

Dr. Cathrin Zengerling und Dr. Christian Buchmüller*

Ausstieg aus dem Energiechartavertrag – ein Nachruf aus Perspektive der Energiewende

In November 2022, the German government decided to withdraw from the Energy Charter Treaty (ECT). After a long campaign to modernise the ECT, the EU now also prepares for an exit. In the political and legal discourse, the decision to withdraw is partly welcomed and partly criticised, interestingly in both cases with reference to a successful energy transition. This article takes up this seemingly contradictory reasoning and examines various aspects of the withdrawal decision regarding the energy transition. In particular, it examines the objectives and core provisions of the ECT, investment disputes decided on the basis of the ECT that are relevant to the energy transition, ECJ case law on the applicability of the ECT in intra-EU cases, the content of the Agreement in Principle on a modernised Energy Charter Treaty, as well as the consequences of the withdrawal decision and options for mitigating its harmful effects. The study shows that the assessment of the withdrawal decision is multifaceted and complex. Overall, we conclude that withdrawal at this point in time serves the interests of energy transition and climate protection better than a switch to a modernised ECT with subsequent continuation or withdrawal.

I. Einleitung

Im November 2022 beschloss die Bundesregierung, vom Energiechartavertrag (Energy Charter Treaty – ECT) zurückzutreten.¹ Der Rücktritt wurde mittlerweile notifiziert und wird am 21.12.2023 wirksam.² Nach Rücktrittsankündigungen einiger Mitgliedstaaten vollzog auch die Europäische Union (EU) in den letzten Monaten eine Kehrtwende und schwenkte von einer Vorreiterrolle bei der Modernisierung des ECT auf eine Ausstiegsstrategie um.³ Während

Umweltverbände, grüne und linke Politik sowie Autor/-innen im kritischen juristischen Diskurs die Rücktritte Deutschlands und anderer Vertragsstaaten vom ECT begrüßen,⁴ weisen verschiedene Autor/-innen insbesondere des völker- und europarechtlichen Schrifttums auf die Schwierigkeiten, mögliche negative Effekte sowie vorzugswürdige Alternativen hin.⁵ Interessanterweise argumentieren beide Seiten mit der Bedeutung des Energiechartavertrages für das Erreichen der Klimaziele. Der Investitionsschutzvertrag wird dabei wahlweise als Fluch oder Segen für am-

* Dr. iur. Cathrin Zengerling, LL.M. (Univ. of Michigan) ist Juniorprofessorin an der Fakultät für Umwelt und natürliche Ressourcen der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg. Dr. iur. Christian Buchmüller, Maître en Droit, hat die Professur für Europäisches Wirtschaftsrecht an der Fachhochschule Westküste inne. Er ist Studiengangleiter des Master Green Energy und stellvertretender Wissenschaftlicher Leiter des Instituts für die Transformation des Energiesystems (ITE).

1 Bundesregierung und Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz, Habeck: „Bundeskabinett fasst wichtige Zukunftsbeschlüsse“, Gemeinsame Pressemitteilung vom 30.11.2022, abrufbar unter: <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Pressemitteilungen/2022/11/20221130-habeck-bundeskabinett-fasst-wichtige-zukunftsbeschlusse.html>.

2 www.energychartertreaty.org/details/article/written-notifications-of-withdrawal-from-the-energy-charter-treaty/.

3 *EU-Kommission*, Non-Paper, Next steps as regards the EU. Euratom and Member States' membership in the Energy Charter Treaty, S. 2, abrufbar unter https://www.euractiv.com/wp-content/uploads/sites/2/2023/02/Non-paper_ECT_nextsteps.pdf.

4 *Müller-Hoff/Duarte*, Raus aus dem fossilen Zeitalter – Zieht dem Energiecharta-Vertrag den Stecker!, *Völkerrechtsblog*, 31.1.2022, doi: 10.17176/20220131-180124-0; *Bernasconi-Osterwalder/Schaugg/Van den Berghe*, Investitionsschutz über Klimaschutz?: Warum ein Rücktritt aus dem Energie-Charta-Vertrag völkerrechtlich möglich und klimapolitisch richtig ist, *Verfassungsblog*, 14.10.2021, <https://verfassungsblog.de/investitionsschutz-uber-klimaschutz/>, DOI: 10.17176/20211014-164933-0; Bundeswirtschaftsminister Robert Habeck etwa begründete den Rücktritt mit den Worten: „Der Energiecharta-Vertrag war und ist ein Hindernis für die Energiewende und ist schlicht nicht vereinbar mit den Zielen des Pariser Klimaabkommens“, Bundesregierung und BMWK, Fn. 1.

5 *Tietje*, Der Energiecharta-Vertrag im Kreuzfeuer der Kritik: Ist der Rücktritt vom Energiecharta-Vertrag wirklich ein großer Wurf der Ampelkoalition?, *Verfassungsblog*, 15.11.2022, <https://verfassungsblog.de/der-energiecharta-vertrag-im-kreuzfeuer-der-kritik/>, DOI: 10.17176/20221115-215637-0; *Germelmann*, Der Investitionsschutz im Energie- und Klimaschutzrecht zwischen „European Green Deal“ und Grenzen des Unionsprimärrechts, *EuR* 2020, 375; *Tropper/Wagner*, Don't Pull

bitionierten Klimaschutz und eine erfolgreiche Energiewende dargestellt.

An dieser auf den ersten Blick widersprüchlichen Einordnung setzt der Beitrag an. Ziel ist es, mit Fokus auf staatlichen Maßnahmen der Energiewende, wie insbesondere dem Kohleausstieg und der Förderung erneuerbarer Energien, die Vor- und Nachteile des Rücktritts vom ECT ebenso wie mögliche Alternativen transparent zu machen und zu bewerten. Dazu betrachten wir den Energiechartavertrag zunächst im Kontext der breiteren Debatte über das Verhältnis zwischen Umwelt- und Investitionsschutz, aktuellen Trends und Reformansätzen (II.). Sodann stellen wir Ziele und Kerninhalte des Energiechartavertrages sowie auf seiner Grundlage entschiedene Investitionsschutzverfahren in den Bereichen Klimaschutz und Energiewende dar und arbeiten heraus, dass sich der ECT in seiner bisherigen Form für den Ausstieg aus fossilen Energieträgern als Hemmschuh und für den Ausbau der erneuerbaren Energieerzeugung als nicht nur förderlich und letztlich nicht notwendig erweist (III.). Anschließend untersuchen wir, ob aus Sicht von Energiewende und Klimaschutz ein jetziger Rücktritt vom ECT die beste Option war oder ob auch ein Verbleiben in einem modifizierten ECT für Deutschland strategisch sinnvoll gewesen wäre bzw. für die verbliebenen Vertragsparteien des ECT – insbesondere die EU – immer noch ist (IV.). Dazu betrachten wir aktuelle Entwicklungen rund um den Energiechartavertrag, insbesondere die EuGH-Rechtsprechung zur Anwendbarkeit des ECT zwischen EU-Mitgliedstaaten sowie die Inhalte des *Agreements in Principle* zu einem modernisierten Energiechartavertrag. Abschließend beleuchten wir die Folgen der Rücktrittsentscheidung und Optionen zur Abmilderung ihrer mit Blick auf die Energiewende negativen Effekte (V.). Wir kommen zu dem Ergebnis, dass ein jetziger Rücktritt vom Energiechartavertrag Klimaschutz und Energiewende mehr dient als ein Verbleib im modernisierten ECT oder ein Wechsel in den modernisierten ECT mit anschließendem Rücktritt.

II. Umwelt- vs. Investitionsschutz?

Ziele des Umwelt- und Investitionsschutzes schließen sich nicht per se aus, stehen aber in einem gewissen Spannungsverhältnis zueinander.⁶ Investitionsschutzabkommen verfolgen grundsätzlich das Ziel, einerseits rechtssichere Investitionsbedingungen für Investoren zu schaffen und damit den grenzüberschreitenden Ausbau wirtschaftlicher Aktivitäten von Investoren zu befördern. Andererseits sollen sie den Anteil ausländischer Direktinvestitionen erhöhen und damit die Wirtschaft des Gastlandes stärken. Die ökonomische Grundannahme ist also eine „win-win“-Situation.⁷

Welche wirtschaftlichen und umweltbezogenen Konsequenzen Investitionsschutzabkommen im Einzelnen ha-

ben, ist umstritten. So ist bereits nicht eindeutig geklärt, ob Investitionsschutzabkommen überhaupt zu einer Steigerung von Direktinvestitionen führen.⁸ Ob Direktinvestitionen wiederum der nachhaltigen Entwicklung des Gaststaates zu- oder abträglich sind, ist ebenfalls unklar.⁹ Empirisch lassen sich sowohl positive als auch negative Effekte feststellen. So können etwa mit Investitionen einhergehende neue Arbeitsplätze, Zufluss von Kapital, Entlastung der Zahlungsbilanz, Aufbau von Versorgungsinfrastrukturen etwa in der Energie-, (Ab-)Wasser- und Abfallwirtschaft, Wissenstransfer in Management und Technologie vorteilhaft für die wirtschaftliche Entwicklung und Umweltstandards des Gastlandes sein. Andererseits können ausländische Investitionen lokale Wirtschaftsbereiche verdrängen, staatliche Steuerungsmöglichkeiten einschränken, Kapitalabflüsse durch Gewinntransfer generieren, Korruption, Ressourcenraubbau und militante Konflikte fördern sowie Arbeits- und Umweltschutzstandards senken.¹⁰

Der Regelungsinhalt von Investitionsschutzabkommen ist von außen betrachtet zunächst unabhängig von Umweltschutzziele. Investitionsschutzabkommen enthalten insbesondere Klauseln zum Schutz der Investoren vor unrechtmäßigen Enteignungen, einen Anspruch auf gerechte und billige Behandlung, umfassenden Schutz und Sicherheit, Schirmklauseln sowie das Recht zum Gewinntransfer (sog. absolute Schutzstandards). Daneben verankern sie – wie das Recht der WTO – die Prinzipien der Inländergleichbehandlung und Meistbegünstigung (sog. relative Schutzstandards). Kollisionsnormen, die das Verhältnis zwischen Investitions- und Umweltschutz regeln, wie etwa Art. XX

the Plug on the Energy Charter Treaty: Why EU Member States Should Modernise Rather Than Abandon It, *Völkerrechtsblog*, 16.5.2022.

- 6 Für eine systematische Erfassung des Spannungsverhältnisses zwischen Investitionsrecht und Umweltrecht s. *Romson*, *International Investment Law and the Environment*, in: *Cordonier Segger/Gehring/Newcombe, Sustainable Development in World Investment Law*, 2011, S. 37 ff. Für einen Überblick, der auch die Streitschlichtung erfasst, s. *Viñuales*, *Foreign investment and the environment in international law – current trends*, in: *Research Handbook on Environment and Investment Law*, 2019.
- 7 Siehe etwa OECD, *Übersicht Ausländische Direktinvestitionen zugunsten der Entwicklung – optimaler Nutzen, minimale Kosten*, OECD 2002, <https://www.oecd.org/investment/investmentfordevelopment/1959839.pdf>.
- 8 Argumente dafür liefert eine Metastudie von *Felbermayr*, *Was wissen wir über den Effekt von Investitionsschutz- und -förderverträgen auf ausländische Direktinvestitionen?*, ifo Schnelldienst, 2018, 71(03), S. 17–24. Für einen Überblick zu Studien mit gegenläufigen Ergebnissen siehe *Berger*, *Financing global development: Can foreign direct investments be increased through international investment agreements?*, Briefing Paper, 9/2015, Deutsches Institut für Entwicklungspolitik. Ausländische Direktinvestitionen sind Kapitalanlagen eines Unternehmens im Ausland zur Gründung von oder aktiven Beteiligung an Unternehmen, Produktionsstätten oder Projekten, vgl. <https://trade.ec.europa.eu/access-to-markets/en/content/types-investment>.
- 9 *Berger*, Fn. 8.
- 10 Für einen grundlegenden Überblick siehe OECD, Fn. 7.

GATT, finden sich in der Regel nicht in älteren¹¹ Investitionsschutzabkommen. Damit geht einher, dass es im Kollisionsfall keine explizite Regelung gibt und die Schiedsgerichte einen weiten Auslegungsspielraum haben. Entscheidungen der Schiedsgerichte in Verfahren mit Umwelt- und Klimabezug sind Ausgangspunkt des kritischen öffentlichen Diskurses zu den negativen Auswirkungen, insbesondere dem „chilling effect“, von Investitionsschutzabkommen auf die Gestaltung, Implementierung und Durchsetzung von Umwelt- und Klimarecht des Gaststaates.¹² Privaten Investoren kommt damit eine im Völkerrecht vergleichsweise starke Rechtsposition in der Streitschlichtung zu. Investitionsschutzabkommen berechtigen in aller Regel den Investor, Schiedsverfahren vor internationalen Schiedsgerichten gegen den Gaststaat anzustrengen (sog. Investor-Staat-Streitbeilegung oder „Investor-State-Dispute Settlement“ – ISDS). Dabei können Investoren das Schiedsgericht direkt anrufen, ohne vorher innerstaatliche Rechtsmittel ausschöpfen zu müssen. Darüber hinaus sind Schiedssprüche wie Entscheidungen nationaler Gerichte vollstreckbar.

Das International Center for the Settlement of Investment Disputes (ICSID)¹³ ist das zentrale Schiedsgericht für Investitionsschutzverfahren. Bis Ende 2022 waren dort 910 Fälle registriert und damit etwa 300 Fälle mehr als unter dem Streitschlichtungsmechanismus der WTO.¹⁴ ICSID ist, abgesehen vom Europäischen Menschenegerichtshof, das nach Fallzahlen einflussreichste internationale Streitbeilegungsorgan. 42 % der registrierten Fälle betreffen die Wirtschaftsbereiche Öl, Gas, Bergbau, Strom oder andere Energien.¹⁵ 10 % der registrierten Fälle basieren auf dem Energiechartavertrag.¹⁶ Etwa der Hälfte der vor ICSID und anderen Schiedsgerichten verhandelten Investitionsschutzverfahren liegt ein Sachverhalt mit Umwelt- und Ressourcen-

bezug zugrunde.¹⁷ Kritisch diskutiert werden die Fälle, in denen Investoren Gaststaaten auf hohe Schadenssummen verklagen, weil diese Umweltrechtsvorschriften implementieren oder durchsetzen.¹⁸ Die Investoren argumentieren in diesen Fällen, dass das entsprechende Handeln der Verwaltung oder eines Gerichts des Gaststaates eine Enteignung, enteignungsähnliche Maßnahme oder unbillige Behandlung sei und daher ein Schadensersatzanspruch bestehe.¹⁹ Da diese Klagen Gesetzgeber, Verwaltungen und Gerichte des Gaststaates vor Erlass, Um- und Durchsetzung von Umweltrecht abschrecken, spricht die kritische Literatur von einem „regulatory chill“-Effekt entsprechender Investitionsschutzverfahren.²⁰ Im folgenden Abschnitt III untersuchen wir die auf Grundlage des Energiechartavertrages entschiedenen Fälle mit Klimaschutzbezug und ihre Effekte.

Aktuelle Trends im Investitionsschutz sind ein Rückgang der absoluten Zahl der Investitionsschutzabkommen, die zunehmende Integration neuer Investitionsschutzregeln in regionale Freihandelsabkommen (Free Trade Agreements – FTAs) sowie eine Reform der Vertragsinhalte und Streitbeilegung mit einer expliziten Ausrichtung auf Nachhaltigkeit, insbesondere auch Klima- und Menschenrechtsschutz.²¹ Im April 2023 waren insgesamt über 2500 bi- und plurilaterale Investitionsschutzabkommen (Bilateral Investment Treaties – BITs) sowie Verträge mit Investitionsschutzbestimmungen (Treaties with Investment Provisions – TIPs) in Kraft.²² Insbesondere in den 1990er- und 2000er-Jahren stieg die Zahl der Investitionsschutzverträge stark an.²³ In 2017 traten erstmals mehr BITs und TIPs außer Kraft als neu verhandelt wurden. Dieser Trend setzt sich seit 2019 fort.²⁴ Darüber hinaus werden seit 2019 mehr TIPs als BITs abgeschlossen, Investitionsschutzregeln also zunehmend in regionale Freihandelsabkommen aufgenommen.²⁵

11 Siehe etwa bilaterale Investitionsschutzverträge Deutschlands unter <https://www.bmwk.de/Navigation/DE/Service/Investitionsschutzvertraege/investitionsschutzvertraege.html>.

12 Statt vieler, *Tienhaara*, Regulatory chill in a warming world: the threat to climate policy posed by Investor-State Dispute Settlement, *Transnational Environmental Law*, 7(2), 2018, 229–250.

13 ICSID basiert auf der von 152 Staaten ratifizierten ICSID Konvention aus dem Jahr 1956 und ist Teil der Weltbankgruppe.

14 ICSID Statistics 2023-1, S. 7, <https://icsid.worldbank.org/resources/publications/icsid-caseload-statistics>.

15 ICSID Statistics, Fn. 14, S. 12.

16 ICSID Statistics, Fn. 14, S. 11.

17 ICSID Statistics, Fn. 14, S. 12. Eine kritische Untersuchung von insgesamt ca. 950 erfassten Investor-Staat-Schiedsverfahren vor ICSID und anderen Schiedsgerichten bis Ende 2018 stellte einen Umwelt- oder Ressourcenschutzbezug in fast 400 Fällen fest: *Attac, BUND, Forum Umwelt und Entwicklung, Power Shift*, Mit Konzernklagen gegen Umweltschutz, Factsheet, 16.5.2019, m.w.N., <https://power-shift.de/wp-content/uploads/2019/05/Mit-Konzernklagen-gegen-Umweltschutz-web.pdf>. Die Zahl berücksichtigt dabei noch nicht die Dunkelziffer der nicht bekannten Verfahren. Für den Versuch einer statistischen Erfassung aller Investitionsschutzfälle mit direktem oder indirektem Umweltbezug bis 2010 s. auch *Romson*, *International Investment Law and*

the Environment, in: *Cordonier Segger/Gehring/Newcombe, Sustainable Development in World Investment Law*, 2011, 38, dort Fn. 3.

18 *Tienhaara*, The expropriation of environmental governance: protecting foreign investors at the expense of public policy, 2009; für einen Überblick bis 2012 s. *Zenglerling*, *Greening International Jurisprudence*, 2013, S. 267 m.w.N.

19 Für eine Erläuterung der Begriffe im Kontext des Energiechartavertrages siehe unten Abschnitt III. Für einen Überblick siehe *Krajewski*, *Völkerrecht*, 3. Aufl. 2023, S. 355 ff.

20 *Tienhaara*, Fn. 12, 18.

21 *UNCTAD*, *World Investment Report 2022*, S. 65.

22 *UNCTAD*, *International Investment Navigator*, abrufbar unter <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>.

23 *UNCTAD*, Fn. 21.

24 *UNCTAD*, Fn. 21. Fast die Hälfte der 42 Vertragsbeendigungen in 2020 gingen darauf zurück, dass in der Folge des *Achmea*-Urteils des EuGH (Slowakische Republik gegen Achmea BV, C-284/16) 23 EU-Mitgliedstaaten in einem Abkommen in 2020 EU-interne BITs beendeten. In Folge des Abkommens werden im Laufe der Zeit insgesamt 124 EU-interne BITs beendet.

25 *UNCTAD*, Fn. 21.

Unter anderem als Reaktion auf vielfache Kritik an intransparenten Streitbeilegungsverfahren und einem Vertragswerk, das nicht auf nachhaltige Entwicklung ausgerichtet ist, werden in Literatur und Praxis seit einigen Jahren verschiedene Reformansätze diskutiert.²⁶ Ein Meilenstein dieses Reformprozesses ist ein von UNCTAD in 2015 veröffentlichter Bericht, der detaillierte Vorschläge für stärker auf Nachhaltigkeit ausgerichtete Investitionsschutzvorschriften unterbreitete.²⁷ Dazu zählen etwa die Aufnahme von Zielen der nachhaltigen Entwicklung und des Menschenrechtsschutzes in die Präambel der IIAs, Ausnahmen von den Grundsätzen der Inländergleichbehandlung und der Meistbegünstigung, Konkretisierung der direkten und indirekten Enteignung sowie des Standards für billige Behandlung, Ausnahmen für Regelungen des Gaststaates zum öffentlichen Interesse (Menschenrechte, Gesundheit, Umweltschutz) und begrenzter oder kein Zugang zu Investor-Staat-Streitbeilegung.²⁸ In den letzten Jahren abgeschlossene Investitionsschutzverträge setzen diese Reformvorschläge zunehmend um.²⁹ Auch der reformierte Energiechartavertrag enthält einige dieser Neuerungen, die wir im Einzelnen in Abschnitt IV vorstellen. Festzuhalten bleibt jedoch, dass die weit überwiegende Zahl der geltenden Investitionsschutzverträge keine dieser Regelungen enthält. Darüber hinaus bleibt abzuwarten, wie sich die reformierten und neuen Vertragstexte auf die Spruchpraxis der Schiedsgerichte auswirken.

III. Energiechartavertrag und Energiewende – eine Bilanz

Der Energiechartavertrag hat als multilaterales Investitionsschutzabkommen eine erhebliche Bedeutung für die Umsetzung der Energiewende in den Mitgliedstaaten des Vertrages.³⁰ Dies wird deutlich, wenn man sich die materiellen Standards des ECT und die daraus in den vergangenen Jahren entstandenen Rechtsstreitigkeiten vor Augen führt.

1. Materielle Standards des ECT

Vom Anwendungs- und Schutzbereich des Energiechartavertrages umfasst sind „Investitionen“ im Energiebereich von „Investoren“ eines Vertragsstaates in einem anderen Vertragsstaat (sog. Gaststaat). Sowohl der Begriff der „Investition“³¹ als auch der Begriff des „Investors“³² sind dabei so weit gefasst, dass faktisch jegliche Kapitalanlagen – etwa der Erwerb von Eigentum oder von Gesellschaftsanteilen – durch Unternehmen eines Vertragsstaates in einem anderen Vertragsstaat in den Anwendungsbereich des ECT fallen.

In materieller Hinsicht verpflichtet der ECT seine Mitgliedstaaten unter anderem dazu, Investitionen aus anderen Vertragsstaaten zuzulassen und diese nicht zu diskriminieren.³³ Die größte praktische Relevanz entfalten jedoch

die Grundsätze der fairen und gerechten Behandlung einerseits sowie der Schutz vor entschädigungslosen Enteignungen andererseits.

a. Grundsatz der fairen und gerechten Behandlung

Nach Art. 10 Abs. 1 S. 2 ECT ist „den Investitionen anderer Vertragsparteien stets eine faire und gerechte Behandlung zu gewähren“ (englisch „fair and equitable treatment“ – im Folgenden FET-Grundsatz). Diese recht allgemein formulierte Verpflichtung hat sich über die Jahre zu einem der wesentlichen Schutzstandards des Energiechartavertrages entwickelt.³⁴ Der FET-Grundsatz verpflichtet die Vertragsstaaten des Energiechartavertrages insbesondere, berechtigterweise begründetes Vertrauen ausländischer Investoren in einen stabilen rechtlichen Rahmen zu schützen.³⁵ Verändert der Gaststaat wesentliche rechtliche Rahmenbedingungen, auf die der Investor berechtigterweise vertrauen durfte, nachdem dieser die Investition getätigt hat, kann dies einen Verstoß gegen den FET-Grundsatz darstellen und entsprechend eine Schadensersatzpflicht des Gaststaates gegenüber dem Investor auslösen.³⁶ Es ist offensichtlich, dass die Angst vor etwaigen Schadensersatzforderungen Vertragsstaaten des ECT davon abhalten kann, legitime staatliche Regelungsziele – z.B. im Bereich des Umweltschutzes – zu verfolgen (sog. „regulatory chill“-Ef-

26 Umfassend hierzu *Hindelang/Krajewski*, Shifting Paradigms in International Investment Law, 2016; siehe auch *Puig/Shaffer*, Imperfect alternatives: institutional choice and the reform of investment law, *American Journal of International Law*, 112(3), 2018, 361–409; *Roberts*, Incremental, systemic, and paradigmatic reform of investor-state arbitration, *American Journal of International Law*, 112(3), 2018, 410–432.

27 UNCTAD, Investment Policy Framework for Sustainable Development, 2015, https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcb2015d5_en.pdf.

28 UNCTAD, Fn. 21, S. 92 ff.

29 UNCTAD, World Investment Report 2021, S. 131, https://unctad.org/system/files/official-document/wir2021_en.pdf.

30 Zu Hintergründen und Entstehungsgeschichte des ECT vgl. *Germelmann*, in: Theobald/Kühling, Energierecht, Stand Juli 2022, Rn. 1 ff.

31 Art. 1 Nr. 6 ECT.

32 Art. 1 Nr. 7 ECT.

33 Nichtdiskriminierung umfasst dabei sowohl eine Inländergleichbehandlung als auch eine Meistbegünstigungsklausel.

34 Dasselbe gilt für bilaterale und andere multilaterale Investitionsabkommen, in denen sich der FET-Grundsatz regelmäßig ebenfalls findet.

35 Vgl. zum FET-Grundsatz etwa *Germelmann*, in: Theobald/Kühling, Energierecht, Stand Juli 2022, Rn. 88 f. m.w.N.; *Schleemann*, Die Investitionsschutzrechtlichen Standards des Energy Charter Treaty, 2023, S. 25.

36 Zu Details zur Schiedsgerichtspraxis zu berechtigten Erwartungen und Verstößen gegen den FET-Grundsatz im Fall von Veränderungen des Rechtsrahmens vgl. ausführlich *Landmann*, Legitimate Expectations and Fair-and-Equitable-Treatment under the Energy-Charter-Treaty, 2022. Zu den umstrittenen Anforderungen an legitime Erwartungen von Investoren auch *Krajewski*, Investitionsschutzabkommen als Grenze künftigen Ordnungsrechts, in: Burgi, 15. Deutsches Atomrechtssymposium, 2019, S. 91, 110 f.

fekt).³⁷ In jüngerer Zeit versuchen Schiedsgerichte daher zum Teil, die Reichweite des FET-Grundsatzes dadurch einzuhegen, dass sie Schadensersatzansprüche nur zusprechen, wenn im Rahmen einer Interessenabwägung die wirtschaftlichen Interessen des Investors das öffentliche, der Regulierung zugrunde liegende Interesse des Gaststaates überwiegen.³⁸ Eine einheitliche Spruchpraxis gibt es insoweit jedoch nicht.

b. Schutz vor entschädigungslosen Enteignungen

Der ECT schützt Investitionen im Energiebereich auch vor rechtswidrigen Enteignungen. Eine Enteignung wird dabei einerseits in Fällen von Verstaatlichungen angenommen (sog. direkte Enteignungen) und andererseits bei „*Maßnahmen gleicher Wirkung wie Verstaatlichung oder Enteignung*“ (sog. indirekte Enteignungen). Direkte und indirekte Enteignungen sind nach Art. 13 ECT insbesondere dann rechtswidrig, wenn sie nicht mit einer „*umgehenden, wertentsprechenden und tatsächlich verwertbaren Entschädigung*“ des Investors einhergehen. Rechtsfolge einer entschädigungslosen Enteignung nach Art. 13 ECT ist ein Anspruch des Investors auf ebendiese unterbliebene finanzielle Entschädigung.

Während direkte Verstaatlichungen nur äußerst selten vorkommen,³⁹ entfalten indirekte Enteignungen eine hohe praktische Relevanz. Sie werden von Schiedsgerichten regelmäßig dann angenommen, wenn eine staatliche Maßnahme (z.B. Regulierung aus öffentlichem Interesse) zu ei-

nem substanziellen Kontroll- oder Wertverlust des Investors führt.⁴⁰ Stellt man in Bezug auf eine Maßnahme des Gaststaats ausschließlich auf deren wirtschaftliche Auswirkung auf die Investition ab (sog. sole effect-Doktrin), droht derselbe „regulatory chill“-Effekt, der bereits im Zusammenhang mit dem FET-Grundsatz beschrieben wurde.⁴¹ Denn bejaht man allein auf Basis einer wirtschaftlichen Betrachtung das Vorliegen einer indirekten Enteignung, ist diese nur in Verbindung mit einer Entschädigung des Investors mit Art. 13 ECT vereinbar. In der jüngeren Schiedsgerichtspraxis wird zur Vermeidung unbilliger Ergebnisse eine indirekte Enteignung zum Teil nur dann bejaht, wenn im Rahmen einer Interessenabwägung der wirtschaftliche Nachteil des Investors die legitimen Regulierungsinteressen des Gaststaates überwiegt (sog. gemäßigte police powers-Doktrin).⁴² An einer einheitlichen und vorhersehbaren Spruchpraxis der Schiedsgerichte fehlt es insoweit jedoch, da die Schiedsgerichte stets ad hoc für den Einzelfall gebildet werden und sie weder einer Bindung an frühere Entscheidungen anderer Schiedsgerichte noch einer Revisionsinstanz unterliegen.⁴³

2. Spruchpraxis mit Relevanz für die Energiewende

Der FET-Grundsatz sowie der Schutz vor entschädigungsloser Enteignung haben in den vergangenen Jahren im Themenfeld der Energiewende eine immer größere Bedeutung erlangt. Hintergrund ist, dass zunehmend Investoren von dem ihnen durch Art. 26 ECT eingeräumten Recht Gebrauch machen, den Gaststaat im Fall von ECT-Verstößen unmittelbar vor einem Schiedsgericht auf Schadensersatz in Anspruch zu nehmen. Im Wesentlichen lassen sich dabei zwei Arten von Streitigkeiten unterscheiden, nämlich solche im Zusammenhang mit Investitionen in Atomkraft und fossile Energieträger einerseits und in Erneuerbare-Energien-Projekte andererseits.

Insgesamt wurden zwischen 2001 und Januar 2023 157 Schiedsverfahren unter dem Energiechartavertrag anhängig gemacht.⁴⁴ In 50 Fällen ging es um Investitionen in fossile Energieträger, in fünf Fällen um Investitionen in Atomkraft und in 91 Fällen um Investitionen in Erneuerbare Energien (davon 45 PV-, 15 SCP-, elf Wind-an-Land-, vier Biomasse-/gas- und zwei Offshore-Wind-Fälle).⁴⁵ Die weit überwiegende Zahl von Fällen richtete sich gegen Spanien (51 Fälle) oder Italien (13 Fälle).⁴⁶ Die überwiegende Zahl von klagenden Investoren kam aus Deutschland (211 Investoren), Spanien (155 Investoren), Italien (95 Investoren), den Niederlanden (45 Investoren) und Luxemburg (42 Investoren).⁴⁷ Von den 87 Fällen, die öffentlich einsehbar sind, wurde in 44 Fällen eine Verletzung des Energiechartavertrages durch das Schiedsgericht festgestellt, überwiegend wegen Verstoßes gegen den FET-Grundsatz (64 % der Fälle) gefolgt vom Verstoß gegen das Verbot der entschädigungslosen Enteignung (13 % der Fälle).⁴⁸ Die aufsummierten zu zahlenden Schadensersatzsum-

37 Vgl. dazu etwa *Krajewski*, Umweltschutz und internationales Investitionsschutzrecht am Beispiel der Vattenfall-Klagen und des Transatlantischen Handels- und Investitionsabkommens (TTIP), ZUR 2014, 396 (398).

38 Vgl. zur Entwicklung der Schiedsgerichtspraxis etwa *Reuter*, BKR 2013, 485 (488); *Rensmann/Frey*, Völkerrechtliche Grenzen der Energiewende, EnWZ 2014, 243 (248).

39 Zu Fällen der direkten Enteignung unter dem ECT vgl. *Landmann*, Fn. 35, S. 334 ff.

40 Ein Überblick der Schiedsgerichtspraxis zu Art. 13 ECT findet sich etwa bei *Landmann*, Fn. 35, S. 334 ff.

41 Zu diesem Effekt auch *Germelmann*, in: Theobald/Kühling, Energie-recht, Stand Juli 2022, Rn. 98 f. Zur sole effect-Doktrin etwa *Reuter*, Fn. 38, S. 485 (488) m.w.N.

42 Vgl. zum Ganzen *Reuter*, Fn. 38, S. 485 (488). Zur Anwendung von sole effect- und police powers-Doktrin in der Schiedsgerichtspraxis vgl. auch *Schuppli*, Staatliches Regulierungsinteresse im Investitionsschutzrecht, 2019, S. 122 ff.

43 Dazu etwa *Rensmann/Frey*, Fn. 38, S. 243 (248). Zu den Chancen, die die fehlende Bindung an Präzedenzfälle für eine dynamische und klimaschützende Auslegung des ECT durch Schiedsgerichte bietet, vgl. *Ipp*, Was nach Urgenda noch geschah: Investitionsverträge und Investor-Staat-Schiedsverfahren, ZUR 2022, 387 (391).

44 Sekretariat des Energy Charter Treaty, Statistics, 10.1.2023, <https://www.energychartertreaty.org/cases/statistics/>.

45 Sekretariat des Energy Charter Treaty, Fn. 44.

46 Sekretariat des Energy Charter Treaty, Statistics, 10.1.2023, https://www.energychartertreaty.org/fileadmin/DocumentsMedia/Statistics/All_statistics_-_10_January_2023.pdf.

47 Sekretariat des Energy Charter Treaty, Fn. 46.

48 Sekretariat des Energy Charter Treaty, Fn. 46.

men, in den entschiedenen Fällen, die öffentlich zugänglich sind, beliefen sich im gesamten Zeitraum 2001 bis Januar 2023 auf – gerundet – 900 Mio. Euro (von eingeklagten 13 Mrd. Euro) im Bereich der fossilen Energieträger, 74 Mio. Euro (von eingeklagten 4,5 Mrd. Euro) im Atomsektor und 1,25 Mrd. Euro (von eingeklagten 23 Mrd. Euro) im Bereich der Investitionen in Erneuerbare Energien.⁴⁹ Sowohl in Hinblick auf die Anzahl der Verfahren als auch in Hinblick auf eingeklagte Schadenssummen und zugesprochene Schadensersatzverpflichtungen dominieren Investitionen in erneuerbare Energien die Streitschlichtung unter dem Energiechartavertrag.

a. Atomkraft und fossile Energieträger

Das prominenteste Verfahren im Kontext der Atomenergie ist die Klage des schwedischen Vattenfall-Konzerns gegen den deutschen Atomausstieg.⁵⁰ Nachdem der deutsche Gesetzgeber im Jahr 2011 nach der Reaktorkatastrophe von Fukushima den „Atomausstieg“, d.h. das schrittweise Erlöschen der Betriebsgenehmigungen für die deutschen Atomkraftwerke nach dem Atomgesetz beschlossen hatte, erhob Vattenfall zunächst – ebenso wie die deutschen AKW-Betreiber – Verfassungsbeschwerde.⁵¹ Diese blieb jedoch weitgehend erfolglos. Da Schweden ebenso wie die Bundesrepublik Deutschland Mitglied des Energiechartavertrages ist, erhob Vattenfall ergänzend Klage vor einem ICSID-Schiedsgericht.⁵² Das schwedische Staatsunternehmen machte aufgrund des Atomausstiegs Verstöße gegen den FET-Grundsatz sowie gegen das Verbot einer entschädigungslosen (indirekten) Enteignung geltend. Den Schaden bezifferte Vattenfall aufgrund entgangener Stromverkaufserlöse auf ca. 4,7 Mrd. Euro. Das Verfahren endete im Jahr 2021 mit einem Vergleich, nach dem die Bundesrepublik Deutschland insgesamt rund 1,4 Mrd. Euro an Vattenfall zahlen musste.⁵³

Die Erfahrungen im Zuge des deutschen Atomausstiegs dürften den deutschen Gesetzgeber dazu bewogen haben, den mittlerweile durch das Kohleverstromungsbeendigungsgesetz gesetzlich geregelten Ausstieg aus der Kohleverstromung – anders als den Atomausstieg nach Fukushima – zum einen konsensual herbeizuführen und zum anderen (freiwillig) mit Entschädigungszahlungen an die Betreiber der Kohlekraftwerke zu verbinden.⁵⁴

Welche Rechtsstreitigkeiten einem Vertragsstaat des ECT im Fall eines entschädigungslosen Kohleausstiegs drohen können, lässt sich derzeit in den Niederlanden beobachten. Dort wurde im Jahr 2019 unter anderem infolge der erfolgreichen Urgenda-Klage durch Gesetz ein Ausstieg aus der Kohleverstromung bis zum Jahr 2030 beschlossen.⁵⁵ In der Folge erhoben die deutschen Energieversorger Uniper und RWE Klagen vor internationalen Schiedsgerichten, da sie im niederländischen Kohleausstieg Verstöße gegen den ECT sahen.⁵⁶ Während Uniper zwischenzeitlich von der EU-Kommission gezwungen wurde, die Klage zurückzunehmen,⁵⁷ ist die Klage von RWE gegen die Niederlande weiterhin anhängig.⁵⁸

Festzuhalten ist, dass es weder zu staatlichen Maßnahmen des Atom- noch des Kohleausstiegs oder zu sonstigen Maßnahmen der Treibhausgasreduzierung im Energiesektor bislang Schiedssprüche einschließlich Begründung gibt.⁵⁹ Entsprechend gibt es auch keinerlei einschlägige Präzedenzfälle. Offen ist daher etwa, ob im Rahmen einer Prüfung eines Verstoßes gegen den FET-Grundsatz die zahlreichen und immer strenger werdenden nationalen und europäischen Klimaschutzverpflichtungen dahingehend Berücksichtigung finden würden, dass Investoren schon legitime Erwartungen etwa in den Weiterbetrieb von Kohle- oder Gaskraftwerken und damit die Grundvoraussetzungen für einen Anspruch nach Art. 10 ECT abgesprochen würden.⁶⁰ Im Rahmen einer Anwendung des FET-Grundsatzes (Feststellung einer Enttäuschung eines berechtigterweise begründeten Vertrauens) oder auch bei der Auslegung des Begriffs der indirekten Enteignung (etwa über die Anwendung der police powers-Doktrin) ist darüber hinaus offen, ob – und wenn ja, mit welchem Ergebnis – Schiedsgerichte gegebenenfalls eine Interessenabwägung zwischen dem legitimen Regelungsinteresse „Klimaschutz“ und den wirtschaftlichen Interessen von Investoren durchführen würden. Offen ist schließlich auch, ob sich Gaststaaten aus der EU im Rahmen von Schiedsgerichtsverfahren zur Rechtfertigung erfolgreich auf ihre völkerrechtlichen Klimaschutzverpflichtungen (z.B. des EU-Rechts) berufen könnten.⁶¹

49 Sekretariat des Energy Charter Treaty, Fn. 46.

50 Zu den Hintergründen *Krajewski*, Fn. 37, S. 399 f.

51 BVerfG, Urteil vom 6.12.2016 – 1 BvR 2821/11.

52 Vattenfall AB and others vs. Federal Republic of Germany (ICSID Case No. ARB/12/12).

53 Vgl. Energie & Management, Meldung vom 3.11.2021, abrufbar unter www.energie-und-management.de/nachrichten/strom/kernkraft/detail/vattenfall-erhaelt-entschaedigung-von-1,4-mrd.-euro-146206.

54 Zu den Risiken konsensualer Lösungen, unter Umständen legitime und durch den FET-Grundsatz geschützte Erwartungen zu begründen, vgl. *Krajewski*, Fn. 36, S. 111 f.

55 Zu den Einzelheiten vgl. *Ipp*, Fn. 43, S. 387 f.

56 ICSID Case No. ARB/21/4 – RWE AG and RWE Eemshaven Holding II BV v. Kingdom of the Netherlands; ICSID Case No. ARB/21/22 – Uniper SE, Uniper Benelux Holding B.V. and Uniper Benelux N.V. v. Kingdom of the Netherlands. Zu den Argumenten der Investoren vgl. *Ipp*, Fn. 43, S. 389. Siehe auch *Bohmer*, The Netherlands is Facing Its First ICSID Arbitration, as German Energy Giant RWE Makes Good on Earlier Threats, IAREporter, 3.2.2021.

57 Die Rücknahme wurde von der EU-Kommission zur Auflage für eine beihilferechtliche Genehmigung deutscher Staatshilfen für Uniper gemacht.

58 Allerdings haben die Niederlande gemäß § 1032 Abs. 2 ZPO die Feststellung der Unzulässigkeit des Schiedsverfahrens beantragt und das OLG Köln war dem Antrag gefolgt, Beschluss vom 1.9. 2022 – 19 SchH 14/21 und 15/21. Die Rechtssache ist nunmehr beim BGH anhängig, ZB 74/22, ZB 75/22, und sollte im Mai 2023 verhandelt werden.

59 Dazu *Ipp*, Fn. 43, S. 389.

60 Vgl. dazu etwa *Climate Change Counsel*, The Energy Charter Treaty, Climate Change and Clean Energy Transition, 2022, S. 75.

61 Zu derartigen Überlegungen *Climate Change Counsel*, Fn. 60, S. 44 f.

b. Erneuerbare-Energie-Projekte

In den vergangenen Jahren wurden über 90 Verfahren nach dem ECT auch durch Investoren anhängig gemacht, die in Erneuerbare-Energie-Projekte in Vertragsstaaten investiert hatten.

Einen besonderen Schwerpunkt bilden dabei die Schiedsverfahren gegen den spanischen Staat. Hintergrund sind Kürzungen, die der spanische Staat infolge der Wirtschafts- und Finanzkrise im Jahr 2008 in Bezug auf die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien vorgenommen hatte und die sich auf bereits genehmigte und in Betrieb genommene Anlagen (Bestandsanlagen) negativ auswirkten.⁶² Während inländische spanische Investoren die – von spanischen Gerichten für rechtmäßig erklärten – Förderkürzungen hinnehmen mussten, hatten Investoren aus Mitgliedstaaten des ECT die Möglichkeit der Einleitung von Schiedsverfahren. Entsprechend machten Investoren in bislang rund 50 Fällen Schiedsverfahren vor unterschiedlichen im Energiechartavertrag vorgesehenen Schiedsgerichten anhängig. Bis August 2021 führten die Verfahren in 16 von 20 abgeschlossenen Fällen zu einer Verurteilung des spanischen Staates – regelmäßig wegen Verstoßes gegen den FET-Grundsatz.⁶³

Kürzungen der staatlichen Förderung für Erneuerbare-Energien-Anlagen führten in den vergangenen Jahren nicht nur in Spanien, sondern auch in Italien und Tschechien zu Investitionsstreitigkeiten nach dem ECT.⁶⁴ In 2019 und 2021 schließlich wurden auch zwei Verfahren gegen Deutschland auf Grundlage des Energiechartavertrages anhängig gemacht, die beide Schadensersatzforderungen in unbekannter Höhe wegen Änderungen des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und dadurch beeinträchtigter Investitionen in Windenergieanlagen geltend machen. Kläger sind unter anderem der österreichische Konzern Strabag SE und die irische Mainstream Renewable Power Ltd.⁶⁵

62 Zu Einzelheiten vgl. ausführlich *Landmann*, Fn. 35, S. 139 ff.

63 Dazu sowie zu den unterschiedlichen Begründungen und Ergebnissen der Schiedsgerichte *Ipp*, Fn. 43, S. 390 m.w.N. Spanien hat bisher jedoch unter anderem mit Verweis auf die fragliche intra-EU-Anwendbarkeit des ECT (siehe Abschnitt V in diesem Beitrag) keine Schadensersatzzahlungen geleistet, siehe <https://abcnews.go.com/Business/wireStory/spain-clean-energy-case-shakes-confidence-eu-investment-98198671>.

64 Zu Einzelheiten vgl. *Landmann*, Fn. 35, S. 162 ff und S. 174 ff.

65 ICSID Case No. ARB/19/29 Strabag SE, Erste Nordsee-Offshore Holding GmbH and Zweite Nordsee-Offshore Holding GmbH v. Federal Republic of Germany; ICSID Case No. ARB/21/26 – Mainstream Renewable Power Ltd and others v. Federal Republic of Germany. Siehe dazu auch *Erbguth*, Das Bundesverfassungsgericht und der Investitionsschutz, EurUP 2023, 23–31.

66 *EU-Kommission*, Fn. 3, S. 2.

67 In diese Richtung etwa *Tropper/Wagner*, The European Union Proposal for the Modernisation of the Energy Charter Treaty—A Model for Climate-Friendly Investment Treaties?, *Journal of World Trade Investment and Trade* 2022, 813 (846 ff.); *Germelmann*, Fn. 5, S. 392 f. Die bloße Anzahl der Verfahren, in denen Investoren in den vergangenen Jahren

3. Zwischenfazit – ECT hindert den Ausstieg aus fossiler Energieerzeugung

In Bezug auf die Bedeutung des Energiechartavertrages für den Fortgang der Energiewende und der immer ambitionierter werdenden Klimaschutzmaßnahmen im Energiesektor lässt sich folgendes Zwischenfazit ziehen:

Es zeichnet sich ab, dass sich jedenfalls der Energiechartavertrag in seiner bisherigen Form als erhebliches Hindernis für den Ausstieg aus fossilen Energieträgern (und aus der Atomenergie) darstellt (z.B. Kohle- oder Gasausstieg in den Vertragsstaaten des Energiechartavertrages). Zwar fehlt es noch an ersten Schiedsgerichtsentscheidungen, die Investoren gegenüber staatlichen Klimaschutzmaßnahmen Schutz für fossile Energieerzeugungsanlagen zusprechen. Zumindest bei einer eher konservativen Auslegung der Normen des Energiechartavertrages erscheinen jedoch Klagen etwa gegen den niederländischen Kohleausstieg jedenfalls in materieller Hinsicht durchaus Erfolg versprechend (zu prozessualen Fragen der Zuständigkeit der angerufenen Schiedsgerichte jedenfalls bei Inner-EU-Verfahren vgl. unten Abschnitt IV). Zudem kann schon die Möglichkeit von Klagen durch Investoren Mitgliedstaaten des Energiechartavertrages davon abhalten, an sich gebotene Maßnahmen zum Ausstieg aus der fossilen Energieerzeugung umzusetzen. Entsprechend betrachtet auch die EU-Kommission den Energiechartavertrag in seiner ursprünglichen Form als unvereinbar mit dem EU Green Deal und der in der EU angestrebten Klimaneutralität bis zum Jahr 2050.⁶⁶

In Bezug auf – im Sinne der Energiewende erwünschte – Investitionen in erneuerbare Energien ergibt sich ein gemischtes Bild: Einerseits zeigen insbesondere die zahlreichen Verfahren von Investoren gegen den spanischen Staat, dass der Energiechartavertrag einen wirksamen Schutz für Investitionen in Klimaschutztechnologien bieten und damit die Attraktivität derartiger Investitionen steigern kann.⁶⁷ Dies kann einen Beitrag zur Energiewende leisten, auch wenn einer Vielzahl von Investoren möglicherweise zum Zeitpunkt der Investition der Schutz nach dem ECT nicht bewusst und er damit für sie auch nicht maßgeblich war.⁶⁸

Ob die Schutzwirkungen des ECT mit Blick auf die Verfahren zu erneuerbaren Energien stets einen positiven Beitrag zur Energiewende leisten, ist jedoch alles andere als klar. Aus staatlicher Perspektive ist aufgrund der Verpflichtungen des ECT zwar einerseits denkbar, dass – etwa mit dem mahnenden Beispiel Spaniens vor Augen – Staaten darauf verzichten, einmal zugesprochene Einspeisevergütungen oder andere Förderformate wieder zurückzunehmen.⁶⁹ Möglich ist andererseits aber auch der für die Energiewende nachteilige Effekt, dass Vertragsstaaten des ECT darauf verzichten, überhaupt erst ehrgeizige Fördersysteme für erneuerbare Energien und klimafreundliche Technologien einzuführen, um das Risiko von Klagen bei im Laufe der Zeit gegebenenfalls notwendig werdenen Rechtsänderungen von vornherein zu vermeiden.⁷⁰

Zudem kann man durchaus die Frage stellen, ob es eines gesonderten Schutzes durch den ECT zumindest für Investoren

tionen in erneuerbare Energien innerhalb der EU heutzutage überhaupt noch bedarf. Denn mittlerweile untersagt bereits das EU-Sekundärrecht in Form des Art. 6 der Erneuerbare-Energien-Richtlinie (RED II)⁷¹ den Mitgliedstaaten der EU, ihre Fördersysteme für erneuerbare Energien in einer nicht vorhersehbaren und die Rentabilität von bereits geförderten Projekten gefährdenden Weise anzupassen. Förderkürzungen für Bestandsanlagen wie etwa in Spanien würden heutzutage einen Verstoß gegen EU-Sekundärrecht darstellen und könnten im Sinne eines „indirekten Primärrechtsschutzes“ durch die Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens von der EU-Kommission oder anderen EU-Mitgliedstaaten aufgegriffen werden.⁷² Zusätzliche, auf Schadensersatz oder Entschädigung gerichtete Ansprüche der Investoren selbst erscheinen damit für eine Investitionssicherheit zumindest innerhalb der EU nicht mehr zwingend erforderlich.

In Summe stellt sich der ECT für den Ausstieg aus fossilen Energieträgern als Hemmschuh und für den Ausbau der erneuerbaren Energieerzeugung (zumindest für Investitionen innerhalb der EU aufgrund der Vorgaben der RED II) als nicht zwingend erforderlich dar. Nimmt man diesen Befund und ergänzt ihn um weitere Kritikpunkte am ECT, wie der Privilegierung ausländischer Unternehmen, der Untergrabung nationaler Souveränität sowie der fehlenden Transparenz von Schiedsverfahren⁷³, lässt sich der Rücktritt Deutschlands vom Energiechartavertrag rechtspolitisch mit Blick auf eine erfolgreiche Energiewende sehr gut rechtfertigen.

IV. Aktuelle Entwicklungen rund um den Energiechartavertrag

Im nächsten Schritt soll der Frage nachgegangen werden, ob der Rücktritt zum jetzigen Zeitpunkt die strategisch beste Entscheidung war oder ob nicht ein Verbleib in einem reformierten Energiechartavertrag oder zunächst ein Wechsel in den reformierten ECT und gegebenenfalls ein anschließender Rücktritt vorzugswürdig gewesen wären bzw. für die im ECT verbliebenen Vertragsparteien noch sind. Um die Rücktrittsentscheidung in dieser Hinsicht rechtlich einzuordnen, nehmen wir aktuelle Entwicklungen in zwei Themenfeldern in den Blick: Einerseits EuGH-Entscheidungen zur Wirksamkeit von Schiedsklauseln in intra-EU BITs und TIPs (IV.1.) sowie andererseits die Inhalte des reformierten Energiechartavertrages, die unter anderem auch den Zweck verfolgen, die EuGH-Entscheidungen zu intra-EU Investitionsschutz umsetzen (IV.2.).

Mit Blick auf den intra-EU-Investitionsschutz ist zunächst festzuhalten, dass die EU und ihre Mitgliedstaaten seit einigen Jahren die Ansicht vertreten, dass der Energiechartavertrag insgesamt auf grenzüberschreitende Investitionen innerhalb der EU keine Anwendung findet.⁷⁴ Begründet wird dies mit der Autonomie des EU-Rechts und EU-Rechtsschut-

zes.⁷⁵ In der Mehrzahl der Schiedsverfahren in diesem Kontext vertraten Schiedsgerichte jedoch eine gegenteilige Ansicht und verstanden die völkerrechtlichen Verpflichtungen des Investitionsschutzrechts als unabhängig von EU-internen Regelungen.⁷⁶ Die Klärung dieser Frage ist zentraler Bestandteil der im Folgenden kurz zusammengefassten Rechtsprechung des EuGH sowie der Reform des Energiechartavertrages und ist darüber hinaus relevant für den Einflussbereich des Energiechartavertrages in der Energiewende.

1. EuGH Entscheidungen in *Achmea*, *Komstroy* und *Romatsa*

Ein Kernpunkt der Kritik an der Rolle des Energiechartavertrages in der Energiewende bezieht sich auf die Investor-Staat-Klagen (ISDS) und damit einhergehende Schadensersatzzahlungen und „regulatory chill“-Effekte. Insoweit gibt es also eine gewisse Schnittmenge zwischen den Interessen des Klimaschutzes und der Autonomie des europäischen Rechts. Der EuGH hat in drei wegweisenden Entscheidungen Investor-Staat-Klagen in intra-EU-Verhältnissen für unzulässig erklärt. Dass diese Urteile auch direkte Auswirkungen auf ISDS-Verfahren unter dem Energiecharta-Vertrag

Schutz des Energiechartavertrages für Erneuerbare-Energie-Projekte in Anspruch genommen haben, ist allerdings weniger Ausdruck einer breiten Schutzwirkung des Energiechartavertrages zugunsten von Energiewendeprojekten, sondern vielmehr Folge dessen, dass Investitionen im Bereich erneuerbare Energien in kleine, dezentrale Projekte (z.B. Wind- und Solaranlagen) und nicht mehr in wenige, zentrale fossile Großkraftwerke erfolgen. Es liegt daher in der Natur der Sache, dass Änderungen im Rechtsrahmen eines Gaststaates anders als bei fossilen Kraftwerken nicht nur einige wenige, sondern regelmäßig eine Vielzahl von Anlagen betreffen und entsprechend viele Schiedsverfahren auslösen können.

68 So zu BITs *Poulsen*, The importance of BITs for foreign direct investment and political risk insurance: revisiting the evidence, in: Yearbook on International Investment Law and Policy 2009–2010, 2010, S. 539–574.

69 *Ipp*, Fn. 43, S. 390.

70 Dazu auch *Ipp*, Fn. 43, S. 390; *Rensmann/Frey*, Fn. 38, S. 248.

71 Richtlinie (EU) 2018/2001.

72 Art. 258, 259 AEUV.

73 Vgl. dazu etwa *Gundel*, Völkerrechtliche Rahmenbedingungen der Energiewende, EnWZ 2016, 243 (249), der seinerzeit jedoch den Bestand von Abkommen wie dem ECT als nicht gefährdet ansah.

74 Mitteilung der Kommission über eine Übereinkunft zwischen den Mitgliedstaaten, der Europäischen Union und der Europäischen Atomgemeinschaft über die Auslegung des Energiechartavertrages, COM(2022) 523 final, 5.10.2022, S. 1, 5, https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:3d54cece-4494-11ed-92ed-01aa75ed71a1.0013.02/DOC_1&format=PDF.

75 Mitteilung der Kommission, Fn. 74.

76 *Gundel*, Die Bedeutung des internationalen Investitionsschutzrechts für den Klimaschutz: Konfliktlinien und Konvergenzen. Rechtsgutachten im Auftrag des Sachverständigenrates zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Arbeitspapier, 2021, S. 27; siehe auch *Climate Change Counsel*, Fn. 60, S. 17. *Lavranos/Lath/Varma*, The Meltdown of the Energy Charter Treaty (ECT): How the ECT was ruined by the EU and its Member States, SchiedsVZ 2023, 38 (42).

vor ICSID haben, war in der Literatur zunächst umstritten, hat sich nun jedoch gerichtlich weitgehend geklärt. Bereits in 2018 entschied der EuGH in *Achmea*, dass Investor-Staat-Klagen in intra-EU-BITs nicht mit der Autonomie des EU-Rechts und dem innereuropäischen Rechtsschutzsystem vereinbar seien (Art. 167 und 344 AEUV).⁷⁷ Aufgrund der Entscheidung unterzeichneten 23 EU-Mitgliedstaaten einschließlich Deutschlands einen Beendigungsvertrag ihrer intra-EU-BITs, der im August 2020 in Kraft trat.⁷⁸ Weder die *Achmea* Entscheidung noch der Beendigungsvertrag wirken sich unmittelbar auf den Energiechartavertrag aus, da sie sich ausschließlich auf EU-interne, bilaterale Investitionsschutzabkommen beziehen.

Im September 2021 entschied der EuGH in der Rechtssache *Moldawien gegen Komstroy* aufbauend auf der *Achmea* Rechtsprechung explizit zum Energiechartavertrag, dass Art. 26 Abs. 2 lit c) ECT so auszulegen sei, dass er auf Streitigkeiten zwischen EU-Investoren und EU-Mitgliedstaaten keine Anwendung finde.⁷⁹ In der Literatur wurde danach einerseits vertreten, dass aufgrund der Entscheidung auch die vor ICSID anhängigen intra-EU-Verfahren abgewiesen werden sollten.⁸⁰ Andererseits wurde argumentiert, dass die Aussagen in *Komstroy* zur intra-EU Anwendbarkeit lediglich obiter dicta, also keine tragenden Entscheidungsgründe, seien und damit keine Auswirkungen auf anhängige oder zukünftige ICSID-Verfahren hätten.⁸¹ Im September 2022 stellte der EuGH in der *Romatsa*-Entscheidung klar, dass ein mit der Zwangsvollstreckung befasstes nationales Gericht einen ICSID-Schiedsspruch in der intra-EU-BIT-Rechtssache *Micula gegen Rumänien* abzulehnen habe und keinesfalls dessen Vollstreckung betreiben dürfe.⁸² Damit dürfte nunmehr geklärt sein, dass auch intra-EU-ICSID-Schiedsverfahren unter dem Energiechartavertrag mit dem Recht der EU unvereinbar sind und Schadensersatzzahlungen vor nationalen Gerichten nicht vollstreckt werden können.⁸³ Aufgrund der dargestellten EuGH-Entscheidungen

erklärte sich im Jahr 2022 erstmals ein Schiedsgericht für nicht zuständig in einem Intra-EU-Verfahren nach dem Energiechartavertrag.⁸⁴ Selbst soweit Schiedsgerichte weiterhin die Ansicht vertreten, dass sie an die Entscheidungen des EuGH nicht gebunden sind, insbesondere wenn der Sitz des entscheidenden Schiedsgerichts außerhalb der EU liegt⁸⁵ – an der mangelnden Vollstreckbarkeit der Schiedssprüche innerhalb der EU wird dies nichts ändern können.

Das bedeutet, dass es bereits allein aufgrund dieser von der Energiewende unabhängigen EuGH-Rechtsprechung in Zukunft unter dem Energiechartavertrag weder zum Schutz von Investitionen in fossile noch in erneuerbare Energieerzeugung nach EU-Recht wirksame intra-EU-Schiedsverfahren mehr geben wird. Dies gilt für 27 EU-Mitgliedstaaten sowie die EU selbst und damit für über die Hälfte der insgesamt 53 Mitglieder des Energiechartavertrages.⁸⁶ Zu den bisherigen Fallzahlen ist festzuhalten, dass 98 der bis August 2021 anhängigen 154 bekannten Klagen unter dem ECT intra-EU-Klagen waren und sind, die zukünftig nicht mehr geführt werden dürften.⁸⁷ Diese Rechtsentwicklung schmälert also sowohl den potenziellen Schaden als auch den potenziellen Nutzen des Energiechartavertrages in Bezug auf die Energiewende erheblich. Allerdings ist es wichtig im Blick zu behalten, dass es verschiedene Möglichkeiten gibt, einen intra-EU-Fall zu vermeiden bzw. zu umgehen.⁸⁸ Ob und inwieweit Investoren davon Gebrauch machen werden, bleibt abzuwarten.

2. Reform des Energiechartavertrages

Seit 2017 verhandeln die 53 Vertragsparteien des Energiechartavertrages aufgrund einer Gemengelage unterschiedlicher Interessen über eine Reform.⁸⁹ Zu den Zielen zählt einerseits eine stärkere Ausrichtung des ECT auf nachhaltige Entwicklung, die – wie in Abschnitt 2 beschrieben – für das

77 EuGH, EuZW 2018, 239 – *Achmea*.

78 Agreement for the termination of intra-EU bilateral investment treaties (termination agreement), 5.5.2020, https://ec.europa.eu/info/publications/200505-bilateral-investment-treaties-agreement_en.

79 EuGH – Rs. C-741/19, *Moldawien gegen Komstroy*, abrufbar unter: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&td=ALL&num=C-741/19>.

80 Müller-Hoff/Duarte, Fn. 4; Gundel, Fn. 76.

81 Happ/Rauschnig, *Komstroy v. Moldawien: Der Energiechartavertrag bleibt anwendbar*, Whitepaper 09/2021, abrufbar unter https://www.luther-lawfirm.com/fileadmin/user_upload/PDF/Broschueren/Whitepaper/WP_Komstroy_V5.pdf. Siehe auch Tietje/Ruffi/Schmitt, Final Countdown im EU-Investitionsschutzrecht: Gilt das Komstroy-Urteil des EuGH auch in intra-EU-ICSID-Verfahren?, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, 2022.

82 EuGH – Rs. C-333/1, *Romanian Air Traffic Services Administration (Romatsa)*, Rn. 44 und Tenor.

83 Siehe auch Mitteilung der Kommission, Fn. 74, S. 4.

84 Vgl. *Green Power K/S and Obton A/S v. Kingdom of Spain*, SCC Case No. 2016/135.

85 *Climate Change Counsel*, Fn. 60, S. 17. Lavranos/Lath/Varma, *The Meltdown of the Energy Charter Treaty (ECT): How the ECT was ruined by the EU and its Member States*, *SchiedsVZ* 2023, 38 (42), weisen darauf hin, dass auch nach der *Green Power*-Entscheidung Schiedsgerichte ihre Zuständigkeit bejaht haben.

86 Italien war bereits im Jahr 2016 vom ECT zurückgetreten.

87 *Climate Change Counsel*, Fn. 60, S. 16, 17.

88 Dazu zählen etwa die Restrukturierung von Unternehmen bzw. Unternehmensteilen mit Verlagerung ins außereuropäische Ausland oder die Wahl eines Schiedsgerichtes außerhalb der EU. Schiedssprüche sind in der Regel direkt vollstreckbar. Ihnen kommt in allen Vertragsstaaten des New Yorker Übereinkommens über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche aus dem Jahr 1958 eine Titelfunktion zu, siehe *Krajewski*, Fn. 19, Rn. 92.

89 Für einen Überblick siehe *Tropper/Wagner*, Fn. 67; *Fisher*, *The Modernized Energy Charter Treaty: The New Text*, *Kluwer Arbitration Blog*, 15.12.2022, S. 2. Grundlage der Verhandlungen ist ein Beschluss der Energiecharta-Konferenz: <http://dev.energychartertreaty.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/2017/CCDEC201723.pdf>.

Investitionsschutzregime allgemein diskutiert wird. Andererseits geht es auch darum, Rechtssicherheit zu Fragen herzustellen, die von Schiedsgerichten unterschiedlich beurteilt wurden, das gerade angesprochene Verhältnis von EU-Recht und Rechtsschutz und dem ECT zu klären⁹⁰ sowie Transparenz in Schiedsverfahren zu erhöhen. Schließlich war es Ziel des Modernisierungsprozesses, Kritik an der Rolle des Energiechartavertrages in der Energiewende aufzugreifen und Vertragsinhalte so umzugestalten, dass sie den Ausstieg aus fossilen Energieerzeugungsstrukturen nicht behindern und Investitionen in erneuerbare Energien weiterhin schützen und somit potenziell anreizen.

Im Juni 2022 nahm die Energiechartakonferenz nach 15 Verhandlungsrunden ein „Agreement in Principle“ des modernisierten Vertragstextes (im Folgenden AIP) an, das im September 2022 veröffentlicht wurde.⁹¹ Der für November 2022 geplante Beschluss der Energiechartakonferenz über den modernisierten Vertragstext konnte mangels ausreichender Mehrheit im Rat der EU und Euratom jedoch nicht herbeigeführt werden und die Entscheidung wurde auf Antrag der EU auf die Energiechartakonferenz im April 2023 vertagt.⁹² Es zeichnet sich ab, dass der Reformprozess mangels Unterstützung der EU scheitert.⁹³

Die EU war von Beginn an ein zentraler Treiber des Modernisierungsprozesses und erarbeitete in zwei Dokumenten konkrete Vorschläge für die Weiterentwicklung des Vertrages, die auch weitgehend Eingang in das Agreement in Principle fanden.⁹⁴ Allerdings kündigten in den letzten Monaten sieben EU-Mitgliedstaaten – in Kenntnis des reformierten Vertragstextes – ihren Rücktritt aus dem ECT an. Neben Deutschland sind das Frankreich, Spanien, die Niederlande, Polen, Luxemburg, Slowenien und Dänemark und damit Staaten, die über 70 % der Bevölkerung der EU repräsentieren.⁹⁵ In Reaktion auf die Vertagung der Vertragsanbahnung veröffentlichte das Europäische Parlament im November 2022 eine Entschließung, in der es nachdrücklich die Kommission aufforderte, „umgehend das Verfahren für einen koordinierten Rücktritt der Union von dem ECT einzuleiten“.⁹⁶ Im Februar 2023 gelangte durch den Leak eines „non-papers“ an die Öffentlichkeit, dass die EU-Kommission eine Kehrtwende vollzieht und einen geschlossenen Austritt aus dem ECT für „unvermeidbar“ hält.⁹⁷ Weiteren Druck erzeugt eine Klage vor dem Europäischen Menschenrechtsgerichtshof (EGMR), die fünf europäische Kläger/-innen im Juni 2022 gegen Österreich und elf weitere EU- und ECT-Mitgliedstaaten, darunter auch Deutschland, einleiteten. Sie argumentieren, dass die ECT-Mitgliedschaft der Beklagten ihre Rechte aus der Europäischen Menschenrechtskonvention verletze.⁹⁸

Politisch ist der Reformprozess des ECT danach aller Voraussicht nach gescheitert. Um die Beweggründe der Bundesregierung und anderer zurücktretender Mitgliedstaaten transparent zu machen und die Argumente der Kritiker der Rücktrittsentscheidungen aufzugreifen, betrachten wir im Folgenden dennoch die Änderungen des modernisierten

Vertragsentwurfs. Ziel ist es, rückblickend zu bewerten, ob ein Verbleib im reformierten Energiechartavertrag der Energiewende zuträglicher gewesen wäre als ein Austritt.⁹⁹ Das AIP enthält einige bedeutsame Neuerungen. In Abschnitt III AIP soll ein eigenständiger Artikel zum Recht auf Regulierung („right to regulate“) eingefügt werden. Klimaschutz und Klimaanpassung werden dort ausdrücklich als legitime Regulierungszwecke genannt. Art. 10 ECT, der das Recht auf faire und billige Behandlung („fair and equitable treatment“) normiert und aufgrund seiner weiten Formulierung von Schiedsgerichten stark unterschiedlich interpretiert wurde, wird durch Einfügen eines neuen Art. 10 Abs. 2 AIP deutlich konkretisiert. Der neue Text basiert auf einer Vorlage aus dem Comprehensive Economic Trade Agreement zwischen der EU und Kanada (CETA) und definiert sechs konkrete Fälle, die eine unbillige Behandlung darstellen. Die bisherige Auslegung der Vorschrift hing, unter anderem, stark am Begriffsverständnis von „legitimen Erwartungen“. In einer Fußnote wird nun klargestellt, dass die generelle Erwartung, dass sich ein regulatorischer Rahmen nicht ändert, noch keine solche „legitime Erwartung“ darstellt, deren Nichterfüllung eine Behandlung also auch nicht unbillig machen kann. Auch der Enteignungstatbestand („expropriati-

90 Einen im Dezember 2020 von Belgien eingereichten Antrag auf ein Gutachten zu der Frage, ob der Entwurf des modernisierten Energiechartavertrages hinsichtlich der Regeln zur Streitbeilegung mit den Verträgen der EU vereinbar sei, wies der EuGH im Juni 2022 als unzulässig mit der Begründung ab, dass noch keine hinreichenden Angaben zum Inhalt des modernisierten Vertrages vorliegen; Gutachten 1/20, EuGH vom 16.6.2022.

91 Agreement in Principle on the Modernisation of the Energy Charter Treaty: https://www.bilaterals.org/IMG/pdf/reformed_ect_text.pdf. EC, Agreement in principle reached on Modernised Energy Charter Treaty, 24. Juni 2022, abrufbar unter: https://policy.trade.ec.europa.eu/news/agreement-principle-reached-modernised-energy-charter-treaty-2022-06-24_en.

92 EU-Parlament, Entschließung des Europäischen Parlaments vom 24. November 2022 zu dem Ergebnis der Modernisierung des Vertrags über die Energiecharta, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0421_DE.html.

93 Euractiv, LEAK: Exit from Energy Charter Treaty ‘unavoidable’, EU Commission says, Pressemitteilung vom 8./9.2.2023; Europäische Kommission, Fn. 3.

94 Tropper/Wagner, Fn. 67.

95 Wie Deutschland haben Frankreich und Polen ihren Rücktritt ebenfalls bereits gegenüber dem ECT notifiziert. Er wird für beide Länder im Dezember 2023 wirksam. Die anderen Mitgliedstaaten haben den Rücktritt bisher nur angekündigt. Siehe jeweils <https://www.energychartertreaty.org/details/article/written-notifications-of-withdrawal-from-the-energy-charter-treaty/>.

96 EU-Parlament, Fn. 92.

97 Euractiv, Fn. 93; IISD News, ECT withdrawals and EU discussions on inter se agreement, 3.4.2023, <https://www.iisd.org/itn/en/2023/04/02/ect-withdrawals-and-eu-discussions-on-inter-se-agreement/>.

98 Soubeste and Others v. Austria and 11 Other States, <http://climatecasechart.com/non-us-case/soubeste-and-others-v-austria-and-11-other-states/>.

99 Für einen Verbleib im reformierten Energiechartavertrag aus Gründen des Klimaschutzes und der Energiewende argumentierten Tietje, Fn. 5; Germelmann, Fn. 4; Tropper/Wagner, Fn. 4.

on“) in Art. 10 Abs. 4 ECT wurde maßgeblich überarbeitet. Der neue Wortlaut besagt ausdrücklich, dass außer in seltenen Fällen, in denen die Folgen staatlicher Maßnahmen als „manifestly excessive“ einzuordnen sind, Maßnahmen des Gaststaates zugunsten des Klimaschutzes keine indirekten Enteignungen darstellen. Ein weiterer positiver Schritt ist die Löschung des Verschlechterungsverbots in Art. 16 AIP. Darüber hinaus wurden Klimaschutz und Energiewende als legitime Regulierungszwecke ausdrücklich in der Präambel, in Art. 19 AIP (Sustainable Development) sowie in einem auf Art. 19 folgenden, neuen, umfassenden Artikel zu „Climate Change and Clean Energy Transition“ verankert, in dem explizit auf die Dringlichkeit sowie die Beiträge von Handel und Investitionen zum Klimaschutz hingewiesen wird. Eine weitere erfreuliche Entwicklung ist, dass in Art. 26 Abs. 6 AIP nunmehr festgelegt ist, dass für alle ISDS-Verfahren die UNCITRAL-Regeln über Transparenz in Investor-Staat-Schiedsverfahren gelten. Die oben beschriebene EuGH-Rechtsprechung setzt das AIP in einem neuen Art. 24 Abs. 3 um, der besagt, dass Investor-Staat-Streitverfahren im intra-EU-Verhältnis ausgeschlossen sind.

Die zentrale Schwäche des Agreements in Principle ist, dass Investitionen in fossile Energieträger auch weiterhin und – je nach Wunsch des Vertragsstaates – auf unbegrenzte Zeit unter dem ECT geschützt sind.¹⁰⁰ Anstelle eines klaren, sofortigen oder zeitnahen Endes für den Schutz von Investitionen in fossile Energieträger, einigten sich die Vertragsstaaten auf einen sogenannten Flexibilitätsmechanismus. Dieser überlässt es den Vertragsparteien in Annex NI Investitionen aufzuführen, die nicht den Regeln des Abschnitts III des Vertrages zu Investitionsförderung und -schutz unterliegen.¹⁰¹ Nur die EU und Großbritannien und in sehr geringem Umfang die Schweiz machten von dieser Regelungsmöglichkeit im AIP Gebrauch. Für die EU und Großbritannien fallen neue Investitionen in fossile Energieinfrastrukturen ab August 2023 nicht mehr unter Abschnitt III des ECT (Annex NI, section B AIP). Bereits getätigte Investitionen in fossile Energieerzeugung und Atom-

kraft sind für die EU und Großbritannien¹⁰² für zehn Jahre ab dem Inkrafttreten des reformierten ECT oder bis Ende 2040 geschützt, je nachdem welche Frist früher erreicht ist (Annex NI, section C1 Nr. 1 AIP).

3. Zwischenfazit – kein intra-EU-Investitionsschutz und unzureichende Modernisierung

Angesichts der Entwicklungen in der EuGH-Rechtsprechung und der Modernisierung des ECT ergibt sich folgendes Bild: Die EuGH-Rechtsprechung zum intra-EU-Investitionsschutz begrenzt sowohl die potenziell hemmende als auch die potenziell fördernde Rolle des ECT in der Energiewende erheblich. Intra-EU-ISDS ist nach der Rechtsprechung nicht mehr zulässig bzw. wirksam. Selbst wenn die Schiedsgerichte (weiterhin) eine abweichende Spruchpraxis entwickeln, werden Schadensersatzforderungen nach der *Romatsa*-Entscheidung innerhalb der EU nicht mehr vollstreckbar sein. Eine offene Flanke ist insoweit, dass international agierenden Investoren im Wege der rechtlichen Gestaltung die Möglichkeit verbleibt, ihre Investition so „neu zu arrangieren“, dass sie als Investition aus einem Nicht-EU-ECT-Vertragsstaat gilt.¹⁰³ Denkbar ist insofern, dass ursprüngliche intra-EU-Investitionen an extra-EU-Unternehmensgesellschaften oder Partner übertragen werden, um von der EuGH-Rechtsprechung nicht betroffen zu sein und weiterhin den Investitionsschutz des ECT nutzen zu können. Dies gilt gleichermaßen für Investitionen in fossile und erneuerbare Energieinfrastrukturen.

Der modernisierte Vertragstext des ECT verringert die hemmende Wirkung des ECT hinsichtlich des Ausstiegs aus fossiler Energieerzeugung, allerdings nicht in einem hinreichenden Maße. Die dargestellten Änderungen geben Gaststaaten, die von Investoren aufgrund eines Kohle- oder Gasausstiegs verklagt werden, eine Reihe von Argumenten an die Hand, die Ausstiegsregulierung als weder unbillig noch indirekt enteignend zu rechtfertigen.¹⁰⁴ Die praktischen Konsequenzen hängen jedoch maßgeblich von der sich auf dieser neuen Grundlage entwickelnden Spruchpraxis der Schiedsgerichte ab.¹⁰⁵ Dass sich die Vertragsstaaten nicht auf ein zeitnahes Ende des Schutzes von Investitionen in fossile Energieinfrastrukturen einigen konnten, sondern stattdessen der Flexibilitätsmechanismus im Gegenteil einen zeitlich unbegrenzten Schutz weiterhin ermöglicht, ist „climate madness“¹⁰⁶. Selbst der nunmehr für die EU und Großbritannien auf zehn Jahre bzw. bis 2040 begrenzte Schutz von bereits getätigten Investitionen in fossile Energieprojekte ist unvereinbar mit der im letzten Assessment Report des IPCC erneut unterstrichenen Dringlichkeit der Dekarbonisierung, den Zielen des europäischen Green Deal sowie der Roadmap „Net Zero by 2050“ der Internationalen Energieagentur, wonach bereits ab 2035 fossile Energieträger in Industriestaaten nahezu nicht mehr vorkommen dürfen.¹⁰⁷

100 Siehe auch *Fisher*, Fn. 89; *Climate Action Network Europe*, 8 Reasons Why the Energy Charter Treaty Reform Process Is Doomed to Failure, CAN Europe Blog, 9.12.2021, <https://caneurope.org/8-reasons-ect-reform-is-doomed-to-failure/>; *Tropper/Wagner*, Fn. 67.

101 Neuer erster Artikel in Abschnitt III AIP i.V.m. Annex NI AIP.

102 In Großbritannien ist die kohlebasierte Energieerzeugung nur bis Oktober 2024 geschützt.

103 Vgl. den entsprechenden Hinweis zur weiteren Möglichkeit des „treaty shopping“ vom ECT zu BITs *Klimke/Bertling*, Klagewelle im Sonnenuntergang? Welche Lehren sich aus *Rockhopper vs. Italy* ziehen lassen Verfassungsblog, 14.11.2022, DOI:10.17176.20221114-215714-0.

104 *Fisher*, Fn. 89, S. 3.

105 *Fisher*, Fn. 89.

106 *Fisher*, Fn. 89, S. 2.

107 *International Energy Agency*, Net Zero by 2050 – A Roadmap for the Global Energy Sector, Mai 2021, abrufbar unter <https://www.iea.org/reports/net-zero-by-2050>.

Hinsichtlich des Schutzes von Investitionen in erneuerbare Energien ergibt sich wiederum ein gemischtes Bild. Die Neufassung erleichtert es Gaststaaten, etwa ihr Förderrecht für erneuerbare Energien in gewissen Maßen anzupassen. Wie oben bereits argumentiert, kann dies einerseits Staaten motivieren, ambitionierte Fördersysteme einzurichten, da diese ohne Schadensersatzpflicht in Maßen geändert werden können. Andererseits können Investoren jenseits konkreter, expliziter Zusagen so weniger auf den Fortbestand von Fördertatbeständen vertrauen. Insofern ist jedoch festzuhalten, dass zumindest innerhalb der EU bereits Art. 6 der Erneuerbare-Energien Richtlinie (RED II) eine unangemessene Änderung von Fördertatbeständen verhindert.

Als Zwischenfazit lässt sich also festhalten, dass der ECT mit Blick auf intra-EU-Investitionen zukünftig in der Praxis keine oder zumindest eine deutlich geringere Rolle spielen dürfte und der reformierte Vertragstext so gravierende Schwächen aufweist, dass ein Wechsel in das neue Regime aus guten Gründen abgelehnt werden kann.¹⁰⁸

V. Folgen des Rücktritts aus dem Energiechartavertrag

Vor dem Hintergrund der vorstehend dargestellten Hemmnisse, die für staatliche Maßnahmen zur Beschleunigung der Energiewende insbesondere in Bezug auf den Ausstieg aus den fossilen Energieträgern selbst unter einem modernisierten Energiechartavertrag verblieben, hat sich die Bundesregierung im November 2022 für einen Rücktritt vom Energiechartavertrag entschieden.¹⁰⁹ Wie oben bereits kurz erwähnt, ist Deutschland mit dieser Entscheidung nicht allein. Unter anderem haben Frankreich, die Niederlande, Spanien und Polen ebenfalls einen Rücktritt angekündigt. Italien war bereits im Jahr 2016 ausgetreten. Die EU schwenkt ebenfalls auf eine Rücktrittsstrategie um. Im Folgenden soll der Fokus auf die Frage gerichtet werden, welche Konsequenzen ein Rücktritt vom Energiechartavertrag hat.

1. Fortgeltungsklausel oder „ECT is like Hotel California“

Der Rücktritt einer Vertragspartei von einer völkerrechtlichen Vereinbarung erfolgt nach Art. 54 der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK) „nach Maßgabe der Vertragsbestimmungen oder (...) durch Einvernehmen zwischen allen Vertragsparteien“. Nach den Bestimmungen des Energiechartavertrages ist die Möglichkeit eines Rücktritts für eine Vertragspartei nach Ablauf von fünf Jahren gegeben, nachdem der Vertrag für diese in Kraft getreten ist (Art. 47 Abs. 1 ECT). Nach Art. 47 Abs. 2 ECT wird der Rücktritt ein Jahr nach Eingang der Notifikation oder zu einem in der

Notifikation genannten späteren Zeitpunkt wirksam. Neue Investitionen, also solche, die nach dem Wirksamwerden des Rücktritts getätigt werden, sind gemäß Art. 47 Abs. 2 ECT nicht mehr durch den Energiechartavertrag geschützt.¹¹⁰

Für bereits getätigte Investitionen gilt jedoch: „ECT is like Hotel California - you can check out any time you like, but you can never leave“.¹¹¹ Denn nach der Fortgeltungsklausel (sunset clause) des Art. 47 Abs. 3 ECT gilt der Investitionsschutz des Vertrages für bereits getätigte Investitionen – sowohl im Territorium der zurücktretenden Vertragspartei als auch durch deren Investoren auf dem Gebiet anderer Vertragsparteien – von dem Tag, an dem der Rücktritt wirksam wird, noch 20 Jahre lang weiter. Die Fortgeltungsklausel sichert damit langfristig die Amortisation, aber auch die Weiternutzung – unter Umständen sogar bereits vollständig abgeschriebener – Investitionen auf Kosten der Regulierungshoheit der Vertragsstaaten des Energiechartavertrages ab.

Im Kontext der Energiewende hat die Fortgeltungsklausel zur Folge, dass bereits getätigte, sowohl fossile als auch erneuerbare Investitionen noch für 21 Jahre ab Eingang der Notifikation des Rücktritts weiter geschützt sind.¹¹² Obwohl die Bundesrepublik Deutschland ihren Rücktritt schon im Dezember 2022 notifiziert hat, sind Investitionen in fossile Energieprojekte ausländischer Investoren in Deutschland bzw. deutscher Investoren im ECT-Ausland (z.B. Erdgaskraftwerke) noch bis zum Jahr 2043 durch den (nicht modernisierten) Energiechartavertrag geschützt. Veränderungen der rechtlichen Rahmenbedingungen für fossile Energieprojekte (z.B. Vorgaben zum Brennstoffwechsel auf Wasserstoff oder Ausstiegspläne für fossile Gaskraftwerke) stünden daher stets unter dem Damoklesschwert eines Verstoßes gegen den FET-Grundsatz oder das Verbot entschädigungsloser Enteignungen. Es ist offensichtlich, dass dieses Ergebnis in eklatantem Widerspruch zu den Klimaschutzzielen Deutschlands und der EU steht. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob es Wege gibt, die Wirkung der Fortgeltungsklausel zu neutralisie-

108 So im Ergebnis auch *Bernasconi-Osterwalder/Schaugg/Van den Berge*, Fn. 3; *Müller-Hoff/Duarte*, Fn. 4, *Eckes*, Stepping out of the modernized Energy Charter Treaty – the best way forward?, *European Law Blog*, 23.9.2022, <https://europeanlawblog.eu/2022/09/23/stepping-out-of-the-modernized-energy-charter-treaty-the-best-way-forward/>; *Climate Action Network Europe*, Fn. 100; *Krajewski*, comment on *Tropper/Wagner*, Fn. 5.

109 *Bundesregierung*, Weiterentwicklung der Handelsagenda der Ampel, 11.11.2022, www.gruene-bundestag.de/fileadmin/media/gruenebundestag_de/themen_az/freihandel/221111_Fairer_und_freier_Handel.PDF.

110 Vgl. etwa *EU-Kommission*, Fn. 3, S. 5.

111 So treffend *Fisher*, Fn. 89.

112 Entsprechend erging gegen Italien im Jahr 2022 noch ein Schiedsurteil, obwohl Italien bereits im Jahr 2016 aus dem ECT ausgetreten war. Vgl. *Rockhopper vs. Italy*, ICSID Case No. ARB/17/14, besprochen in *Klimke/Bertling*, Fn. 95.

ren. Auf mögliche Ansätze soll im Folgenden eingegangen werden.

2. Außerordentlicher Rücktritt vom Energiechartavertrag

Die erste Möglichkeit zur Neutralisierung der Fortgeltungsklausel bestünde in einem außerordentlichen Rücktritt vom Energiechartavertrag ohne Einhaltung der in Art. 47 ECT vorgesehenen Vertragsbestimmungen unter Verweis auf eine grundlegende, nicht vorhersehbare Änderung der beim Vertragsschluss gegebenen Umstände.¹¹³ Nach Art. 62 Abs. 1 WVK (*clausula rebus sic stantibus*) ist ein derartiger Rücktritt jedoch nur in sehr engen Grenzen möglich.¹¹⁴ Es müsste eine grundlegende Änderung der bei Vertragsschluss gegebenen Umstände vorliegen, die von den Vertragsparteien nicht vorausgesehen wurde (Art. 62 Abs. 1 WVK). Diese Umstände müssten dabei wesentlich für die Zustimmung zum Vertrag gewesen sein (Art. 62 Abs. 1 lit. a) WVK) und die Änderung der Umstände müsste das Ausmaß der noch zu erfüllenden Verpflichtungen tiefgreifend umgestalten (Art. 62 Abs. 1 lit. b) WVK). Mögliche grundlegende Änderungsgründe könnten der stark voranschreitende Klimawandel und die zum Zeitpunkt des Abschlusses des Energiechartavertrages für die Vertragsparteien nicht

vorhersehbare Notwendigkeit der zu dessen Eingrenzung erforderlichen schnellen und tiefen Dekarbonisierung sein. Die Energiecharta wurde im Dezember 1991 unterzeichnet, etwa ein halbes Jahr vor der Klimarahmenkonvention im Juni 1992, der Energiechartavertrag selbst in 1994. Der Klimawandel an sich war bei Vertragsschluss also bereits ein bekanntes Phänomen. Die konkreten Dekarbonisierungspfade mit dem Ziel einer tiefen Dekarbonisierung (*net-zero*) bis 2050, mit denen auch ein Ausstieg aus fossiler Energieerzeugung in Industrienationen bis etwa 2035 einhergeht,¹¹⁵ ergeben sich jedoch erst aus dem 1,5°- bzw. 2°C-Ziel des Übereinkommens von Paris und den darauf folgenden drastischen Rechtsänderungen. Damit lässt sich durchaus argumentieren, dass der so zeitnah und umfassend zu erfolgende Ausstieg aus der fossilen Energieerzeugung im Zeitpunkt des ECT-Vertragsschlusses von den Parteien nicht vorausgesehen wurde, dies auch wesentlich für die Vereinbarungen zum Schutz von Investitionen in fossile Energieinfrastrukturen sowie für die Zustimmung zu einer 20-jährigen Fortgeltungsklausel war und der so lange fortdauernde Schutz von Investitionen in fossile Energieinfrastrukturen mit einem Ausstieg aus fossiler Energieerzeugung in Industriestaaten bis 2035 unvereinbar ist.

In einer Pressemitteilung Anfang November 2022 wies das Sekretariat der Energiecharta zur Frage der einseitigen Kündbarkeit auf die Interpretation des IGH in *Gabčíkovo-Nagymaros* zur Vorhersehbarkeit hin.¹¹⁶ Der IGH hielt für den dort relevanten Sachverhalt fest, dass von Ungarn angeführte neue Entwicklungen in Umweltwissen und Umweltrecht nicht als völlig unvorhersehbar eingestuft werden können.¹¹⁷ Der mit Blick auf den ECT zugrunde zu liegende Sachverhalt ist ein gänzlich anderer. Es scheint durchaus gut vertretbar zu argumentieren, dass es hier nicht um die inkrementelle Weiterentwicklung von Umweltwissen und -recht in Bezug auf ein Staudamm- und Wasserkraftprojekt geht, sondern um eine tiefe gesamtgesellschaftliche Dekarbonisierung bis 2050, die in dieser Form 1994, 21 Jahre vor dem Abschluss des Übereinkommens von Paris, nicht vorhersehbar war.¹¹⁸ Allerdings bleibt festzuhalten, dass die Anforderungen, die Art. 62 Abs. 1 WVK an einen außerordentlichen Rücktritt stellt, sehr hoch sind und damit gerechnet werden muss, dass ein solcher Rücktritt vor einem Schiedsgericht keinen Bestand haben könnte.¹¹⁹

3. Inter se-Modifikation des Energiechartavertrages

Eine weitere Möglichkeit zur „Neutralisierung“ der Fortgeltungsklausel könnte darin bestehen, die Klausel im Wege einer Vereinbarung zwischen ECT-Vertragsstaaten abzubeenden oder abzuschwächen.¹²⁰ Der Rat der Europäischen Union diskutiert derzeit, wie ein solches sogenanntes inter se-Abkommen zwischen der EU, EURATOM und den Mitgliedstaaten der EU auf Grundlage von Art. 41 WVK kon-

113 Tietje, Fn. 3, S. 5; Bernasconi-Osterwalder/Schaugg/Van den Berghe, Fn. 3.

114 IGH, *Gabčíkovo-Nagymaros*, Urteil vom 25.9.1997, 1.C.J. Reports 1997, p. 7, Rn. 104.

115 *International Energy Agency*, Fn. 107.

116 Sekretariat des Energiechartavertrages, *Sunset Clause (Article 47 of the ECT) in relation to Article 62 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT)*, Pressemitteilung vom 3.11.2022, <https://www.energycharter.org/media/news/article/sunset-clause-article-47-of-the-ect-in-relation-to-article-62-of-the-vienna-convention-on-the-law/>.

117 IGH, Fn. 114, „new developments in the state of environmental knowledge and of environmental law can be said to have been completely unforeseen.“

118 Ali, *VCLT's Article 62: A valid basis for withdrawing from the ECT*, *Investment Treaty News*, IISD, 26.12.2022, <https://www.iisd.org/itn/en/2022/12/26/vclts-article-62-a-valid-basis-for-withdrawing-from-the-ect-raza-ali/>.

119 Tietje, Fn. 5, S. 5 verweist auf die Pressemitteilung des ECT-Sekretariats (Fn. 116) und scheint daraus zu schlussfolgern, dass die Anforderungen von Art. 62 Abs. 1 WVK im Fall des ECT nicht erfüllt sind. So auch *Klabbers*, *A Moral Holiday: Withdrawal from the Energy Charter Treaty*, *ESIL Reflections*, 15.12.2022, <https://esil-sedi.eu/wp-content/uploads/2022/12/ESIL-Reflection-Klabbers-VOL.11.6.pdf>. Ali, Fn. 118, kommt – etwas anders begründet als hier – zu dem Ergebnis, dass die Voraussetzungen von Art. 62 Abs. 1 WVK erfüllt sein dürften. Während es wahrscheinlich ist, dass Schiedsgerichte einen außerordentlichen Rücktritt nicht akzeptieren würden, könnte ein Vollstreckungsgericht oder ein nach § 1032 ZPO angerufenes Gericht anderer Ansicht sein.

120 Mit Verweis auf BITs, in denen Vertragsstaaten bereits so vorgegangen sind, Bernasconi-Osterwalder/Schaugg/Van den Berghe, Fn. 5; siehe auch *Gatzsche*, *Aufhebungen und Abänderungen von Investitionsschutzabkommen*, Eine Untersuchung zur Reichweite von *Survival Clauses* in BITs, *Nomos*, 2019. Bei multilateralen Abkommen wie dem ECT stellt sich die Rechtslage jedoch schwieriger dar.

kret ausgestaltet werden könnte. Ein erster Entwurf wurde bereits im Oktober 2022 veröffentlicht.¹²¹

Nach Art. 41 WVK können zwei oder mehrere Vertragsparteien eines multilateralen Vertrages unter bestimmten Voraussetzungen eine Übereinkunft schließen, um den Vertrag im Verhältnis zueinander zu modifizieren.¹²² Die erste Voraussetzung für eine solche sogenannte inter se-Modifikation ist, dass sie im Vertrag selbst nicht verboten ist. Der ECT sieht weder die Möglichkeit einer Modifikation explizit vor noch verbietet er sie ausdrücklich.¹²³ Allerdings wird in der Literatur diskutiert, ob nicht das Schlechterstellungsverbot aus Art. 16 ECT einem Modifikationsverbot gleichkommt.¹²⁴

Kommt man zu dem Ergebnis, dass Art. 16 ECT einer Modifikation nicht entgegensteht,¹²⁵ müssten gemäß Art. 41 Abs. 1 lit. b) WVK zudem zwei weitere Voraussetzungen erfüllt sein: Zum einen dürfen die „anderen Vertragsparteien in dem Genuss ihrer Rechte auf Grund des Vertrages oder in der Erfüllung ihrer Pflichten nicht beeinträchtigt [sein]“; zum anderen darf sich die Modifikation „nicht auf eine Bestimmung bezieh[en], von der abzuweichen mit der vollen Verwirklichung von Ziel und Zweck des gesamten Vertrages unvereinbar ist“. In Zusammenhang mit Veränderungen des EU-Rechts und der Argumentation, dass diese als inter se-Modifikationen des ECT gültig seien, haben bereits mehrere Schiedsgerichte in Verfahren unter dem ECT angemerkt, dass es sehr zweifelhaft sei, dass solche inter se-Modifikationen mit der zweitgenannten Voraussetzung, der „vollen Verwirklichung von Ziel und Zweck“, vereinbar seien.¹²⁶ Andererseits lässt sich argumentieren, dass die sunset-Klausel nicht Gegenstand der Teile des ECT ist, die Investitionsschutz und Investor-Staat-Klagen regeln und sich Art. 16 ECT damit nicht direkt auf sie bezieht.¹²⁷ Darüber hinaus wird vertreten, dass eine inter se-Modifikation letztlich nur gebündelt bilaterale Verpflichtungen modifiziert und damit zulässig sein sollte.¹²⁸

Neben einer intra-EU inter se-Modifikation bedarf es möglichst zahlreicher extra-EU inter se-Modifikationen, um die Wirkung der sunset-Klausel weiter einzuschränken.¹²⁹ Insbesondere Vereinbarungen mit der UK und der Schweiz wären hier wichtig, damit die intra-EU-Vereinbarungen nicht zu leicht umgangen werden können.¹³⁰ Bisher hat jedoch noch kein nicht-EU-Vertragsstaat des ECT signalisiert, dass er für eine solche Vereinbarung offen wäre.¹³¹

4. Zwischenfazit – Totgeglaubte leben länger

Trotz des Rücktritts Deutschlands oder gegebenenfalls zukünftig auch der EU, EURATOMs und anderer Mitgliedstaaten, wird der Schutz des ECT für bereits getätigte Investitionen in fossile, nukleare und erneuerbare Energieinfrastrukturen und damit auch Investor-Staat-Streitbeilegung in diesen Kontexten voraussichtlich noch 20 Jahre weiterbestehen. Dies ist weder mit den Zielen des Übereinkom-

mens von Paris noch des Green Deals oder des deutschen Klimaschutzgesetzes vereinbar,¹³² aber völkerrechtlich schwer zu ändern. Ein außerordentlicher Rücktritt vom ECT unter Ausschluss der Fortgeltungsklausel des Art. 47 ECT aufgrund einer grundlegenden Änderung der Vertragsumstände gemäß Art. 62 Abs. 1 WVK wäre rechtlich nicht völlig ausgeschlossen, aber doch deutlich risikobehaftet. Eine inter se-Vereinbarung zwischen EU, EURATOM und den Mitgliedstaaten des ECT ist politisch möglich und rechtlich gut vertretbar. Sie würde die EU-Rechtsprechung zur Nichtanwendbarkeit des gesamten ECT in intra-EU-Verhältnissen völkerrechtlich absichern. Darüber hinaus läge ein großer Mehrwert für die Energiewende in der Vereinbarung von inter se-Modifikationen zur Abbedingung der sunset-Klausel mit möglichst vielen extra-EU-Vertragsstaaten. Solche Modifikationen sind zwar voraussichtlich rechtlich möglich, aber politisch bisher nicht absehbar.

5. Exkurs: Verbleib im ECT und spätere Kündigung

Es stellt sich also die Frage, ob es nicht im Sinne der Energiewende strategisch besser gewesen wäre, zunächst in den

121 *EU-Kommission*, Communication on an agreement between the Member States, the European Union, and the European Atomic Energy Community on the interpretation of the Energy Charter Treaty, COM(2022), 523 final, 5.10.2022, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52022DC0523&qid=1676380323160&from=EN>.

122 Umfassend zur Beendigung und Änderung von Investitionsschutzabkommen insbesondere mit Blick auf sunset Klauseln, *Gatzsche*, Aufhebung und Abänderung von Investitionsschutzabkommen, Nomos, 2019.

123 *Bernasconi-Osterwalder/Schaugg/Van den Berghe*, Fn. 5; *Huremagić/Tropper*, Mission Impossible? Implementing Komstroy and Modifying the Energy Charter Treaty, *Völkerrechtsblog*, 17.11.2021, <https://voelkerrechtsblog.org/de/mission-impossible/>.

124 Art. 16 ECT regelt die Beziehung des ECT zu anderen Übereinkünften und besagt, dass zeitlich vor- oder nachgelagerte andere Übereinkünfte nicht so ausgelegt werden dürfen, dass sie den Investor oder die Investition schlechter stellen als der ECT. Die Loslösung von der sunset-Klausel wäre eine solche Schlechterstellung. Siehe *Tietje*, Fn. 5, S. 5 m.w.N.; *Bernasconi-Osterwalder/Schaugg/Van den Berghe*, Fn. 5.

125 So etwa *Bernasconi-Osterwalder/Schaugg/Van den Berghe*, Fn. 5, S. 4.

126 *BayWa r.e. v. Spain*, 2019; *Huremagić/Tropper*, Fn. 123, m.w.N.

127 So etwa *Huremagić/Tropper*, Fn. 123.

128 *Bernasconi-Osterwalder/Schaugg/Van den Berghe*, Fn. 5, S. 4, 5. *Eckes*, Fn. 103, hält die inter se Modifikation ebenfalls für möglich.

129 *EU-Kommission*, Fn. 3, S. 5; *EU-Parlament*, Fn. 92.

130 Beispielsweise verlegte Shell im letzten Jahr – aus anderen Gründen – seinen Firmensitz von den Niederlanden in die UK, siehe etwa *Tropper/Wagner*, Fn. 5, comments. Damit geht einher, dass sämtliche Investitionen des Shell Konzerns, die unter den ECT fallen, auch nach einem Rücktritt Deutschlands oder der EU unter der sunset-Klausel für 20 Jahre geschützt sind, es sei denn, mit der UK kann ebenfalls eine inter se-Modifikation zur Nichtanwendbarkeit des ECT bzw. der sunset-Klausel vereinbart werden.

131 *EU-Kommission*, Fn. 3, S. 5.

132 *EU-Kommission*, Fn. 3.

modernisierten ECT zu wechseln und erst dann vom Vertrag zurückzutreten.¹³³ Rechtlich wäre ein solcher Wechsel grundsätzlich möglich gewesen. Politisch ist er derzeit mangels hinreichender Zustimmung im Rat für den modifizierten ECT wohl keine Option.¹³⁴

Ein Wechsel in den modernisierten ECT hätte vor dem Hintergrund der schwierigen Rücktrittsbedingungen drei Vorteile gehabt:

Der modernisierte ECT enthält zwar auch eine sunset-Klausel von 20 Jahren, allerdings verkürzt sich der materielle Schutz von bereits getätigten Investitionen auf zehn Jahre für die Staaten, die insoweit von dem Flexibilitätsmechanismus Gebrauch gemacht haben. Bisher sind das neben der EU allerdings nur das Vereinigte Königreich – mit einem Ende des Schutzes von Investitionen in kohlebasierte Energieerzeugung in 2024 – sowie in geringem Umfang die Schweiz. Zu beachten ist insofern jedoch, dass nach der oben dargestellten EuGH-Rechtsprechung intra-EU-Investitionen ohnehin bereits jetzt nicht mehr geschützt sind. Außerdem beginnen die zehn Jahre erst dann zu laufen, wenn der modernisierte ECT in Kraft ist, was wiederum einige Jahre dauern kann und die Differenz der „gewonnenen Jahre“ deutlich schrumpfen ließe.¹³⁵ Dieser erstgenannte Vorteil ist also sowohl räumlich als auch zeitlich stark begrenzt.

Ein zweiter Vorteil wäre gewesen, dass Art. 16 ECT nach dem Agreement in Principle im modernisierten ECT nicht mehr vorgesehen ist und also einer inter se-Modifikation gemäß Art. 41 ECT nicht mehr im Weg stünde. Da insofern jedoch bereits heute gute Gründe dafürsprechen, dass Art. 16 ECT eine Modifikation nicht verhindert, hätte darin letztlich kein Mehrwert gelegen.

Der wahrscheinlich relevanteste Vorteil eines Wechsels in den modernisierten ECT vor Kündigung hätte darin gelegen, dass die im Vertrag verbleibenden Vertragsstaaten, die etwa wegen Kohle- oder Gasausstiegsgesetzgebung verklagt werden, eine deutlich bessere materielle Rechtsposition haben, um ihre Regulierung zu verteidigen.

Ein Wechsel in den modernisierten Energiechartavertrag wäre jedoch auch mit einigen Nachteilen einhergegangen. Zunächst hätte sich der Ausstieg aus dem ECT weiter verzögert. Ein Rücktritt wäre erst fünf Jahre nach Inkrafttreten des reformierten ECT möglich gewesen (Art. 47 Abs. 1 AIP) und bereits das Inkrafttreten hätte einige Jahre gedauert. Die 20-jährige Fortgeltungsklausel hätte erst nach diesem späteren Rücktritt zu laufen begonnen. Sowohl neue als auch bereits getätigte Investitionen in fossile Energieversorgung wären also deutlich länger geschützt gewesen. Hinzu

kommt, dass Deutschland und die EU den Zeitpunkt des Inkrafttretens des modernisierten ECT nicht in der Hand gehabt hätten. Er hätte davon abgehangen, wie schnell oder langsam die übrigen Vertragsstaaten den modernisierten Vertrag ratifizieren. Jenseits dieser strategischen rechtlichen Überlegungen wäre es politisch jedenfalls für Deutschland nicht leicht vermittelbar gewesen, dass man nach Ankündigung des Rücktritts auf eine andere Strategie umschwenkt. Aus Sicht der EU erschien es diplomatisch gegenüber den anderen Vertragsstaaten des ECT schwierig, eine Vertragsmodernisierung erst mühsam zu verhandeln, um dann auszutreten. Dennoch zeichnet sich ein solches Szenario nun – aus guten Gründen – ab.¹³⁶

Aus den aufgezeigten, sicher nicht abschließenden Vor- und Nachteilen der Option „erst Wechsel, dann Ausstieg“ lässt sich unserer Ansicht nach aus der Perspektive der Energiewende nicht ohne Weiteres schließen, dass die Variante „erst Wechsel, dann Ausstieg“ der Option „Ausstieg jetzt“ vorzuziehen ist. Insbesondere falls es gelingen sollte, durch inter se-Modifikationen mit relevanten extra-EU-Vertragsstaaten die Geltungsdauer der sunset-Klausel zu reduzieren oder diese ganz abzubedingen, überwiegen unserer Ansicht nach die Argumente für einen möglichst zeitnahen Rücktritt vom nicht modernisierten Energiechartavertrag deutlich.¹³⁷

VI. Fazit und Ausblick

Anknüpfend an Beiträge aus politischen und juristischen Diskursen, die den Rücktritt Deutschlands und anderer EU-Mitgliedstaaten aus dem Energiechartavertrag als der Energiewende entweder zu- oder abträglich einordneten, beleuchtet der Artikel verschiedene Aspekte der Rücktrittsentscheidungen vor dem Hintergrund von Klimaschutz und Energiewende. Als Fazit ist zunächst festzuhalten, dass die Beurteilung vielschichtig und komplex ist und dies letztlich auch die unterschiedlichen Einordnungen erklärt. Wir kommen auf Grundlage der in den Zwischenfazits für die verschiedenen Aspekte genannten Vor- und Nachteile zu dem Ergebnis, dass der Ausstieg zum jetzigen Zeitpunkt den Interessen der Energiewende und des Klimaschutzes stärker dient, als die Optionen eines Wechsels in einen modernisierten Energiechartavertrag mit anschließendem Verbleib oder Rücktritt. In seiner bestehenden Form erweist sich der ECT als Hemmschuh für den Ausstieg aus den fossilen Energieträgern Kohle und Gas. Für den Ausbau der erneuerbaren Energieerzeugung ist der ECT nicht nur förderlich und – zumindest für grenzüberschreitende Investitionen innerhalb der EU – letztlich nicht notwendig.

Trotz des Rücktritts Deutschlands und anderer EU-Mitgliedstaaten wird der Schutz des ECT für bereits getätigte Investitionen in fossile, nukleare und erneuerbare Energieinfrastrukturen und damit auch Investor-Staat-Streitbeilegung in diesen Kontexten für Deutschland bis Ende 2043

133 Für einen Wechsel ohne anschließende Kündigung: *Tietje*, Fn. 5; *Ger-melmann*, Fn. 5.

134 *EU-Kommission*, Fn. 3.

135 Siehe auch *Eckes*, Fn. 108.

136 *EU-Kommission*, Fn. 3.

137 Im Ergebnis so auch *Eckes*, Fn. 108.

weiterbestehen. Anders wäre dies nur, wenn es Deutschland und den anderen zurückgetretenen Vertragsparteien gelänge, die Fortgeltungsklausel des ECT durch eine Vereinbarung zur inter se-Modifikation mit den übrigen EU-Mitgliedstaaten, vor allem aber auch mit möglichst vielen Nicht-EU-Vertragsstaaten des ECT zu „neutralisieren“.

Die tatsächliche Gefahr, die von Investorenklagen nach dem ECT für staatliche Maßnahmen zur Energiewende und zum Klimaschutz künftig ausgehen wird, lässt sich heute noch nicht abschließend beurteilen. Zwar ist das Risiko von Investorenklagen, insbesondere auch die Vollstreckbarkeit von Schiedsgerichtsurteilen, zumindest für Inner-EU-Investitionen aufgrund der Rechtsprechung des EuGH mittlerweile deutlich reduziert – jedoch bei entsprechender Wahl des Schiedsgerichts nicht völlig ausgeschlossen. Entspannung sollte sich aufgrund dieses Umstandes bei den EU-Vertragsstaaten des ECT und auch bei Deutschland nicht einstellen: Es verbleibt das reale Risiko von Investorenklagen in Fällen, in denen der Investor aus einem Nicht-EU-Staat stammt. Diese Gefahr ist vor allem deshalb nicht zu unterschätzen, da auch Investoren aus EU-Mitgliedstaaten die Möglichkeit haben, durch gesellschaftsrechtliche Umstrukturierungen, wie etwa die Gründung von Tochtergesellschaften in ECT-Vertragsstaaten außerhalb der EU, die Zuständigkeit von Schiedsgerichten herbeizuführen („Heimatstaaten-Shopping“).¹³⁸

Mit Blick auf die Zukunft ist es zudem wichtig, die Möglichkeit des „treaty shopping“ nicht aus den Augen zu verlieren. So bestehen neben dem ECT zahlreiche bilaterale Investitionsschutzabkommen, die Investor-Staat-Klagen im Kontext der Energiewende mit konventionellen FET- und Enteignungsklauseln ermöglichen. Insofern kann der Ausstieg aus den ECT nur ein erster Schritt sein, dem weitere – konkret grundlegende Modifikationen oder ebenfalls Rücktritte in Bezug auf BITs – folgen müssen. Soweit Entscheidungstragende neben der Ausstiegsoption¹³⁹ Reformen des Investitionsschutzregimes in Betracht ziehen, sollten auch Ansätze in den Blick genommen werden, die grundlegende Modernisierungen vorsehen als das Agreement in Principle zum neuen Energiechartavertrag.¹⁴⁰ Im Ergebnis wird der ECT Wissenschaft und Praxis im Bereich der Energiewende auch nach dem Rücktritt Deutschlands, anderer Vertragsparteien und der EU wohl noch geraume Zeit beschäftigen.

138 In der anwaltlichen Beratung wird dies auch offen so kommuniziert. Vgl. etwa die Meldung der Kanzlei GleissLutz vom 20.4.2023: „Neben diesen prozessualen Überlegungen könnte auch eine Restrukturierung getätigter Investitionen erwogen werden. Möglich wäre etwa die Gründung einer Tochtergesellschaft in einem Drittstaat, d.h. einen Nicht-EU-Mitgliedstaat wie beispielsweise im Vereinigten Königreich, um hierüber ein später eventuell angestregtes Schiedsverfahren zu führen. Dies hätte zur Folge, dass prima facie kein intra-EU-Sachverhalt vorläge, so dass die Rechtsprechung des EuGH jedenfalls im Ansatz nicht einschlägig wäre. Bei diesen Restrukturierungsmaßnahmen sollten aber natürlich auch gesellschafts- und steuerrechtliche Aspekte im Blick behalten werden.“ Vgl. www.gleisslutz.com/de/aktuelles/know-how/Update_zum_Energiechartavertrag.html.

139 Für den Ausstieg streiten neben den hier aus Perspektive von Klimaschutz und Energiewende aufbereiteten Argumenten auch Argumente der Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und Dekolonialisierung, Zengerling/Buchmüller, Umweltschutz und Freihandel, in: Koch/Hofmann/Reese, Handbuch Umweltrecht, 2023, im Erscheinen.

140 Siehe etwa Vorschläge Volume 36, Issue 1 (p. 1–6), Journal of International Arbitration, Feb 2019, insbesondere <https://www.iisd.org/itn/en/2020/06/20/the-treaty-on-sustainable-investment-for-climate-change-mitigation-and-adaptation-a-model-to-steer-international-law-toward-renewable-energy-investments-and-the-low-carbon-transition-sofia-murard/>; in diese Richtung auch Tropper/Wagner, Fn. 67.