

Policy Papers on Transnational Economic Law

No. 60

Nord Stream 2 in Zeiten eines internationalen bewaffneten Konfliktes in Europa

Christian Tietje/Jannis Bertling

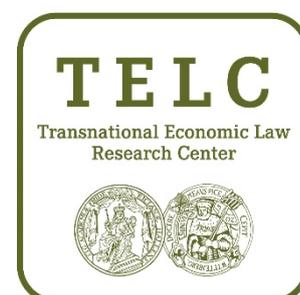
TRANSNATIONAL
ECONOMIC LAW
RESEARCH CENTER

Law School
Martin Luther University
Halle-Wittenberg
Universitätsplatz 5
06108 Halle (Saale)
Germany

Tel.: +49 345 / 55 23149
/ 55 23180
Fax: +49 345 / 55 27201

E-Mail: telc@jura.uni-halle.de
www.telc.uni-halle.de

März 2022



Dieser Beitrag wurde in einer identischen Fassung bereits am 02. März 2022 auf [Verfassungsblog.de](https://www.verfassungsblog.de) veröffentlicht: [Tietje, Christian; Bertling, Jannis: Nord Stream 2 in Zeiten eines internationalen bewaffneten Konfliktes in Europa, Verfblog, 2022/3/02.](#)

So schwer es auch erscheinen mag, in Zeiten eines internationalen bewaffneten Konflikts auf europäischem Boden weiterhin rechtsstaatliche Ansprüche an staatliches Handeln zu stellen, so notwendig ist es. Die alte Aussage von Cicero „*inter arma enim silent leges*“ („Denn unter den Waffen schweigen die Gesetze“) kann heute keinen Bestand mehr haben. Schon Immanuel Kant hat in der [Metaphysik der Sitten](#) darauf hingewiesen. Im heutigen Völkerrecht zeigt sich dies insbesondere an der universellen Akzeptanz und doch zumindest weitgehenden Achtung des *ius in bello*, des humanitären Völkerrechts. Aber auch darüber hinaus bleibt der Ordnungsanspruch des Völkerrechts bestehen, selbst wenn es zu einer eklatanten Verletzung dieses Ordnungsanspruchs durch einzelne Staaten kommt. Das betrifft Regelungsbereiche wie den Menschenrechtsschutz ebenso wie das Wirtschaftsrecht. Die Arbeiten der International Law Commission (ILC) zu den Auswirkungen bewaffneter Konflikte auf Verträge zeigen dies deutlich. Art. 3 der [im Jahr 2011 von der UN Generalversammlung angenommenen ILC Artikel über die Auswirkungen bewaffneter Verträge](#) schreibt explizit

vor, dass das Bestehen eines bewaffneten Konflikts nicht ipso facto völkerrechtliche Verträge beendet oder suspendiert. In der indikativen Liste von Verträgen, deren Gegenstand darauf hindeutet, dass sie während eines bewaffneten Konfliktes gänzlich oder teilweise weitergelten, werden dementsprechend auch explizit Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsverträge und „Übereinkünfte betreffend Privatrechte“ genannt.

Auch in der gegenwärtigen Situation der schockierenden, eklatanten Verletzung des völkerrechtlichen Gewaltverbots durch die Russische Föderation mit ihrer militärischen Aggression in der Ukraine bleiben wirtschaftsrechtliche Analysen, die sich auf diese Entwicklung beziehen, sinnvoll und notwendig. Aus einer im weiteren Sinne völkerrechtlichen Perspektive stehen dabei die zahlreichen Wirtschaftssanktionen gegenüber Russland, die als Reaktion auf die militärische Invasion der Ukraine erlassen wurden, im Vordergrund des Interesses. Das Besondere an diesen Wirtschaftssanktionen ist ihre durchgehende Verortung in der Komplexität des Mehrebenensystems des Rechts. Wirtschaftssanktionen sind inhärent immer davon gekennzeichnet, dass sie sich in ihren Rechtsgrundlagen und konkreten Erwägungen nur verstehen lassen, wenn ein Blick auf Rechtsstrukturen geworfen wird, die sich durch ein ergänzendes Miteinander von Recht aus verschiedenen Rechtsquellen auszeichnen. In diesem Sinne sollen nachfolgend

kurze Überlegungen zur Rechtslage im Hinblick auf die in den Medien vielfach als „[Stopp von Nord Stream 2](#)“ erfolgte Reaktion Deutschlands auf die russische Eskalation gegenüber der Ukraine beleuchtet werden. Es wird sich dabei zeigen, dass es sich bei den entsprechenden Maßnahmen, die in Deutschland ergriffen wurden, gerade nicht um Sanktionen im juristischen Sinne handelt und diese im Übrigen auch keinen rechtlichen Bedenken begegnen.

Als Wirtschaftssanktionen bezeichnet man gemeinhin solche nichtmilitärischen Maßnahmen, die durch Beschränkung bzw. Aussetzung allgemeiner oder konkreter Wirtschaftsbeziehungen zu einem bestimmten Staat diesen dazu bewegen sollen, ein vorhergehendes völkerrechtswidriges oder gegebenenfalls rein „unfreundliches“ Verhalten abzustellen bzw. zu ändern. Im Unionsrecht sind Wirtschaftssanktionen nach Art. 215 AEUV als ausschließliche Kompetenz der Europäischen Union (EU) zugeordnet. Vom begrenzten Fall einer Rückdelegation (Art. 2 Abs. 1 aE AEUV) im Außenwirtschaftsrecht der Union abgesehen, können Wirtschaftssanktionen gegenüber Drittstaaten daher nur auf der Grundlage eines entsprechenden EU-Rechtsaktes ergriffen werden. Schon dies zeigt, dass es bei dem [Stopp des Zertifizierungsverfahrens für Nord Stream 2](#) nicht um eine Wirtschaftssanktion geht. Ohne juristische Sanktionsintention handelt es vielmehr zunächst

um einen Verfahrensschritt nach dem Energiewirtschaftsgesetz (EnWG).

Rechtslage nach dem EnWG

Auf Bundesebene ist für die leitungsgebundene Energieversorgung mit Strom und Gas, wie sie Nord Stream 2 darstellt, das Energiewirtschaftsgesetz einschlägig. Für den Betrieb eines Transportnetzes setzt § 4a Abs. 3 Satz 1 EnWG eine Zertifizierung voraus, welche die dafür zuständige Bundesnetzagentur erteilen muss (konkret zu Nord Stream 2 siehe [OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25.08.2021 – VI-3 Kart 211/20 \[V\]](#)). Der Betreiber hat einen Anspruch auf Zertifizierung, soweit die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind (§ 4 Abs. 3 EnWG). Diese sind in § 4a iVm. §§ 8 ff. EnWG geregelt sind und gehen größtenteils auf die EU-Richtlinien über den Elektrizitäts- bzw. Gasbinnenmarkt 2009/72 und 2009/73 zurück. Wenn Personen aus Drittstaaten Transportnetzbetreiber und Eigentümer kontrollieren, muss das Bundeswirtschaftsministerium feststellen, dass durch die Zertifizierung die Sicherheit der Elektrizitäts- oder Gasversorgung nicht gefährdet wird (§ 4b EnWG). Es ist genau [diese Feststellung](#), die unter der alten Bundesregierung noch positiv ausfiel und die das Bundeswirtschaftsministerium jetzt zurückgezogen hat.

Vor diesem Hintergrund stellen sich mit Blick auf das EnWG vier Fragen. Braucht es die Feststellung für Nord Stream 2 überhaupt? Wie fällt diese

aktuell aus? Ist die Rücknahme rechtmäßig? Und welche Rechtsschutzmöglichkeiten existieren?

Der Feststellung einer fehlenden Gefährdung der Versorgungssicherheit bedarf es dann, wenn, wie oben dargelegt, das Transportnetz u.a. faktisch durch Personen aus Drittstaaten kontrolliert wird. Beurteilt wird diese Frage der Kontrolle nach der Fusionskontrollverordnung, welche die Möglichkeit der Einflussnahme auf das Unternehmen gem. Art. 3 Abs. 2 FKVO ausreichen lässt und nicht auf eine konkrete prozentuale Beteiligung abstellt. Dies ist bei der Nord Stream 2 AG, die ihren Sitz in der Schweiz hat und anteilig Gazprom international projects LLC, einer Tochtergesellschaft der PJSC Gazprom gehört, unzweifelhaft der Fall.

Bei der so notwendigen Bewertung der Versorgungssicherheit sind nach § 4b Abs. 3 Nr. 2 und 3 EnWG „die Rechte und Pflichten der Bundesrepublik Deutschland gegenüber diesem Drittstaat, die aus einem mit diesem Drittstaat geschlossenen Abkommen erwachsen, soweit sie mit dem Unionsrecht in Einklang stehen, und andere besondere Umstände des Einzelfalls und des betreffenden Drittstaats“ zu berücksichtigen. Das zielt u.a. auf die Völkerrechtslage ab. Die Bewertung selbst ist im Kern politischer Natur und deshalb auch vom Bundeswirtschaftsministerium und nicht von der Bundesnetzagentur vorzunehmen.

Bei der völkerrechtlichen und politischen Bewertung nach § 4b Abs. 3 EnWG sind die Anerkennung der „Volksrepubliken“ Donezk und Luhansk als Verstoß gegen das völkerrechtliche Interventionsverbot sowie zunächst die Androhung und jetzt offene Anwendung militärischer Gewalt (Art. 2 Abs. 4 UN-Charta) mit zu beachten. Die politische Instabilität, die hieraus erwächst, gefährdet die Versorgungssicherheit der Bundesrepublik Deutschland. Eine entsprechende Bewertung durch das Bundeswirtschaftsministerium ist nicht anfechtbar und die Bundesnetzagentur an diese gebunden. Fehlt die explizite Feststellung, bleibt der Bundesnetzagentur kein Entscheidungsspielraum, um durch weitere Erwägungen, wie z.B. Vertrauensschutz, zugunsten der Nord Stream 2 AG entscheiden zu können. Sobald das Bundeswirtschaftsministerium zu der Bewertung gelangt, dass Nord Stream 2 die Versorgungssicherheit gefährdet, kann keine Zertifizierung mehr erfolgen. Das ist zum jetzigen Zeitpunkt jedoch noch nicht geschehen, es wurde lediglich die ursprüngliche Feststellung zurückgenommen.

Rücknahme der Feststellung

Von der inhaltlichen Bewertung getrennt zu betrachten ist die Frage, ob es für das Bundeswirtschaftsministerium überhaupt möglich ist, die zuvor ergangene Feststellung aufgrund einer geänderten Bewertung zurückzuziehen. Das [Bundeswirtschaftsministerium stellt hierbei darauf ab](#), dass bei einer Änderung rechtlicher und

tatsächlicher Tatsachen auch die abzugebende Bewertung angepasst werden muss. § 4d EnWG erlaubt zumindest der Bundesnetzagentur, eine Zertifizierung zu widerrufen, soweit tatsächliche Umstände eine Neubewertung der Zertifizierung erforderlich machen. Für das Bundeswirtschaftsministerium findet sich hingegen weder eine explizite Befugnis noch ein Verbot der Rücknahme ihrer Feststellung. Darüber hinaus gibt es eine Frist von drei Monaten für die Bewertung, die jedoch wohl keine Ausschlussfrist darstellen muss, sondern lediglich der Beschleunigung des Verfahrens dient. Die Feststellung des Bundeswirtschaftsministeriums selbst besitzt keine Verwaltungsaktqualität, sondern ist lediglich ein Teil der endgültigen Entscheidung und bis zu dieser ein reines Verwaltungsinternum. Mit Blick auf das jederzeit ausübbares Widerrufsrecht der Bundesnetzagentur, der Betonung des Rechts der EU-Mitgliedsstaaten, die Zertifizierung bei Gefährdung der Versorgungssicherheit abzulehnen (Art. 11 Abs. 8 Richtlinie 2009/72/EG) und die Rechtsnatur der Feststellung, ist auch deren Rücknahme durch das Bundeswirtschaftsministerium möglich. Damit liegt die gem. § 4b Abs. 2 EnWG für die Zertifizierung notwendige Feststellung nicht mehr vor.

Weiteres Verfahren

Die Bundesnetzagentur kann damit zurzeit die Zertifizierung von Nord Stream 2 nicht mehr erteilen. Nach

der Feststellung durch das Bundeswirtschaftsministerium ist vor der endgültigen Entscheidung zudem noch die Stellungnahme der EU-Kommission hinsichtlich der Voraussetzungen der §§ 4a und 4b iVm. 8 ff. EnWG einzuholen, also auch in Bezug auf die Frage der Versorgungssicherheit. In der endgültigen Entscheidung muss dieser zwar Rechnung getragen werden, sie ist jedoch nicht bindend und löst bei unterschiedlichen Auffassungen nur eine Begründungspflicht aus.

Rechtsschutz

Sobald es zu einer endgültigen Entscheidung kommt, hat die Nord Stream 2 AG einen Monat Zeit, um vor dem örtlich zuständigen Oberlandesgericht Beschwerde einzulegen (§ 75 Abs. 1 und 4 EnWG). Gegen die Beschwerdeentscheidung kann gem. § 86 EnWG wiederum eine Rechtsbeschwerde vor dem Bundesgerichtshof unter der Voraussetzung von engen Beschwerdegründen zulässig sein. Davon sind wir zum jetzigen Zeitpunkt jedoch noch einige Monate entfernt. Die Erfolgsaussichten einer Beschwerde scheinen vor dem Hintergrund der dargelegten Erwägungen allerdings gering.

Verfassungsrecht

Die weitere Verzögerung des Zertifizierungsverfahrens von Nord Stream 2 lässt sofort an Parallelen zur [Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 6. Dezember 2016](#) zum

13. Gesetz zur Änderung des Atomgesetzes denken. Damals sprach das BVerfG mehreren Energieunternehmen dem Grunde nach Entschädigungsansprüche im Hinblick auf die Laufzeitverkürzung von Kernkraftwerken zu. Das BVerfG begründete seine Entscheidung im Wesentlichen mit dem Rechtsinstitut der entschädigungspflichtigen Inhalts- und Schrankenbestimmung. Allerdings ist der Betreiber von Nord Stream 2 eine Gesellschaft nach Schweizer Recht, sodass die Grundrechte des Grundgesetzes über Art. 19 Abs. 3 GG – ähnlich zur Situation von Vattenfall als schwedischem Unternehmen in dem Verfahren vor dem BVerfG – damit nur über den Nichtdiskriminierungsgrundsatz bzw. die Vorschriften zur Niederlassungsfreiheit in den bilateralen Verträgen zwischen der Schweiz und der EU Wirksamkeit entfalten könnten.

In jedem Falle handelt es sich bei dem Stopp des Nord-Stream-2-Genehmigungsverfahrens nicht um eine Enteignung. Es fehlt nämlich an einem sogenannten Güterbeschaffungsvorgang, also an einer Übertragung des Eigentums auf den Staat oder einen Dritten, wie ihn das BVerfG in der Atomausstiegsentscheidung postuliert hat. Denkbar wäre daher nur eine ausnahmsweise gebotene Entschädigungspflicht im Rahmen einer Inhalts- und Schrankenbestimmung, für die allerdings strenge Maßstäbe gelten (vgl. Rn. 258 ff. des [genannten Urteils](#)). Legt man hier einen entsprechend strengen Maßstab an, ist kein

Grund für eine Ausgleichspflicht ersichtlich. Unabhängig davon, ob und gegebenenfalls welche konkreten Eigentumspositionen auf Nord Stream 2 bezogen überhaupt zur Debatte stehen, steht der Bundesregierung bei der Prüfung der Versorgungssicherheit als Voraussetzung für die Zertifizierung ein weiter, nicht nachprüfbarer politischer Beurteilungsspielraum zu. Darüber hinaus ist im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung gegenwärtig das überragend wichtige Rechtsgut der internationalen Friedenssicherung und politischen Stabilität zu berücksichtigen.

Internationales Investitionsschutzrecht

Im Hinblick auf den Stopp des Zertifizierungsverfahrens nach dem EnWG wäre ein Schiedsgerichtsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland denkbar. Tatsächlich ist Nord Stream 2 bereits Gegenstand eines Investitionsschutzverfahrens vor einem Schiedsgericht des *Permanent Court of Arbitration* in Den Haag (PCA) nach den [UNCITRAL Arbitration Rules](#). Die Schweizer Betreibergesellschaft hatte das ad-hoc-Verfahren gegen die Europäische Union [im September 2019 eingeleitet](#).

Auch im aktuellen Fall wäre der Energiecharta-Vertrag (ECT) Grundlage eines Verfahrens. Sowohl die Schweiz (als Heimatstaat der Betreibergesellschaft als Investor) als auch die Bundesrepublik Deutschland haben den ECT ratifiziert, der Investoren in Art.

10 u.a. eine faire und gerechte Behandlung garantiert; hierzu gehört auch der Schutz legitimer Erwartungen (legitimate expectations) des Investors. Dabei kommt es allerdings nicht auf die subjektive Perspektive des Investors im Hinblick auf die vermeintliche Schutzwürdigkeit seiner Erwartungen an, sondern es sind objektive Überlegungen (siehe z.B. [Antin v Spain, Award v. 15. Juli 2018](#), Rn. 538), anzustellen, die im Wesentlichen unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten zu prüfen sind. Hier wird man auf Nord Stream 2 bezogen sehr deutlich argumentieren können, dass es auch im Zeitpunkt der Investitionsentscheidung (siehe hierzu z.B. [Antin v Spain, Award v. 15. Juli 2018](#), Rn. 537) kein schutzwürdiges Vertrauen des Investors geben konnte, dass der Betrieb der Pipeline unter allen Umständen gewährt wird. Aus den Regelungen des EnWG ergibt sich, dass ein Drittstaatenbetreiber einer Versorgungsleitung stets davon ausgehen muss, dass gravierende politische Instabilität dazu führt, dass eine Zertifizierung versagt bzw. widerrufen wird. Die Rechtslage nach den einschlägigen EU-Richtlinien und EnWG, die zur Bewertung möglicher legitimer Erwartungen des Investors zu beachten ist, spricht hier ebenfalls klar dagegen. Völkerrechtliche und politische Erwägungen sind vielmehr inhärenter Bestandteil eines Rechtsmechanismus, der von vornherein darauf angelegt ist, keine abschließende, unumstößliche Erwartung eines Investors

zu sichern. Hier ist ein internationaler bewaffneter Konflikt ausgebrochen, der unmittelbare Auswirkungen auf die sicherheitspolitische Stabilität in der Region hat, um deren Versorgung es durch die Pipeline geht. Da die rechtlichen Vorgaben auch unter Gesichtspunkten der Versorgungssicherheit zu bewerten sind, kann es für einen solchen Fall keine schutzwürdigen Erwartungen des Investors geben.

In jedem Falle könnte sich die Bundesrepublik Deutschland auf Artikel 24 Abs. 3 ECT berufen, der Maßnahmen zum Schutz wesentlicher Sicherheitsinteressen in Zeiten eines Krieges, eines bewaffneten Konfliktes oder einer anderen Notlage in den internationalen Beziehungen (Art. 24 Abs. 3 lit. a) ii) ECT) aus dem Anwendungsbereich der Investitions Garantien des Vertrags ausschließt. Wie aus dem Wortlaut von Art. 24 Abs. 3 ECT ersichtlich wird, ist hier den Vertragsparteien ein weitreichender und nur sehr begrenzt nachprüfbarer politischer Beurteilungsspielraum zur Festlegung einer entsprechenden Notlage eingeräumt (zur Interpretation der parallelen Vorschrift im WTO-Recht siehe [Russia –Traffic in Transit, WT/DS512/R v. 5. April 2019](#), para. 7.5.3. ff.). Im Hinblick auf Nord Stream 2 und Fragen der Versorgungssicherheit ist die Vorschrift in der gegenwärtigen Lage einschlägig.

Auf rechtlich sicheren Füßen

Insgesamt zeigt sich, dass der Stopp der Zertifizierung von North Stream 2 auf rechtlich sicheren Füßen steht. Die Verletzung des völkerrechtlichen Gewaltverbots durch die Russische Föderation lässt sich auf allen Ebenen im Mehrebenensystem berücksichtigen und führt letztlich zur Rechtmäßigkeit der Maßnahme. Um eine Sanktion im rechtlichen Sinne handelt sich hierbei (gegenwärtig) allerdings nicht.

Prof. Dr. Christian Tietje, LL.M. (Michigan), ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Europarecht und Internationales Wirtschaftsrecht sowie Direktor des Instituts für Wirtschaftsrecht und Leiter der Forschungsstelle für Transnationales Wirtschaftsrecht an der Juristischen und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg.

Jannis Bertling ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht und Internationales Wirtschaftsrecht (Prof. Dr. Tietje) an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg.