

ZNER

26/4
2022

Zeitschrift für Neues Energierecht

Aus dem Inhalt:

Katharina Bader, LL.M (Auckland)/Dr. Lena-Sophie Deißler/Dr. Daniel Weinke LL.M. (London)

Öffentliches Interesse und öffentliche Sicherheit beim Ausbau der Erneuerbaren Energien

Prof. Dr. Dr. Felix Ekardt/Paula Roos/Marie Bärenwaldt

Energiecharta-Vertrag, Paris-Abkommen und die Menschenrechte

**Dr. Bettina Hennig/Prof. Dr. Dr. Felix Ekardt/Veronika Widmann/
Johann Rückbrodt/Theresa Rath/Cäcilia Gätsch**

Das Osterpaket und andere Neuerungen im deutschen und europäischen Energierecht – ein Update

Steffen Benz/Dr. Nils Wegner

Das Wind-an-Land-Gesetz – neue Grundlagen für die Flächenbereitstellung für die Windenergie

David Alamdari

Bericht zur XXV. Jahrestagung des Instituts für Berg- und Energierecht an der Ruhr-Universität Bochum am 4. April 2022

BGH

Stromentnahme ohne Liefervertrag und Grund- oder Ersatzversorgungs-verhältnis

BGH

BGH trifft erste Entscheidung in Klageserie gegen Berliner Fernwärme-versorgungsunternehmen

BGH

Netzreservekapazität II

OVG Lüneburg

Nachträgliche naturschutzrechtliche Betriebseinschränkungen für Windenergieanlagen (Fledermäuse)

VGH Mannheim

WEA: Verpflichtung oder Bescheidung?

VG Schleswig

Störung eines Wetterradars (Boostedt) durch Windenergieanlagen

Wissenschaftlicher Beirat

Prof. Dr. Gabriele Britz

Heinz-Peter Dicks

Prof. Dr. Martin Eifert

Peter Franke

Anne-Christin Frister

Dr. Stephan Gatz

Prof. em. Dr. Reinhard Hendler

Prof. Dr. Georg Hermes

Dr. Volker Hoppenbrock

Prof. Dr. Lorenz Jarass

Prof. Dr. Claudia Kemfert

Prof. Dr. Wolfgang Kirchhoff

Prof. Dr. H.-J. Koch

Prof. Dr. Silke R. Laskowski

Prof. Dr. Uwe Leprich

Prof. Dr. Kurt Markert

Prof. Dr. Bernhard Nagel

Dr. Volker Oschmann

Prof. Dr. Alexander Roßnagel

Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. F. J. Säcker

Prof. Dr. Sabine Schlacke

Prof. Dr. Hans-Peter Schwintowski

Prof. Dr. Joachim Wieland

Redaktion

RA Dr. Peter Becker (Schriftleiter)

RA Dr. Martin Altmann

RA Dr. Hartwig von Bredow

Prof. Dr. Dr. Felix Ekardt, LL.M., M.A.

RA Dr. Wieland Lehnert

RAin Dr. Heidrun Schalle

Dr. Nina Scheer, MdB

RA Franz-Josef Tigges

ZNER · Jahrgang 26 · Nr. 4

August 2022 · S. 337 – 432

ISSN: 1434-3339

zeugung Erneuerbarer Energien grundsätzlich an – dies jedoch nicht stets mit dem nun vom Gesetzgeber statuierten vorrangigen Gewicht. Inwieweit die Einführung nun eine Trendwende in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung nach sich zieht, bleibt abzuwarten.

Begrüßenswert ist die Einführung jedenfalls vor allem deshalb, da das eindeutige Bekenntnis des Bundesgesetzgebers Rechtssicherheit für Genehmigungsbehörden bedeutet: Die bislang im Rahmen der Verwaltungspraxis stets aufs Neue vorzunehmenden Schutzgüterabwägungen bekommen nun vom Bundesgesetzgeber eindeutige eine „Schlagseite“ zugunsten der Erneuerbaren Energien. Fehlte der Verwaltungspraxis bislang

gelegentlich der „Mut“, im Interesse der Erneuerbaren Energien zu argumentieren, bedeutet die Einführung des § 2 EEG nunmehr Rückenwind für die Genehmigungsbehörden. Der „Umweg“ über Art. 20a GG und dessen lediglich von der Rechtsprechung ausgeformten Wortlaut bleibt nunmehr aus und die Entscheidungsträger können unmittelbar auf den klaren Wortlaut des § 2 EEG Bezug nehmen.

Zusammenfassend ist nicht zu erwarten, dass § 2 EEG nunmehr sämtliche Konflikte im Spannungsverhältnis diverser unterschiedlicher Belange lösen mag. Die Positionierung des Gesetzgebers bedeutet jedoch jedenfalls einen willkommenen Schritt hin zu Rechtsklarheit beim Ausbau Erneuerbarer Energien.

Prof. Dr. Dr. Felix Ekardt/Paula Roos/Marie Bärenwaldt*

Energiecharta-Vertrag, Paris-Abkommen und die Menschenrechte

Der vorliegende Text analysiert die vielfach beklagten negativen klimapolitischen Auswirkungen des Energiecharta-Vertrags und seiner Entschädigungsansprüche für fossile Unternehmen. Es wird gezeigt, dass sich bei systematischer Auslegung des Vertrags solche Ansprüche außer bei direkten Enteignungen meist gar nicht ergeben. Dies wird zusätzlich durch eine systematische Auslegung anhand des Paris-Abkommens und anhand der völkerrechtlichen Menschenrechte unterstrichen. Die Schiedsgerichte müssten also Klagen in aller Regel abweisen – und tun sie dies nicht, könnten EU-Mitgliedstaaten gegen solche Entscheidungen der Schiedsgerichte ggf. vor dem EuGH vorgehen. Selbst wenn man all dies bestreiten würde, gibt es ferner erhebliche Möglichkeiten für die Vertragsstaaten, Entschädigungsansprüche nachträglich auszuschließen. Unabhängig von alledem spricht einiges dafür, den Vertrag umfassend zu reformieren.

1. Problemstellung

Der Energiecharta-Vertrag (Energy Charter Treaty, ECT) wurde 1994 von primär westlichen und postsowjetischen Staaten im Zuge der ökonomischen und justiziellen Transformation Osteuropas geschlossen, um Investitionen im Energiesektor anzuregen und abzusichern. Dies sollte durch Entschädigungsansprüche und gleiche Wettbewerbsbedingungen für alle Energieunternehmen geschehen, ohne sich auf die teils noch im Aufbau befindlichen nationalen Gerichtsbarkeiten zu verlassen.¹ Der ECT etabliert deshalb im Fall von Streitigkeiten international durch von beiden Seiten gemeinsam benannte Schiedsgerichte, um die Rechtssicherheit für Investitionen zu steigern. Im Rahmen des ECT werden alle getätigten Investitionen und Energieformen ungeachtet ihrer Natur oder Konsequenzen der Betreibung der jeweiligen Energieformen langfristig geschützt.²

* Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. 431.

- Hobér, Journal of International Dispute Settlement 2010, 153 ff.; Kreindler, in: Genzow (Hg.), Zwischen Vertragsfreiheit und Verbraucherschutz, Festschrift für Friedrich Graf von Westphalen zum 70. Geburtstag, Köln 2010, (433); Belyi, ISP 2014, 313 ff.
- Bernasconi-Osterwalder/Brauch, TDM 2019, 1; Jaś-Nowopolska, ICJ 2018, 77 ff.; Energy Charter Conference, Energy Charter Treaty – Energy Charter, abrufbar unter <https://www.energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/> (abgerufen am 28.06.2021); Europäisches Parlament, The Energy Charter Treaty (with Incorporated Trade Amendment) and Related Documents, abrufbar unter https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/d

Kritiker mahnen, dass der Klimaschutz durch die Anwendung des ECT wegen drohender Entschädigungsansprüche verschoben wird oder zumindest unattraktiver (weil teurer) wird, obwohl klarer Handlungsbedarf besteht.³ Der jüngste Bericht des Weltklimarates (Intergovernmental Panel on Climate Change, IPCC) warnt vor einer noch früheren Bedrohung durch die Erderwärmung als bisher angenommen.⁴ Der vorliegende Beitrag möchte indes zeigen, dass der Entschädigungsanspruch nach dem ECT weniger weit reicht als vermutet. Dabei geht es vorliegend um klimapolitische Effekte des ECT, nicht um die durch den ECT ebenfalls aufgeworfene Frage, welche Ebene der Staatlichkeit welche Zuständigkeiten und welche demokratischen Gestaltungsspielräume haben müsse.⁵ Es ist durch

documents/itre/dv/energy_charter/_energy_charter_en.pdf (abgerufen 13.04.2022); Selivanova, Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law) 2012, 394 ff.; Chalker/Hölscher, Osteuropa 2004, 55 ff.

- Bernasconi-Osterwalder/Brauch, TDM 2019, 1; Tienhaara, TEL 2018, 229 ff.; Tienhaara/Downie, Global Governance: A Review of Multilateralism and International Organizations 2018, 451 ff.; Escher/Sliskovic, RIW 2016, 190 ff.; Gotev, Nord Stream 2 seeks arbitration in dispute with EU Commission, EURACTIV.com v. 26.09.2019, abrufbar unter <https://www.euractiv.com/section/energy/news/nord-stream-2-seeks-arbitration-in-dispute-with-eu-commission/> (abgerufen am 28.03.2022); ebenso Götze, Klimakrise: Die Irrlehre von der teuren Ökonomie, abrufbar unter <https://www.msn.com/de-de/finanzen/top-stories/klimakrise-die-irrlere-von-der-teuren-%C3%B6konomie/ar-AA04B4j?ocid=msedgntp> (abgerufen am 28.03.2022); Schmidt, Cornelia Maarfield: Climate Action Network (CAN) Europe: „Der Energiecharta-Vertrag ist ein mächtiges Instrument für Investoren“ – Investigate Europe, Beitrag v. 23.02.2021, abrufbar unter <https://www.investigate-europe.eu/de/2021/cornelia-maarfield-of-climate-action-network/> (abgerufen am 29.03.2022); PowerShift, Offener Brief zum Energiecharta-Vertrag (Energy Charter Treaty), abrufbar unter <https://power-shift.de/offener-brief-zum-energiecharta-vertrag-energy-charter-treaty/> (abgerufen am 28.03.2022).
- IPCC, Climate Change 2021: The Physical Science Basis: Contribution of Working Group I to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, Cambridge 2021, 5 ff.; Hausfather, Analysis: How much 'carbon budget' is left to limit global warming to 1.5°C? Carbon Brief v. 09.04.2018, abrufbar unter <https://www.carbonbrief.org/analysis-how-much-carbon-budget-is-left-to-limit-global-warming-to-1-5c> (abgerufen am 26.07.2021); Burke/Fishel 2020, Earth System Governance 2020, 100046.
- Eberhardt/Olivet/Steinfurt, One Treaty to Rule Them All: The ever-expanding Energy Charter Treaty and the power it gives corporations to halt the energy transition, Brussels/Amsterdam 2018, 95 ff.; Ekardt, Sustainability: Transformation, Governance, Ethics, Law, Dordrecht 2019; Garske/Schmid, in: Ekardt/Unnerstall/Garske (Hg.), Globalisierung, Freihandel, und Umweltschutz in Zeiten von TTIP: Ökonomische, rechtliche und politische Perspektiven, Marburg 2016.

Auslegung zu klären, wie weit der Investitionsschutzanspruch aus dem ECT gemäß dem Abkommen überhaupt reicht – und welche rechtsinterpretativen Auswirkungen insbesondere auch das Paris-Abkommen (PA) und die völkerrechtlichen Menschenrechte insoweit haben.

2. Investitionsschutz und Schiedsgerichtsbarkeit nach der ECT: Grundlagen

Derzeit sind 56 Staaten und Organisationen⁶ Mitglied des ECT.⁷ Der Anwendungsbereich des ECT und somit dessen Schutzbereich bezieht sich auf Investitionen innerhalb des Energiesektors. Gemäß Art. 1 Abs. 6 ECT stellen Investitionen jede Art von Vermögenswerten dar, welche einem Investor mittelbar oder unmittelbar gehören oder von diesem kontrolliert werden. Dies umfasst die in Art. 1 Abs. 6 lit. a bis f ECT aufgelisteten Werte, unter anderem geistiges Eigentum, Erträge, materielle, immaterielle, bewegliche und unbewegliche Vermögensgegenstände und weitere. Es werden jegliche Investitionen zur Energiegewinnung ungeachtet ihrer Auswirkungen auf das Klima geschützt.⁸ Art. 1 Abs. 7 ECT definiert einen Investor als natürliche Person, welche die Staatsangehörigkeit oder -bürgerschaft einer Vertragspartei besitzt oder dort den ständigen Aufenthalt hat. Außerdem kann ein Investor gemäß Art. 1 Abs. 7 ECT eine Gesellschaft oder Organisation sein, die nach dem innerstaatlichen Recht einer der Vertragsparteien gegründet wurde.

Von besonderer Bedeutung ist Art. 10 ECT. Darin werden verschiedene Grundsätze zu Förderung, Schutz und Behandlung von Investitionen festgelegt. Art. 10 Abs. 1 S. 2 ECT beschreibt den Grundsatz des Fair and Equitable Treatments. Dieser bezeichnet eine Verpflichtung der Vertragsparteien, die faire und gerechte Behandlung zwischen Investitionen zu gewährleisten und schließt diskriminierende Handlungen gegen Investitionen von Investoren anderer Vertragsparteien des ECT aus.⁹ In dem Absatz wird weiter ausgeführt, dass keine Vertragspartei in Investitionen und deren Verwaltung, Aufrechterhaltung, Verwendung, Nutzung oder Veräußerung eingreifen und diese behindern darf (Art. 10 Abs. 1 S. 3 ECT). Außerdem werden Investitionen auf Dauer Schutz und Sicherheit gewährt (most constant protection and security, Art. 10 Abs. 1 S. 3 ECT). Behinderungen der Investitionen durch unangemessene oder diskriminierende Maßnahmen sind verboten (prohibition of unreasonable or discriminatory measures, Art. 10 Abs. 1 S. 3 ECT). Nach Art. 10 Abs. 3 ECT wird eine Ungleichbehandlung zwischen inländischen Investitionen, Investitionen anderer Vertragsparteien oder von Drittstaaten ausgeschlossen. Diese Normen bilden eine Grundlage für den Schutz von Investitionen

und dem sich daraus ergebenden Investitionsschutzanspruch unter dem ECT.¹⁰ Ebenso werden die Grundsätze des GATT (General Agreement on Tariffs and Trade, 1947) bekräftigt, besonders in Art. 10 Abs. 7 ECT.¹¹ Das Meistbegünstigungsprinzip – ein Grundsatz der Welthandelsorganisation (WTO) aus Art. 1 GATT – besagt, dass alle Vorteile und Begünstigungen, die eine Vertragspartei einer anderen gewährt, allen anderen Parteien ebenso und bedingungslos gewährt werden müssen.¹² Gegenüber Drittstaaten sowie dort ansässigen Unternehmen dürfen all jene Rechte dagegen verweigert werden (Art. 17 ECT).

In Art. 24 ECT wird festgelegt, dass der ECT eine Vertragspartei nicht an der Umsetzung verschiedener Maßnahmen hindern soll. So haben Staaten und Organisationen die Möglichkeit, solche Rechte, welche sich aus dem ECT ergeben, einzuschränken.¹³ Dies ist möglich, wenn die Maßnahmen notwendige Handlungen zum Schutz des Lebens und der Gesundheit von Menschen, Tieren und Pflanzen darstellen (Art. 24 Abs. 2 lit. b UAbs. i ECT). Benannt werden außerdem Maßnahmen, die für den Erwerb oder die Verteilung von Primärenergieträgern und Energieerzeugnissen bei knapper Versorgung wesentlich sind und auf welche die Vertragspartei keinen Einfluss hat (Art. 24 Abs. 2 lit. b UAbs. ii ECT). Zusätzlich können Investoren, welche einer sozial oder wirtschaftlich benachteiligten Einzelperson oder Gruppe angehören, nach Art. 24 Abs. 2 lit. b UAbs. iii ECT in angemessenem Maße begünstigt werden, wenn dies keine erhebliche Auswirkung auf die Wirtschaft hat und keine grundsätzliche Diskriminierung stattfindet. Diese Norm verdeutlicht weiter, dass Maßnahmen keine Beschränkung der Wirtschaftstätigkeit im Energiesektor oder willkürliche und ungerechtfertigte Diskriminierung darstellen dürfen.

Ausgenommen von den Bestimmungen des Art. 24 ECT sind allerdings Art. 12 ECT, Art. 13 ECT und Art. 29 ECT, also gerade die vorliegend interessierende Entschädigungs- und Enteignungsregelung mitsamt ihrer prozessualen Regelungen. Dadurch bewirkt Art. 24 ECT eine gewisse „Versteinerung“ des ECT, was dazu führt, dass die Möglichkeit von Auflagen im Energiesektor eingeschränkt und somit der technische Fortschritt gehemmt wird.¹⁴ Art. 12 ECT sieht zunächst einmal eine Entschädigung für Verluste von Investoren einen Schadensersatzanspruch vor, wenn die Verluste aufgrund von Krieg, bewaffneten Auseinandersetzungen, nationalem Notstand, Unruhen oder ähnlichen Ereignissen eintreten. Ein Investor kann demzufolge von dem Gastland verlangen, dass es seine Verluste ausgleicht, und die Rückgabe, Entschädigung oder sonstige Milderung sollte dieselbe sein, die diese Vertragspartei jedem anderen Investor gewährt, sei es dem eigenen Investor, dem Investor einer anderen Vertragspartei oder dem Investor eines Drittstaates.¹⁵ Dieser Artikel greift nach seinem Wortlaut nur dann, wenn Art. 13 ECT keine Anwendung findet. Zudem gelten hier für die Frage der Entschädigung die Regeln von Inländergleichbehandlung und Meistbegünstigung¹⁶ – es muss also kein weitergehender Schutz gewährleistet werden als gegenüber inländischen Unternehmen.

Keine derartige Einschränkung macht die eigentliche Klausel zum Schutz vor Enteignungen in Art. 13 ECT, die sowohl auf direkte Enteignungen und Verstaatlichungen als auch auf

6 Afghanistan, Albanien, Armenien, Australien*, Österreich, Aserbaidschan, Belarus*, Belgien, Bosnien und Herzegowina, Bulgarien, Kroatien, Zypern, Tschechische Republik, Dänemark, Estland, Europäische Union und Euratom, Finnland, Frankreich, Georgien, Deutschland, Griechenland, Ungarn, Island, Irland, Japan, Jordanien, Kasachstan, Kirgisistan, Lettland, Liechtenstein, Litauen, Luxemburg, Malta, Moldawien, Mongolei, Montenegro, Niederlande, Nordmazedonien, Norwegen*, Polen, Portugal, Rumänien, Russische Föderation*, Slowakei, Slowenien, Spanien, Schweden, Schweiz, Tadschikistan, Türkei, Turkmenistan, Ukraine, Vereinigtes Königreich, Usbekistan, Jemen (* hat den ECT-Vertrag nicht ratifiziert, wendet ihn aber vorläufig an; * hat den ECT-Vertrag nicht ratifiziert).

7 International Energy Charter, Contracting Parties and Signatories, abrufbar unter <https://www.energychartertreaty.org/treaty/contracting-parties-and-signatories/> (abgerufen am 28.06.2021).

8 Blandfort, Investitionsschutz im Mehrebenensystem: Eine rechtsvergleichende Untersuchung des Investitionsschutzes im Energiesektor durch den Energy Charter Treaty, das Grundgesetz, die EMRK und das Unionsrecht, Band 33, Baden-Baden 2020, 120 ff.

9 Ausführungen zum Grundsatz des FET macht auch Hoffmann, Divergenz und Transformation: Verfassungstheoretische Untersuchung des Eigentumsschutzes in der demokratischen Eigentumsverfassung und im Investitionsschutzregime, Band 21, Baden-Baden 2019; kritische Anmerkungen bei Kuzhatov, Energy Policy 2022, 112769.

10 Detailliert zu Art. 10 ECT als umbrella clause Schreuer, TDM 2007, 5; Karimov, Baku State University Law Review 2018, 80 ff.; Reinhardt, KJ 2014, 86 ff.; Blandfort, Investitionsschutz im Mehrebenensystem, 120 ff.

11 Axelrod, Energy Policy 1996, 497 ff.

12 WTO, Legal texts: The General Agreement on Tariffs and Trade (GATT 1947), abrufbar unter https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_01_e.htm (abgerufen am 19.07.2021).

13 Gundel, AVR 2004, 157 ff.

14 Gundel, AVR 2004, 157 ff.

15 Zhang, Journal of World Energy Law and Business 2015, 542 ff.

16 Gundel, AVR 2004, 157 ff.; Chalker/Hölscher, Osteuropa 2004, 55 ff.

Maßnahmen, die dem gleich kommen, Anwendung findet.¹⁷ Gemäß Art. 13 Abs. 1 ECT sind Enteignungen nur aus Gründen des öffentlichen Interesses, in nicht diskriminierender Art und Weise, nach den rechtsstaatlichen Grundsätzen und unter Gewährung einer Entschädigung zulässig. Art. 13 Abs. 1 S. 2 ECT legt weiterhin fest, dass die Höhe der Entschädigung dem angemessenen Marktwert der enteigneten Investition zum Zeitpunkt vor Bekanntwerden des Eingriffs entsprechen muss. Art. 13 ECT greift aber auch allgemein bei der Beeinträchtigung von Gewinnerwartungen, etwa wenn eine Änderung der Umstände beispielsweise durch Umweltauflagen damit verbunden ist, dass Investitionen nicht wie bisher weitergeführt werden können.¹⁸ In Art. 13 Abs. 1 ECT werden dabei direkte und indirekte Enteignung unterschieden, ohne dass dies an der Rechtsfolge Schadensersatz etwas ändert. Im Gegensatz etwa zur Inhaltsbestimmung des Eigentums im deutschen Art. 14 Abs. 1 GG oder zum deutschen Umgang mit der Berufsfreiheit aus Art. 12 GG ist es auf Grundlage des ECT damit möglich, Staaten im Hinblick auf zukünftige entgangene Gewinne in Anspruch zu nehmen.¹⁹

Prozedural können Investoren ihren Schadensersatzanspruch in einem schiedsgerichtlichen Verfahren gemäß Art. 26 ECT verfolgen. Dies stellt eine Besonderheit des ECT dar, welcher Streitschlichtungsverfahren vor einem internationalen Schiedsgericht für Investoren attraktiv macht.²⁰ Den Vertragsparteien stehen die Möglichkeiten der Beilegung vor einem nationalen Gericht der betroffenen Vertragspartei, in Einklang mit einem vereinbarten Streitbeilegungsverfahren oder mit den nach Art. 26 Abs. 2 ECT folgenden Absätzen offen. Diese besagen, dass internationale Schiedsgerichte angerufen werden können, um nach Art. 26 Abs. 4 ECT eine Einigung durch verschiedene Verfahrenssysteme zu ermöglichen, aus denen eins gewählt wird. Möglich sind dabei ein Verfahren des Internationalen Zentrums zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten (International Centre for the Settlement of Investment Disputes, ICSID) (Art. 26 Abs. 4 lit. a ECT), die Einberufung eines Ad-Hoc-Schiedsgerichtes gemäß den Regeln des Kommission der Vereinten Nationen für internationales Handelsrecht (United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL) (Art. 26 Abs. 4 lit. b ECT) oder ein Schiedsverfahren unter dem Schiedsgerichtsinstitut der Stockholmer Handelskammer (Art. 26 Abs. 4 lit. c ECT).²¹ Wie üblich und in Art. 26 ECT festgelegt, wird ein Streit nach einem der genannten Streitbeilegungsmechanismen vor einem internationalen, nicht-ständigen Schiedsgericht verhandelt. Für jeden Streitfall wird ein Gericht durch die Streitparteien bestimmt, welches aus drei Schiedsrichtern besteht; eine Berufungsinstanz existiert dabei nicht. Die praktische Konsequenz des Art. 26 ECT besteht weiterhin darin, dass ein Gericht sowohl die Auslegung des ECT als auch die Grundsätze des internationalen Rechts anwenden muss.²²

Trotz der Verpflichtung der Staaten nach Art. 20 ECT Gesetze, Regelungen, Gerichtsentscheidungen und Verwaltungsvorschriften zu veröffentlichen, und somit Transparenz zu schaf-

fen, gilt dies nicht für den Verlauf von Schiedsgerichtsverfahren. Innerhalb der genannten Schiedsverfahren gilt kein Öffentlichkeits- und Transparenzgrundsatz; nicht einmal das Sekretariat der ECT muss informiert werden.²³ Eine vollständige Übersicht über die Verfahren ist dadurch weder gegenüber dem Sekretariat noch der Öffentlichkeit gegeben. Auf Basis der substanziellen Schutzstandards des ECT ist es Investoren möglich, Vertragsparteien zu verklagen.²⁴ Umgekehrt ist ein rechtliches Vorgehen gegen Investoren oder zugunsten von Umweltbelangen nicht vorgesehen. Wie oben beschrieben, umfassen diese unter anderem die Unterlassung unangemessener oder diskriminierender Maßnahmen (Art. 10 Abs. 1 S. 3 ECT), faire sowie gerechte Behandlung (Art. 10 Abs. 1 S. 2 ECT) und das Meistbegünstigungsprinzip (Art. 1 GATT, Art. 10 Abs. 7 ECT). Diese und weitere Standards müssen von den Vertragsparteien sichergestellt werden. Wenn ein Schiedsgericht zu dem Ergebnis kommt, einer Klage stattzugeben, kann dem Investor eine Entschädigung zugesprochen werden. Mit alledem wird zwar nicht funktionsfähigen oder korrupten nationalen Gerichtsbarkeiten vorgebeugt, im Falle einer funktionierenden nationalen Rechtspflege jedoch eine Doppeljustiz geschaffen.²⁵ Die Unabhängigkeit der internationalen von der nationalen beziehungsweise europäischen Streitinstanz ermöglicht es Investoren, eine Vertragspartei auf zwei Rechtsebenen zu verklagen, wobei es für das Erlangen einer Entschädigung bereits genügt, in einem der zwei Fälle Recht zu bekommen. Dabei ist es auch nicht vorgegeben, den nationalen Rechtsweg vor einer Klageeinreichung vor einem internationalen Schiedsgericht auszu-schöpfen,²⁶ so dass zeitgleich zwei Verfahren betrieben werden können. All dies stellt zugleich eine Benachteiligung inländischer Unternehmen dar, die keine ECT-Klagemöglichkeit haben²⁷ – neben den genannten Friktionen in puncto Rechtsstaatlichkeit und Umweltschutz.²⁸ Dysfunktional ist ferner der erwartbare Effekt, dass die Schiedsrichter ein finanzielles Interesse am Fortbestand und an der Fortsetzung der Streitschlichtungsmechanismen haben. Es kann unterstellt werden, dass dadurch eine weite Auslegung des ECT durch die Richter gewährt wird, um so die zukünftige Anwendung möglichst offen zu halten und einen Zugang zu kommenden Streitschlichtungsverfahren zu gewährleisten.

3. Einschränkende Interpretation des Investitionsschutzes durch Argumente aus dem ECT selbst

Freilich muss konstatiert werden, dass der ECT direkte und indirekte Enteignungen – letztere werden als Maßnahmen gleicher Wirkung bezeichnet – nicht im Text definiert. Die Frage ist von zentraler Bedeutung, denn explizite Enteignungen im Sinne einer Aneignung von Eigentumsgegenständen stellen energie- und klimapolitische Maßnahmen nur höchst selten dar. Wenn, dann sind klimapolitische Maßnahmen allenfalls indirekte Enteignungen. Die Feststellung, ob eine indirekte Enteignung vorliegt, hängt also in der Rechtspraxis stark von der Ansicht des Schiedsgerichts in einem bestimm-

17 Krajewski, *Juridikum* 2013, 348 ff.

18 Siehe dazu auch Bergby, in: Tietje/Kraft/Sethe (Hg.), *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht*, Heft 23, Halle 2003, 8 ff.

19 Eberhardt/Olivet/Steinfurt, *One Treaty to Rule Them All*, 6, 13 ff.

20 Dazu auch Lang, *Die Autonomie des Unionsrechts und die Zukunft der Investor-Staat-Streitbeilegung in Europa nach Achmea (The Autonomy of EU Law and the Future of Investor-State Dispute Settlement in Europe after Achmea)*, SSRN 2018, 29 ff.; Hoffmann, *Divergenz und Transformation*.

21 Näher ausgeführt bei Tietje, in: Tietje/Kraft (Hg.), *Arbeitspapiere aus dem Institut für Wirtschaftsrecht*, Heft 10, Halle 2003, 14 ff.

22 Alvarez, *ICSID Review* 2018, 560 ff.; zur Vereinbarkeit von ECT und EU-Recht äußert sich Rösch, *Intraeuropäisches Investitionsrecht: Die Zulässigkeit von Schiedsverfahren und deren Harmonisierung mit dem Unionsrecht*, Band 40, Baden-Baden 2017, 177 ff.

23 Maier, *Handbuch der Schiedsgerichtsbarkeit: Ein Handbuch der deutschen und internationalen Schiedsgerichtspraxis*, Herne 1998; Verburg, *JWIT* 2019, 425 ff.

24 Baumgart/Blanco, *KSzW* 2016, 179 ff.

25 Klodt/Klein/Bungenberg/Felbermayr/Schick, *Wirtschaftsdienst* 2014, 459 ff.

26 Garske/Schmid, in: Ekardt/Unnerstall/Garske (Hg.); siehe zur Diskrepanz der Entschädigungen unter dem ECT und nach dem GG auch Hoffmann, in: *Verfassungsblog, On Matters Constitutional*, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/uber-richten-und-schlichten/> (abgerufen am 13.04.2022).

27 Klodt, *TTIP: Chance Handel – Risiko Investorenschutz*, Kiel 2015, 2 f.

28 Hitzig, *Investitions-Schiedsgerichte (ISDS) und Menschenrechte – humanrights.ch*, abrufbar unter <https://www.humanrights.ch/de/ipf/arc/hiv/international/nachrichten/investitions-schiedsgerichte-menschenrechte> (abgerufen am 02.08.2021); Fouquet/Voß, *IWRZ* 2016, 114 ff.

ten Fall ab.²⁹ Neuere Investitionsverträge definieren die indirekte Enteignung sorgfältig, listen Faktoren auf, die berücksichtigt werden sollten, um festzustellen, ob eine indirekte Enteignung stattgefunden hat, und stellen klar, dass nichtdiskriminierende Maßnahmen, die zum Schutz legitimer Ziele etwa des Umweltschutzes konzipiert und angewandt werden, keine indirekte Enteignung bzw. keine Maßnahme gleicher Wirkung darstellen.³⁰ Da der ECT eine solche Konkretisierung jedoch nicht vornimmt, ist fraglich, wie weit oder eng die Grenze des Schutzes vor Enteignungen zu ziehen ist. *Dies schafft einerseits eine gefährliche Rechtsunsicherheit, die zu Lasten klimapolitischer Aktivitäten zu gehen droht. Andererseits kann so auch durch Interpretation aufgezeigt werden, dass der Anspruch ggf. viel weniger weit geht als oft angenommen. Klarheit könnte sich durch eine systematische Auslegung im Zusammenhang mit anderen Bestimmungen des ECT ergeben* (dem wird nachstehend nachgegangen, bevor in den zwei Folgekapiteln eine systematische Auslegung anhand anderer Rechtsnormen außerhalb des ECT unternommen wird).

Festzustellen ist zunächst: In Art. 19 ECT wird explizit angestrebt, schädliche Umweltauswirkungen, welche durch Vorgänge innerhalb des Energiesektors auftreten, durch Maßnahmen auf ein Mindestmaß zu beschränken (Art. 19 Abs. 1 S. 1 ECT). Diese Maßnahmen sollen in einem „economically efficient manner“ (Art. 19 Abs. 1 S. 1 ECT) ausgeführt werden und so wirtschaftliche Erwartungen der Investoren nicht beeinflussen.³¹ Auch Art. 24 Abs. 2 UAbs. 1 ECT besagt, dass es Vertragsparteien durch den ECT grundsätzlich nicht verwehrt wird, notwendige Maßnahmen zum Schutz des Lebens und der Gesundheit von Menschen, Tieren und Pflanzen zu treffen. Allerdings sind davon gemäß Art. 24 Abs. 1 ECT gerade Art. 12 und 13 ECT ausgenommen, welche als Grundlage für Investitionsschutzklagen dienen.

Das ändert jedoch nichts daran, dass klärungsbedürftig ist, was im Sinne des Art. 13 ECT eine „Maßnahme gleicher Wirkung“ ist. Dazu kann schon generell angeführt werden, dass fast alle energie- und klimapolitischen Maßnahmen nicht so schwerwiegend wie eine Enteignung wirken. Bereits dies spricht dagegen, für klimapolitische Regulierungen in weitem Umfang Entschädigungen nach dem ECT zuzusprechen. Ferner betont Art. 18 ECT die nationale Souveränität der Vertragsstaaten über die Energievorkommen. Dies bedeutet in der Konsequenz, dass jedem Staat die freie Entscheidung darüber obliegt, ob er die Erschließung der Energievorkommen selbst, mittels staatlicher Unternehmen oder in anderer Form vornimmt.³² Folglich beschränkt diese Bestimmung die Absicherung der Investoren vor Enteignungen und engt somit den Investitionsschutzanspruch ein, der ja nicht einseitig die Interessen der Investoren im Blick hat.³³ Internationale Investitionsabkommen streben keine Unterbindung legitimer staatlicher Regulierung an, sondern zielen auf die Gleichbehandlung inländischer und ausländischer Investitionen ab.³⁴ Auch der bereits erwähnte Art. 10 ECT, der generell die Gleichbehandlung mit inländischen Unternehmen adressiert, wird meist eng ausgelegt.³⁵

Für ein enges Verständnis der „Maßnahmen gleicher Wirkung“ spricht ferner, dass der ECT, wie etwa Art. 19 Abs. 1 ECT betont, auf einen ökonomisch effizienten und kostengünstigen Umweltschutz abzielt. Im Kontext öffentlicher Entscheidungen meint dies jedoch nicht, dass Unternehmen eine optimale Gewinnspanne eröffnet werden muss; vielmehr muss eine volkswirtschaftliche Kosten-Nutzen-Bilanz der ökonomischen Vor- und Nachteile etwa eines klimapolitischen Handelns oder Nichthandelns bilanziert werden. Insoweit ist jedoch seit langem bekannt, dass klimapolitische Untätigkeit volkswirtschaftlich dauerhaft viel teurer ist als ein aktiver Klimaschutz.³⁶ All dies führt in der Konsequenz dazu, dass der sich aus dem ECT ergebende Investitionsschutzanspruch der Investoren sowie der Begriff der indirekten Enteignung enger ausgelegt werden müssten, als es bisher gängige Praxis ist.³⁷

4. Einschränkende Interpretation des Investitionsschutzes im Lichte anderer Völkerrechtsverträge, insbesondere des Paris-Abkommens

Es gibt weitere Argumente, die für eine einschränkende Interpretation des Anspruchs aus Art. 13 ECT sprechen. Das insoweit zu lösende systematische Auslegungsproblem besteht darin, wie der ECT im Rahmen anderer Völkerrechtsnormen interpretiert werden muss und wie sich diese zueinander verhalten. Die in vielen Fällen maßgebliche Norm ist insoweit Art. 31 WVRK (Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge). Mit der Ratifizierung der WVRK haben sich Deutschland sowie andere Staaten den Auslegungsregeln des Völkerrechts unterworfen.³⁸ Gemäß dieser Konvention ist ein völkerrechtlicher Vertrag nach dem Rechtsgrundsatz von Treu und Glauben sowie seiner Bedeutung, seiner Ziele und seinem Zweck nach auszulegen (Art. 31 Abs. 1 WVRK). Des Weiteren ist der Zusammenhang aus Übereinkünften, welche sich auf den Vertrag beziehen, und Urkunden zu beachten (Art. 31 Abs. 2 WVRK). Spätere Übereinkünfte zur Auslegung oder Anwendung des Vertrages (Art. 31 Abs. 3 lit. a WVRK), eine spätere Rechtspraxis, aus der eine Übereinstimmung über die Auslegung hervorgeht (Art. 31 Abs. 3 lit. b WVRK), sowie jeder einschlägige Völkerrechtssatz, der in der Beziehung zwischen den Vertragsparteien anwendbar ist, dienen ebenfalls zur – systematischen – Auslegung von völkerrechtlichen Verträgen. Ferner geht gemäß Art. 30 WVRK von zwei Verträgen zwischen den Parteien über den gleichen Gegenstand der neuere vor (Lex-posterior-Grundsatz).

Für eine systematische Auslegung des ECT in direkter Orientierung an Art. 31 Abs. 3 WVRK müsste es sich bei den Vertragsparteien zunächst um Staaten im Sinne des Art. 2 Abs. 1 WVRK handeln, die gemeinsame Vertragsparteien zweier Verträge sind, also der ECT und eines weiteren Vertrags, etwa des PA. Staaten zeichnen sich durch die kennzeichnenden Faktoren eines Staatsgebietes, Staatsvolkes und einer Staatsgewalt im Sinne der Drei-Elementen-Staatslehre nach Georg Jellinek aus.³⁹ Zudem wurde in Art. 1 lit. d der Montevideo Convention on the Rights and Duties of the States (1933/1934) die Mög-

29 Bernasconi-Osterwalder/Brauch, TDM 2019, 1.

30 Bernasconi-Osterwalder/Brauch, TDM 2019, 1.

31 Zur rechtlichen Schwäche des Art. 19 ECT auch Axelrod, Energy Policy 1996, 497 ff.; Layard, European Environmental Law 1995, 150 ff.

32 Gundel, AVR 2004, 157 ff.

33 Vgl. auch Gundel, AVR 2004, 157 ff.; Alvarez/Potocnik, The battle of the giants: EU law, ECHR and the Energy Charter Treaty; the rematch to protect property rights in Europe, Aberdeen 2020.

34 Deutscher Bundestag, Klagemöglichkeiten von Energiekonzernen im Rahmen internationaler Investitionsschutzverträge, abrufbar unter <https://www.bundestag.de/resource/blob/410888/57e0466c45775d112a92dab263094de9/WD-5-069-09-pdf-data.pdf> (abgerufen am 07.03.2022).

35 Bergby, in: Tietje/Kraft/Sethe (Hg.), 8 ff.; Paasivirta, in: Wälde (Hg.),

The Energy Charter Treaty: An East-West Gateway for Investments and Trade, London 1996, 349 ff.; Wolfgram, Investitionsschiedsgerichtsbarkeit nach dem Vertrag über die Energiecharta, Hamburg 2001, 81 ff.; außerdem Happ, RdE 2002, 39 ff.; Salacuse, in: Wälde (Hg.), The Energy Charter Treaty: An East-West Gateway for Investments and Trade, London 1996, 321 ff.

36 Stern, The Stern Report 2007; Ekardt, Sustainability.

37 In diese Richtung auch Deutscher Bundestag, Klagemöglichkeiten von Energiekonzernen im Rahmen internationaler Investitionsschutzverträge, abrufbar unter <https://www.bundestag.de/resource/blob/410888/57e0466c45775d112a92dab263094de9/WD-5-069-09-pdf-data.pdf> (abgerufen am 07.03.2022).

38 Arnould, Völkerrecht, 3. Aufl., Heidelberg 2016, Rn. 196 ff.

39 Jellinek, Allgemeine Staatslehre, Berlin/Heidelberg 1929.

lichkeit, diplomatische Beziehungen mit anderen Staaten aufzunehmen, als viertes staatsbildendes Merkmal angesehen. Art. 2 Abs. 1 lit. g WVRK verdeutlicht weiterhin, dass Vertragspartei ein Staat ist, der einer vertraglichen Bindung zugestimmt hat und für den der Vertrag in Kraft getreten ist. Gemäß Art. 1 Nr. 2 ECT sind Vertragsparteien im Rahmen des ECT Staaten und Organisationen der regionalen Wirtschaftsintegration (Regional Economic Integration Organisations), die einer Vertragsbindung zugestimmt sowie den Vertrag ratifiziert haben. Eine Organisation der regionalen Wirtschaftsintegration wird dabei als eine von Staaten gebildete Organisation verstanden, welcher der Staat die Zuständigkeit für bestimmte Angelegenheiten übertragen hat. Dies schließt die Befugnis ein, in dieser ihr übertragenen Angelegenheit (für sie) verbindliche Entscheidungen zu treffen (Art. 1 Nr. 3 ECT). Als Beispiel ist die EU zu nennen, welche ebenfalls Vertragspartei des ECT ist. Da im Rahmen des ECT Unternehmen als Rechtsträger anerkannt sind, werden ihnen durch den Vertrag Rechte zugesprochen. Dabei muss zwischen Vertragsparteien und Begünstigten des ECT unterschieden werden. Vertragsparteien, also nach Art. 1 Nr. 2 ECT ein Staat oder eine Organisation der regionalen Wirtschaftsintegration, erhalten durch den ECT Rechte und Pflichten, während Private, wie Unternehmen etc., aus dem Gebiet einer Vertragspartei nur durch Rechte begünstigt werden. Die WVRK hingegen umfasst ausschließlich Staaten als Akteure und Rechtsträger. Der ECT schützt Unternehmen, welche in einem der Mitgliedstaaten ansässig sind und in einem anderen Staat Investitionen tätigen. Ihnen wurden durch den ECT Rechte eingeräumt, welche nicht mit Pflichten einhergehen.

Dies spricht zunächst gegen eine Interpretation des ECT anhand des PA im Rahmen von Investitionsschutzklagen. Käme es zwischen zwei Staaten zu Streitigkeiten über ECT und PA vor einem völkerrechtlichen Gericht, und wäre einer der Staaten dann lediglich Vertragspartei bei einem der zwei Verträge, käme in der Tat eine systematische Auslegung des ECT anhand des PA nicht in Betracht. Doch stellt sich die Lage bei Investitionsschutzklagen anders dar. Dort macht ein Unternehmen lediglich eine abgeleitete Berechtigung aus dem Verhältnis zweier Staaten geltend, die den ECT abgeschlossen haben. Dann liegt es aber nahe, dass das Unternehmen nicht besser gestellt werden kann, als wenn der Herkunftsstaat des Unternehmens selbst Prozesspartei wäre. Erwächst aus der PA eine einschränkende Bedeutung des ECT, muss sich dies deshalb auch ein Unternehmen entgegenhalten lassen, welches auf Basis des ECT eine schiedsgerichtliche Klage erhebt.

Demgemäß soll es nachstehend speziell um die Beziehung des ECT zum PA gehen, welches als globales Klimaschutzabkommen 195 Staaten bindet und möglicherweise in einem Spannungsverhältnis zum ECT steht. Das PA ist zumindest in seiner Zielbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 PA ein völkerrechtlich bindender Standard, wie auch der Beschluss des Bundesverfassungsgerichtes vom 24.03.2021 bestätigt.⁴⁰ Nach Art. 2 Abs. 1 lit. a PA streben die Vertragsparteien an, die globale Erwärmung auf einen Wert deutlich unter 2 Grad Celsius über dem vorindustriellen Niveau zu halten und möglichst auf einen Anstieg von 1,5 Grad zu begrenzen. Da letzteres angestrebt werden muss, läuft dies der Sache nach auf eine verbindliche 1,5-Grad-Grenze hinaus.⁴¹ Die Realisierung dieser Vorgaben erfordert verschiedene Maßnahmen zur Emissionssenkung. Diese umfassen unter anderem Verbrauchssenkung, Effizienzsteigerung sowie den Ausbau erneuerbarer Energien. Um das

Paris-Ziel zu erreichen, ist ein Übergang zu Nullemissionen erforderlich, und zwar vor 2035 oder eher sogar deutlich früher. Denn der IPCC arbeitet mit einigen relativ optimistischen empirischen Annahmen und rechnet sein Budget zudem mit einer nur begrenzten Zielerreichungs-Wahrscheinlichkeit; letzteres ist jedoch unzulässig, wenn die 1,5-Grad-Grenze rechtsverbindlich ist.⁴² Man wird im nächsten Kapitel sehen, dass menschenrechtliche Argumente diese Lesart zusätzlich unterstützen.

An der weitreichenden Verpflichtung aus Art. 2 Abs. 1 PA ändert auch Art. 4 Abs. 1 PA nichts, der lediglich ein Emissionsgleichgewicht in der zweiten Hälfte dieses Jahrhunderts fordert, weil Art. 2 Abs. 1 PA insoweit vorrangig ist.⁴³ Dafür spricht auch, dass Art. 4 Abs. 3 PA insbesondere die Aufgabe hat, den höchstmöglichen Ehrgeiz der Parteien und ihre unterschiedlichen Verantwortlichkeiten aufgrund unterschiedlicher Umstände und Fähigkeiten mit dem Gesamtziel aus Art. 2 Abs. 1 PA in Einklang zu bringen.⁴⁴ An alledem ändert auch der Umstand nichts, dass – in diesem Rahmen (!) – den Vertragsstaaten die Verantwortung für die Ausgestaltung der national festgelegten Beiträge (nationally determined contributions, NDC) übertragen ist.

Die Abkehr von fossilen Brennstoffen als Energiequelle ist für die im PA festgelegten Ziele unumgänglich.⁴⁵ Der Schutz aller bestehenden Investitionen im Energiesektor in den Mitgliedstaaten des ECT kann gemessen daran eine Behinderung der Energiewende darstellen sowie die Ambitionen zum Klimaschutz beeinträchtigen, da auch fossile Energieformen, ungeachtet ihrer klimaschädlichen Natur, umfänglich geschützt werden. Dies spricht dafür, dass das PA mit dem ECT unvereinbar ist, weil dieses den umgehend nötigen fossilen Ausstieg durch eine hohe Kostenlast zu untergraben droht.

Man könnte nun denken, dass dann gemäß Art. 30 WVRK der später angenommene Vertrag automatisch Vorrang hat, nämlich das PA. Wenn man dieser Auffassung folgt, so wäre die Diskussion über das Verhältnis des ECT zum PA überflüssig. Das neuere PA würde die Normen des Vertrages zum Energiesektor ablösen.⁴⁶ Innerstaatlich wäre ein solcher Schluss auf Grundlage des Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG möglich. Demnach erhalten völkerrechtliche Verträge im nationalen Recht den Rang eines einfachen Gesetzes und können durch den Lex-posterior-Grundsatz durch spätere Gesetze verdrängt werden. International wurde dieser Auslegung innerhalb des ECT jedoch vorgebeugt. Art. 16 ECT legt nämlich fest, dass der ECT die Beziehung zu anderen Übereinkünften der gleichen Staaten so auszulegen ist, dass die Verträge nicht als gegensätzlich erscheinen. Auch wenn Art. 16 ECT damit einen einfachen Vorrang des PA nicht unterstützt, spricht die Norm jedoch nicht dagegen, sondern gerade dafür, dass eine Interpretation der „indirekten Enteignung“ gefunden wird, die mit beiden Abkommen vereinbar ist.⁴⁷

42 Näher herausgearbeitet bei Ekardt/Wieding/Zorn, Sustainability 2018, 2812; Wieding/Stubenrauch/Ekardt, Sustainability 2020, 8858.

43 Im Einzelnen dargelegt bei Ekardt/Wieding/Zorn, Sustainability 2018, 2812; dies voraussetzend auch BVerfG, Beschl. v. 24.03.2021 – 1 BvR 2656/18 u. a.

44 Voigt/Ferreira, Climate Law 2016, 58 ff.; Voigt/Ferreira, TEL 2016, 285 ff.; siehe auch Hare/Roming/Schaeffer/Schleussner, Climate Analytics 2016; Tanaka/O'Neill, Nature Climate Change 2018, 319 ff.

45 Wieding/Stubenrauch/Ekardt, Sustainability 2020, 8858; Stubenrauch/Ekardt/Hagemann/Garske, Forest Governance: Overcoming Trade-Offs between Land-Use Pressures, Climate and Biodiversity Protection, Vol. 3, 2022; Van de Graaf, ERS 2017, 182 ff.

46 Bernasconi-Osterwalder/Brauch, TDM 2019, 1.

47 Das wird nicht vollständig deutlich bei Bernasconi-Osterwalder/Brauch, TDM 2019, 1; Eberhardt/Olivet/Steinfurt, One Treaty to Rule Them All, 6, 13 ff.; McGlade/Ekins, Nature 2015, 187 ff.; Marhold, The Nexus between the WTO and the Energy Charter Treaty in Sustainable Global Energy Governance: Analysis and Policy Implications, Geneva 2016, 10.

40 BVerfG, Beschl. v. 24.03.2021 – 1 BvR 2656/18 u. a.; Ekardt/Wieding/Zorn, Sustainability 2018, 2812; Wieding/Stubenrauch/Ekardt, Sustainability 2020, 8858.

41 Ekardt/Heß, ZUR 2021, 579 ff.; Ekardt/Wieding/Zorn, Sustainability 2018, 2812; Nüchel, ZUR 2015, 525 ff.

Dabei muss das Verhältnis zweier Vertragswerke immer von beiden her betrachtet werden.⁴⁸ Denn das PA gibt wie gesehen starke Anhaltspunkte dafür, dass der Schutz von Investitionen eng auszulegen ist. Die Vertragsparteien des PA haben sich dazu verpflichtet, Maßnahmen zu ergreifen, um die globale Erwärmung zu verringern. Art. 2 Abs. 1 PA ist rechtlich verbindlich und fordert von den Vertragsparteien konkrete Handlungen zum Klimaschutz. Dies wird auch nicht dadurch begrenzt, dass konkrete Handlungsmaßnahmen zum Umwelt- und Klimaschutz im ECT noch nicht ausdrücklich festgehalten wurden. Ebenso schreiben Art. 3 und Art. 4 Abs. 3 PA den Vertragsparteien vor, nationale Ziele festzulegen und zu kommunizieren, sie regelmäßig zu überarbeiten und größtmögliche Anstrengungen zu unternehmen, um das Klimaziel zu erreichen. Ferner wurde bereits – auch dies ist ein weiteres systematisches Argument – in der Präambel des ECT die Bedeutung des Rahmenabkommens der Vereinten Nationen über Klimaänderungen (United Nations Framework Convention on Climate Change, UNFCCC) anerkannt, das während der Verhandlungen über den ECT unterzeichnet wurde.⁴⁹ All dies spricht dagegen, dass klimapolitische Vorgaben zur Einhaltung der 1,5-Grad-Grenze als indirekte Enteignung im Rahmen des Art. 13 ECT aufzufassen sind. Der Begriff der indirekten Enteignung muss damit vielmehr auf Fälle beschränkt werden, in denen es zu staatlichen Handlungen kommt, die tatsächlich wie eine Enteignung wirken.

5. ECT, Menschenrechte und *Ius Cogens*

Die Auslegung von Art. 2 Abs. 1 PA zugunsten einer starken Verpflichtung im Hinblick auf die Eindämmung des Klimawandels wird darüber hinaus von den Menschenrechten auf internationaler, EU- und nationaler Ebene gestützt, wie verschiedene Gerichte in den letzten Jahren bestätigt haben – etwa das deutsche BVerfG⁵⁰ sowie Gerichten in Den Haag (Urgenda⁵¹ und Shell⁵²), Irland,⁵³ Frankreich⁵⁴ und Melbourne⁵⁵. Dabei geht es hier und generell im Kern um bestimmte Kernbegriffe und Kernfragen der Menschenrechte. In der Präambel des PA wird ausdrücklich erwähnt, dass die Menschenrechte für den Klimaschutz von enormer Bedeutung sind. Sie begründen die Verpflichtung, elementare Freiheitsvoraussetzungen zu sichern, nämlich Leben, Gesundheit und Lebensunterhalt.⁵⁶

Als Freiheitsrechte implizieren die Menschenrechte in der Tat bereits logisch das Recht auf die elementaren Voraussetzungen der Freiheit. Zu diesen Voraussetzungen gehören ein relativ stabiles Weltklima und Umweltbedingungen, die es den Menschen ermöglichen, ihre Lebensgrundlagen zu erhalten.⁵⁷ Eine sich daraus ergebende menschenrechtliche Verpflichtung zur Bekämpfung des Klimawandels weist zwar erhebliche Abwägungsspielräume auf (z. B. wegen der gegenläufigen Freiheitsrechte von Unternehmen und Verbrauchern). Jedoch endet der politische Entscheidungsspielraum beispielsweise an der Abwägungsgrenze – konventionell in deutscher Terminologie als Ausdruck der Verhältnismäßigkeit i.e.S. –, wo politisches Handeln oder Nichthandeln die freiheitlich-demokratische Ordnung als solche gefährdet.⁵⁸ Genau diesen Effekt könnte ein nicht adäquat angegangener Klimawandel haben.⁵⁹ Aus diesem Grund ist eine ehrgeizige Klimapolitik aus menschenrechtlicher Sicht unabdingbar⁶⁰ und schließt ein, dass der gesellschaftliche Wandel hin zu einer 1,5°C wärmeren Welt nicht Armut und Verwundbarkeit verschärft oder neue Ungleichheiten schafft, sondern einen gerechten Wandel fördert.⁶¹

Dies wird auch durch das Vorsorgeprinzip als auf allen Rechtsebenen wiederkehrendes Prinzip unterstrichen. Vorsorge bedeutet, Maßnahmen im Hinblick auf langfristige, kumulative oder ungewisse Schäden zu ergreifen.⁶² Das Vorsorgeprinzip verbietet nicht gänzlich, eine Maßnahme zu ergreifen, bei der angesichts großer Risiken die Möglichkeit besteht, dass sie einen irreversiblen Schaden verursacht (da Vorsorge auch einschließt, verschiedene Risiken und Chancen abzuwägen und das Leben in der Industriegesellschaft zwangsläufig stets Risiken birgt), tendiert jedoch in diese Richtung. Eine Verfehlung der Temperaturgrenze aus Art. 2 Abs. 1 PA und ein damit einhergehender erheblicher Anstieg der globalen Durchschnittstemperatur würde weltweit zu solchen irreversiblen Schäden führen und muss daher gemildert werden. Auch wenn manche die Geltung des Vorsorgeprinzips im Allgemeinen bestreiten,⁶³ ist das Prinzip im hier interessierenden Bereich auf mehreren Ebenen im nationalen, EU- und internationalen Recht eindeutig kodifiziert, z. B. in Art. 3 Abs. 3 UNFCCC, Art. 191 AEUV und Art. 20a GG. Zudem ist die Vorsorge in den Menschenrechten enthalten.⁶⁴ Die Grundrechte schützen nicht nur vor bestimmten Gefahren in der Gegenwart, sondern auch vor zu-

48 Ekardt, Sustainability, Ch. 4.11; übergangen bei Dauphin, Gefahr für den Klimaschutz – 10 Gründe, warum die EU und ihre Mitgliedstaaten aus dem Energiecharta-Vertrag aussteigen müssen, Friends of the Earth Europe/BUND, abrufbar unter https://www.bund.net/fileadmin/user_upload_bund/publikationen/ttip_und_ceta/wirtschaft_welthand_e_energiecharta_10_gruende.pdf. (abgerufen am 09.03.2022); Brauch, Should the European Union Fix, Leave or Kill the Energy Charter Treaty?, SSRN 2021, 3 ff.; Flues/Eberhardt/Olivet, Busting the myths around the Energy Charter Treaty: A guide for concerned citizens, activists, journalists and policymakers, Berlin/Brussels/Amsterdam 2020, 7 f.; Miles/Lawry-White, ICSID Review 2019, 1 ff.

49 Cima, The Journal of World Energy Law & Business 2021, 75 ff.

50 BVerfG, Beschl. v. 24.03.2021 – 1 BvR 2656/18 u. a.

51 Verschuuren, RECIEL 2019, 94 ff.

52 The Hague District Court, 25.05.2021, C/09/571932/HA ZA 19-379.

53 Friends of the Irish Environment -v- The Government of Ireland & Ors, [2020] IESC 49.

54 Tribunal Administratif De Paris, 14.10.2021, N°1904967, 1904968, 1904972, 1904976/4-1.

55 Sharma by her litigation representative Sister Marie Brigid Arthur v Minister for the Environment, [2021] FCA 560.

56 Rajamani, Journal of Environmental Law 2010, 391 ff.; Callies, Rechtsstaat und Umwelstaat: Zugleich ein Beitrag zur Grundrechtsdogmatik im Rahmen mehrpoliger Verfassungsverhältnisse, Tübingen 2011; Ekardt, Sustainability, Ch. 3; Koch, Der Grundrechtsschutz des Drittbetroffenen: zur Rekonstruktion der Grundrechte als Abwehrrechte, Tübingen 2000; Skillington, International Journal of Human Rights 2012, 1196 ff.; Verheyen, Climate change damage and international law: prevention, duties and state responsibility, Boston/Leiden 2005; Unnerstall, Rechte zukünftiger Generationen, Würzburg 1999; Schmidt-Radefeldt, Ökologische Menschenrechte: ökologische Menschenrechtsinterpretation der EMRK und ihre Bedeutung für die

umweltschützenden Grundrechte des Grundgesetzes, Baden-Baden 2000; Bauer/Rose/Fujimori et al., Climate Change 2020, 1553 ff.

57 Ekardt/Wieding/Zorn, Sustainability 2018, 2812; Wieding/Stubentrauch/Ekardt, Sustainability 2020, 8858; Ekardt, Sustainability: Transformation, Governance, Ethics, Law, 2020; Read/O.Riordan, Environment: Science and Policy for Sustainable Development 2017, 4 ff.

58 Ekardt, Sustainability, Ch. 3.8; zu Auslegungsregeln siehe auch Šušnjar, Proportionality, fundamental rights, and balance of powers, Leiden 2010; Meßerschmidt, Gesetzgebungsermessens, Berlin 2000.

59 Rajamani/Werksman, Phil Trans R Soc A 2018, 20160458; Rogelj/Schaeffer/Friedlingstein, Nature Climate Change 2016, 245 ff.; Hausfather, Analysis: How much 'carbon budget' is left to limit global warming to 1.5C? CarbonBrief 2018, <https://www.carbonbrief.org/analysis-how-much-carbon-budget-is-left-to-limit-global-warming-to-1-5c> (abgerufen am 04.04.2022); Šušnjar, Proportionality.

60 Ekardt/Wieding/Zorn, Sustainability 2018, 2812.

61 Patterson/Thaler/Hoffmann et al., Current Opinion in Environmental Sustainability 2018, 1 ff.; Robinson/Shine, Nature Climate Change 2018, 564 ff.

62 Ekardt, Sustainability 2019; O'Riordan/Cameron, Interpreting the precautionary principle, Routledge 2013; Sands/Peel, Principles of international environmental law, 4 ed., Cambridge 2018; Gardiner, Journal of Political Philosophy 2006, 33 ff.; Garske, Ordnungsrechtliche und ökonomische Instrumente der Phosphor-Governance, Marburg 2019; Stubentrauch, Phosphor-Governance in ländervergleichender Perspektive – Deutschland, Costa Rica, Nicaragua: Ein Beitrag zur Nachhaltigkeits- und Bodenschutzpolitik, Marburg 2019.

63 Sunstein, Laws of fear: Beyond the precautionary principle (The Seeley Lecture), Cambridge 2005; Gardiner, A Perfect Moral Storm – The Ethical Tragedy of Climate Change, Oxford 2011.

64 Verschuuren, RECIEL 2019, 94 ff.; The Hague District Court, 25.05.2021, C/09/571932/HA ZA 19-379; Sharma by her litigation

künftigen Gefahren, wenn diese zum Zeitpunkt ihres Eintretens irreversibel sind; und genau das trifft auf den Klimawandel zu. Wäre dies nicht der Fall, würde der in den Grundrechten verankerte Schutz leerlaufen. Die Menschenrechte enthalten also auch jenseits der Kodifizierung ein Vorsorgeprinzip.⁶⁵ Der Bezug zu den Menschenrechten verdeutlicht: Je größer der drohende Schaden in seinem Eintreten ist, desto ambitionierter müssen notwendige Schutzmaßnahmen sein. Im Umgang mit existenziellen Gefahren reicht es daher nicht aus, moderate Wahrscheinlichkeiten für deren Abwehr zu akzeptieren, auch wenn eine hundertprozentige Sicherheit über künftige Ereignisse nie erreicht werden kann.⁶⁶ Folglich ist ein ambitionierter Klimaschutz mit drastischen THG-Reduktionen erforderlich.

Die Anwendung der aus den menschenrechtlichen Freiheitsgarantien und Freiheitsvoraussetzungen abgeleiteten Abwägungsregeln (Angemessenheit, Erforderlichkeit, Geeignetheit, Verursacherprinzip usw.) ermöglicht es nicht nur, eine gemeinsame Verpflichtung zum Klimaschutz zu bestimmen, sondern auch ungefähre Schlussfolgerungen für die Lastenverteilung zu ziehen. Auf den ersten Blick mag dies wenig bedeutsam erscheinen, da das Ziel der Nullemissionen für alle Staaten ist und für das Budget im Allgemeinen die Emissionsverteilung und Fragen wie „pro Kopf ja oder nein“ keine Rolle spielen. Folgerichtig haben die Gerichte diesen Punkt bisher nicht erörtert. Es ist jedoch wichtig, die Verteilung der Ausgaben für global notwendige Maßnahmen zur Minderung, Anpassung und Schadensbegrenzung zu diskutieren. EU-Mitgliedstaaten wie Deutschland haben hohe Pro-Kopf-Emissionen von Treibhausgasen verursacht, die sich immer noch in der Atmosphäre befinden. Der Verweis auf die Leistungsfähigkeit und das Verursacherprinzip – die beide als Ausgleichsregeln wiederum aus der Freiheit folgen – verlangen von diesen Ländern Maßnahmen, die über die geforderte bzw. erhöhte Verpflichtung zur Übernahme der Kosten von Maßnahmen im Globalen Süden hinausgehen.⁶⁷ In jedem Fall kann ein Land nicht mehr Emissionsrechte beanspruchen, als ihm pro Kopf seiner Bevölkerung zustehen,⁶⁸ weil ein existenzielles Gut gefährdet ist, zu dessen Entstehung niemand einen Beitrag geleistet hat. Das schließt aber nicht aus, dass man Emissionsrechte von anderen Ländern kaufen kann oder dass aus Kapazitätsgründen und wegen des Verursacherprinzips – und damit einer höheren Verantwortung westlicher Staaten – eine ungleiche Verteilung zugunsten des Globalen Südens sogar überzeugender erscheinen könnte. Das verbleibende Budget eines Industrielandes ist also höchstens so hoch, wie es sich bei einer Pro-Kopf-Verteilung ergeben würde, aber eher deutlich niedriger. Die Festlegung des genauen Umfangs der Maßnahmen und der Verteilung der Kosten für Minderung (sowie Anpassung, Schäden und Verluste) unter den Prämissen begrenzter Spielräume bei Fakten und der normativen Gewichtung innerhalb der Abwägungsgrenzen kann nur von gewählten Politikern vorgenommen werden, um den demokratischen Prozess und das System der Gewaltenteilung zu wahren.

Daher unterstreichen das Pariser Abkommen und die Menschenrechte eine rechtsverbindliche Verpflichtung für kleine Treibhausgasbudgets, kleiner als die vom IPCC geschätzten. Wie an anderer Stelle gezeigt wurde, stellen die Kernprinzipien der Menschenrechte bei alledem zugleich allgemeine Rechts-

grundsätze des Völkerrechts dar.⁶⁹ Darüber hinaus kann man sogar fragen, ob sie als allgemeine Rechtsgrundsätze sodann als *ius cogens*, also als allgemein verbindliches, von der vertraglichen Willkür einzelner Willensstaaten unabhängiges Recht, also als eine globale Elemente einer ungeschriebenen Völkerverfassung anzusehen sind. Insofern würde eine menschenrechtliche Verpflichtung zum Klimaschutz sogar eine höhere normative Ebene in Relation zum ECT markieren und nicht wie das PA gleichrangig sein. Dies würde die Gesamtargumentation weiter stärken.

Nach alledem ergibt sich: Schiedsgerichte müssten also Klagen in aller Regel abweisen. Und tun sie dies nicht, könnten EU-Mitgliedstaaten gegen solche Entscheidungen der Schiedsgerichte jedenfalls in bestimmten Konstellationen vor dem EuGH vorgehen, dessen Rechtsprechungsmonopol durch die Schiedsgerichtsbarkeit unterlaufen zu werden droht.⁷⁰

6. Zulässigkeit eines Ausstiegs aus der ECT?

Alle vorstehenden Überlegungen wären weniger brisant, wenn man aus dem ECT als Signatarstaat einfach aussteigen könnte. Der Ausstieg einer Vertragspartei aus dem ECT ist grundsätzlich durchaus möglich. Nach Art. 47 Abs. 1 ECT ist es einer Vertragspartei gestattet, fünf Jahre nach In-Kraft-Treten des Vertrages – also nach dem Beitritt zum Vertrag – schriftlich den Austritt zu erklären. Wenn nichts anderes durch die austretende Partei in der Austrittserklärung festgelegt wurde, wird der Austritt gemäß Art. 47 Abs. 2 ECT ein Jahr nach Eingang der Erklärung bei der Verwaltungsstelle wirksam. In Art. 47 Abs. 3 ECT („Zombie-Klausel“) wird jedoch festgelegt, dass die Bestimmungen des ECT für Investitionen weitere 20 Jahre nach dem wirksamen Austritt gelten sollen. Somit sind Investitionen, die im Gebiet der austretenden Vertragspartei durch Investoren einer anderen Vertragspartei oder im Gebiet anderer Vertragsparteien durch Investoren dieser Vertragspartei getätigt werden, weiterhin durch die eingeräumten Rechte des ECT geschützt.⁷¹ Seit seinem Austritt aus dem ECT sieht sich beispielsweise Italien bereits mit sieben weiteren schiedsgerichtlichen Klagen auf der Grundlage des ECT konfrontiert.⁷²

69 Näher dazu Ekardt, Theorie, § 4 E. III.

70 Vgl. EuGH, Urt. v. 02.09.2021, Az. C-741/19.

71 Schmidt, Die Zombie-Klausel, IPG Journal v. 14.03.2021, abrufbar unter <https://www.ipg-journal.de/rubriken/wirtschaft-und-oekologie/artikel/europaeische-energiecharta-5044/> (abgerufen am 11.08.2021); Attac, Der Energiecharta-Vertrag: Goldgrube für Profite – Bremsklotz auf dem Weg zur Energiewende und zu Klimagerechtigkeit, abrufbar unter <https://www.attac.de/kampagnen/handelsabkommen/einzelne-handels-und-investitionsabkommen/energiecharta-vertrag> (abgerufen am 28.03.2022); Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Schriftliche Frage an die Bundesregierung im Monat Februar 2021 – Frage Nr. 444, abrufbar unter https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Parlamentarische-Anfragen/2021/01/02/03/2-444.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (abgerufen am 28.03.2022); Taylor, Energy Charter Treaty strikes again as Uniper sues Netherlands over coal phase-out, EURACTIV.com v. 20.04.2021, abrufbar unter <https://www.euractiv.com/section/energy/news/energy-charter-treaty-strikes-again-as-uniper-sues-netherlands-over-coal-phase-out/> (abgerufen am 28.03.2022).

72 Bernasconi-Osterwalder/Schaugg/van den Berghe, ITN 2021, 16 ff.; International Energy Charter, Italy – Energy Charter, abrufbar unter <https://www.energycharter.org/who-we-are/members-observers/countries/italy/> (abgerufen am 20.07.2021); UNCTAD, Rockhopper v. Italy | Investment Dispute Settlement Navigator | UNCTAD Investment Policy Hub, abrufbar unter <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/800/rockhopper-v-italy> (abgerufen am 20.07.2021); ICSID, Case Details: Belenergia S. A. v. Italian Republic (ICSID Case No. ARB/15/40), abrufbar unter <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/15/40> (abgerufen am 02.09.2021); ICSID, Case Details: Rockhopper Italia S. p. a., Rockhopper Mediterranean Ltd, and Rockhopper Exploration Plc v. Italian Republic (ICSID Case No. ARB/17/14), abrufbar unter <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/17/14> (abgerufen am 02.09.2021); ICSID, Case Details: Eskosol S. p. a. in liqui-

representative Sister Marie Brigid Arthur v Minister for the Environment, [2021] FCA 560.

65 Ekardt, Sustainability 2019; Ekardt/Wieding/Zorn, Sustainability 2018, 2812; Read/O’Riordan, Environment: Science and Policy for Sustainable Development 2017, 4 ff.

66 Rajamani/Werksman, Phil Trans R Soc A 2018, 20160458.

67 Diskutiert in Rajamani, Journal of Environmental Law 2010, 391 ff.; MacDougall, Current Climate Change Reports 2016, 39 ff.; Collins/Webber/Cox et al., Environmental Research Letters 2018, 1 ff.; Frankhauser/Smith/Allen et al., Nature Climate Change 2022, 15 ff.

68 Näher dazu Ekardt, Sustainability, Ch. 3.8.

Deshalb soll hier zusätzlich gefragt werden, ob ein Rücktritt von dem Vertrag auch aufgrund des Wegfalls der Geschäftsgrundlage möglich wäre – mit der Folge des Wegfalls der 20-jährigen Nachhaftung. Ein völkerrechtlicher Wegfall der Geschäftsgrundlage wäre nach BVerfG-Urteil vom 30. Januar 1973 gegeben, „wenn sich die Verhältnisse, die im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bestanden haben, mittlerweile grundlegend geändert haben und angesichts dieser Veränderung das Festhalten am Vertrag [...] unzumutbar geworden ist.“⁷³ Die Stabilität der physischen Existenzbedingungen auf der Erde ist eine notwendige Bedingung zur Versorgung der Erde mit Energie und somit der Anwendung des ECT. Der fortschreitende Klimawandel und die damit verbundene Zerstörung der Erde können irreversible Ausmaße annehmen, welche eine grundlegende Veränderung im Vergleich zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses darstellen. Dies könnte den Wegfall der Geschäftsgrundlage des ECT zur Folge haben oder zumindest die Verpflichtung auslösen, den Vertrag an die veränderten Verhältnisse anzupassen. Man könnte einen Wegfall daher durchaus bejahen, da die Menschheit sich in einer Situation befindet, die es so noch nie gab.

Ferner könnte die Zombie-Klausel durch einen gemeinschaftlichen Austritt vieler Länder aus dem ECT obsolet werden, indem die aussteigenden Länder sich darauf einigen, den Art. 47 Abs. 3 ECT nicht untereinander anzuwenden – etwa die EU und ihre Mitgliedstaaten. Nach dieser Norm könnten ehemalige Mitgliedstaaten des ECT noch weitere 20 Jahre nach ihrem Ausstieg auf Grundlage der Bestimmungen des ECT verklagt werden. Vertragsparteien, welche sich zeitgleich für einen Ausstieg aus dem ECT entscheiden, können sich bi- oder multilateral auf einen Verzicht der Anwendung des Art. 47 Abs. 3 ECT einigen. Dies würde bedeuten, dass die betroffenen Parteien vereinbaren, diese Rechtsnorm auszuschließen. Einseitig ist dies nicht möglich. Dies liegt unter anderem darin begründet, dass Vorbehalte gegen den Vertrag während der Mitgliedschaft nach Art. 46 ECT ausgeschlossen sind (abgesehen davon, dass diese bei Beitritt artikuliert hätten werden müssen). Ein gemeinsamer Austritt dagegen hätte zur Folge, dass enorme Schadensersatzforderungen von Investoren der beteiligten Länder ausgeschlossen und so das gesamte Risiko auf Grundlage des ECT vor einem internationalen Schiedsgericht verklagt zu werden, reduziert werden würde.⁷⁴

7. Reformoptionen für den ECT

All die vorstehenden Fragen wären obsolet, wenn es zu einer größeren Reform des ECT käme. Aufgrund umfassender Kritik

an dem bestehenden ECT gibt es seit 2020 den Versuch, diesen neu zu verhandeln.⁷⁵ Dieser Prozess der Modernisierungsverhandlung wird unter anderem durch die Europäische Union angetrieben.⁷⁶ Die Verhandlungsgegenstände werden von Kritikern jedoch nur als kosmetische Veränderungen gesehen, da keine grundlegenden oder weitreichenden Änderungen in den Verhandlungsrunden besprochen werden.⁷⁷ Mittlerweile gab es elf solcher Runden, die jüngste fand Anfang März 2022 statt. Im Mittelpunkt standen die Auswirkungen der aktuellen weltpolitischen Lage auf die Energieversorgung und den ECT. Darüber hinaus befasste sich die ECT-Konferenz mit der Definition einiger Begriffe im Vertrag, darunter Investitionen, faire und gerechte Behandlung, indirekte Enteignung, Recht auf Regulierung, nachhaltige Entwicklung und soziale Verantwortung sowie wirtschaftliche Aktivitäten im Energiesektor. Nach Angaben der ECT-Konferenz wurden Kompromissvorschläge und Fortschritte gemacht.⁷⁸ Konkrete Ergebnisse sind jedoch bislang nicht öffentlich zugänglich, und es bleibt abzuwarten, wie wirksam die elfte Verhandlungsrunde im Hinblick auf die Modernisierung des ECT war. Außerdem ist die Annahme durch alle Vertragsparteien und die Umsetzung dieser ungewiss.⁷⁹ Dies liegt auch daran, dass einige Vertragsparteien wie beispielsweise Japan, welches bislang in die Kohleförderung investiert, keinen Änderungsbedarf an dem Ver-

75 Europäische Kommission, Commission presents EU proposal for modernising the Energy Charter Treaty, abrufbar unter <https://trade.c.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=2148> (abgerufen am 29.07.2021); Europäische Kommission, Communication on the first negotiation round to modernise the Energy Charter Treaty, abrufbar unter <https://trade.c.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=2167&serie=1751&langId=en> (abgerufen am 29.07.2021); Attac, Petition gegen den Energiecharta-Vertrag, abrufbar unter <https://www.attac.de/kampagnen/handelsabkommen/petition-gegen-den-energiecharta-vertrag> (abgerufen am 28.03.2022); CAN Europe, Stop the anti-climate agreement! Sign now!, abrufbar unter <https://caneurope.org/ect-petition/> (abgerufen am 19.07.2021); Deutscher Naturschutzring, Klima & Energie: Nord Stream 2 schaltet Schiedsgericht ein, abrufbar unter <https://www.dnr.de/eu-koordination/eu-umweltnews/2019-klima-energie/nord-stream-2-schaltet-schiedsgericht-ein/> (abgerufen am 28.03.2022); EEB, Should EU Member States fix the Energy Charter Treaty or withdraw from it? 30 March 2021 – Webinar, 30.03.2021, abrufbar unter <https://eeb.org/should-eu-member-states-fix-the-energy-charter-treaty-or-withdraw-from-it-30-march-webinar-2/> (abgerufen am 14.07.2021); Energie Zukunft, Energiecharta: Konzernschutz vor Klimaschutz? Nicht mit uns!, abrufbar unter <https://www.energiezukunft.eu/meinung/die-meinung/konzernschutz-vor-klimaschutz-nicht-mit-uns/> (abgerufen am 28.03.2022).

76 Europäische Kommission, Commission presents EU proposal for modernising the Energy Charter Treaty, abrufbar unter <https://trade.c.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=2148> (abgerufen am 29.07.2021).

77 Client Earth, The Commission's draft proposal for the modernisation of the Energy Charter Treaty – Legal briefing, abrufbar unter <https://www.documents.clientearth.org/wp-content/uploads/library/2020-04-23-legal-briefing-on-the-commission039s-draft-proposal-for-the-ect-modernisation-ce-en.pdf> (abgerufen am 28.03.2022); Corporate Europe Observatory, Busting myths around the Energy Charter Treaty, abrufbar unter <https://corporateeurope.org/en/2020/12/busting-myths-around-energy-charter-treaty> (abgerufen am 28.03.2022).

78 International Energy Charter, Modernisation of the Treaty, abrufbar unter <https://www.energychartertreaty.org/modernisation-of-the-treaty/> (abgerufen am 13.04.2022).

79 Simon, France puts EU withdrawal from Energy Charter Treaty on the table, EURACTIV.com v. 03.02.2021, abrufbar unter <https://www.euractiv.com/section/energy/news/france-puts-eu-withdrawal-from-energy-charter-treaty-on-the-table/> (abgerufen am 29.07.2021); Taylor, Germany's RWE uses Energy Charter Treaty to challenge Dutch coal phase-out, EURACTIV.com v. 05.02.2021, abrufbar unter <https://www.euractiv.com/section/energy/news/germanys-rwe-uses-energy-charter-treaty-to-challenge-dutch-coal-phase-out/> (abgerufen am 28.03.2022); Transnational Dispute Management, Letter from Claude Turmes Minister of Energy Luxembourg to the European Commission – Energy Charter Treaty Modernization Process: Definition of Economic Activities to Terminate Investment Protection in Fossil Fuels, abrufbar unter <https://www.transnational-dispute-management.com/legal-and-regulatory-detail.asp?key=28020> (abgerufen am 28.03.2022).

dazione v. Italian Republic (ICSID Case No. ARB/15/50), abrufbar unter <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/15/50> (abgerufen am 02.09.2021); ICSID, Case Details: Encavis and others v. Italian Republic (ICSID Case No. ARB/20/39), abrufbar unter <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/20/39> (abgerufen am 02.09.2021); ICSID, Case Details: ESPF Beteiligungs GmbH, ESPF Nr. 2 Austria Beteiligungs GmbH, and InfraClass Energie 5 GmbH & Co. KG v. Italian Republic (ICSID Case No. ARB/16/5), abrufbar unter <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/16/5> (abgerufen am 02.09.2021); ICSID, Case Details: Hamburg Commercial Bank AG v. Italian Republic (ICSID Case No. ARB/20/3), abrufbar unter <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/20/3> (abgerufen am 02.09.2021); ICSID, Case Details: VC Holding II S. a. r. l. and others v. Italian Republic (ICSID Case No. ARB/16/39), abrufbar unter <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/16/39> (abgerufen am 02.09.2021); ICSID, Case Details: Veolia Propreté SAS v. Italian Republic (ICSID Case No. ARB/18/20), abrufbar unter <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/18/20> (abgerufen am 02.09.2021); Iacob/Cirlig, Tribuna Juridică 2016, 71 ff.; Energie Zukunft, Energiecharta-Vertrag: Austritt unausweichlich, abrufbar unter <https://www.energiezukunft.eu/politik/austritt-unausweichlich/> (abgerufen am 28.03.2022).

73 BVerfG, Urteil v. 30.01.1973 – 2 BvH 1/72.

74 Brauch, SSRN 2021, 3 ff.

trag sehen,⁸⁰ auch weil bereits gegenwärtig Milliardensummen als Schadensersatz in laufenden oder erwartbaren Verfahren im Raume stehen.⁸¹

Eine wichtige Institution stellt für eine mögliche ECT-Änderung stellt die ECT-Konferenz dar, welche geplante Änderungen und den ECT betreffende Angelegenheiten bespricht. Unter Art. 34 Abs. 3 ETC sind alle Aufgaben und Rechte angegeben, welche der ECT-Konferenz zukommen. Nach Art. 34 Abs. 1 ECT finden die Sitzungen in regelmäßigen Abständen statt. Die Möglichkeit, den ECT zu verändern, ergibt sich aus dem Vertrag. Nach Art. 36 Abs. 1 ECT wird die Einstimmigkeit bei Abstimmungen der Charta-Konferenz vorausgesetzt, wie meist im Völkerrecht. Dies ist erforderlich, wenn es um die Annahme von Änderungen des ECT geht (Art. 36 Abs. 1 lit. a ECT). Davon ausgenommen sind Angelegenheiten, die Art. 34 ECT (die ECT-Konferenz), Art. 35 ECT (das Sekretariat) oder Anlage T (Übergangsmaßnahmen der Vertragsparteien nach Art. 32 Abs. 1 ECT) betreffen. Eine Änderung des ECT setzt voraus, dass alle Vertragsparteien an der Neugestaltung teilhaben, eine neue Fassung einheitlich als Vertragsparteien übernehmen und im Konsens dieser zustimmen. Einstimmigkeit ist außerdem gefordert, wenn Abstimmungen die folgenden Angelegenheiten betreffen: Genehmigungen eines Beitrittes zum ECT nach Art. 41 von Staaten und Organisationen nach dem 16.06.1995 (Art. 36 Abs. 1 lit. b ECT); Genehmigungen der Aushandlung von Assoziierungsabkommen sowie Billigung oder Annahme von deren Wortlaut (Art. 36 Abs. 1 lit. c ECT); Billigung von Modifikationen der Anlagen EM (zu Primärenergieträgern und Energieerzeugnissen nach Art. 1 Nr. 4 ECT), NI (zu Primärenergieträgern und Energieerzeugnissen, die nicht unter den Begriff „Wirtschaftstätigkeit im Energiebereich“ fallen nach Art. 1 Nr. 5 ECT), G (zu Ausnahmen und Regeln über die Anwendung der Bestimmungen des GATT und der dazugehörigen Rechtsinstrumente nach Art. 29 Abs. 2 lit. a ECT) und B (Verteilungsschlüssel für die Charta-Kosten nach Art. 37 Abs. 3 ECT) (Art. 36 Abs. 1 lit. d ECT); Billigung von technischen Änderungen der Anlagen dieses Vertrages (Art. 36 Abs. 1 lit. e ECT) oder Billigung der Benennung von Mitgliedern des Panels durch den Generalsekretär nach Anlage D Abs. 7 (Art. 36 Abs. 1 lit. f ECT). Die vorausgesetzte Einstimmigkeit nach Art. 36 Abs. 1 ECT zeigt den Stellenwert der Abstimmung innerhalb der ECT-Konferenz. Jeder abstimmenden Vertragspartei kommt daher quasi eine Veto-Macht zu, welche

die Entscheidungen der ECT-Konferenz maßgeblich beeinflussen kann.⁸²

Da das Völkerrecht auf konsensuales Verhalten und auf Vertragstreue angewiesen ist, folgt aus dem PA und den Menschenrechten zumindest, dass versucht werden muss, die ECT-Bestimmungen durch Verhandlungen entsprechend zu modifizieren. Im Übrigen können Vertragsparteien dadurch Druck ausüben, anderenfalls aus dem Vertrag auszutreten. Die Schwierigkeit besteht darin, dass die vom ECT Begünstigten und Geschützten, die Investoren, keine Vertragsparteien sind und insofern die Gefahr besteht, dass diese selbst bei einer kurzfristigen Einigung aus dem noch verbindlichen ECT heraus vor einem intransparenten Schiedsgericht klagen könnten. Würde man die Entschädigungsregelung reformieren, kämen zumindest folgende Aspekte in Betracht: 1) Keine Entschädigungen mehr für entgangene Gewinne; 2) Entschädigung für getätigte Investitionen nur in dem Umfang, wie die Einrichtungen nicht nach den geltenden betriebswirtschaftlichen Regelungen sowieso schon abgeschrieben worden sind; 3) keinerlei Entschädigungen für Einrichtungen (z. B. Gaspipelines), die sich mit vertretbarem finanziellen Aufwand auch zum Transport von erneuerbaren Energien eignen (z. B. Wasserstoff); 4) keinerlei Ansprüche mehr für Unternehmen, die mehrheitlich einem Staat, der Vertragspartei des ECT ist, gehören, dies gilt auch bei der Veräußerung der Staatsanteile nach einem bestimmten Stichtag an Private; 5) nur noch Klagen vor staatlichen Gerichten; 6) keinerlei Schutz für künftige fossile Investitionen.

80 Energy Charter Secretariat, Decision of the Energy Charter Conference, Brussels, 6 November 2019, abrufbar unter <https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/2019/CCDEC201910.pdf> (abgerufen am 13.04.2022); Knaul, Europäisches Energiecharta-Abkommen: Hartnäckig fossil – Beitrag in taz online v. 13.07.2021, abrufbar unter <https://taz.de/Europaeisches-Energiecharta-Abkommen/!5781082/> (abgerufen am 28.03.2022).

81 Kaiser, Energiecharta: Europa steckt in einer Milliarden-Falle – WELT v. 31.08.2021, abrufbar unter <https://www.welt.de/wirtschaft/article233437559/Energiecharta-Europa-steckt-in-einer-Milliarden-Falle.html> (abgerufen am 02.09.2021); van Harten, Foreign Investor Protection and Climate Action: A New Price Tag for Urgent Policies, abrufbar unter <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1145&context=olsrps> (abgerufen am 01.07.2021).

82 CNCD-11.11.11, Investment and Climate: Reforming the Energy Charter Treaty, abrufbar unter <https://www.cncd.be/policy-brief-reforming-the-energy-charter-treaty> (abgerufen am 28.03.2022).

Dr. Bettina Hennig/Prof. Dr. Dr. Felix Ekardt/Veronika Widmann/Johann Rückbrodt/Theresa Rath/Cäcilia Gätsch*

Das Osterpaket und andere Neuerungen im deutschen und europäischen Energierecht – ein Update

Aktualisierung zu Hennig/Ekardt et al., ZNER 3/22, 195–211 nach den Gesetzesbeschlüssen

Dieser Beitrag dient der Ergänzung des Aufsatzes „Das Osterpaket und andere neue Entwicklungen im Energierecht: Rechts- und Governance-Fragen“ von Hennig/Ekardt u. a., ZNER 3/22, 195–211. In vorgenanntem Aufsatz wurden die wichtigsten Gesetzentwürfe des sogenannten Osterpakets be-

handelt, das damals in der Fassung der Regierungsentwürfe vorlag. Vorliegend werden ergänzende Analysen auf der Basis der letztendlich beschlossenen Gesetzesfassungen unternommen. Ergänzend werden weitere aktuelle energierechtliche Entwicklungen betrachtet, etwa zu LNG und Gebäuden, wobei gerade gesetzliche Regelungen rund um die Entwicklungen auf dem Gasmarkt infolge des Angriffskriegs auf die Ukraine zur Sprache kommen. Ferner wird der Blick noch einmal auf die –

* Vgl. Hennig/Ekardt u. a., ZNER 2022, 195 ff. Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. 431.