The principal reason for this change is that arbitration has become more complex and sometimes more akin to court proceedings. To ensure the continued attractiveness of international arbitration, arbitral institutions, practitioners and in-house counsel alike have carefully considered over the years how to make it more time and cost efficient. One of the first attempts to identify cost and time-saving measures was the ICC Arbitration Commission Report on Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration in 2007. Since then, most if not all major international arbitral rules have been revised to put in place mechanisms, such as the appointment of a sole arbitrator for smaller disputes, expedited and emergency arbitration proceedings, to ensure that arbitrations are faster and cheaper.

More recently, a further mechanism for saving time and costs has entered the international arena, namely settlement facilitation in international arbitration. This mechanism is well known to lawyers trained in Germany or Switzerland, where it forms part of the judicial system, as well as to lawyers in mainland China, although in a somewhat different form. However, it is unknown to most other lawyers across the globe, whether of civil or common law tradition. The beauty of international arbitration is that the proceedings are flexible and can be shaped by the parties, who can draw on practices from different jurisdictions. Settlement facilitation is a tool worth knowing and seriously considering, particularly if you are interested in cutting an arbitration short.

So what exactly is settlement facilitation? There is neither a single common meaning, nor a definition contained in the arbitration rules of the major arbitral institutions. Broadly speaking, it is a process where arbitrators take certain measures during the arbitration proceedings to encourage parties to settle their dispute in part or in whole.

The means of settlement facilitation can be indirect or direct and may involve a number of measures including the following:

- An indirect measure is one where, at the outset of the proceedings, the tribunal may request the parties to **agree on the facts and issues to be decided**, which in turn encourages the parties' disagreement to be narrowed down. The tribunal may do so, for example, in the context of the terms of reference and/or the case management conference
- Another indirect measure is one, assuming experts have been appointed, where the tribunal may request that the **experts meet and narrow down the issues on which they disagree**. This would typically occur later on in the proceedings once the experts have exchanged their reports. If the dispute is very technical in nature or turns on a legal issue, such an expert meeting may indeed encourage the parties to settle if it results in the issues being narrowed down substantially
- A direct measure, which is perhaps the single most effective means of settlement facilitation, is where a tribunal suggests to the parties that it **provide its preliminary views on the case**. If the Tribunal wants to provide meaningful preliminary views, it will only be able to do so once the parties have exchanged their first full submission. The idea behind a tribunal providing its preliminary views, which are without prejudice, is to help the parties identify which claims the tribunal considers to be strong or weak. Such preliminary views will more often than not incite the parties to engage in settlement discussions. The key prerequisite is for a tribunal to have obtained at the outset written consent from the parties to provide such preliminary views – which are not binding on the tribunal should the proceedings resume – and to ensure that the applicable law does not prevent it from doing so

The tribunal could raise this option during the case management conference or at a later stage, perhaps after the exchange of the first full submissions, once it has determined whether the case is suitable for this procedure

- **Encourage the parties to engage in mediation**, with the participation of a third-party mediator. A few authors have suggested that the tribunal may also facilitate settlement by engaging itself in the settlement discussions or acting as a mediator between the parties. While this practice of an arbitrator switching hats and acting as a mediator is practised in mainland China, it raises a whole series of issues, notably regarding due process and the impartiality of the arbitrator. Indeed, for a mediator to be effective, they will often have to engage in caucusing, ie, discuss certain aspects of the case ex-parte, with one party only. If the mediation is successful, this is not problematic. If, however, the arbitration resumes, it raises serious questions about the other party's right to be heard and due process. Also, if the arbitrator has taken certain positions during the mediation, the parties are unlikely to perceive the arbitrator as being impartial. It is therefore preferable that any mediation be carried out by a third-party trained mediator, rather than by the tribunal

Settlement facilitation has gained traction in the arbitration community and arbitral institutions now expressly refer to this practice, such as for example in appendix IV of the 2017 ICC Arbitration Rules (Case Management Techniques, (b) and (h)), articles 26, 27(4) and annex 3 of the 2018 DIS Rules, article 5 of the 2009 CEDR Rules, article 47 of the 2015 CIETAC Arbitration Rules and article 39 of the 2008 Beijing Arbitration Commission Rules. Furthermore, a number of arbitration institutions provide for Arb-Med techniques, for example, the 2014 SIAC-SIMC Arb-Med-Arb Protocol, article 41 of the 2015 SHIAC Arbitration Rules, the 2018 NZIAC Arb-Med Rules, articles 43 and 67 of the 2019 BAC Rules, and para 233 of the 2019 Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration under the ICC Rules of Arbitration. During the last year, conferences and trainings on the topic have been held in a number of jurisdictions ranging from Dubai to Miami and from Paris to Singapore. There is no doubt that settlement facilitation is en vogue.

What steps can you take, as in-house counsel, to keep your options open to use settlement facilitation at some point during the proceedings? Here are a few pointers:

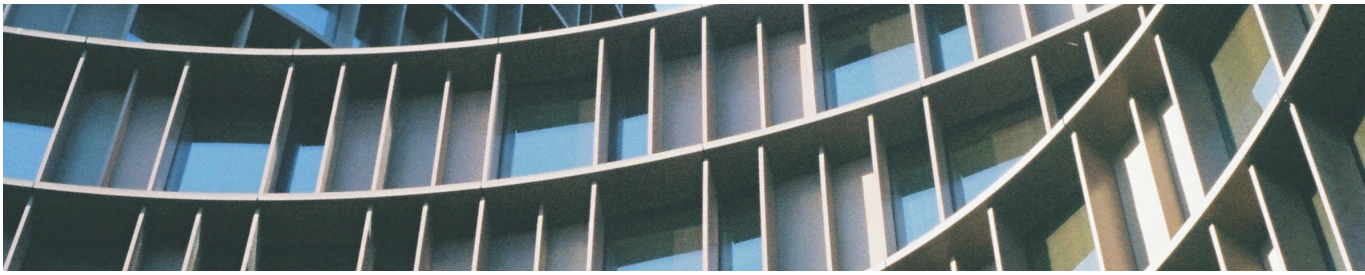
- The single most important step that you should take is to **choose a tribunal that is familiar and experienced with settlement facilitation**. In the case of a three-member tribunal, the choice of a president with such a skillset is of utmost importance. Indeed, unless the arbitrators feel comfortable carrying out settlement facilitation and in particular providing preliminary views on the case, they are unlikely to do so. A study carried out in 2007 by Professor Gabrielle Kaufmann-Kohler is telling in this regard. It looked at ICC consent awards over a three-year period, ie, arbitral awards recording the settlement agreement between the parties. The study concluded that in those cases in which the arbitral tribunal played a role in the parties settling their disputes, the majority of the tribunals included a president from the German-Swiss legal tradition and also included a party appointed from those jurisdictions
- **Selecting arbitrators that are available and will make time to focus on the case early on**. Indeed, for settlement facilitation to work effectively and result in time and cost savings, arbitrators need to focus on the case early on and fully understand the issues in dispute to be able to suggest settlement facilitation measures. If arbitrators wait until the hearing to truly familiarise themselves with the case, a number of opportunities for settlement facilitation will already have been lost
- **Raising with the opposing party and the tribunal at the outset of the proceedings the question of settlement facilitation** – is the other side and the tribunal open to the idea? What kind of measures can the parties agree upon and what is the timing? If the parties agree that obtaining preliminary views from the tribunal is desirable, they could include this step in the procedural timetable, after the first exchange of full submissions. By the same token, if the parties are eager to consider mediating the dispute, they may wish to include a mediation window in the procedural timetable



Nadia Darwazeh



Dr. Henning Schaloske



Yukos-Schiedsverfahren: Wer spricht noch das letzte Wort?

Am 18.02.2020 hob das Berufungsgericht in Den Haag das Urteil des Bezirksgerichts in Den Haag vom 20.04.2016 auf. Damit sind die drei durch den Ständigen Schiedshof am 18.07.2014 erlassenen Schiedssprüche in den drei Yukos-Schiedsverfahren wieder in Kraft. Das bedeutet, die Russische Föderation ist verpflichtet, den ehemaligen Yukos-Aktionären mehr als USD 50 Milliarden als Schadensersatz zu zahlen. Am 15.05.2020 legte die Russische Föderation Kassationsbeschwerde bei dem Obersten Gerichtshof der Niederlande gegen die Entscheidung des Berufungsgerichts ein. Die Beschwerde wurde für zulässig erklärt. Angabegemäß möchte die Russische Föderation den Fall zusätzlich vor den EuGH bringen. Es bleibt abzuwarten, wer in diesem Streit das letzte Wort sprechen wird.

Gegen die 134-seitige Entscheidung des Berufungsgerichts in Den Haag vom 18.02.2020 hat die Russische Föderation eine 140-seitige Beschwerde eingelegt und damit beantragt, das Urteil, das die 615-seitigen Schiedssprüche in der Sache Yukos Universal Limited (Isle of Man) gegen die Russische Föderation wieder ins Leben gerufen hat, aufzuheben. Die drei Schiedssprüche vom 18.07.2014 wurden erlassen nach einem 10-jährigen Verfahren mit 37 mündlichen Verhandlungstagen, 6.500 Seiten an Schriftsätzen, 11.000 Anlagen und 3.300 Seiten Anhörungsprotokoll.¹ Die Kosten für das Verfahren vor dem Schiedsgericht, die nach der Entscheidung des Berufungsgerichts Russland vollständig zu tragen hat, beliefen sich auf USD 11 Mio., während die Anwalts- und Sachverständigenkosten der Kläger USD 81,5 Mio. und der Beklagte USD 31,5 Mio. betragen.² Dazu kommen natürlich die Kosten der Berufungsverfahren vor den staatlichen Gerichten in den Niederlanden. Schließlich geht es aber um die höchste aller Zahlen: USD 50 Mrd. muss die Russische Föderation den Klägern zahlen. Damit handelt es sich um die größte Summe, die jemals in einem Investitionsschiedsverfahren zugesprochen wurde.

Allein wegen der beeindruckenden Zahlen lohnt sich ein Rückblick auf das inzwischen berühmt gewordene Yukos-Verfahren.

Parteien und Hintergrund

Yukos war einer der größten privaten Öl- und Gaskonzerne der Welt mit Sitz in Moskau. Nach Auflösung der Sowjetunion wurde Yukos im Rahmen der damals realisierten großen Privatisierungswelle von der Regierung in einer geschlossenen Versteigerung verkauft. Den Konzern erwarb im Jahre 1995 der frühere Oligarch Michail Khodorkovsky. Gemessen an der Marktkapitalisierung zählte Yukos in den Jahren zwischen 1996 und 2003 nicht nur zu den größten russischen Öl- und Gasproduzenten, sondern auch zu einem der größten Unternehmen weltweit in diesem Sektor.

Der Untergang von Yukos begann mit der Festnahme von Khodorkovsky am 25.10.2003. Khodorkovsky und andere Yukos-Direktoren wurden wegen verschiedener Wirtschaftsverbrechen, darunter Vermögensdelikte, Unterschlagung und Steuerhinterziehung, angeklagt und verurteilt. Dem Haftbefehl gegen Khodorkovsky entsprechend sollte er durch seine Verbrechen am russischen Staat einen Gesamtschaden in Höhe von über einer Milliarde US-Dollar verursacht haben. Nach der Festnahme von Khodorkovsky geriet Yukos in finanzielle Schwierigkeiten. Die russischen Behörden forderten Steuernachzahlungen in Milliardenhöhe. Yukos wurde schließlich am 01.08.2006 wegen unbezahlter Steuern für insolvent erklärt. Der Konzern wurde anschließend zerschlagen.

¹ Siehe Simkin Shona, The Yukos settlement: an insider's view into the largest arbitration award in history, abrufbar unter <https://today.law.harvard.edu/the-yukos-settlement-an-insiders-view-into-the-largest-arbitration-award-in-history>.

² Siehe dazu The cost of Yukos, abrufbar unter <https://globalarbitrationreview.com/article/1033587/the-cost-of-yukos>.

Der größte Teil der Vermögenswerte von Yukos wurde zwischen 2004 und 2007 beschlagnahmt und versteigert, wobei er vorrangig vom mehrheitlich in Staatsbesitz befindlichen Ölkonzern Rosneft erworben wurde.

Verfahrensgang

1. Schiedsverfahren

Der dargestellte Sachverhalt ist der Hintergrund einer Reihe von Rechtsstreitigkeiten.³ Die sogenannten Yukos-Schiedsverfahren bezeichnen drei parallel laufende und vom Ständigen Schiedshof in Den Haag administrierte Schiedsverfahren, die von drei früheren Anteilseignern von Yukos (Hulley Enterprises Limited mit Sitz in Zypern, Veteran Petroleum Limited mit Sitz in Zypern und Yukos Universal Limited mit Sitz auf der Isle of Man) gegen die Russische Föderation 2005 eingeleitet wurden.

Die Kläger forderten insgesamt über USD 114 Mrd. Schadensersatz. Die Schiedskläger sahen in der Zerschlagung des Yukos-Konzerns eine unrechtmäßige Enteignung ihrer Anteile am Konzern. Laut der Klageschrift habe Russland zum einen unberechtigte Steuerforderungen gestellt, Geldstrafen gefordert und Vermögenswerte beschlagnahmt, den Konzern mit dem Entzug von Lizenzen gedroht, eine Fusion mit Sibneft abgebrochen und den Verkauf des Yukos-Tochterunternehmens Yuganskneftegaz erzwungen. Darüber hinaus brachten die Kläger vor, dass der Yukos-Vorstandsvorsitzende, Michail Khodorkovsky, und andere Direktoren des Konzerns in Führungspositionen aus politischen Gründen drangsaliert wurden. Beruhend darauf behaupteten die Kläger eine Verletzung ihres Anspruchs als Investoren auf faire und gerechte Behandlung gemäß Art. 10 Abs. 1 des Vertrags über die Energiecharta von 1998 (Energy Charter Treaty, "ECT") und eine indirekte Enteignung im Sinne des Art. 13 Abs. 1 ECT. Erklärtes Ziel des ECT ist es, die Kooperation der Vertragsstaaten im Energiesektor zu stärken und dabei ausländische Investoren insbesondere vor Enteignung zu schützen.

Das Schiedsgericht, das die drei Schiedssprüche am 18.07.2014 erlassen und damit den Klägern eine Entschädigung in Höhe von USD 50 Mrd. zuerkannt hat, bestand aus drei Schiedsrichtern: Richter Stephen M. Schwebel (benannt von der Beklagten am 08.04.2005), Dr. Charles Poncet (benannt von den Klägern als Ersatzschiedsrichter am 24.09.2007) und L. Yves Fortier PC CC OQ QC (benannt vom Generalsekretär des Ständigen Schiedshofs in Den Haag als Vorsitzender Schiedsrichter am 21.07.2005).

In Zwischenschiedssprüchen äußerte sich das Schiedsgericht 2009 zu seiner Zuständigkeit. Es wies die Einwände Russlands gegen seine Zuständigkeit zurück. Gemäß den Vorschriften des ECT sollte das Schiedsgericht für die Beurteilung der Streitigkeit zuständig sein. Obwohl Russland bzw. das russische Parlament den ECT nie ratifiziert habe, sei der Vertrag dennoch gemäß Art. 45 ECT (vorläufig) anwendbar, weil er im Dezember 1994 von Russland unterzeichnet wurde. Nach Art. 45 Abs. 1 ECT ist der Vertrag ab der Unterzeichnung vorläufig anwendbar in dem Maß, in dem die vorläufige Anwendung nicht mit der Verfassung und den Gesetzen und sonstigen Rechtsvorschriften des unterzeichnenden Staats unvereinbar ist. Dem Schiedsgericht war dies genug, um von der Anwendbarkeit des ECT auszugehen, der zugleich die Grundlage seiner Zuständigkeit sein sollte. Des Weiteren lehnte das Schiedsgericht das Argument Russlands ab, dass der ECT keine Anwendungen fände, weil hinter den klagenden Gesellschaften russische Staatsbürger stünden und es sich dabei daher nicht um eine geschützte internationale Investition im Sinne des Vertrags handelte. Dem Gericht zufolge sei vielmehr entscheidend, dass die Gesellschaften nicht nach dem Recht Russlands, sondern eines anderen Staats gegründet wurden.

In seinen Schiedssprüchen aus dem Jahr 2014 bejahte das Schiedsgericht ein politisches Vorgehen gegen Yukos. Nach Ansicht des Schiedsgerichts war die Enteignung der Anteile am Yukos-Konzern politisch motiviert. Dabei sei das Ziel gewesen, Khodorkovsky auf der politischen Ebene auszuschalten. Bei seiner Entscheidung stützte sich das Schiedsgericht auf die Investitionsschutz- und Schiedsverfahrensregeln des ECT. Darauf beruhend verurteilte es Russland zur Zahlung einer beispiellosen Schadenersatzsumme.

Russland hält daran fest, dass Yukos massenhaft Steuerhinterziehung und andere gesetzeswidrige Praktiken beging. Die Schiedssprüche wurden von der Russischen Föderation nicht anerkannt, die stattdessen den Streit vor die staatlichen Gerichte der Niederlande brachte.

2. Verfahren vor dem Bezirksgerichts in Den Haag

Gegen die Schiedssprüche erhob Russland Klage auf deren Aufhebung gemäß Art. 1065 der Niederländischen Zivilprozessordnung vor dem zuständigen Bezirksgericht in Den Haag. Das Gericht kam am 20.04.2016 zu der Entscheidung, dass die drei Schiedssprüche unwirksam seien, und hob sie auf.

Bei seiner Entscheidung stützte sich das Bezirksgericht vorwiegend auf einen Grund: Die vorläufige Anwendung des ECT in Russland erstreckte sich aufgrund der Unvereinbarkeit der Regelungen über die Beilegung von Streitigkeiten zwischen Investoren und dem Staat mit dem russischen Recht nicht

³ Vorliegend liegt der Fokus auf den Schiedsverfahren und den darauf beruhenden Verfahren vor den staatlichen Gerichten der Niederlande. Aus diesem Grund wird auf die Klage der ehemaligen Yukos-Eigner vor dem EMGR, der einen Verstoß gegen den Schutz des Eigentums angenommen hat und im Juli 2014 den Klägern EUR 1,9 Mrd. zusprach, hier nicht näher eingegangen.

auch auf diese Bestimmungen. Das russische Recht sehe vor, dass Streitigkeiten des öffentlichen Rechts einschließlich Streitigkeiten zwischen ausländischen Investoren und dem Staat vor staatlichen Gerichten beizulegen seien, soweit keine speziellere abweichende Regelung vorhanden sei. Die Vorschriften des nur vorläufig anwendbaren ECT qualifizieren sich jedoch, so das Gericht, nicht als eine solche abweichende Regelung. Die Schiedssprüche seien somit aufzuheben, da es an einer wirksamen Schiedsvereinbarung fehle.

3. Verfahren vor dem Berufungsgericht in Den Haag

Die früheren Yukos-Anteilseigner legten Berufung gegen die Entscheidung des Bezirksgerichts in Den Haag ein. Das Berufungsgericht in Den Haag entschied am 18.02.2020 zugunsten der (Schieds-)Kläger und die drei Schiedssprüche aus 2014 wurden wieder in Kraft gesetzt.

Dem Berufungsgericht zufolge habe das Schiedsgericht den ECT zutreffend ausgelegt, der vorläufige Anwendung finde. Das Gericht lehnte die Argumente von Russland ab, dass die Regelungen in Art. 26 ECT über die Beilegung von Streitigkeiten zwischen Investoren und dem Staat mit der Verfassung und den Gesetzen des Staats unvereinbar seien. Das Berufungsgericht entschied nicht nur, dass diese Bestimmungen im Einklang mit dem russischen Recht stehen, sondern auch, dass es im russischen Recht keine Einschränkungen hinsichtlich der vorläufigen Anwendung von Abkommen gebe. Außerdem erscheine es widersprüchlich, dass das Schiedsverfahren gemäß dem ECT mit der russischen Rechtsordnung unvereinbar sei, während der russische Staat regelmäßig vergleichbare Verfahren im Rahmen von BITs (Bilateral Investment Treaty) betreibe. Dementsprechend hindere Russland nichts daran, Art. 26 ECT vorläufig anzuwenden. In diesem Zusammenhang wies das Gericht des Weiteren die Behauptung Russlands zurück, dass eine Streitigkeit zwischen einem ausländischen Investor und dem Staat eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit sei. Nach der Auffassung des Berufungsgerichts seien solche Streitigkeiten vielmehr als zivilrechtliche Streitigkeiten zu qualifizieren.

Das Berufungsgericht ließ sich auch nicht von den weiteren Einwänden der Russischen Föderation überzeugen. Russland argumentierte insbesondere, dass der ECT auch deswegen nicht anwendbar sei, da es sich in dem vorliegenden Fall um eine steuerrechtliche Sache handele. Der ECT begründe jedoch gemäß Art. 21 keine Rechte oder Verpflichtungen in Bezug auf steuerliche Maßnahmen der Vertragsparteien. Sei der ECT nicht anwendbar, entfalle auch die Zuständigkeit des Schiedsgerichts. Das Gericht kam jedoch zu dem Schluss,

dass Art. 21 ECT keine spezifische Bestimmung hinsichtlich der Zuständigkeit des Schiedsgerichts, über Steuersachen zu entscheiden, enthalte. Die Frage der Zuständigkeit sei vielmehr ausschließlich in Art. 26 ECT geregelt.

Des Weiteren folgte das Berufungsgericht nicht der Argumentation Russlands bezüglich eines fehlenden wirtschaftlichen Vorteils des Staats aus der Investition. Aus Sicht der Russischen Föderation gebe es einen allgemeinen Grundsatz des Investitionsrechts, dass die Investitionen immer einen wirtschaftlichen Vorteil für den betroffenen Staat aufweisen müssen. Sonst qualifizieren sie sich nicht als solche. Bei Yukos handele es sich jedoch nicht um eine ausländische Investition im Sinne des ECT, sondern nur um "recycelte" russische Gelder. Das Gericht lehnte einen allgemeinen Grundsatz des Investitionsrechts über einen wirtschaftlichen Vorteil von Investitionen ab. Nichts in dem ECT spreche überdies dafür, dass die Schutzwürdigkeit der Investitionen von einer solchen Voraussetzung abhängig sei.

Als weiteren Punkt brachte Russland vor, dass die Investoren von Yukos bereits bei dem Erwerb des Konzerns in der Versteigerung selbst illegal gehandelt haben ("unclean hands"), weshalb die gesamte Privatisierung von Yukos nichtig sei. Die Schiedskläger sollten also nicht dafür belohnt werden. Das Berufungsgericht führte dazu allerdings aus, dass der ECT keinerlei Grundsätze enthalte, die die Anwendbarkeit des Vertrags nur auf legale Investments einschränke. Dementsprechend könne eine angebliche Illegalität nicht die Kompetenz des Schiedsgerichts untergraben. Somit seien die Ausführungen diesen Punkt betreffend für das laufende Verfahren als für die Streitsache irrelevant einzustufen.

Weiterhin rügte Russland die Berechnung der Höhe des Schadensersatzanspruchs von dem Schiedsgericht. Es habe nämlich den RTS Oil and Gas Index als Berechnungsgrundlage benutzt, während die Parteien eine andere Berechnungsmethode zugrunde gelegt haben. Demnach sei dem Schiedsgericht bei der Bestimmung des Schadensersatzes ein gravierender Fehler unterlaufen, der dazu geführt habe, dass es mehr als USD 20 Mrd. ohne jegliche wirtschaftliche Grundlage zuspräche. Das Berufungsgericht hielt hierzu fest, dass es dem Schiedsgericht freistehe, für die Berechnung des Schadensersatzes eine verlässliche Methode seiner Wahl zu nutzen. Außerdem haben beide Parteien zu erkennen gegeben, dass sie diesen Index als verlässlichen Indikator ansehen.

Schließlich wies das Berufungsgericht die Vorwürfe Russlands zurück, nach denen der Sekretär des Schiedsgerichts, Martin Valasek, als "heimlicher vierter Schiedsrichter" fungiert habe,

indem er die Schiedssprüche verfasst habe. Dem Gericht zufolge sei es gut möglich, dass ein oder mehrere Memos von Valasek in die Schiedssprüche mitaufgenommen worden seien. Daraus könnte allerdings nicht geschlossen werden, dass Valasek eine irgendwie geartete Entscheidungskompetenz gehabt habe.

4. Verfahren vor dem Obersten Gerichtshof der Niederlande und dem Europäischen Gerichtshof

Unmittelbar nach der Veröffentlichung der Entscheidung des Berufungsgerichts in Den Haag kündigte die Russische Föderation an, in Revision zu gehen. Andrey Kondakov, der Generaldirektor des internationalen Zentrums für Rechtsschutz (International Centre for Legal Protection), das das russische Justizministerium gegründet hat, um den Staat bei der Verteidigung der Yukos-Klage zu unterstützen, erklärte, dass nach seinen Erwartungen das Urteil des Berufungsgerichts keine langfristigen Vorteile für den Yukos-Eigner bringen werde, da der Oberste Gerichtshof das Urteil aufheben werde. Sehr anschaulich hat er die ehemaligen Yukos-Aktionäre als eine "Bande von Oligarchen" beschrieben, die sich an Angebotsmanipulationen, Preisabsprachen, Bestechung von Staatsbeamten, massiver Steuerhinterziehung und Geldwäsche beteiligt haben, um die Russische Föderation zu betrügen. Laut Kondakov dürfe es ihnen nicht gestattet werden, das russische Volk mit den "verhängnisvoll fehlerhaften" Schiedssprüchen zu erpressen. "Wir werden gegen die Entscheidung Berufung einlegen, weil alles, was an die ehemaligen Mehrheitsaktionäre von Yukos gezahlt wird, bedeutet, dass sie weiteren Diebstahl gegen die russischen Steuerzahler begehen" schloss er.⁴

Am 15.05.2020 legte Russland tatsächlich Revision gegen das Urteil des Berufungsgerichts ein. In der 140-seitigen Begründung beantragt die Russische Föderation, dass der Oberste Gerichtshof der Niederlande Fragen über die Auslegung des ECT an den Europäischen Gerichtshof in Luxemburg (EuGH) verweisen solle. Die Europäische Union habe nämlich auch den Vertrag unterzeichnet. Aus diesem Grund sei der EuGH zuständig, solche Fragen im Wege der Vorabentscheidung gemäß Art. 267 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) zu beantworten.

Die Seite der Russischen Föderation behauptet, dass mehrere kritische Punkte entweder falsch eingeschätzt oder einfach übersehen wurden und daher der weiteren Prüfung bedürfen. Solche Fragen seien insbesondere folgende: die ausdrückliche Einverständniserklärung eines Staates mit

einer Investitionsschiedsgerichtsbarkeit; die Auslegung des Art. 45 ECT; die Fähigkeit einer Gesellschaft mit Postfach in einem "Steuerparadies" Investor zu sein; die Qualifikation von "recycelten" Geldern von Bürgern des betroffenen Staats als Investition; die Befugnis des Schiedsgerichts bestimmte steuerrechtliche Regelungen des ECT nicht zu beachten; die Qualifikation von durch illegale Mittel erworbenen Anteilen als Investition.

Es ist vielleicht noch erwähnenswert, dass Russland vor der Einlegung der Revision wohl zu keinem Zeitpunkt des Gerichtsverfahrens vor dem Bezirks- oder dem Berufungsgericht angedeutet hatte, es gebe Aspekte der Streitigkeit, die EU-rechtlich relevant seien. Zum Teil wird also gefragt, ob die Berufung auf die vermutete Zuständigkeit des EuGH vor dem Hintergrund der berühmten Achmea-Entscheidung⁵ erfolgte, die jedenfalls nicht als schiedsfreundlich bezeichnet werden kann.⁶

Nach dem niederländischen Recht ist eine Revision nur wegen bestimmter Gründe zulässig, insbesondere wenn das Berufungsgericht das Recht falsch interpretiert hat oder seine Begründung mangelhaft war. Am 19.06.2020 erklärte der Oberste Gerichtshof der Niederlande die Revision der Russischen Föderation gegen die Entscheidung des Berufungsgerichts in Den Haag für zulässig und nahm sie zur Prüfung an. Das Revisionsgericht wird nun über die Begründetheit der von Russland vorgebrachten Argumente entscheiden und das Vorliegen von eventuellen rechtlichen Fehlern der Berufungsinstanz beurteilen.

Ausblick

Es wird nicht nur aus informativen, sondern auch – und vor allem – aus rechtlichen Gründen interessant sein zu sehen, welchen Standpunkt der EuGH einnehmen wird und ob der Oberste Gerichtshof die Entscheidung des Berufungsgerichts vom 18.02.2020 und damit die Schiedssprüche aus dem Jahr 2014 aufhebt. Die brennende Frage ist, wer das letzte Wort in diesem seit gut 15 Jahren laufendem Rechtsstreit sprechen wird. Nach aktuellem Stand muss Russland wegen des Urteiles vom 18.02.2020 rund USD 57 Mrd. einschließlich Zinsen an die ehemaligen Yukos-Aktionäre bezahlen.

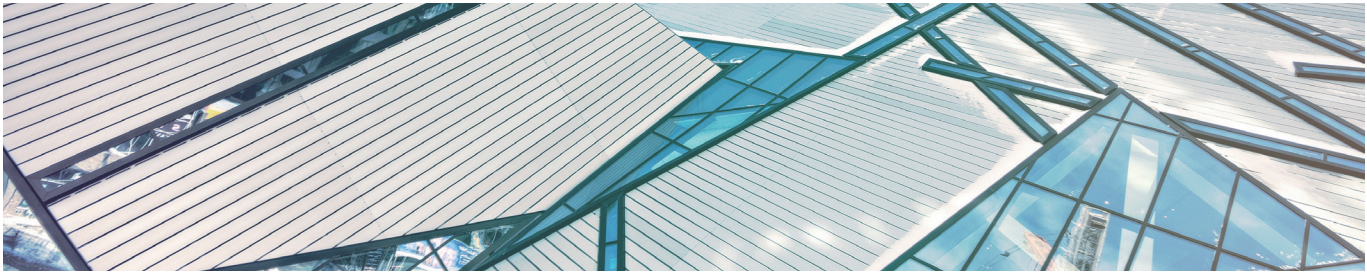


Dr. Styliani Ampatzi, LL.M.

⁴ "The former Yukos shareholders are nothing but a gang of oligarchs who engaged in bid rigging, collusion, bribery of state officials, massive tax evasion and money laundering in order to defraud the Russian Federation. They must not be permitted to hold the Russian people to ransom with these fatally flawed arbitration awards. We will appeal the decision because anything paid to the former majority Yukos shareholders will mean they commit further theft against Russian taxpayers."

⁵ Slowakische Republik gegen Achmea BV vom 06.03.2018, EuGH, Rechtssache C-284/16.

⁶ <https://globalarbitrationreview.com/article/1226901/will-yukos-now-go-before-the-ecj>.



Zur Möglichkeit der Feststellung der (Un-)Zulässigkeit eines Schiedsverfahrens gemäß § 1032 Abs. 2 ZPO

Nicht selten enthalten Verträge insbesondere im internationalen kaufmännischen Geschäftsverkehr Schiedsklauseln, nach denen Rechtsstreitigkeiten im Zusammenhang mit dem Vertrag durch private Schiedsgerichte entschieden werden sollen. Durch solche Schiedsabreden werden Streitigkeiten aus dem Vertrag der Zuständigkeit der staatlichen Gerichte entzogen. Klagt eine Partei dennoch vor den staatlichen Gerichten und rügt die Gegenseite unter Berufung auf die Schiedsabrede die Unzuständigkeit des Gerichts, so hat das Gericht die Klage grundsätzlich als unzuständig abzuweisen, es sei denn, es stellt fest, dass die Schiedsvereinbarung nichtig, unwirksam oder undurchführbar ist (§ 1032 Abs. 1 ZPO).

Ob eine Schiedsabrede zwischen den Parteien besteht bzw. ob diese nichtig, unwirksam oder undurchführbar ist, kann in der Praxis für eine Partei, die Ansprüche vor einem Schiedsgericht oder Gericht geltend machen will, zu erheblichen Unsicherheiten und damit einhergehenden Prozessrisiken führen. Denn bestehen Zweifel am Bestehen einer wirksamen und durchführbaren Schiedsabrede, so riskiert der Kläger, dass das angerufene Gericht bzw. Schiedsgericht die Klage – nach Zuständigkeitsrüge der Gegenseite – mangels Zuständigkeit abweist. Selbst wenn ein angerufenes Schiedsgericht sich trotz der Zuständigkeitsrüge für zuständig erklärt und einen Schiedsspruch erlässt, kann ein staatliches Gericht dem Schiedsspruch die Anerkennung und Vollstreckung versagen, wenn es die Schiedsabrede für unwirksam hält oder der Auffassung ist, dass die Schiedsabrede den geltend gemachten Anspruch nicht umfasst (§ 1059 Abs. 2 lit. a ZPO bzw. §§ 1060, 1059 ZPO oder § 1061 ZPO in Verbindung mit Art. V (1) lit (a) New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche).

Das deutsche Schiedsverfahrensrecht bietet den Parteien die Möglichkeit, Ungewissheiten über die Zuständigkeit des Schiedsgerichts bereits frühzeitig auszuräumen und die damit verbundenen Kosten- und Prozessrisiken zu vermeiden. Nach § 1032 Abs. 2 ZPO kann bis zur Bildung des Schiedsgerichts beim Oberlandesgericht ein Antrag auf Feststellung der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit eines schiedsrichterlichen Verfahrens gestellt werden. In einem Beschluss vom 19.09.2019 hat der Bundesgerichtshof konkretisiert, dass mit einem Antrag gemäß § 1032 Abs. 2 ZPO nicht nur eine Klärung der Frage erlangt werden kann, ob eine wirksame Schiedsvereinbarung besteht und ob diese durchführbar ist. Vielmehr kann auch geklärt werden, ob der konkrete Streitgegenstand der Schiedsvereinbarung unterfällt.

In dem der Entscheidung des Bundesgerichtshofs zugrunde liegenden Fall waren beide Parteien der Ansicht, Zahlungsansprüche gegen die jeweils andere Partei aus einem Projektmanagementvertrag über den Bau einer Kunsthalle bzw. einem Optionsvertrag über weitere Leistungen zu haben. Der Projektmanagementvertrag enthielt eine Schiedsklauseln, die für jegliche Streitigkeiten im Zusammenhang mit dem Vertrag ein Schiedsverfahren nach den Regeln der „*Schiedsgerichtsordnung für das Bauwesen (SGO Bau), Fassung 2013*“ vorsah. Auch der Optionsvertrag nahm auf diese Schiedsklausel Bezug. Zweifel hinsichtlich der Zuständigkeit ergaben sich daraus, dass die in der Schiedsabrede vereinbarte Schiedsverfahrensregeln, die „*Schiedsgerichtsordnung für das Bauwesen (SGO Bau), Fassung 2013*“, nicht existierten.

Die Antragstellerin beantragte beim Oberlandesgericht Karlsruhe gemäß § 1032 Abs. 2 ZPO die Feststellung, dass die Schiedsvereinbarung im Projektmanagementvertrag wirksam und somit die Durchführung eines Schiedsverfahrens zur Entscheidung über sämtliche Streitigkeiten aus und im Zusammenhang mit den vorgenannten Verträgen zulässig sei. Des Weiteren beantragte sie festzustellen, dass etwaige Ansprüche der Antragsgegnerin auf Sicherheitsleistung aus § 648a BGB (alte Fassung) der vorgenannten Schiedsvereinbarung unterliegen.

Das Oberlandesgericht Karlsruhe hielt diese Anträge für zulässig und begründet. Insbesondere sei auch der Antrag der Antragstellerin statthaft, mit dem diese die Feststellung begehrte, dass bestimmte Ansprüche (nämlich die aus § 648a BGB a.F.) von der Schiedsklausel erfasst seien. Auf die Rechtsbeschwerde der Antragsgegnerin hin bestätigte der Bundesgerichtshof die Entscheidung des Oberlandesgerichts mit der Begründung, dass auch eine gezielte Zulässigkeitsprüfung im Hinblick auf den Streitgegenstand der Prozessökonomie entspreche, weil sie der frühzeitigen Klärung der Zuständigkeitsfrage diene.

Der Bundesgerichtshof hat mit dieser Entscheidung die Möglichkeit, bereits vor Erhebung einer (Schieds-)Klage Klarheit über die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts zu erlangen, gestärkt. Eine Streitpartei kann so vorab verbindlich durch ein Gericht feststellen lassen, ob der konkret in Frage stehende Anspruch einer Schiedsabrede unterfällt und so Rechtssicherheit hinsichtlich des für die Streitentscheidung zuständigen Forums erlangen. Eine solche frühzeitige Klärung ist im Interesse sowohl der klagenden als auch der beklagten Partei, da auf diese Weise Verzögerungen der Entscheidung und die damit verbundenen – teils erheblichen – Kosten vermieden werden können.



Dr. Michael Pocsay, LL.M.



Germany's Federal Constitutional Court takes aim at EU's Legal Order

Germany's highest court, the Federal Constitutional Court (FCC) has, for a long-time now, shown scepticism towards the concept of absolute EU law supremacy and has reserved its right to review EU laws in certain circumstances. It has, however, been careful not to upset the EU legal order and had not acted on its threat – until now.

On 5 May 2020, the FCC handed down what has been reported as a “bombshell ruling”. In its [judgment](#), the FCC challenged the legality of the European Central Bank's (ECB) decisions on its Public Sector Purchase Programme (PSPP) - widely known as quantitative easing (QE) measures - and the soundness of the European Court of Justice's (ECJ) subsequent [ruling](#) in Case C-493/17 Weiss. The PSPP was a bond-purchase mechanism intended to boost the Eurozone economy by decreasing borrowing costs for Member States. It ultimately allowed the ECB to source approximately €2tn of public sector debt.

In an unprecedented move, the FCC has declared the ECJ's judgment – which rubberstamped the PSPP - as being ultra vires (i.e. that the ECJ had exceeded its powers) in Germany. It ruled that the country's government and legislature violated the constitution by failing to properly monitor the ECB's PSPP and gave a three-month ultimatum for the government to ensure that the ECB performs the requisite proportionality check de novo, failing which the Bundesbank and other German entities would be banned from participating in the PSPP.

In response, the ECJ tried putting the FCC in the naughty corner by issuing a [brief press statement](#) re-emphasising the fundamental tenet that “national courts are required to ensure that EU law takes full effect”. The European Commission's President issued a similar [statement](#) adding that “possible next steps [...] may include the option of infringement proceedings” against Germany. The ECB has not yet formally decided whether - and how - to respond. However, senior European leaders, such as Italy's Prime Minister Giuseppe Conte, have already condemned the FCC's judgment, a judgment that, for the reasons discussed below, could have far-reaching implications for the EU's legal order, especially if national courts of other Member States were to follow suit.

The FCC's key findings

The FCC's decision is the latest chapter in a legal battle tracing back to 2015. At the time a claim was brought in the German courts by a group of 1,750 citizens questioning the legality of the ECB's PSPP. The matter was subsequently put before the ECJ, which in turn ruled in favour of the ECB and upheld the soundness of the PSPP. The case was then remitted back to the FCC.

The starting point for the FCC's latest ruling was that the ECB is subject to the “proportionality” principle, a principle enshrined in Article 5 of the Treaty on European Union (TEU) and binding upon all EU institutions. The TEU also mandates that the ECB may only exercise its designated powers to the extent necessary to fulfil its prescribed goals. In the eyes of the ECJ, the PSPP was necessary to meet the ECB's inflation objective and so it was proportionate, especially given the safeguards against exceeding the limitation on credit facilities.

However, the FCC did not agree. After considering the ECJ's reasoning in depth - a step which many European lawyers would see as beyond the pale in itself - the FCC formulated its own views on what the ECB's mandate entails and how to exercise it. It found that it is “incumbent upon the ECB to weigh [the] considerable **economic policy effects** and balance them [...] against the expected positive contributions to achieving the monetary policy objective” [emphasis added]. In the FCC's view, these economic policy effects include “the risk of creating real estate and stock market bubbles as well as the economic and social impact on virtually all citizens, who are at least indirectly affected inter alia as shareholders, tenants, real estate owners, savers or insurance policy holders.”

The FCC also noted that when assessing the PSPP, the ECJ did not “give consideration to the importance and scope of the principle of proportionality” and so its ruling is “no longer tenable from a methodological perspective given that it completely disregards the actual effects of the PSPP”. In other words, it held that the ECJ had grossly violated methods of legal interpretation when seeking to apply the “proportionality principle”. The FCC concluded that the ECJ’s review “does not satisfy the requirements of a comprehensible review” and thus had failed to fulfil its mandate. As such, the ECJ’s ruling was found to be ultra vires and therefore not binding in Germany.

A hammer-blow to the EU legal order

With this decision, the FCC has dealt a severe blow to the EU’s legal order.

First, the FCC directly accused the ECJ of exceeding its judicial mandate by endorsing the ECB’s policy without conducting an in-depth review of PSPP’s effects. It concluded that the ECJ “thus acted ultra vires, which is why, in that respect, its Judgment has no binding force in Germany”. Although it is not the first time a national court has made such a declaration,^{1]} it is the first time that a German court - and in fact Germany’s Federal Constitutional Court - has concluded that the ECJ exceeded its competence such that its ruling has no binding effect. By taking matters into its own hands, the FCC has effectively violated the EU treaty framework, which provides that the ECJ has **exclusive** power to interpret EU treaty law (Article 267 of the Treaty of Functioning of the European Union (TFEU)) and adjudicate matters regarding the ECB (Article 35 of the Protocol to the TFEU).

But the FCC did not stop there. Having stripped the ECJ’s ruling of its binding force, it then launched an attack on the ECB. It held that the ECB manifestly exceeded its powers by failing to **properly** apply the principle of proportionality which, according to the FCC, mandates the balancing of the **economic** policy effects against the expected contribution to achieving the **monetary** policy objective. This approach is problematic for two reasons: first, it is inherently difficult to clearly distinguish monetary from economic policies – the latter evidently falling outside the scope of the ECB’s mandate in any event and straying dangerously into political territory. Second, it is striking that the FCC did not conclude that the ECB engaged in **monetary financing** of member states’ budgets, an action that is not allowed under Article 123 of the TFEU and which would therefore constitute an excess of power. Instead, although recognising that the ECB is afforded with “a margin of appreciation” it held that the ECB failed to properly apply the proportionality test in relation to monetary and economic policies.

By setting aside the ECJ’s judgment **and** questioning the ECB’s assessment in the way that it did, the FCC’s ruling was a double whammy. Not only did it pose a direct challenge to the supremacy of the EU judiciary but it also questioned the power of a central EU institution, the ECB, and cast doubt over the superiority of EU law – one of the EU’s core pillars. EU law takes precedence over any domestic legislation (including constitutional laws), the practical effect of which is twofold: national courts have to set aside any domestic rules that violate EU law² and the ECJ is the sole court empowered to rule on the legality of a measure adopted by the EU institutions³. Moreover European institutions, such as the ECB, are required to maintain a certain degree of independence and a “margin of appreciation”, at least vis-à-vis national courts,⁴ to safely operate within the prescribed EU legal framework that has been pre-agreed by all Member States. The FCC’s ruling challenges these fundamental concepts.

A dangerous precedent

Second, the FCC may have set a dangerous precedent, albeit in a non-legal sense. Germany is, rightly or wrongly, seen as one of the two main national pillars of the EU, along with France. If Germany’s Constitutional Court can strike down an ECJ ruling, other Member States could now rely on the FCC’s decision to question the ECJ’s powers, perform their own independent assessment and decide whether to comply with the ECB’s - and by extension any other EU institutions’ - programmes and/or rulings on an ad hoc basis. In this context, we note that ECJ rulings are not always fully or consistently reasoned (perhaps due to the political nature of the rulings) and judges do not issue dissenting opinions. If Member State courts can refuse to abide by ECJ rulings on the basis that they are unable to follow their assessment, then such courts may also question the ECJ’s superior status altogether and threaten the EU legal order.

This concern is not simply hypothetical. For some time now, the European legal community has witnessed Poland and Hungary condemning the creeping augmentation of the EU’s powers. The FCC’s judgment may well have opened the door for the Polish, Hungarian and other national courts to challenge and even deny the ECJ’s superior status and the supremacy of EU law. Worryingly, Mateusz Morawiecki, Poland’s prime minister, has already praised the FCC’s decision calling it “one of the most important” in the history of the EU as it establishes that “the ECJ does not have unlimited powers.”. The head of Poland’s Constitutional Court has added that “National constitutional courts are the courts which have the final word”.

¹ See the Dansk Industri case of the Danish Supreme Court or the Landtová case of the Czech Constitutional court.

² Case 106/77 Simmenthal.

³ Case 314/85 Firma Foto-Frost.

⁴ It is worth clarifying that the ECB is still liable to compensate for any damage caused in accordance with Art. 340 and 268 of the TFEU.

Opening the door to challenging Achmea?

A potential immediate flashpoint could be challenging the applicability of the ECJ's decision in *Slovak Republic v Achmea*⁵ to the numerous arbitral awards against Spain in favour of investors in that country's solar energy market. In *Achmea* the ECJ held that an arbitration clause in bilateral investment treaty (BIT) between two EU states contravened EU law, because it is for the courts of EU Member States and the ECJ to determine questions involving EU law.

The ECJ in *Achmea* reasoned:

- The BIT's arbitration clause required the tribunal to interpret and apply EU law.
- The EU's founding treaties provide that it is for EU Member State courts and the ECJ exclusively to interpret and apply EU law.
- An arbitral tribunal constituted under the BIT is not a 'court or tribunal' of a Member State. Consequently Member States could not have agreed to submit disputes which could involve the application and interpretation of EU law to that tribunal.

The judgment implied that (a) arbitral tribunals constituted under an intra-EU BIT lack jurisdiction and (b) any award rendered by such a tribunal would not be enforced by Member State courts.

The *Achmea* decision sent shockwaves through EU legal circles. The European Commission (EC), which had long argued that any intra-EU investment disputes were exclusively a matter for EU law, the ECJ and national courts, made it clear that it considered that *Achmea* applies to all intra-EU investor-state arbitrations, including those under the multilateral Energy Charter Treaty (ECT), and directed Member States not to pay out on awards made against them, and to request that their national courts set aside and/or not to enforce any intra-EU investor-state awards.

This was problematic on a number of levels. First, many of the investor-state arbitrations took place under the ICSID Convention, to which Member States had become signatories before the EU Founding Treaties came into existence. Secondly, the EU itself is a signatory to the ECT, which contains an arbitration provision. Thirdly, it requires investors to sue Member States in the national courts of those states (hardly a neutral venue). Finally, in one fell swoop, it undermines numerous intra-EU BIT and ECT arbitral claims already underway, including around 40 ECT claims against Spain by investors who claim their investments were rendered worthless by sweeping reforms to Spain's solar power incentive scheme.

Almost all ECT tribunals which have heard jurisdictional challenges on *Achmea* grounds have rejected those challenges. The reasoning has been varied, but usually focussing on the fact that the EU is a signatory to the ECT and there is no carve-out for intra-EU disputes; *Achmea* cannot apply to ICSID arbitrations since Articles 53 and 54 of the ICSID Convention provide that an ICSID award is binding on a signatory state, and must be recognised and enforced as if it were a final judgment of the signatory state's national court. Consequently, a swathe of awards has been made against Spain. However, as matters stand, Member State national courts cannot enforce them as the EC argues they breach EU law.

The FCC's decision in the ECB case might embolden courts of some Member States to defy the EC's position on the applicability of *Achmea* to both intra-EU ECT and BIT awards, especially since the ECJ's reasoning is difficult to reconcile with the provisions of the ICSID Convention - indeed, in its decision in *Achmea* the ECJ did not even refer to the ICSID Convention or ICSID arbitrations. In practical terms this means that some national courts may allow the enforcement of intra-BIT/ECT awards (or continuation of pending intra-EU arbitrations) despite *Achmea*, an approach that would create further uncertainty in terms of enforceability of intra-BIT/ECT awards across the EU. And although on 5 May 2020 23 Member States signed an agreement which terminates intra-EU BITs, the agreement has not yet been signed by Austria, Finland, Sweden and Ireland and it does not cover intra-EU ECT disputes as these will be dealt with "at a later stage". This further demonstrates that the EU legal order is increasingly fragmented as neither Member States (nor their national courts) have managed to streamline their views and take a uniform approach towards key issues such as investor-state arbitration or EU law's superior status.

⁵ Case C-284/16.

Further implications

From a legal standpoint, the FCC's judgment is undoubtedly a seismic event. It poses a direct challenge to the supremacy of the EU judiciary and EU laws and undermines the very foundations of the EU's legal order.

At a political level, the damage that has been done to the EU legal hierarchy by the Constitutional Court of one of its core Member States remains to be seen. The decision could open the door to national courts departing from the ECJ's judgments on the basis that they are fundamentally flawed due to insufficient consideration of relevant factors, or other grounds, and hence ultra vires. The enforcement of intra-EU ECT awards might be the flashpoint for such battles.

However, it cuts deeper than that. With the ECB's independence now on shaky ground, the FCC's ruling could hamstring the ECB's capacity to keep credit flowing and force it to think twice before loading its bazooka. And although the FCC did not attack the ECB's latest Pandemic Emergency Purchase Programme (PEPP), it posed a burning question - and that question is highly relevant: is the ECB empowered to establish a wide bond-buying programme (such as the PSPP or the PEPP) and how would that be proportionate and compatible with Germany's constitutional order?

These questions are yet to be answered. However on a practical level the ECB's ability to do "whatever it takes" is now doubtful. And on a legal level the ECJ's unchallengeable supremacy - the very cornerstone of the reasoning in Achmea - is no longer a given. Only time will tell if this is a one-off blip, or the first crack that leads to the dam bursting.



Richard Power



Nefeli Lamprou



Insight: Clyde & Co

Disputes and Litigation Funding

Die Prozess- oder Streitschlichtungsfinanzierung ist zu einem wesentlichen Instrument der Streitbeilegung geworden und hat in den letzten Jahren zunehmend an Bedeutung gewonnen. Die Prozessfinanzierung bietet eine Lösung für Streitparteien, die aufgrund der damit verbundenen Kosten und Risiken sonst keine Möglichkeit hätten, ihre Ansprüche (schieds-)gerichtlich geltend zu machen. Darüber hinaus kann eine Klagepartei durch das Third Party Funding vermeiden, die eigene Bilanz mit den Kosten eines Rechtsstreits zu belasten. Insbesondere bietet die Einschaltung eines Prozessfinanzierers die Möglichkeit, Risiken auf einen Dritten zu übertragen und die Ressourcen des Unternehmens zu schonen.

Clyde & Co unterhält gute Arbeitsbeziehungen zu allen führenden Third Party Funders. Zusätzlich arbeitet Clyde & Co mit Litigation Capital Management Limited (LCM), einem führenden internationalen Anbieter von Lösungen zur Finanzierung von Streitigkeiten, zusammen, um unsere Mandanten bei der Finanzierung ihrer Streitigkeiten zu unterstützen und die für sie in jedem Fall beste Lösung zu finden. LCM hat einen Fonds in Höhe von mehreren Millionen Pfund zur Verfügung gestellt, um Angelegenheiten unserer Mandanten zu finanzieren. Mehr dazu ist [hier](#) und [hier](#) zu lesen.

Covid-19

Clyde & Co hat das C-19 Business Pledge unterzeichnet, das Unternehmen und Universitäten in einer globalen Anstrengung zusammenbringen soll, um COVID-19 anzugehen und Mitarbeiter, Kunden und Gemeinden kurz-, mittel- und langfristig bei der Bewältigung der Krise zu unterstützen.

Die von der ehemaligen britischen Kabinettsministerin Rt. Hon. Justine Greening und dem Unternehmer David Harrison gegründete Initiative wurde von über 300 Organisationen weltweit unterzeichnet, die zusammen über 3 Millionen Menschen zusammenbringen.

Als Unterzeichner des C-19 Business Pledge hat sich Clyde & Co verpflichtet, dessen Hauptziele zu unterstützen, nämlich Mitarbeiter und Kunden durch die Krise zu begleiten und Gemeinden praktische Hilfestellung zu bieten.

Zur Unterstützung unserer Mandanten haben wir ein spezialisiertes COVID-19-Desk eingerichtet. Über unseren [Coronavirus-Information-Hub](#) informieren wir alle Interessierten umfassend über zahlreiche rechtliche Fragen und Problemen auch in den Bereichen der Prozessführung und der Schiedsgerichtsbarkeit. Dadurch stellen wir sicher, dass unsere Mandanten auf dem aktuellen Stand in Bezug auf COVID-19 bleiben.

Im Rahmen unserer Bemühungen, Gemeinden zu unterstützen, engagieren wir uns im Rahmen von Law Clinics, über die einige der am stärksten betroffenen Gruppen Zugang zu kostenloser und unparteiischer Rechtsberatung haben. Clyde & Co hat zusätzlich eine Reihe von Spenden an Wohltätigkeits- und Gemeindeorganisationen geleistet, insbesondere an solche zur Förderung der psychischen Gesundheit.

Mehr über das C-19 Business Pledge erfahren Sie [hier](#).

Unterstützer des Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot

Im Oktober 2020 beginnt, der Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot, der weltweit größte und renommierteste internationale Studierendenwettbewerb auf dem Gebiet der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit. Der englischsprachige Wettbewerb findet bereits zum 28. Mal statt und gibt den Studierenden die Gelegenheit, durch ein simuliertes Schiedsverfahren die faszinierende Welt der Schiedsgerichtsbarkeit kennenzulernen. Diese Erfahrung ist häufig prägend für die spätere berufliche Laufbahn vieler Teilnehmer.

Wir alle bei Clyde & Co finden das Engagement der Studierenden großartig und freuen uns, auch in diesem Jahr vier Vis Moot Teams finanziell und ideell zu unterstützen. Neben der Zusage eines Zuschusses freuen wir uns insbesondere darauf, die Vis Moot Teams der Universitäten Freiburg, Köln, Mainz und Münster im Frühling 2021 in unserem Düsseldorfer Büro für eine Probeverhandlung begrüßen zu dürfen. Selbstverständlich ist auch ein freundlicher Austausch eingeplant und wir sehen dem persönlichen Kennenlernen mit den Studierenden schon jetzt freudig entgegen.

440

Partners

1,800

Lawyers

4,000

Total staff

50+

Offices*

www.clydeco.com

*includes associated offices

This update provides general information and is not intended to be comprehensive or to provide any specific legal advice. Professional advice appropriate to the specific situation should always be sought. Clyde & Co (Deutschland) LLP accepts no responsibility for loss occasioned to any person acting or refraining from acting on material contained in this summary. Any reliance on this information is solely at your own risk. No part of this summary may be used, reproduced, stored in a retrieval system or transmitted in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, reading or otherwise without the prior permission of Clyde & Co (Deutschland) LLP.

Clyde & Co (Deutschland) LLP trades as Clyde & Co and is a limited liability partnership registered in England and Wales under number OC413029 and with its registered office at The St Botolph Building, 138 Houndsditch, London, EC3A 7AR, United Kingdom. Clyde & Co (Deutschland) LLP is registered in the partnership register of the Amtsgericht Essen under number PR 3857.

© Clyde & Co (Deutschland) LLP 2020.
All rights reserved.