

Gundel, Jörg

Working Paper

Die Bedeutung des internationalen Investitionsschutzrechts für den Klimaschutz: Konfliktlinien und Konvergenzen. Rechtsgutachten im Auftrag des Sachverständigenrates zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung

Arbeitspapier, No. 04/2021

Provided in Cooperation with:

German Council of Economic Experts

Suggested Citation: Gundel, Jörg (2021) : Die Bedeutung des internationalen Investitionsschutzrechts für den Klimaschutz: Konfliktlinien und Konvergenzen. Rechtsgutachten im Auftrag des Sachverständigenrates zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Arbeitspapier, No. 04/2021, Sachverständigenrat zur Begutachtung der Gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Wiesbaden

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/247310>

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.

Die Bedeutung des internationalen Investitionsschutzrechts für den Klimaschutz: Konfliktlinien und Konvergenzen

Prof. Dr. Jörg Gundel^{*)}
(Universität Bayreuth)

Arbeitspapier 04/2021^{**)}
November 2021

^{*)} Universität Bayreuth, Universitätsstraße 30, 95447 Bayreuth, E-Mail: Joerg.Gundel@uni-bayreuth.de.

^{**)} Der Beitrag gibt die persönliche Meinung des Autors wieder und nicht notwendigerweise die des Sachverständigenrates zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung.

Prof. Dr. Jörg Gundel
Lehrstuhl für öffentliches Recht,
Völker- und Europarecht
Universität Bayreuth

**Die Bedeutung des internationalen Investitionsschutzrechts für den
Klimaschutz: Konfliktlinien und Konvergenzen**

**Rechtsgutachten im Auftrag des Sachverständigenrates zur Begutachtung der
gesamtwirtschaftlichen Entwicklung**

Bayreuth, September 2021

Inhalt

I. Der Ausgangspunkt der Untersuchung	3
II. Grundlagen und jüngere Entwicklungen des Investitionsschutzrechts	3
1. Die Entwicklungsstufen des Investitionsschutzrechts.....	3
2. Die typischen Inhalte von Investitionsschutzabkommen	6
a.) Die materiellen Schutzstandards	6
b.) Die prozessuale Absicherung.....	7
c.) Die jüngere Kritik am System des Investitionsschutzes	8
3. Die besondere Lage der EU und ihrer Mitgliedstaaten	10
a.) Die geteilte Zuständigkeit für den Abschluß von Investitionsschutzabkommen mit Drittstaaten	10
b.) Die angestrebte Umgestaltung der Investitionsschutz-Schiedsgerichtsbarkeit.....	11
c.) Die Situation der Intra-EU-BITs	12
d.) Die Situation des ECT in Intra-EU-Fällen.....	13
4. Investitionsschutz und das staatliche „Right to regulate“	15
a.) Die etablierten Standards	15
b.) Bemühungen um eine Präzisierung der Kriterien	17
5. Zwischenergebnis.....	18
III. Das Verhältnis zwischen Investitionsschutzrecht und Klimaschutz	19
1. Mögliche Konflikte zwischen Investitionsschutzrecht und Klimaschutz	19
2. Der mögliche Nutzen von Investitionsschutzabkommen für den Klimaschutz	21
3. Möglichkeiten einer Anpassung oder Aufhebung bestehender Investitionsschutzabkommen	22
a.) Vertragsauflösung durch einseitige Handlungen	22
b.) Einvernehmliche Änderungen oder Aufhebungen von Investitionsschutzabkommen	22
4. Insbesondere zur Anpassung des ECT	24
a.) Die Änderungsvorschläge und ihre Realisierungsaussichten	24
b.) Die künftige Bedeutung des ECT für Intra-EU-Sachverhalte	25
IV. Ergebnisse	27

I. Der Ausgangspunkt der Untersuchung

Das internationale Investitionsschutzrecht und die Investitionsschutz-Schiedsgerichtsbarkeit als seine sichtbarste Ausprägung sind seit längerer Zeit Gegenstand einer kontroversen Diskussion, in der sich Globalisierungsbefürworter und –kritiker gegenüberstehen.

Durch die Erfordernisse des Klimaschutzes und das damit verbundene Umbauprogramm für die Wirtschaft und insbesondere für die Energiewirtschaft ist diese Diskussion um einen weiteren Blickwinkel ergänzt worden: Auf der einen Seite ist dieser Umbau mit erheblichen Eingriffen in bereits getätigte Investitionen verbunden, so daß die aus dem Investitionsschutz ggf. folgenden Entschädigungspflichten für ausländische Investoren als unerwünschte Kostentreiber wahrgenommen werden. Auf der anderen Seite soll der notwendige industrielle Umbau maßgeblich auch durch private Investitionen finanziert werden, für die der Investitionsschutz einen wichtigen Anreiz bilden kann. Vor diesem Hintergrund werden im Folgenden zunächst die Grundstrukturen und die jüngeren Entwicklungen des Investitionsschutzes nachgezeichnet (II.), im Anschluß werden spezifische Fragen der Anwendung des Investitionsschutzrechts auf Klimaschutzmaßnahmen und mögliche Anpassungen dieses Rechtsrahmens diskutiert (III.).

II. Grundlagen und jüngere Entwicklungen des Investitionsschutzrechts

1. Die Entwicklungsstufen des Investitionsschutzrechts

Das Investitionsschutzrecht ist ein vergleichsweise junges Feld des Völkervertragsrechts, das sich erst ab dem Ende der 1950er Jahre mit dem Abschluß der ersten bilateralen Abkommen entwickelt hat. Typischerweise wurden solche Abkommen zunächst zwischen Entwicklungsländern als den Kapitalimporteuren und „Gaststaaten“ der Investition und Industriestaaten als den Herkunftsstaaten des Kapitals bzw. der Investoren geschlossen¹; die Abkommen beinhalten regelmäßig materielle Schutzstandards für die Investitionen von Angehörigen der anderen Vertragspartei sowie prozessuale Regelungen, die dem Investor die Anrufung eines Schiedsgerichts an Stelle der nationalen Gerichte des Gaststaats ermöglichen². Dabei wurde der Grundsatz der Reziprozität aber formal stets eingehalten, so daß von Anfang an auch ein Investitionsschutz „in Gegenrichtung“ – also zum Schutz von Investoren aus dem jeweiligen Entwicklungsland gegen den beteiligten Industriestaat – möglich war. Entsprechende Investitionsschutzklagen „in Gegenrichtung“ wurden in der Zeit

¹ Zu diesem Hintergrund s. z.B. *Schill*, Investitionsschutzrecht als Entwicklungsvölkerrecht, ZaöRV 2012, 261 ff.

² Zu den Inhalten s. näher II. 2.

nach dem Jahr 2000 auch tatsächlich eingeleitet³; zudem kam es in dieser Zeit auch in erheblichem Umfang zu Verfahren zwischen Industriestaaten⁴, was zur Schärfung des Bewußtseins in diesen Staaten für die Risiken solcher Abkommen beigetragen hat⁵.

Traditionell handelt es sich ganz überwiegend um bilaterale Verträge (Bilateral Investment Treaties – BITs)⁶, die aber regelmäßig gemeinsamen Grundlinien folgen; zahlreiche Staaten haben eigene Vertragsmuster⁷ entwickelt, die sie ihren Verhandlungen zugrundelegen. Dennoch kann es in den Details der Formulierungen Unterschiede zwischen den Abkommen geben, die bei der Auslegung zu berücksichtigen sind. Ein gemeinsames multilaterales Rückgrat des Systems bildet das ICSID-Abkommen aus dem Jahr 1965⁸, dieses sehr breit ratifizierte⁹ Abkommen stellt mit dem bei der Weltbank angesiedelten International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) eine Schiedsinfrastruktur zur Verfügung, auf die die bilateralen Abkommen Bezug nehmen können, was auch regelmäßig geschieht.

³ S. z.B. ICSID Case No. ARB/12/19 – Ping An Life Insurance of China ./. Königreich Belgien, Award v. 20.4.2015; dazu *Ren*, Ping An vs. Belgium: Temporal Jurisdiction of Successive BITs, 31 ICSID Review (2016), 129 ff.

⁴ Nach den Zahlen der UNCTAD wurden im Jahr 2015 40 % der Verfahren gegen Industriestaaten eingeleitet, s. UNCTAD, Investor-State Dispute Settlement: Review of Developments in 2015, IIA Issues Note No. 2/2016, S. 3.

⁵ Das erste gegen Deutschland eingeleitete Investitionsschiedsverfahren zum Kraftwerk Moorburg – ICSID Case No. ARB/09/06 – Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG ./. Deutschland, Award v. 11.3.2011 – ist hier vielfach als Schock wahrgenommen worden; zu diesem Verfahren s. z.B. *Krajewski*, Umweltschutz und internationales Investitionsschutzrecht am Beispiel der Vattenfall-Klagen und des Transatlantischen Handels- und Investitionsabkommens, ZUR 2014, 396 (398 f.); *Cameron*, International Energy Investment Law, 2010, Rn. 8.42 ff.; *Tams*, Internationales Wirtschaftsrecht als Grenze deutscher Umweltpolitik?, NordÖR 2010, 329 ff.

⁶ Für 2019 wird eine Zahl von mindestens 2.654 in Kraft befindlichen Investitionsschutzabkommen genannt, s. UNCTAD, World Investment Report 2020, S. 106.

⁷ Das deutsche Musterabkommen ist abrufbar unter <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2865/download>. Eine Fortschreibung des aus dem Jahr 2008 stammenden Musters ist nicht mehr erfolgt, nachdem die Kompetenz zum Abschluß solcher Abkommen im Jahr 2009 von den EU-Mitgliedstaaten auf die EU übergegangen ist; dazu noch II. 3. a.

⁸ Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, 4 ILM (1965), 532 = BGBl. 1969 II S. 371; zu ihr z.B. *Schöbener/Markert*, Das International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) – Organisation, Verfahren und aktuelle Entwicklungen, ZVglRWiss 105 (2006), 65 ff.; Hofmann/Tams (eds.), The International Convention on the Settlement of Investment Disputes (ICSID) – Taking Stock after 40 Years, 2007; Horchani (éd.), Le CIRDI 45 ans après. Bilan d'un système, 2011; *Parra*, Participation in the ICSID Convention, 28 ICSID Review (2013), 169 ff.; Baltag (ed.), ICSID Convention after 50 Years, 2017.

⁹ Die Konvention ist heute von 164 Staaten ratifiziert, s. <http://icsid.worldbank.org> (Stand: 9/2021); Vertragsstaaten sind auch alle EU-Mitgliedsstaaten mit der Ausnahme Polens. Die EU selbst kann dagegen nicht beitreten, weil Art. 68 der ICSID-Konvention eine Ratifikation nur durch Staaten vorsieht; zum Verhältnis zwischen EU und ICSID s. z.B. *Burgstaller*, Recognition and Enforcement of ICSID Awards: The ICSID Convention and the European Union, in: Baltag (Fn. 8), S. 407 ff.

Schiedsurteile, die auf der Grundlage dieses Abkommens ergehen, sind in allen Vertragsstaaten ohne inhaltliche Prüfung vollstreckbar¹⁰.

In den 1990er Jahren hat sich der Anwendungsbereich des Investitionsschutzrechts durch Abschluß zahlreicher bilateraler Abkommen der westlichen Industriestaaten mit den Staaten Osteuropas und den Nachfolgestaaten der Sowjetunion¹¹ nochmals erheblich erweitert. In dieser Zeit wurde auch das einzige multilaterale Investitionsschutzabkommen erarbeitet, das bisher in Kraft ist¹²: Es handelt sich um den Energiechartavertrag (Energy Charter Treaty – ECT) aus dem Jahr 1994¹³, der heute 54 Vertragsparteien bindet¹⁴; Ausgangspunkt dieses von der EU initiierten und geförderten Abkommens, über dessen Modernisierung derzeit verhandelt wird¹⁵, war die Überlegung, daß die Staaten des ehemaligen Ostblocks über Energiequellen verfügen und zu deren Erschließung auf Investitionen angewiesen sind, während in Westeuropa zugleich Energienachfrage und das nötige Investitionskapital bestanden; die in ihn gesetzten Erwartungen konnte der Vertrag allerdings nicht erfüllen, weil Rußland als zentraler Export- und Transitstaat den ECT nicht ratifiziert und im Jahr 2009 auch seine vorläufige Anwendbarkeit beendet hat¹⁶. Unabhängig von diesem speziellen sektoriellen Abkommen bildet der Energiesektor traditionell einen erheblichen Anteil von Investitionsschutz-Streitigkeiten, nachdem hier häufig erhebliche Investitionen mit langen Amortisationszeiten notwendig sind.¹⁷

Ab dem Ende der 1990er Jahre ist die Investitionsschutzschiedsgerichtsbarkeit dann zunehmend zum Gegenstand politischer Kontroversen geworden; ein im Rahmen der OECD geplantes multilaterales Investitionsschutzabkommen (Multilateral Agreement on Investment

¹⁰ Art. 53-54 ICSID-Konvention; anstelle der damit ausgeschlossenen Überprüfung durch nationale Gerichte besteht gemäß Art. 52 ICSID-Konvention die Möglichkeit der Aufhebung wegen schwerer Mängel durch einen auf der Grundlage der Konvention gebildeten Ad-hoc-Ausschuß.

¹¹ Zur Nutzung in Bezug auf die einzelnen Staaten s. die Länderberichte in Nagy (ed.), *Investment Arbitration in Central and Eastern Europe*, 2019.

¹² Als immerhin trilaterales Abkommen aus dieser Zeit ist der NAFTA-Vertrag zwischen den USA, Kanada und Mexiko zu erwähnen: *North American Free Trade Agreement*, 32 ILM(1993), 289 ff.

¹³ Vertrag über die Energiecharta v. 17.12.1994, ABl. EG 1994 L 380/3; ABl. EG 1998 L 69/5; 34 ILM (1995), 381 m. Einführung *Wälde*, S. 360 ff., sowie BGBl. 1997 II S. 5; dazu m.w.N. *Germelmann*, *Internationaler Investitionsschutz im Energierecht – Energiecharta-Prozeß und Energiecharta-Vertrag*, in: *Danner/Theobald* (Hrsg.), *Energierecht*, 88. EL 2016, EnCharta Rn. 1 ff.; *Gundel*, *Die Bedeutung des Energiecharta-Vertrages*, in: *Säcker* (Hrsg.), *Berliner Kommentar zum Energierecht*, Bd. I/1, 4. A. 2019, Einl. D Rn. 1 ff.

¹⁴ S. www.energycharter.org: 53 Staaten sowie EU/Euratom.

¹⁵ Dazu noch u. III. 4.

¹⁶ Dazu *Germelmann*, in: *Danner/Theobald* (Fn. 13), Rn. 46; *Gundel*, in: *Säcker* (Fn. 13), Einl. D Rn. 5.

¹⁷ S. ICSID Caseload Statistics, Issue 2021.-2, abrufbar unter <https://icsid.worldbank.org/resources/publications/icsid-caseload-statistics>, S. 12: Danach entstammten im Zeitraum 1966-2021 42 % der Streitigkeiten dem Oil-, Bergwerks- und Energiesektor; s. auch *Börner*, *Investment Law and Energy*, in: *Bungenberg/Griebel/Hobe/Reinisch* (eds.), *International Investment Law*, 2015, S. 1644 (1650 ff.).

– MAI)¹⁸ wurde in dieser Atmosphäre aufgegeben, und auch die in der Folgezeit verhandelten bilateralen „Umfassenden Freihandelsabkommen“ mit eingeschlossenem Investitionsschutzkapitel wie TTIP¹⁹ und CETA²⁰ sind zum Gegenstand kontroverser Diskussionen geworden, die teils zum Abbruch der Vorhaben (TTIP), teils zu erheblichen Modifikationen (CETA)²¹ und insgesamt zu einem Neuansatz der EU in Bezug auf die Mechanismen und Standards des Investitionsschutzes geführt haben²².

2. Die typischen Inhalte von Investitionsschutzabkommen

a.) Die materiellen Schutzstandards

Die materiellen Gewährleistungen der Investitionsschutzabkommen folgen relativ einheitlichen Standards: Gewährleistet wird zunächst der Schutz vor entschädigungslosen Enteignungen²³. Der Schutz umfaßt dabei auch indirekte oder de facto-Enteignungen²⁴, der enge Enteignungsbegriff der deutschen Verfassungsdogmatik findet sich hier nicht wieder²⁵. Für die Bestimmung der Höhe und der Zahlungsmodalitäten der Entschädigung werden Regelmäßig werden auch die Modalitäten einer Entschädigung näher definiert, wobei zumeist auf die Elemente der sog. „Hull-Formel“ („prompt, effective, adequate“) zurückgegriffen wird²⁶.

In jüngerer Zeit steht in der Investitionsschutz-Schiedspraxis allerdings weniger dieses

¹⁸ Zu diesem Vorhaben und seinem Scheitern s. die Beiträge in SFDI (Hrsg.), *Un accord multilateral sur l'investissement: d'un forum de négociation à l'autre?*, 1999 sowie *Böhmer*, *The Struggle for a Multilateral Agreement on Investment – an Assessment of the Negotiation Process in the OECD*, GYIL 41 (1998), 267 ff.; *Juillard*, *À propos du décès de l'A.M.I.*, AFDI 1998, 595 ff.; *Karl*, *Das Multilaterale Investitionsabkommen (MAI)*, RIW 1998, 432 ff.; zur ebenfalls erfolglos gebliebenen Fortsetzung der Bemühungen im Rahmen der WTO s. z. B. *Sidhu*, *Die Regelung von grenzüberschreitenden Investitionen in der WTO: ein Überblick*, ZEuS 2004, 33 ff.; *Hamida*, *L'arbitrage État-investisseur étranger: regards sur les traités et projets récents*, JDI 2004, 419 (435 ff.).

¹⁹ Zur Einstellung der TTIP-Verhandlungen nach den Präsidentschaftswahlen in den USA s. m.w.N. *Elsing/Grote*, *TTIP und der Spill-over-Effekt auf die Handelsschiedsgerichtsbarkeit*, RIW 2018, 321 (321).

²⁰ *Umfassendes Wirtschafts- und Handelsabkommen (CETA) zwischen Kanada einerseits und der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten andererseits*, ABl. EU 2017 L 11/23.

²¹ Dazu u. II. 3 b. und 4. b.

²² Dazu u. II. 3. b. und 4. b.

²³ S. stellvertretend Art. 13 ECT.

²⁴ Zum Begriff der Enteignung im Investitionsschutzrecht s. eingehend *Kriebaum*, *Expropriation*, in: *Bungenberg u.a. (Fn. 17)*, S. 959 ff.; *Dupuy/Radi*, *Le droit de l'expropriation directe et indirecte*, in: *Leben (éd.)*, *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, 2015, S. 375 ff.; speziell zur indirekten Enteignung s. monographisch *de Nanteuil*, *L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement*, 2013; *Rajput*, *Regulatory Freedom and Indirect Expropriation in Investment Arbitration*, 2018.

²⁵ Dazu auch *Ludwigs*, *Der Atomausstieg und die Folgen: Fordert der Paradigmenwechsel in der Energiepolitik einen Paradigmenwechsel beim Eigentumsschutz?*, NVwZ 2016, 1 (6).

²⁶ Dazu z.B. *Kreuter-Kirchhof*, *Wirtschaft und Kultur*, in: *Graf Vitzthum/Proelß*, (Hrsg.), *Völkerrecht*, 8. A. 2019, S. 585 (619); *Häde*, *Der völkerrechtliche Schutz von Direktinvestitionen im Ausland*, 35 ArchVR (1997), 181 (195 ff.).

klassische Enteignungsverbot, sondern der in den Investitionsschutzabkommen daneben eigenständig normierte Standard der fairen und angemessenen Behandlung (fair and equitable treatment²⁷, sog. FET-Standard)²⁸ im Vordergrund²⁹; hierzu gehört auch die Gewährung von Vertrauensschutz.³⁰

Der Schutz dieser Gewährleistungen erfaßt grundsätzlich nur bereits getätigte Investitionen, so daß die Frage der Marktöffnung, also der Zulassung ausländischer Investitionen, in der Entscheidungshoheit der Vertragsstaaten bleibt.

b.) Die prozessuale Absicherung

In prozessualer Hinsicht enthalten die Abkommen regelmäßig eine Schiedsklausel, die als Angebot der Unterwerfung des Gaststaats der Investition unter die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts ausgestaltet ist, das der Investor durch Erhebung einer entsprechenden Klage annehmen kann. Durch den Verweis auf die Mechanismen der privaten Handelsschiedsgerichtsbarkeit und auf bestehende Schiedseinrichtungen wie die ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit ermöglichen diese Schiedsklauseln ohne weitere Vorkehrungen oder Institutionen die Durchführung von Schiedsverfahren³¹. Regelmäßig wird die Schiedszuständigkeit in den Abkommen zusätzlich durch eine „sunset clause“ oder „survival clause“ abgesichert, die im Fall der Kündigung des Investitionsschutzabkommens durch den Gaststaat der Investition für zu diesem Zeitpunkt bereits getätigte Investitionen den Schutz des Abkommens einschließlich der Schiedsklausel für einen Zeitraum von 5 bis 15 Jahre aufrechterhält; auch nach einer wirksamen Kündigung bleiben die Vertragsstaaten insoweit an das Abkommen gebunden³². Ergangene Schiedsurteile unterfallen regelmäßig der New

²⁷ S. stellvertretend Art. 10 ECT.

²⁸ Zum Gehalt dieser in bilateralen Investitionsschutzabkommen verbreiteten Formel s. in jüngerer Zeit z.B. *Nouvel*, Les standards de traitement: le traitement juste et équitable, la sécurité pleine et entière, in: *Leben* (Fn. 24), S. 287 ff.; v. *Hammerstein/Roegele*, Der Fair and Equitable Treatment-Standard im Investitionsschutzrecht, *SchiedsVZ* 2015, 275 ff.; *Paparinskis*, Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment, 2011; *Kläger*, Fair and Equitable Treatment in International Investment Law, 2011; *Tudor*, The Fair and Equitable Treatment Standard, 2008; zuvor z.B. *Vasciannie*, The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice, 70 *BYIL* (1999), 99 ff.

²⁹ Zu dieser Verlagerung s. z.B. *McLachlan*, Investment Treaties and General International Law, 57 *ICLQ* (2008), 361 (375 ff.).

³⁰ Zur umstrittenen Frage, ob dieser Schutz eigenständig oder als Teil des FET-Standards zu verankern ist, s. *Lorz*, Protection and security, in: *Bungenberg u.a.* (Fn. 17), S. 764 (786 ff.).

³¹ S. stellvertretend Art. 26 Abs. 4 ECT, der dem Investor die Wahl zwischen einem Verfahren vor einem ICSID-Schiedsgericht, einem Ad-hoc-Schiedsgericht nach den UNCITRAL-Regeln oder einem Schiedsverfahren im Rahmen des Instituts für Schiedsverfahren der Handelskammer Stockholm eröffnet.

³² S. auch hierfür stellvertretend Art. 47 Abs. 3 ECT (mit einer besonders langen Nachwirkungszeit von 20 Jahren ab Wirksamkeit der Kündigung); zur Frage, ob solche Nachwirkungsklauseln auch bei einvernehmlicher Aufhebung eines Abkommens durch die Vertragsstaaten eingreifen können, s.u. III. 3. b.

Yorker Schiedskonvention³³, die eine Vollstreckung auch in nicht am Verfahren beteiligten Drittstaaten ermöglicht, die Vertragsparteien dieser Konvention sind; noch weiter geht Art. 54 der ICSID-Konvention, wonach auf der Grundlage der Konvention ergangene Schiedsurteile in allen Vertragsstaaten ohne inhaltliche Überprüfung vollstreckbar sind³⁴.

Funktional ersetzen die Schiedsklauseln in Investitionsschutzabkommen das traditionelle Instrument des diplomatischen Schutzes, mit dem ein Staat die Interessen seiner Staatsangehörigen gegen andere Staaten verteidigen und so z.B. auf dem Weg über Verhandlungen oder die Vereinbarung der Zuständigkeit eines völkerrechtlichen Schiedsgerichts Entschädigungen für Eingriffe wie Enteignungen erzielen kann.³⁵ Mit dem Abschluß von Investitionsschutzabkommen mit Schiedsklausel stattet der Herkunftsstaat der Investition stattdessen seine Investoren mit der Möglichkeit aus, sich selbst vor einer internationalen Instanz gegen den Eingriff zu wehren. Der Streit wird damit der Sphäre der außenpolitischen Beziehungen der Vertragsstaaten entzogen und insoweit entpolitisiert, zugleich entfällt für den Investor die Unsicherheit, ob er seinen Heimatstaat zur Ausübung diplomatischen Schutzes bewegen kann³⁶. Konsequenter sieht Art. 27 der ICSID-Konvention vor, daß der Heimatstaat des Investors die Mittel des diplomatischen Schutzes während der Anhängigkeit des Schiedsverfahrens nicht nutzen darf und auch einen negativen Ausgang des Verfahrens akzeptieren muß; die Instrumente des diplomatischen Schutzes dürfen erst wieder zum Einsatz kommen, wenn der Gaststaat der Investition ein ICSID-Schiedsurteil nicht befolgt.

c.) Die jüngere Kritik am System des Investitionsschutzes

Die seit Ende der 1990er Jahre verbreitete Kritik an den Mechanismen des Investitionsschutzes richtet sich gegen die materielle ebenso wie gegen die prozessuale Seite des Investitionsschutz-Regimes: Auf materieller Ebene wird die Beschränkung der politischen Gestaltungsspielräume der Vertragsstaaten – ihres „right to regulate“ – beanstandet³⁷.

In prozessualer Hinsicht wird die Daseinsberechtigung der Investitionsschutz-

³³ Convention on the recognition and enforcement of foreign arbitral awards of 10 June 1958, BGBl. 1961 II S. 121; Art. V Abs. 2 lit. b der Konvention ermöglicht aber eine ordre public-Kontrolle durch den Vollstreckungsstaat, dazu z.B. *Borris/Hennecke*, Art. V, in: Wolff (ed.), *New York Convention*, 2. A. 2019, S. 231 (416 ff.). Die Konvention bindet derzeit 202 Vertragsparteien, s. www.newyorkconvention.org/countries.

³⁴ Dazu zuletzt *Bermann*, *Understanding ICSID article 54*, 35 *ICSID Review* (2020), 311 ff.

³⁵ Dazu z.B. *Gundel*, *Vom diplomatischen Schutz zum Recht der Investitionsschutzabkommen: Offene Fragen und alternative Wege beim Auslandsschutz privater Vermögensinteressen*, 51 *ArchVR* (2013), 108 (127 ff.); s. auch *Polance*, *The Return of the Home State to Investor-State Disputes – Bringing Back Diplomatic Protection?*, 2019.

³⁶ Die Frage eines Anspruchs des Investors gegen seinen Heimatstaat auf die Ausübung diplomatischen Schutzes unterliegt dem nationalen Recht; nach deutschem Recht besteht insoweit nur ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung, s. z.B. BVerwG, 24.1.1989 – 7 B 102/88, NJW 1989, 2208.

³⁷ Dazu noch u. II. 4. sowie III. 1. u. 4.

Schiedsgerichtsbarkeit bestritten: Vielfach wird in den Industriestaaten argumentiert, daß es sich hier um eine ungerechtfertigte Sondergerichtsbarkeit zur Privilegierung ausländischer Investoren (und insbesondere ausländischer Großunternehmen) handele, für die es in funktionierenden Rechtsstaaten keinen legitimen Grund gebe. Dem ist allerdings entgegenzuhalten, daß der Schutzgedanke des Investitionsschutzrecht nicht einseitig auf Entwicklungsländer zielt, denen mit dieser Argumentation pauschal eine dysfunktionale Justiz zugeschrieben wird: Es geht generell um den Schutz ausländischer Investitionen, und hier können nationale Gerichte des Gaststaates einer Investition – auch im Fall perfekt gesicherter richterlicher Unabhängigkeit – als institutionell befangen wahrgenommen werden, wenn sie einen Rechtsstreit zwischen ihrem Heimatstaat und einem ausländischen Investor entscheiden müssen³⁸; der EuGH hat diesen Unterschied der Lage von in- und ausländischen Klägern auch anerkannt³⁹. Nachvollziehbar erscheint dies gerade auch aus dem Blickwinkel der deutschen Rechtsordnung, die juristischen Personen aus Drittstaaten gemäß Art. 19 Abs. 3 GG grundsätzlich keinen Grundrechtsschutz einräumt⁴⁰.

Weitere Kritikpunkte wie die Auswahl der Richter durch die Streitparteien, die Intransparenz der Verfahren oder die hohen Kosten sind weniger grundsätzlicher Art und können ohne Aufgabe des Grundmechanismus berücksichtigt werden⁴¹. Statistisch nicht belegbar ist schließlich der Vorwurf, daß Investitionsschutzgerichte systematisch zugunsten der Investoren entscheiden würden⁴²; er erscheint auch angesichts der Auswahl der Schiedsrichter

³⁸ Dazu *Classen*, Die Unterwerfung demokratischer Hoheitsgewalt unter eine Schiedsgerichtsbarkeit, *EuZW* 2014, 611 (613: „institutionell befangen“); *Gundel*, Investitionsschutz-Schiedsgerichtsbarkeit und Unionsrecht nach dem Achmea-Urteil des EuGH, *EWS* 2018, 124 (127); *Riffel*, Does Investor-State Dispute Settlement Discriminate Against Nationals?, 21 *GLJ* (2020), 197 (217 ff.); auch im Ausgangs- oder Alternativszenario des diplomatischen Schutzes durch den Heimatstaat (s.o. II. 2. b. bei Fn. 35) würde der Streit nicht durch die Gerichte des Gaststaates, sondern ggf. durch ein internationales Gericht entschieden.

³⁹ EuGH (Plenum), 30.4.2019 – GA 1/17 (CETA), *EuZW* 2019, 457 m. Anm. *Hemler*, Tz. 180; dazu z.B. *Gundel*, Das CETA-Gutachten des EuGH: Neue Grenzen des Unionsrechts für die Unterwerfung unter „fremde Richter“?, *EWS* 2019, 181 (182 f.).

⁴⁰ Eine Ausnahme hat das BVerfG hier für Unternehmen aus anderen EU-Mitgliedstaaten begründet; sie soll auch gelten, wenn es sich um Staatsunternehmen handelt, die als deutsche Unternehmen nicht grundrechtsfähig wären, so BVerfG, 6.12.2016 – 1 BvR 2821/11 u.a. BVerfGE 143, 246; kritisch zu diesem letzten Punkt *Gundel*, Grundrechtsfähigkeit für ausländische Staatsunternehmen? – Überlegungen aus Anlaß des BVerfG-Urteils zum beschleunigten Atomausstieg, in: *FS Schmidt-Preuß*, 2018, S. 33 ff.; s. auch *Rauber*, Zur Grundrechtsberechtigung fremdstaatlich beherrschter juristischer Personen, 2019, S. 86 ff. Ansonsten gilt der Befund aber weiter, s. zuletzt BVerfG (K), 27.6.2018 – 2 BvR 1287/17, 2 BvR 1583/17, *NJW* 2018, 2392, zur Unzulässigkeit der Verfassungsbeschwerde einer US-Anwaltskanzlei gegen ihre Durchsuchung; dazu *Momsen*, Volkswagen, Jones Day und interne Ermittlungen, *NJW* 2018, 2362 ff.

⁴¹ S. zur entsprechenden Initiative der EU-Kommission für eine stärkere Institutionalisierung der Investitionsschutz-Schiedsgerichtsbarkeit u. II. 3. b.

⁴² Nach den ICSID Caseload Statistics, Issue 2021.-2 (s.o. Fn. 17), S. 14 waren im Zeitraum 1966-2021 47 % der Schiedsklagen ganz oder teilweise erfolgreich, 30 % wurden als vollständig unbegründet und 23 % als unzulässig abgewiesen; s. auch die Analyse der auf Grundlage des ECT entschiedenen Fälle bei *Coop*, 20 Years of the Energy Charter Treaty, 29 *ICSID Review* (2014), 515 (518).

durch die Streitparteien nicht plausibel⁴³.

3. Die besondere Lage der EU und ihrer Mitgliedstaaten

a.) Die geteilte Zuständigkeit für den Abschluß von Investitionsschutzabkommen mit Drittstaaten

Für die EU-Mitgliedstaaten gilt seit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon, dass sie keine eigenständigen Investitionsschutzabkommen mit Drittstaaten mehr abschließen können, weil die Kompetenz für den Investitionsschutz durch die Erweiterung des Art. 207 AEUV (Handelspolitik) auf die Union übergegangen ist. Bestehende Abkommen der Mitgliedstaaten mit Drittstaaten gelten jedoch bis zu einer Ablösung durch von der EU geschlossene Abkommen fort⁴⁴; sie sind der Kommission zu notifizieren und werden von ihr in einem Register geführt⁴⁵.

Auch die EU kann eigenständig aber keine vollständigen Abkommen schließen, weil der EuGH in seinem Gutachten zum Abkommen mit Singapur⁴⁶ entschieden hat, dass die Zuständigkeit für die eigene Unterwerfung unter die Schiedsgerichtsbarkeit bei den Mitgliedstaaten verblieben ist. Die Union kann diese Unterwerfung also nur mit Wirkung für sich selbst aussprechen; nachdem potentiell gegen den Investitionsschutz verstoßende Maßnahmen aber auch von den Mitgliedstaaten ausgehen können, ist insofern der Abschluß von sog. gemischten Abkommen notwendig, die auf Seiten der EU von der Union und den Mitgliedstaaten zugleich ratifiziert werden. Das kann das Inkrafttreten von Abkommen erheblich verzögern, so dass die EU dazu übergegangen ist, Freihandelsabkommen, die sie weiter allein abschließen kann, und Investitionsschutzabkommen zu trennen – so etwa beim Abschluß des Freihandelsabkommens mit Japan⁴⁷ sowie den Abkommen mit Singapur⁴⁸ und

⁴³ So zu Recht *Elsing/Grote* (Fn. 19), RIW 2018, 321 (324).

⁴⁴ S. Art. 3 der VO (EU) Nr. 1219/2012 des EP und des Rates v. 12.12.2012 zur Einführung einer Übergangsregelung für bilaterale Investitionsschutzabkommen zwischen den Mitgliedstaaten und Drittländern, ABl. EU 2012 L 351/40; auch neue Abkommen können von den Mitgliedstaaten mit Genehmigung der Kommission geschlossen werden, Art. 7ff. der Verordnung.

⁴⁵ Art. 2 und 4 der VO (EU) Nr. 1219/2012 (Fn. 44).

⁴⁶ EuGH (Plenum), 16.5.2017 – GA 2/15 (Freihandelsabkommen mit Singapur), EuGRZ 2017, 338; dazu *Brauneck*, Keine ausschließliche Zuständigkeit bei allen Investitionsabkommen mit Drittstaaten?, DÖV 2018, 22 ff.; *Dony*, L’avis 2/15 de la Cour de justice: un „jugement de Salomon“?, RTDE 2017, 525 ff.; *Engel*, Das Investor-Staat-Streitbeilegungssystem auf dem unionsrechtlichen Prüfstand, SchiedsVZ 2017, 291 ff.; *Hainbach*, The CJEU’s Opinion 2/15 and the Future of EU Investment Policy and Law-Making, 45 LIEI (2018), 199 ff.; *Hervé*, CDE 2017, 693 ff.; *Kleimann/Kübek*, The Signing, Provisional Application and Conclusion of Trade and Investment Agreements in the EU: The Case of CETA and Opinion 2/15, 45 LIEI (2018), 13 ff.; *Simon*, L’avis 2/15 sur l’accord de libre-échange entre l’Union et Singapour: un apport majeur pour les modalités des accords ultérieurs „de nouvelle génération“, Europe 7/2017, 6 ff.

⁴⁷ Das Abkommen zwischen der Europäischen Union und Japan über eine Wirtschaftspartnerschaft, ABl. EU 2018 L 330/3, in Kraft getreten am 1.2.2019, enthält dementsprechend keine Regelungen zur Investitionsschutz-Schiedsgerichtsbarkeit; s. auch *Brauneck*, Abgetrennte EU-Handelsabkommen ohne Beteiligung der Mitgliedstaaten?, EuZW 2018, 796 ff.

Vietnam⁴⁹.

b.) Die angestrebte Umgestaltung der Investitionsschutz-Schiedsgerichtsbarkeit

Als weitere Besonderheit ist zu berücksichtigen, daß die EU-Kommission im Gefolge der Diskussionen um die Ausgestaltung des Investitionsschutzes im Rahmen von TTIP einen eigenen Ansatz für die Ausgestaltung der Investitionsschutz-Schiedsgerichtsbarkeit entwickelt hat, der auf eine stärkere institutionelle Strukturierung abzielt: Zuständig sollen danach nicht mehr von den Parteien (Investor und verklagter Staat) benannte Schiedsrichter, sondern ein zuvor von den Vertragsstaaten eingerichtetes Gericht mit von den Vertragsstaaten bestimmten Richtern und einer Berufungsinstanz; Fernziel ist die Errichtung eines multilateralen Investitionsschutzgerichts nach diesem Vorbild⁵⁰.

Die Durchsetzbarkeit dieses neuen Ansatzes, der den Vertragsstaaten größeren Einfluß auf die Verfahrensgestaltung gibt als der bisherige Verweis auf das Organisationsmodell der Handelsschiedsgerichtsbarkeit, der ihnen aber auch größere Investitionen in die Vorhaltung einer eigenen Schiedsinfrastruktur abverlangt⁵¹ und Koordinationsprobleme mit den bestehenden Strukturen aufwirft⁵², ist bisher offen: Kanada hat diese Neuausrichtung als erster Handelspartner der EU beim Abschluß des CETA-Abkommens akzeptiert, der EuGH hat die Vereinbarkeit des Abkommens mit Unionsrecht bestätigt⁵³. Bei den Verhandlungen mit Japan ist dagegen deutlich geworden, daß dieser Partner das traditionelle System vorzieht;

⁴⁸ S. den Vorschlag für einen Beschluß des Rates über den Abschluß des Investitionsschutzabkommens zwischen der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Republik Singapur andererseits, COM (2018) 194 final v. 18.4.2018.

⁴⁹ S. den Vorschlag für einen Beschluß des Rates über den Abschluß des Investitionsschutzabkommens zwischen der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Sozialistischen Republik Vietnam andererseits, COM (2018) 693 final v. 17.10.2018.

⁵⁰ S. die Kommissionsmitteilung Handel für alle – Hin zu einer verantwortungsbewußteren Handels- und Investitionspolitik, COM (2015) 497 final v.14.10.2015, S. 19; weiter die Empfehlung für einen Beschluß des Rates über die Ermächtigung zur Aufnahme von Verhandlungen über ein Übereinkommen zur Errichtung eines multilateralen Gerichtshofs für die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten, COM (2017) 493 final v. 13.9.2017 sowie im Anschluß die vom Rat am 20.3.2018 verabschiedeten Verhandlungsleitlinien für ein Übereinkommen zur Errichtung eines multilateralen Gerichtshofs für die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten, Doc. 12981/17 ADD 1 DCL 1; dazu z.B. *Baetens*, The European Union's Proposed Investment Court System: Addressing Criticisms of Investor-State Arbitration While Rising New Challenges, LIEI 43 (2016), 367 ff.; *Wuschka*, Ein Investitionsgerichtshof – Der große Wurf der EU-Kommission?, ZEuS 2016, 153 ff.; *Jaeger*, Zum Vorschlag einer permanenten Investitionsgerichtsbarkeit, EuR 2016, 203 ff.; *Rosenfeld*, The Multilateral Investment Court, in: Mata Dona/Lavranos (eds.), International Arbitration and EU Law, 2021, S. 449 ff.; *Elsing/Grote* (Fn. 19), RIW 2018, 321 (334 ff.)

⁵¹ Dazu *Elsing/Grote* (Fn. 19), RIW 2018, 321 (337 f.).

⁵² Das gilt vor allem für die Möglichkeit der Vollstreckung in Drittstaaten, die im bestehenden System durch die Schiedskonvention von New York und die ICSID-Konvention gesichert werden (s.o. II. 2. B. mit Fn. 33 f.); daß die Urteile der neuen Gerichtsbarkeit die Voraussetzungen dieser Konventionen erfüllen, ist aber nicht gesichert, s. dazu *Qayyum*, the Enforceability of Proposed Reforms to Investor-State Dispute Settlement, 35 ICSID Review (2020), 253 ff.; *Stöbener de Mora*, Investitionsschutz unter neuen Vorzeichen – Das Konzept der EU im weltweiten Kontext, EuZW 2021, 325 (334).

⁵³ EuGH (Plenum), 30.4.2019 – GA 1/17 (CETA), EuZW 2019, 457 m. Anm. *Hemler*.

auch hier wurde die Entscheidung getroffen, die Materien zu trennen und zunächst allein den Freihandelsteil abzuschließen.⁵⁴ Ein bereits funktionierendes Beispiel der neuen EU-Konzeption besteht noch nicht, weil das CETA-Abkommen bisher nicht ratifiziert wurde und die bis dahin vorgesehene vorläufige Anwendung dieses Abkommens nicht für den Bereich des Investitionsschutzes gilt⁵⁵. Auch die Investitionsschutzabkommen mit Singapur und Vietnam, die dem von der EU vorgeschlagenen Ansatz folgen, sind noch nicht ratifiziert; dasselbe gilt für das Abkommen mit Mexiko, dessen Text noch finalisiert wird⁵⁶. Bei den Verhandlungen über Handelsabkommen mit anderen Staaten wie Australien, Neuseeland oder China wurde der Bereich des Investitionsschutzes ganz ausgeklammert⁵⁷. Die weiter fortgeltenden BITs der EU-Mitgliedstaaten mit Drittstaaten⁵⁸ dürften daher noch über längere Zeit ihre Bedeutung behalten.

c.) Die Situation der Intra-EU-BITs

Weiter ist auf EU-Ebene zu berücksichtigen, daß der EuGH in dem bekannten Achmea-Urteil aus dem Jahr 2018⁵⁹ Schiedsklauseln in Investitionsschutzabkommen zwischen EU-Mitgliedstaaten – den sog. Intra-EU-BITs – als Umgehung der nationalen Gerichte (und damit auch des Vorlagemechanismus nach Art. 267 AEUV) beanstandet und für unzulässig erklärt hat. Aus dem Vorrang des Unionsrechts folgt damit die Unanwendbarkeit der in diesen Abkommen enthaltenen Schiedsklauseln und in der Konsequenz die Aufhebbarkeit der auf dieser Grundlage ergangenen Schiedsurteile⁶⁰, wobei allerdings bisher umstritten war, ob das Achmea-Urteil alle Arten von Schiedsklauseln umfaßt, oder nur auf Regelungen anzuwenden ist, die das Europarecht als Prüfungsmaßstab des Schiedsgerichts einbeziehen. Die Frage

⁵⁴ Dazu z.B. *Trochu*, Les systèmes de règlement des différends investisseurs-Etats dans les accords de partenariat entre l'Union européenne et les pays d'Asie-Pacifique, in: Berramdane/Trochu (éds.), Union européenne et protection des investissements, 2021, S. 277 (293 ff.).

⁵⁵ S. den Beschluß (EU) 2017/38 des Rates v. 28.10.2016 über die vorläufige Anwendbarkeit des umfassenden Wirtschafts- und Handelsabkommens (CETA) zwischen Kanada einerseits und der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten andererseits, ABl. EU 2017 L 11/1080.

⁵⁶ Dazu *Murguía-Goebel/Stöbener de Mora*, Außenhandelsrecht: Abschluß des EU-Mexiko-Freihandelsabkommens, EuZW 2020, 446 f.; auch den laufenden Verhandlungen mit Indonesien, Tunesien und den Philippinen legt die EU ihr Modell zugrunde, s. m.w.N. *Stöbener de Mora* (Fn. 52), EuZW 2021, 325 (328).

⁵⁷ S. m.w.N. *Stöbener de Mora* (Fn. 52), EuZW 2021, 325 (331 f.).

⁵⁸ S.o. bei Fn. 44.

⁵⁹ EuGH (GK), 6.3.2018 – Rs. C-284/16 (Achmea/Slowakei), DVBl. 2018, 573 m. Anm. *Basener* = EuZW 2018, 239 m. Anm. *Scholtka* = NJW 2018, 1663 m. Bespr. *Wernicke* S. 1644 ff. = NVwZ 2018, 723 m. Anm. *Gundel* = RIW 2018, 200 m. Anm. *Müller* = JDI 2018, 903 m. Anm. *Nouvel* = JZ 2018, 511 m. Anm. *Ohler* = RCDIP 2018, 616 m. Anm. *Gaillard*.

⁶⁰ So die Konsequenz von BGH, 31.10.2018 – I ZB 2/15, RIW 2019, 81 = SchiedsVZ 2019, 46 (nationale Abschlußentscheidung im Fall Achmea); ebenso dann zum BIT Kroatien/Österreich OLG Frankfurt/M., 11.2.2021 – 26 SchH 2/20 (juris).

dürfte nun allerdings durch das Komstroy-Urteil des EuGH⁶¹ dahin geklärt sein, daß die Weichenstellung des Achmea-Urteils breit zu verstehen und anzuwenden ist⁶².

23 der 27 EU-Mitgliedstaaten⁶³ haben im Anschluß daran ein Abkommen⁶⁴ geschlossen, mit dem die bisher zwischen diesen Mitgliedstaaten bestehenden bilateralen Investitionsschutzabkommen insgesamt – also nicht nur in Bezug auf die vom EuGH beanstandete Schiedsklausel – einschließlich der „sunset clauses“⁶⁵ aufgehoben werden; es ist am 29.8.2020 in Kraft getreten⁶⁶. Das Abkommen sieht auch vor, dass bereits eingeleitete Verfahren nicht fortzuführen sind; ob sich diese Position, die unionsrechtlich auch dem Vorranganspruch entsprechen würde, sich vollständig durchsetzen wird, ist noch offen, weil insbesondere auf der Grundlage der ICSID-Konvention agierende Schiedsgerichte die Abkommen weiterhin als Grundlage ansehen⁶⁷. Perspektivisch wird die Investitionsschutz-Schiedsgerichtsbarkeit auf der Grundlage von Intra-EU-BITs aber keine wesentliche Rolle mehr spielen.

d.) Die Situation des ECT in Intra-EU-Fällen

Bisher war nicht geklärt, ob von der Beanstandung durch das Achmea-Urteil des EuGH auch die Schiedsklausel des von EU und Mitgliedstaaten gemeinsam abgeschlossenen ECT

⁶¹ EuGH (GK), 2.9.2021 – Rs. C-741/19 (Republik Moldau/Komstroy LLC); s. dazu noch näher u. II. 3. d.

⁶² S. die knappen Ausführungen in EuGH (GK), 2.9.2021 – Rs. C-741/19 (Republik Moldau/Komstroy LLC), Tz. 48-50, wonach der ECT durch die Ratifikation seitens der EU selbst ein Rechtsakt der Union sei und die Schiedsgerichte daher (?) auch Unionsrecht „anzulegen oder sogar anzuwenden hätten“ (Tz. 50).

⁶³ Unter den Unterzeichnern fehlen Finnland, Irland, Österreich und Schweden.

⁶⁴ Übereinkommen zur Beendigung bilateraler Investitionsschutzverträge zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, ABl. EU 2020 L 169/1; s. vorbereitend dazu: Declaration of the Member States of 15 January 2019 on the legal consequences of the Achmea judgment and on investment protection. Erste Überlegungen zu einer solchen Lösung finden sich bereits im Jahr 2016, s. dazu *Andersen/Hindelang*, *The Day After: Alternatives to Intra-EU BITs*, 17 *Journal of World Investment and Trade* (2016), 984 (988).

⁶⁵ Art. 2 Ans. 2 des Abkommens. Aus unionsrechtlicher Sicht hat die Regelung allerdings keine eigenständige Bedeutung, weil das Achmea-Urteil seine zeitliche Wirkung nicht beschränkt hatte und der Vorrang des Unionsrechts sich damit auch für die Vergangenheit durchsetzt; s. auch noch u. III. 3. b. m. Fn. 121.

⁶⁶ S. den Hinweis in ABl. EU 2020 L 281/1; zu dem Abkommen auch *Berger*, *Ein Ende naht – Übereinkommen zur Beendigung bilateraler Investitionsschutzverträge zwischen EU-Mitgliedstaaten*, *EuZW* 2021, 342 ff.; *Cazala*, *Fin de partie pour les traités bilatéraux d’investissement intra-européens? À propos de l’accord du 5 mai 2020*, *JDI* 2020, 855 ff.; *Marotti*, *Aspetti problematici dell’accordo sull’estinzione dei trattati bilaterali di investimento tra stati membri dell’Unione europea*, *Riv. dir. int. priv. proc.* 2020, 843 ff.

⁶⁷ Dazu *Yusuf/Tan*, *United Utilities (Tallinn) BV v Estonia*; *ICSID Arbitration after Achmea: the Beginning of the End or the End of the Beginning*, 35 *ICSID Review* (2020), 183 ff.; *Hodgson/Rivera*, *UP and CD Holding Internationale v Hungary: Achmea is Not the End of Intra-EU ICSID Arbitration*, 35 *ICSID Review* (2020), 197 ff. Aus der Sicht der ICSID-Konvention ist die durch Anrufung des Schiedsgerichts zustandegekommene Schiedsvereinbarung gemäß Art. 25 ICSID-Konvention verbindlich, s. *Rémy*, *CIRDI – Chronique des sentences arbitrales*, *JDI* 2021, 287 (297); *Marotti* (Fn. 66), *Riv. dir. int. priv. proc.* 2020, 843 (862); für die Fortführung bereits eingeleiteter Schiedsverfahren auch außerhalb der ICSID-Konvention *Binder*, *A Treaty Law Perspective on Intra-EU Bits*, 17 *Journal of World Investment and Trade* (2016), 964 (981 ff.).

betroffen ist, soweit sie die Grundlage von Intra-EU-Streitigkeiten ist⁶⁸; nachdem die Mehrheit der ECT-Vertragsstaaten zwischenzeitlich auch EU-Mitglied ist, gehört eine große Zahl von Streitigkeiten dieser Gruppe an. Die EU-Kommission vertritt hierzu seit langem die Auffassung, daß die Schiedsklausel unionsrechtskonform dahin zu interpretieren ist, dass die EU-Mitgliedstaaten insgesamt als eine Vertragspartei zu behandeln sind, so daß im Verhältnis unter ihnen die Investitionsschutz-Schiedsgerichtsbarkeit nicht anwendbar wäre. Dieser Auslegung ist bisher allerdings kein Schiedsgericht gefolgt; sie wird auch nicht durch die Analyse der Vertragsverhandlungen gestützt, in denen die EU eine solche Regelung zunächst durchzusetzen versucht, diesen Plan aber nicht weiterverfolgt hat⁶⁹. Das erwähnte Aufhebungsabkommen schließt eine Berührung des ECT ausdrücklich aus⁷⁰ und behält diese Frage einer späteren Klärung vor.

Zuletzt hat der EuGH im Komstroy-Urteil vom September 2021⁷¹ allerdings entschieden, daß die Schiedsklausel des Art. 26 ECT zwar in Bezug auf das Verhältnis zu Drittstaaten unionsrechtlich zulässig ist,⁷² die Bestimmung aber unionsrechtskonform so ausgelegt werden müsse, daß sie auf Intra-EU-Streitigkeiten nicht anwendbar sei⁷³; insoweit handele es sich faktisch um eine unionsinterne bilaterale Streitigkeit, für die die Grundsätze der Achmea-Entscheidung gälten⁷⁴. Im Ergebnis hat der EuGH damit der Auffassung der Kommission zum Durchbruch verholfen; anders als die Kommission hat er aber nicht versucht, dieses Ergebnis durch die Auslegung des Abkommens zu begründen, sondern hat sich hierfür allein auf die Anforderungen des EU-Rechtsschutzsystems und die Auslegung des Vertrages in einem zweiten Schritt an diese Anforderungen angepaßt. Unionsrechtlich ist diese Argumentation zwar konsequent; völkerrechtlich ist eine solche Auslegung eines Abkommens in Anpassung an das Recht einer Vertragspartei durch ein Gericht dieser

⁶⁸ Dazu z.B. *Damjanovic/Quirico*, Intra-EU investment dispute settlement under the Energy Charter Treaty, 26 Columbia Journal of European Law (2019), 102 ff.; *Scheu/Nikolov*, The setting aside and enforcement of intra-EU investment arbitration awards after Achmea, 36 Arbitration International (2020), 253 ff.; *Rusche*, Der Energiecharta-Vertrag auf dem Prüfstein von Achmea und CETA, EuZW 2020, 169 ff.

⁶⁹ Dazu m.w.N. *Basedow*, The Achmea Judgment and the Applicability of the Energy Charter Treaty in Intra-EU Investment Arbitration, 23 JIEL (2020), 271 ff; anders die Kommissionssicht bei *MalFerrari*, Protection des investissements intra-UE post Achmea et post avis CETA: entre (faux) mythes et (dures) réalités, in: Berramdane/Trochu (Fn. 54), S. 43 (85 f.), wonach die gesonderte Definition des territorialen Zuständigkeitsbereichs einer dem Abkommen beitretenden REIO in Art. 1 Nr. 10 lit. b ECT die fehlende Dekonnektionsklausel ersetzen soll; nachdem aber auch der Zuständigkeitsbereich der beitretenden Staaten (in Art. 1 Nr. 10 lit. a ECT) definiert wird und die EU-Mitgliedstaaten Vertragsparteien sind, gelten die vereinbarten vertraglichen Rechte und Pflichten ohne ausdrücklich abweichende Regelung auch im Verhältnis unter ihnen.

⁷⁰ So die Präambel des Übereinkommens (Fn. 64).

⁷¹ EuGH (GK), 2.9.2021 – Rs. C-741/19 (Republik Moldau/Komstroy LLC).

⁷² Tz. 61 des Urteils.

⁷³ Tz. 47 ff., 62 ff. des Urteils.

⁷⁴ Tz. 64 des Urteils.

Vertragspartei allerdings höchst angreifbar⁷⁵. Es ist daher nicht gesichert, daß auf der Grundlage des ECT angerufene Investitionsschutzgerichte dieser neuen Weichenstellung folgen und ihre Zuständigkeit verneinen werden; jedenfalls in Drittstaaten könnten solche Schiedsurteile auch zur Vollstreckung kommen. Es ist damit zu erwarten, daß insbesondere in Bezug auf bereits anhängige Intra-EU-Schiedsverfahren auf Grundlage des ECT⁷⁶ über längere Zeit Rechtsunsicherheit herrschen wird.

Die Schiedsklausel des ECT ist damit zwar zumindest aus unionsrechtlicher Sicht „deaktiviert“; die materiellrechtlichen Standards des ECT – Enteignungsverbot und FET-Standard – gelten aber weiterhin⁷⁷ und können in Intra-EU-Fällen vor den nationalen Gerichten der Mitgliedstaaten geltendgemacht werden, wobei sie ggf. weitergehenden Schutz bieten können als eine Berufung auf Grundsätze des jeweiligen nationalverfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes. Es ist auch davon auszugehen, daß sie als Teil des Unionsrechts Geltung beanspruchen⁷⁸ und damit am Vorrang des Unionsrechts gegenüber dem nationalen Recht teilhaben. Auch unter diesem Gesichtspunkt kann der ECT in Intra-EU-Fällen weiterhin relevant sein. Allerdings fehlt den nationalen Gerichten bisher die Erfahrung mit der Anwendung dieser speziellen Maßstäbe; sie können hier aber anders als die Investitionsschutz-Schiedsgerichte⁷⁹ das Vorabentscheidungsverfahren gemäß Art. 267 AEUV zur Klärung von Auslegungsfragen nutzen⁸⁰.

4. Investitionsschutz und das staatliche „Right to regulate“

a.) Die etablierten Standards

⁷⁵ Methodisch korrekter wäre es aus dieser Perspektive gewesen, den Ratsbeschluß zum Abschluß des Abkommens für (teil-)unionsrechtswidrig zu erklären; auch ein solches Vorgehen hätte aber an der völkerrechtlichen Verbindlichkeit des ECT nichts geändert.

⁷⁶ S. zu solchen Verfahren noch III. 1 und 2.

⁷⁷ Die auf das Rechtsschutzsystem der EU bezogenen Einwände des EuGH gegen die Schiedsklauseln bieten auch keinen Ansatz für eine Übertragung des Ergebnisses auf die materiellen Schutzstandards. Ihre Unanwendbarkeit auf Intra-EU-Sachverhalte läßt sich nur begründen, wenn man mit der Kommission dem ECT die implizite Aussage entnimmt, daß die EU und ihre Mitgliedstaaten als eine einzige Vertragspartei zu behandeln seien (s.o. Fn. 69); diesen – auch kaum haltbaren – Begründungsweg hat der EuGH aber nicht gewählt.

⁷⁸ Die Frage stellt sich, weil der ECT von EU und Mitgliedstaaten gemeinsam – als sog. gemischtes Abkommen – geschlossen worden ist und bei solchen Abkommen stets geprüft werden muß, ob der jeweils fragliche Inhalt zum unionsrechtlichen oder zum mitgliedstaatlichen Teil des Abkommens gehört, was sich nach der Reichweite der Zuständigkeit der Union richtet. Nachdem der Energiesektor inzwischen weitgehend durch EU-Sekundärrecht normiert ist, dürfte die Zuordnung zum unionsrechtlichen Teil zu bejahen sein, s. auch *Gundel*, Die Entwicklung des Europäischen Energierechts, in: FS Danner, 2019, S. 61 (67 f.).

⁷⁹ Die fehlende Einbeziehung der Schiedsgerichte in das System des Vorabentscheidungsverfahrens war der zentrale Kritikpunkt des EuGH, s. EuGH (GK), 6.3.2018 – Rs. C-284/16 (*Achmea/Slowakei*), Tz. 43 ff.; EuGH (GK), 2.9.2021 – Rs. C-741/19 (*Republik Moldau/Komstroy LLC*), Tz. 51 ff.

⁸⁰ Eine erste Frage eines italienischen Gerichts zur Auslegung der Schutzstandards nach Art. 10 ECT hat EuGH, 15.4.2021 – Rs. C-798/18 u.a. (*Anie u.a.*), RIW 2021, 589 m. Anm. *Fölsing*, Tz. 68 ff. zurückgewiesen, weil ein rein innerstaatlicher Sachverhalt ohne Beteiligung von Investoren aus anderen Vertragsstaaten vorlag.

Das Verhältnis zwischen Investitionsschutzregeln und dem politischen Gestaltungsspielraum des Gaststaates ist seit dem Ende der 1990er Jahre problematisiert worden. Hierbei ist zunächst festzuhalten, dass der erstmalige Marktzugang vom Schutz der Abkommen regelmäßig nicht erfaßt wird, es geht insoweit nur um den Schutz von bereits realisierten Investitionen gegenüber neuen Marktregulierungen. Als typisches Beispiel läßt sich der Sachverhalt des Achmea-Rechtsstreits⁸¹ anführen, in dem niederländische Investoren auf dem privatisierten slowakischen Krankenversicherungsmarkt tätig geworden waren, der allerdings wenig später wieder verstaatlicht wurde.

Maßstab für die Prüfung ist zum einen das Verbot indirekter Enteignungen, zum anderen und vor allem der FET-Standard, in dessen Anwendung die Schiedsgerichte auf die berechtigten Erwartungen eines Investors abstellen⁸². Neue Regulierungen sind danach nicht von vornherein unzulässig; die Beurteilung ist vielmehr stark davon abhängig, welche konkreten Vertrauenstatbestände der Staat gesetzt hat: Der Schutz ist regelmäßig besonders stark, wenn die Rechte dem Investor vertraglich – etwa durch einen Konzessionsvertrag – zugesichert wurden; auch sonstige konkrete Erklärungen gegenüber dem Investor können den Schutz verstärken⁸³.

Die Rechtsprechung der Schiedsgerichte hat dabei immer wieder deutlich gemacht, daß Investoren keinen Anspruch auf einen unveränderten Rechtsrahmen geltendmachen können⁸⁴; auch ist festzustellen, daß spektakuläre Fälle wie etwa die Klagen von Tabakkonzernen gegen Regelungen zur Einschränkung des Tabakkonsums zwar für großes Aufsehen gesorgt, schließlich aber gerade keinen Erfolg gehabt haben⁸⁵.

Dennoch bleibt der Befund, daß es sich um sehr abstrakte und wertungsabhängige Begriffe handelt, so daß das Ergebnis ihrer Anwendung im Einzelfall nicht leicht zu prognostizieren

⁸¹ S.o. Fn. 59.

⁸² Speziell zum ECT s. *Coop/Seif*, ECT and States' right to regulate, in: Scherer (ed.), *International arbitration in the energy sector*, 2018, S. 221 ff.; s. auch die Nachw. in Fn. 24.

⁸³ S. z.B. ICSID Case No. ARB/07/19 – *Electrabel ./. Ungarn*, Award v. 25.5.2015, Tz. 7.78: “Fairness and consistency must be assessed against the background of information that the investor knew and should reasonably have known at the time of the investment and of the conduct of the host State. While specific assurances given by the host State may reinforce the investor’s expectation, such an assurance is not always indispensable (...).”

⁸⁴ S. z.B. ICSID Case No. ARB/07/19 – *Electrabel ./. Ungarn*, Award v. 25.5.2015, Tz. 7.77: “While the investor is promised protection against unfair changes, it is well established that the host State is entitled to maintain a reasonable degree of regulatory flexibility to respond to the changing circumstances in the public interest. Consequently, the requirement of fairness must not be understood as the immutability of the legal framework, but as implying that subsequent changes should be made fairly, consistently and predictably, taking into account the circumstances of the investment.”

⁸⁵ S. ICSID Case No ARB/10/7 – *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. u. Abal Hermanos S.A. (Switzerland) u.a. ./. Uruguay*, Award v. 8.7.2016, verfügbar unter www.italaw.com (Abweisung als unbegründet); PCA Case No 2012-12 – *Philip Morris Asia Ltd (Hong Kong) ./. Australien*, Award on Jurisdiction and Admissibility v. 17.12.2015, verfügbar unter pca-cpa.org (Abweisung als unzulässig wegen rechtsmißbräuchlicher Herbeiführung der Zuständigkeitsvoraussetzungen); dazu *Hübner*, *Police Power in Philip Morris v. Uruguay*, *SchiedsVZ* 2018, 288 ff.

ist.

b.) Bemühungen um eine Präzisierung der Kriterien

Das mit dieser Wertungsoffenheit der Begriffe verbundene Risiko kann durch Präzisierungen der vertraglichen Haftungsmaßstäbe eingeschränkt werden, wie sie etwa im CETA-Abkommen zwischen der EU und Kanada⁸⁶ vereinbart worden sind.

So findet sich etwa in Art. 8.9 Abs. 2 CETA zum „right to regulate“ die Formulierung: „Zur Klarstellung: Die bloße Tatsache, daß eine Vertragspartei – auch durch Änderung ihrer Gesetze – Regelungen in einer Art und Weise trifft, die sich auf eine Investition negativ auswirkt oder die Erwartungen eines Investors, einschließlich seiner Gewinnerwartungen, beeinträchtigt, stellt keinen Verstoß gegen eine Verpflichtung aus diesem Abschnitt dar.“⁸⁷

Weiter enthält Art. 8.10 Abs. 2 CETA eine Aufzählung möglicher Verstöße gegen den FET-Standard, der eine Beschränkung auf schwere oder evidente Verstöße nahelegt (lit. b: „grundlegende Verletzung rechtsstaatlicher Verfahren“, lit. c: „offenkundige Willkür“, lit. d: „gezielte Diskriminierung“, lit. e: „mißbräuchliche Behandlung von Investoren“)⁸⁸.

Der in Art. 8.12 CETA enthaltene Schutz vor direkten und indirekten Enteignungen, der den etablierten Formulierungen entspricht, wird durch einen Anhang 8-A zum Abkommen ergänzt. Dort werden unter Nr. 2 die maßgeblichen Gesichtspunkte beschrieben, unter Nr. 3 wird festgehalten: „Zur Klarstellung gilt, dass diskriminierungsfreie Maßnahmen einer Vertragspartei, die zu dem Zweck konzipiert und angewendet werden, den Schutz berechtigter Gemeinwohlziele wie öffentliche Gesundheit, Sicherheit und Umweltschutz zu gewährleisten, keine indirekte Enteignung darstellen; davon ausgenommen sind die seltenen Fälle, in denen die Auswirkungen einer Maßnahme oder einer Reihe von Maßnahmen unter Berücksichtigung ihres Zwecks so schwerwiegend sind, dass sie offenkundig überzogen erscheinen“⁸⁹.

Nochmals bekräftigt wurden diese Neuerungen zum Investitionsschutz durch das bei der Unterzeichnung des Abkommens beschlossene gemeinsame Auslegungsinstrument⁹⁰; schließlich enthält das Abkommen auch eigene Bestimmungen zur nachhaltigen Entwicklung,

⁸⁶ S.o. Fn. 20.

⁸⁷ Dazu *Titi*, The Right to Regulate, in: Mbengue/Schacherer (eds.), Foreign Investment under the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA), 2019, S. 159 (170 ff.).

⁸⁸ Dazu *Dumberry*, Fair and Equitable Treatment, in: Mbengue/Schacherer (Fn. 87), 2019, S. 95 ff.

⁸⁹ Dazu *Dumanoir*, Vers une renégociation de l'accord économique et commercial global (AECG) entre l'Union européenne et le Canada?, RevMC 2016, 132 ff.; *de Nanteuil*, Expropriation, in: Mbengue/Schacherer (Fn. 87), 2019, S. 127 ff.

⁹⁰ Gemeinsames Auslegungsinstrument zum umfassenden Wirtschafts- und Handelsabkommen (CETA) zwischen Kanada und der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten, ABl. EU 2017 L 11/3, unter Nr. 6, u.a. lit. b: „Im CETA wird klargestellt, dass die Regierungen ihre Gesetze ändern dürfen, und zwar auch, wenn sich dies negativ auf eine Investition oder die Gewinnerwartung eines Investors auswirkt. Überdies wird darin klargestellt, dass eine etwaige Entschädigung, die einem Investor zu zahlen ist, vom Gericht nach objektiven Kriterien festgelegt wird und den vom Investor erlittenen Schaden nicht übersteigen darf.“

die ebenfalls auf die Auslegung der Investitionsschutzbestimmungen ausstrahlen können⁹¹. Solche Bestimmungen sind geeignet, ein Verurteilungsrisiko für die Gaststaaten zu verringern; sie mindern aber auf der Gegenseite die Schutzwirkung für die Investoren. Mögliche Konsequenzen sind der Verzicht auf Investitionen oder ihre Abwicklung über Tochtergesellschaften mit Sitz in Staaten, die stärkere Investitionsschutzabkommen mit dem in Aussicht genommenen Gaststaat abgeschlossen haben⁹².

5. Zwischenergebnis

Zunächst ist festzuhalten, daß ein rascher Zuwachs von Investitionsschutzabkommen jedenfalls für den Bereich der EU und ihrer Mitgliedstaaten nicht zu erwarten ist: Ein eigenständiger Abschluß neuer Abkommen mit Drittstaaten durch die EU-Mitgliedstaaten ist aufgrund des weitgehenden Kompetenzübergangs auf die Union nicht mehr möglich, ein Abschluß durch die Union ist bei Einbeziehung von Investitionsschutz-Schiedsklauseln aufgrund der bei den Mitgliedstaaten verbliebenen Kompetenzen mit hohen Verfahrenshürden versehen, die auch das CETA-Abkommen mit Kanada als Vorzeigemodell der neuen EU-Investitionsschutzpolitik bisher nicht überwunden hat.

Im Verhältnis zwischen den EU-Mitgliedstaaten ist durch die jüngste Rechtsprechung des EuGH geklärt, daß die Investitionsschutz-Schiedsgerichtsbarkeit hier generell keinen Platz mehr haben soll; ob diese unionsrechtliche Position in Bezug auf bestehende völkerrechtliche Verträge wie die ICSID-Konvention und den ECT-Vertrag vollständig durchzusetzen sein wird, ist noch offen.

⁹¹ Dazu *Schacherer*, The CETA Investment Chapter and Sustainable Development: Interpretative Issues, in: Mbengue/Schacherer (Fn. 87), S. 207 ff.; s. auch *Douma*, CETA: Gold Standard or Greenwashing?, in: Douma/Eckes/Van Elsuwege/Kassoti/Ott/Wessel (eds.), The Evolving Nature of EU External Relations Law, 2021, S. 61 ff. Zur allgemeinen Tendenz zur Einfügung solcher Klauseln in Handels- und Investitionsschutzabkommen s. z.B. *Schefer*, Sustainability in International Investment Law: Building on What Exists by Enhancing the Right to Regulate, 31 SRIEL (2021), 193 ff.

⁹² Zu dieser Perspektive s. bereits im Gefolge der Achmea-Entscheidung *Wuschka*, Investment Protection and the EU after Achmea, ZEuS 2018, 25 (44 f.).

III. Das Verhältnis zwischen Investitionsschutzrecht und Klimaschutz

1. Mögliche Konflikte zwischen Investitionsschutzrecht und Klimaschutz

Wie erwähnt, war ein erheblicher Teil der Investitionsschutzstreitigkeiten schon bisher im Energiesektor angesiedelt, wobei insbes. der kapitalintensive Bereich der Rohstoffgewinnung betroffen war. In jüngerer Zeit sind Streitigkeiten mit energiepolitischem Hintergrund hinzugetreten, die in besonderer Weise das staatliche „right to regulate“ betreffen; bekannte Fälle sind das von Vattenfall eingeleitete Schiedsverfahren gegen die Stilllegung seiner Kernkraftwerke im Rahmen des deutschen Atomausstiegs⁹³, das schließlich mit einem Vergleich beendet wurde⁹⁴, sowie die bereits erhobene Klagen von RWE⁹⁵ und die angekündigte Klage von Uniper⁹⁶ gegen den im Dezember 2019 beschlossenen beschleunigten Ausstieg der Niederlande aus der Kohleverstromung bis 2030.

Tatsächlich besteht eine gewisse Wahrscheinlichkeit, daß kurzfristige staatliche Kurswechsel, die zur Entwertung von rechtmäßig getätigten Investitionen vor Ablauf ihrer Amortisationszeit führen, Entschädigungsansprüche auslösen, weil sie als indirekte Enteignungen oder als Verletzung des FET-Standards gewertet werden⁹⁷. Zur Vermeidung solcher Ergebnisse liegt es nahe, entweder Übergangsfristen zu festzulegen, die eine Amortisation der Investitionen ermöglichen⁹⁸, oder aber – wenn ein schnelleres Handeln

⁹³ ICSID Case No. ARB/12/12; dazu z.B. *Dederer*, Rechtsschutz bei Investitionsstreitigkeiten vor ICSID-Schiedsgerichten – am Beispiel des Verfahrens „Vattenfall II“, in: Raetzke/Feldmann/Frank (Hrsg.), *Aus der Werkstatt des Nuklearrechts*, 2016, S. 119 ff.; *Gundel*, Völkerrechtliche Rahmenbedingungen der Energiewende: Der Energiecharta-Vertrag und das Vattenfall-Verfahren vor dem ICSID-Schiedsgericht, *EnWZ* 2016, 243 ff.; *Berger*, Die Bundesrepublik Deutschland – Internationaler Investitionsschutz und das Vattenfall-Verfahren, *EuZW* 2020, 229 ff.

⁹⁴ Die Klage wurde schließlich im Frühjahr 2021 durch einen Vergleich beigelegt, s. FAZ Nr. 55 v. 6.3.2021, S. 19: „Frieden mit Vattenfall – Deutschland entgeht Urteil des Schiedsgerichts/Kraftwerksbetreiber erhalten 2,4 Milliarden Euro“.

⁹⁵ ICSID Case No. ARB/21/4 – RWE AG und RWE Eemshaven Holdig II BV ./.. Niederlande wegen der Konsequenzen der dort im Dezember 2019 beschlossenen Beendigung der Kohleverstromung zum Jahr 2030 für das Kraftwerk Eemshaven; s. dazu *Bünder/Jung/Smolka*, FAZ Nr. 31 v. 6.2.2021, S. 19: „Die zwei Gesichter von RWE“.

⁹⁶ Uniper hat ein Schiedsverfahren gegen die Niederlande wegen der Konsequenzen des niederländischen Kohleausstiegs für das Kraftwerk Massvlakte 3 mehrfach angekündigt, s. FAZ Nr. 211 v. 11.9.2019, S. 21: „Pilotfall: Uniper bereitet Klage gegen Niederlande vor“; FAZ Nr. 89 v. 17.4.2021, S. 22: „Uniper klagt gegen Kohleausstieg in den Niederlanden“. In der Auflistung laufender Verfahren unter www.energycharter.org ist es bisher jedoch nicht registriert.

⁹⁷ S. zur Einordnung von Klimaschutzmaßnahmen *Miles/Lawry-White*, *Arbitral Institutions and the Enforcement of Climate Change Obligations for the Benefit of all Stakeholders; The Role of ICSID*, 34 *ICSID Review* (2019), 1 ff.; für einen einschränkenden Ansatz *Khachvani*, *Non-Compensable Regulation versus Regulatory Expropriation: are Climate Change Regulations Compensable?*, 34 *ICSID Review* (2019), 154 ff., der durch den Klimaschutz motivierte Maßnahmen vom Begriff der indirekten Enteignung ausnehmen will.

⁹⁸ So das Vorgehen Deutschlands in der ersten Phase des Atomausstiegs: Die Restlaufzeiten im Ausstiegsgesetz von 2002 waren so ausgelegt, daß sie den Betreibern aller Anlagen die Amortisation ihrer Investitionen und die Erzielung eines angemessenen Gewinns ermöglichen sollten, s. die Begründung des Gesetzentwurfs, BT-Drs. 14/6890 v. 11.9.2001, S. 15 f.: „die nachträgliche Befristung von Genehmigungen ist aus verfassungsrechtlicher Sicht (insbesondere im Hinblick auf Art. 14 Abs. 1 des Grundgesetzes) so ausgestaltet,

politisch gewollt ist – Kompensationszahlungen vorzusehen, wie dies etwa beim deutschen Ausstieg aus der Braunkohleförderung erfolgt ist.⁹⁹ In einem solchen Rahmen kann dann ggf. auch zur Absicherung die Vereinbarung eines Klageverzichts mit den jeweils betroffenen Investoren vorgesehen werden, wie er etwa in der deutschen Braunkohleausstiegsvereinbarung erfolgt ist¹⁰⁰; im Fall einer Regelung ohne Entschädigungsleistungen wird ein solcher Verzicht allerdings nicht erreichbar sein.

Eine andere Möglichkeit zur Vermeidung von Konflikten mit Investitionsschutzregelungen besteht in der Wahl steuerlicher Lenkungsinstrumente, da diese häufig – so z.B. auch in Art. 21 ECT¹⁰¹ – vom Anwendungsbereich der Investitionsschutzabkommen ausgenommen sind¹⁰²; auch dies bedeutet aber keinen Freibrief, weil die Prüfung einer mißbräuchlichen Nutzung dieser Ausschlußklausel nach der Praxis der Schiedsgerichte möglich ist¹⁰³.

Zugleich ist aber festzuhalten, daß die Rechtsprechung der Schiedsgerichte bei der Bewertung staatlicher Politikwechsel und des dadurch enttäuschten Investorenvertrauens intensiv differenziert; das zeigt sich besonders in der großen Zahl von Schiedsgerichtsentscheidungen, die auf der Grundlage des ECT zur Kürzung der gesetzlich festgesetzten Erneuerbaren-Förderung in Spanien ergangen ist¹⁰⁴: Nachdem diese Kürzungen in mehreren Wellen von unterschiedlicher Eingriffsintensität erfolgten, unterscheiden sich auch die Ergebnisse der Schiedsverfahren deutlich: Sie reichen von der Versagung einer Entschädigung wegen eines vom „right to regulate“ gedeckten verhältnismäßigen Eingriffs¹⁰⁵ über die Gewährung einer

daß die von dieser Regelung betroffenen Unternehmen nicht unverhältnismäßig belastet werden. Die Regelungen zur Beendigung der Nutzung von Kernkraftwerken vor Ablauf der technisch-wirtschaftlichen Nutzungsdauer stellen sicher, daß den Betreibern die Amortisation ihrer Investitionen ermöglicht wird und darüber hinaus ein angemessener Gewinn erzielt werden kann.“

⁹⁹ Gesetz zur Reduzierung und Beendigung der Kohleverstromung (Kohleverstromungsbeendigungsgesetz – KVVBG) v. 8.8.2020, BGBl. I. S. 818.

¹⁰⁰ Dazu *Posser*, Der deutsche Beitrag zur Erreichung der EU-Klimaziele: Insbesondere zur Gestaltung des Ausstiegs aus der Kohleverstromung, in: Gundel/Lange (Hrsg.), Energierecht nach dem Clean energy package, 2021, S. 41 (68 ff.).

¹⁰¹ S. zu einer neu eingeführten Steuer Spaniens auf die Einspeisung von Strom, die die Gewinne der Investoren aus der Förderung für erneuerbare Energien schmälerte und für die die Schiedsgerichte ihre Zuständigkeit nach dem ECT verneint haben: *Isolux Infrastructure Netherlands* ./ Königreich Spanien, SCC Case No V2013/153, Award v. 12.7.2016, Tz. 241 ff.; *Eiser Infrastructure Ltd. u. Energía Solar* ./ Königreich Spanien, ICSID Case No. ARB/13/36, Award v. 4.5.2017, Tz. 251 ff.; zu diesen Fällen s. z.B. *Green Martínez*, Taxation Measures under the Energy Charter Treaty after the Yukos Awards – Articles 21 (1) and 21 (5) Revisited, 34 ICSID Review (2019), 85 (97 ff.).

¹⁰² Für weitere Beispiele s. *Green Martínez* (Fn. 101), 34 ICSID Review (2019), 85 (87 ff.).

¹⁰³ Ein solcher Mißbrauch wurde in den berühmten Yukos-Schiedsfällen bejaht, Final Awards v. 18.7.2014, PCA Case No. AA 226 – *Hulley Enterprises Ltd (Cyprus)* ./ Russian Federation, PCA Case No. AA 227 – *Yukos Universal Ltd. (Isle of Man)* ./ Russian Federation, PCA Case No. AA 228 – *Veteran Petroleum Ltd. (Cyprus)* ./ Russian Federation; dazu z.B. *Green Martínez* (Fn. 101), 34 ICSID Review (2019), 85 (94 ff.).

¹⁰⁴ S. dazu die Nachw. in Fn. 109.

¹⁰⁵ S. SCC Case No. V2013/153 – *Isolux Netherlands BV* ./ Königreich Spanien, Award v. 17.7.2017; SCC Case No. V062/2012 – *Charanne and Constuction Investments* ./ Königreich Spanien, Award v. 21.1.2016.

teilweisen Entschädigung, weil die Investition zu einem Zeitpunkt erfolgte, in dem die Instabilität des staatlichen Rahmens absehbar war¹⁰⁶, bis hin zur Gewährung einer Entschädigung¹⁰⁷.

2. Der mögliche Nutzen von Investitionsschutzabkommen für den Klimaschutz

Auf der anderen Seite steht, daß der Investitionsschutz auch zugunsten von Klimaschutz-Investitionen eingreifen kann: Die Staaten setzen in diesem Feld seit langem auf private Investitionen, die – wie etwa im Bereich der erneuerbaren Energien – durch staatliche Subventionen oder Abnahmegarantien angereizt werden; auch der von der EU-Kommission vorgelegte „European Green Deal“ setzt maßgeblich auf private Investitionen¹⁰⁸.

Tatsächlich betrifft die Mehrzahl der im Rahmen des ECT anhängig gemachten Klagen nicht Investoren konventioneller Energieprojekte, die sich gegen Klimaschutzmaßnahmen wehren, sondern wurden von enttäuschten Investoren in Erneuerbare-Energien-Projekte erhoben, die gegen die Kürzungen von gesetzlich vorgesehenen Förderungen durch Spanien, Italien und Tschechien mit Schiedsklagen vorgegangen sind¹⁰⁹; auch eine Schiedsklage eines österreichischen Investors gegen die Neuordnung der Offshore-Windenergieförderung durch den deutschen Gesetzgeber ist auf Grundlage des ECT derzeit anhängig¹¹⁰.

Dementsprechend finden sich in der Literatur auch Stimmen, die auf die Notwendigkeit der Mobilisierung privaten Kapitals für den Klimaschutz und eines entsprechenden Schutzes für diese Investitionen verweisen.¹¹¹ Ein empirischer Beweis für die Mobilisierung ausländischer

¹⁰⁶ S. ICSID Case No. ARB/15/4 – STEAG GmbH ./.. Königreich Spanien, Award. v. 8.9.2021; hier war die Investition zu einem Zeitpunkt erfolgt, zu dem erste Kürzungen der gesetzlich versprochenen Vergütung bereits beschlossen waren; dazu *Jung*, FAZ Nr. 193 v. 21.8.2021, S. 25: „Spanien muss STEAG entschädigen – Nach einem langen Streit um Solarfelder spricht ein Schiedsgericht dem Konzern 28 Millionen Euro zu“.

¹⁰⁷ S. ICSID Case No. ARB/13/36 – Eiser Infrastructure Ltd. and Energía Solar Luxembourg Sarl ./.. Königreich Spanien, Award v. 4.5.2017.

¹⁰⁸ S. die Kommissionsmitteilung „Der Europäische Grüne Deal“, COM (2019) 640 final v. 11.12.2019, S. 18 ff., 20: „Der Privatsektor wird bei der Finanzierung der grünen Wende (...) eine Schlüsselrolle spielen.“

¹⁰⁹ Zu diesen Verfahren s. *Gallagher*, ECT and renewable energy disputes, in: Scherer (Fn. 82), S. 250 ff.; *Selivanova*, Changes in Renewables Support Policy and Investment Protection under the Energy Charter Treaty: Analysis of Jurisprudence and Outlook for the Current Arbitration Cases, 33 ICSID Review (2018), 433 ff.; *Baumgart/Mantilla Blanco*, Erneuerbare Energien und “legitime Erwartungen” in der neueren Schiedspraxis zum Vertrag über die Energiecharta: Die Entscheidungen in den Verfahren Charanne, Isolux und Eiser, RdE 2018, 242 ff.; *Faccio*, The italian energy reform as a source of international investment disputes, Riv. dir. int. priv. proc. 2016, 460 ff.; *Montanaro*, Les politiques en matière d’énergie photovoltaïque en Europe, au carrefour entre le droit de l’Union européenne et le Traité sur la Charte de l’énergie, RBDI 2016, 405 ff.

¹¹⁰ ICSID Case No ARB/19/29 – Strabag ./.. Deutschland wegen der Veränderung des Rahmens für die Offshore-Windkraftförderung, s. FAZ Nr. 222 v. 24.9.2019, S. 20: „Im EEG-Streit baut Strabag Druck auf und verklagt Deutschland – Baukonzern zieht vor ein internationales Schiedsgericht“.

¹¹¹ S. z.B. *Escher/Sliskovic*, Aktuelle Entwicklungen des Investitionsschutzrechts – TTIP und Energy Charter Treaty im Lichte des Pariser Klimaschutzübereinkommens, RIW 2016, 190 (200); *Germelmann*, Der Investitionsschutz im Energie- und Klimaschutzrecht zwischen „European Green Deal“ und Grenzen des Unionsprimärrechts, EuR 2020, 375 (391 f.).

Investitionen durch die Gewährleistung von Investitionsschutz läßt sich zwar nicht führen; die zahlreichen Schiedsverfahren um die Kürzung der Förderung für erneuerbarer Energien zeigen aber, daß der Schutz in Anspruch genommen wird, auch wenn niemand wissen kann, ob diese Investitionen nicht auch ohne den Schutz des ECT getätigt worden (und damit verlorengegangen) wären.

3. Möglichkeiten einer Anpassung oder Aufhebung bestehender Investitionsschutzabkommen

a.) Vertragsauflösung durch einseitige Handlungen

Als radikaler Schritt zur Beseitigung von Konflikten mit dem Klimaschutz wird die Beendigung von Abkommen, insbesondere des ECT diskutiert, für die sich nach Medienberichten insbesondere Spanien und Frankreich ausgesprochen haben.¹¹²

Hierzu ist zunächst festzuhalten, daß einseitige Handlungen in Form einer Kündigung von Abkommen den Schutz der in den Abkommen regelmäßig enthaltenen „sunset clause“¹¹³ auslösen; während ihrer Laufzeit können Investoren aus anderen Vertragsstaaten weiter Verfahren in Bezug auf zum Zeitpunkt der Kündigung bereits getätigte Investitionen anhängig machen. Als Beispiel hierfür läßt sich Italien anführen, das den ECT im Jahr 2016 gekündigt hat¹¹⁴, gegen das aber weiterhin Schiedsverfahren auf dieser Grundlage anhängig gemacht werden.¹¹⁵

Kurzfristige Wirkungen sind mit einer Kündigung danach nicht zu erzielen; ein einseitiger Rückzug würde vielmehr dazu führen, daß bereits getätigte Investitionen, die möglicherweise eher konventionell-fossile Energievorhaben umfassen, geschützt bleiben, während neue Investitionen (auch) im Bereich der erneuerbaren Energien nicht mehr geschützt würden¹¹⁶.

b.) Einvernehmliche Änderungen oder Aufhebungen von Investitionsschutzabkommen

Daneben besteht die Möglichkeit von einvernehmlichen Vertragsänderungen oder -beendigungen durch die Vertragsparteien. Sie unterfallen nach zutreffender Auffassung nicht der Fortwirkung aufgrund der „sunset clauses“, auch wenn solche Abkommen nach dem

¹¹² Dazu z.B. FAZ Nr. 198 v. 27.8.2021, S. 19: „EU will Green Deal vor Klagewelle schützen“; *Stein*, FAZ Nr. 64 v. 17.3.2021, S. 16: „Das Gezerre um die Energiecharta“.

¹¹³ S.o. II. 2. b. mit Fn. 32.

¹¹⁴ Dazu z.B. *Germelmann*, in: Kühling/Theobald (Fn. 13), Rn. 47; offiziell hatte Italien diesen Schritt mit Kosteneinsparungen begründet, weil die ECT-Vertragsstaaten die permanenten Strukturen des ECT wie das Sekretariat mit Beiträgen finanzieren müssen.

¹¹⁵ S. die anhängigen Verfahren ICSID Case No. ARB/20/3 – Hamburg Commercial Bank AG ./ Italien; dazu FAZ Nr. 28 v. 3.2.2020, S. 19: „Frühere HSH-Nordbank verklagt Italien“; ICSID Case No. ARB/20/39 – Encavis u.a. ./ Italien.

¹¹⁶ So die Bedenken bei *Stein*, FAZ Nr. 64 v. 17.3.2021, S. 16: „Das Gezerre um die Energiecharta“, der darauf hinweist, daß 25 der 29 von deutschen Investoren anhängig gemachten Verfahren auf Grundlage des ECT Vorhaben zu erneuerbaren Energien betreffen.

Wortlaut dieser Klauseln teils unter ihre Bestimmungen subsumiert werden könnten¹¹⁷: Nach völkerrechtlichen Grundsätzen können die Vertragsstaaten vorangehende Vereinbarungen stets und unabhängig von dort enthaltenen Fristbestimmungen oder inhaltlichen Bedingungen durch einen neuen Konsens ablösen.

In der investitionsschutzrechtlichen Literatur wird teils ein anderes Ergebnis vertreten, indem dem Investor ein Vertragspartei-ähnlicher Status zugesprochen wird, so daß die Änderung nicht ohne seine Zustimmung erfolgen könnte¹¹⁸. Das dürfte aber dem Stand des geltenden Völkerrechts nicht entsprechen: Dem Investor wird durch das Investitionsschutzabkommen zwar eine eigene Handlungsfähigkeit zur Verteidigung seiner Rechte zugesprochen, doch bleibt diese Position von der Aufrechterhaltung dieser Entscheidung durch die Vertragsstaaten abhängig¹¹⁹, die eben einvernehmlich rückgängig gemacht werden kann¹²⁰.

Als praktisches Hindernis stellt sich aber, daß eine solche Auflösung der völkervertraglichen Bindung im Konsens regelmäßig nur schwer zu erreichen sein wird; das Aufhebungsabkommen der EU-Mitgliedstaaten für die Intra-EU-Abkommen¹²¹, das auf den ersten Blick als Präzedenzfall naheliegt, bildet tatsächlich eine besonders gelagerte und kaum reproduzierbare Ausnahme, da die Wirkung der dort betroffenen Schiedsklauseln durch das Achmea-Urteil des EuGH ohnehin in Frage gestellt war. Eher denkbar und in der Praxis auch schon erfolgt ist eine einvernehmliche Aufhebung von Abkommen unter Aufrechterhaltung der „sunset clause“¹²². Schließlich können im Fall einer Auflösung ohne eine solche

¹¹⁷ Dazu *Harrison*, *The Life and Death of BITs: Legal Issues Concerning Survival Clauses and the Termination of Investment Treaties*, 13 *Journal of World Investment and Trade* (2012), 928 (946 f.); *Binder* (Fn. 67), 17 *Journal of World Investment and Trade* (2016), 964 (977 f.).

¹¹⁸ So z.B. *Harrison* (Fn. 117), S. 928 (943 f.); *Braun*, *Ausprägungen der Globalisierung: Der Investor als partielles Subjekt im internationalen Investitionsschutzrecht*, 2012, S. 169 f.; ähnlich *Reuter*, *Taking Investors' Rights seriously: The Achmea and CETA Rulings of the European Court of Justice Do Not Bar Intra-EU Investment Arbitration*, *ZaöRV* 2020, 379 (402 f.); zu Recht ablehnend *Binder* (Fn. 67), 17 *Journal of World Investment and Trade* (2016), 964 (978 ff.); *Müller*, *Reformhindernisse im internationalen Investitionsrecht*, 2020, S. 51 ff.; *Klein*, *Das Investitionsschutzrecht als völkerrechtliches Individualschutzrecht im Mehrebenensystem*, 2017, S. 255 ff.; *Lapova/Barreiros/Bruno*, *How to Kill a BIT and not Die Trying: Legal and Political Challenges of Denouncing or Renegotiating Bilateral Investment Treaties*, 16 *JIEL* (2013), 869 ff.; *Voon/Mitchell/Munro*, *Parting Ways: The Impact of Mutual Termination of Investment Treaties on Investor Rights*, 29 *ICSID Review* (2014), 451 ff.; *Voon/Mitchell*, *Denunciation, Termination and Survival: The Interplay of Treaty Law und International Investment Law*, 31 *ICSID Review* (2016), 413 (430); *Marotti* (Fn. 66), *Riv. dir. int. priv. proc.* 2020, 843 (851 f.); s. zur Diskussion auch *Gatzsche*, *Aufhebungen und Abänderungen von Investitionsschutzabkommen*, 2019, S. 109 ff.

¹¹⁹ So z.B. zutreffend *Lapova/Barreiros/Bruno* (Fn. 118), 16 *JIEL* (2013), 869 (888).

¹²⁰ Davon geht auf das Aufhebungsabkommen der EU-Mitgliedstaaten (Fn. 64) aus, das explizit auch die sunset clauses aufhebt (Art. 2 Abs. 2 des Abkommens). In dem Abkommen wird auch der Unterschied zwischen Kündigung und konsensualer Aufhebung deutlich: Ausdrücklich werden nach Art. 3 des Abkommens auch die sunset clauses von bereits einseitig gekündigten Abkommen aufgehoben, die durch diese Kündigung gerade nicht beseitigt werden konnten.

¹²¹ S.o. Fn. 64.

¹²² Für einen solchen Fall – die einvernehmliche Aufhebung des BIT Italien-Rumänien im Jahr 2010 – s. *ICSID Case No ARB/12/25 – Marco Gavazzi u. Stefano Gavazzi ./. Rumänien*, Award v. 21.4.2015: Bei dieser Aufhebung wurde die fünfjährige Nachwirkungsklausel des Abkommens ausdrücklich aufrechterhalten. Diese

Rücksichtnahme Staatshaftungsansprüche des Investors gegen seinen Heimatstaat im Raum stehen, der ihm den gewährten Schutz durch seine Entscheidung zur Mitwirkung an der Vertragsaufhebung entzogen hat; der Erfolg solcher Ansprüche hängt allerdings maßgeblich von der Ausgestaltung des jeweils anwendbaren nationalen Staatshaftungsrechts ab.

4. Insbesondere zur Anpassung des ECT

a.) Die Änderungsvorschläge und ihre Realisierungsaussichten

Die Frage vertraglicher Anpassungen stellt sich derzeit insbes. in Bezug auf den ECT, über dessen Modernisierung seit 2017 im Rahmen der Energiechartakonferenz als zuständigem Gremium¹²³ verhandelt wird¹²⁴. Die EU hat hier zunächst Vorschläge eingebracht, die einer Anpassung an die im CETA-Abkommen vereinbarten Standards¹²⁵ entsprechen würden: Institutionelle Öffnung des Abkommens für einen künftigen Multilateralen Investitionsgerichtshof, Einschränkung des FET-Standards auf definierte Fallgruppen, präzisere und einschränkende Definition der indirekten Enteignung und eine Betonung des „right to regulate“¹²⁶. Diese Vorschläge, die bei den anderen Vertragsparteien teils auf Zustimmung, teils aber auch auf Ablehnung gestoßen sind, würden den Umfang des Investitionsschutzes einheitlich für alle Formen von Energieinvestitionen beschränken und damit in gleicher Weise für Investitionen in konventionelle Energieträger wie für Erneuerbaren-Investitionen gelten – mit dem bereits erwähnten¹²⁷ zwiespältigen Ergebnis, daß solche erst für künftige Investitionen wirksamen Einschränkungen tendenziell dennoch stärker Klimaschutz-Investitionen treffen werden, weil diese in Zukunft einen größeren Anteil einnehmen werden.

Über diesen Ansatz hinaus geht eine von der EU im Anschluß vorgeschlagene Anpassung des Schutzbereichs des Abkommens durch den Ausschluß des Schutzes konventioneller/fossiler

Lösung empfiehlt *Klein* (Fn. 118), S. 258 f., generell für die Problematik der einvernehmlichen Aufhebung von Investitionsschutzabkommen, sieht hierzu jedoch zutreffend keine Rechtspflicht.

¹²³ Beschluß der Energiechartakonferenz v. 28.11.2017, CCDEC 2017 23 STR; zu diesem Gremium s. z.B. *Gundel*, in: *Säcker* (Fn. 13), Einl. D Rn. 15.

¹²⁴ Dazu z.B. *Cima*, Retooling the Energy Charter Treaty for climate change mitigation: lessons from investment law and arbitration, 14 *Journal of World Energy Law and Business* (2021), 75 ff.; *Germelmann* (Fn. 111), *EuR* 2020, 375 (402 ff.); s. auch *Le Baut-Ferrarèse*, *Le Traité sur la Charte de l'énergie au défi de la transition énergétique, énergie-environnement-infrastructure* 2/2021, 11 ff.; zum Verhandlungsmandat der EU-Kommission s. Rat der EU, Negotiating Directives for the Modernisation of the Energy Charter Treaty, Doc. 10745/19 ADD 1 v. 2.7.2019.

¹²⁵ S.o. II. 3. B. und II. 4. b.

¹²⁶ S. die Zusammenstellung der Stellungnahmen der Vertragsparteien: Decision of the Energy Charter Conference – Policy Options for Modernisation of the ECT, 6.10.2019, CCDEC 2019 08 STR, S. 2 f., 15, 17, 22; s. auch EU text proposal for the modernisation of the Energy Charter Treaty, abrufbar unter <https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=2286>.

¹²⁷ S.o. Fn. 116.

Energieprojekte¹²⁸, die als solche wohl nur bei diesem spezifisch energiebezogenen Abkommen in Betracht kommt¹²⁹, ist im Einvernehmen aller Vertragsparteien grundsätzlich möglich. In Bezug auf den ECT als multilaterales Abkommen bedeutet dies, daß die Änderung einstimmig von den auf der beschließenden Chartakonferenz vertretenen Vertragsparteien angenommen werden müßte¹³⁰; zugleich muß die einfache Mehrheit aller Vertragsparteien erreicht werden¹³¹. Praktisch werden solche Veränderungen damit wohl nur mit Wirkung für die Zukunft erreichbar sein; der Vorschlag der EU berücksichtigt dies bereits, indem er erst nach Inkrafttreten der Änderung getätigte Investitionen diesem neuen Maßstab unterwerfen will.

Eine als Alternative hierzu teils erwogene Sonderabrede zwischen den EU-Mitgliedstaaten, untereinander Investitionsschutzklagen nach dem ECT nicht mehr zuzulassen¹³², erscheint demgegenüber nicht als zielführend: Sie wäre ein Verstoß gegen Art. 16 ECT, der Sondervereinbarungen zwischen einzelnen Vertragsparteien ausschließt, soweit sie die Bedingungen des Investitionsschutzes verschlechtern.

b.) Die künftige Bedeutung des ECT für Intra-EU-Sachverhalte

Eine neue Situation ergibt sich nun dadurch, daß der EuGH mit dem Komstroy-Urteil¹³³ die Schiedsklausel des ECT in der bedeutenden Fallgruppe der Intra-EU-Sachverhalte im Gefolge der Achmea-Entscheidung¹³⁴ als unionsrechtswidrig eingestuft bzw. eine unionsrechtskonforme Interpretation vorgenommen hat, die ihre Anwendung in diesen Fällen ausschließen soll. Jedenfalls für das Territorium der Union ist aufgrund des Vorranganspruchs des Unionsrechts von der Maßgeblichkeit dieser Interpretation des Abkommens durch den EuGH auszugehen; andere Vertragsstaaten sind durch diese Auslegung des Abkommens durch das Gericht einer Vertragspartei allerdings nicht gebunden. Wie bereits ausgeführt, bezieht sich das Komstroy-Urteil aber auch nur auf die Schiedsklausel, nicht dagegen auf die materiellen Garantien, die ggf. auch von nationalen Gerichten anzuwenden wären¹³⁵, so daß

¹²⁸ EU additional submission to its text proposal for the modernisation of the Energy Charter Treaty, abrufbar unter <https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=2286>; nach diesem Vorschlag zur Ergänzung von Art. 1 ECT sollen nur noch Gaskraftwerke unter bestimmten Bedingungen dem Schutz des ECT bis 2030 unterfallen, Gaspipelines bis maximal zum Jahr 2040; die Begrenzungen sollen für Investitionen gelten, die nach dem Inkrafttreten der Änderung oder ihrer vorläufigen Anwendung erfolgen.

¹²⁹ Ein vertraglicher Ausschluß allein des konventionellen Energiesektors aus den für alle Sektoren geltenden BITs erscheint wenig realistisch; insofern liegt eher die Aufnahme von Nachhaltigkeitsklauseln (s.o. bei Fn. 91) nahe.

¹³⁰ Art. 36 Abs. 1 lit. a ECT.

¹³¹ Art. 36 Abs. 6 ECT.

¹³² Dazu FAZ Nr. 198 v. 27.8.2021, S. 19: „EU will Green Deal vor Klagewelle schützen“.

¹³³ EuGH (GK), 2.9.2021 – Rs. C-741/19 (Republik Moldau/Komstroy LLC); s.o. II. 3. d. mit Fn. 71 ff.

¹³⁴ S.o. II. 3. c. mit F. 59.

¹³⁵ S.o. II. 3. d. mit Fn. 77 ff.

hier eine Neufassung auch für Intra-EU-Sachverhalte noch von Interesse bleibt. Auch ist nicht auszuschließen, daß der Ausgangspunkt künftiger Investitionen aus der EU heraus in Drittstaaten verlagert wird, die Vertragsparteien des ECT sind¹³⁶; in dieser Konstellation wäre auch die Schiedsklausel wieder anwendbar¹³⁷.

Allerdings werden die Auswirkungen des Komstroy-Urteils auf die weiteren Verhandlungen abzuwarten sein; es ist nicht auszuschließen, daß die robuste Inanspruchnahme der Interpretationshoheit über den ECT durch den EuGH die Offenheit anderer Vertragsstaaten für die Änderungswünsche der EU-Kommission beeinträchtigt.

¹³⁶ Eine solche strategische Sitzwahl liegt z.B. im Fall des Betreiberunternehmens der Nord Stream 2-Gaspipeline nahe, das im Eigentum des russischen Staatsunternehmens Gazprom steht, seinen Sitz aber in der Schweiz und damit in einem ECT-Vertragsstaat hat, der nicht der EU angehört. Auf dieser Grundlage hat es ein auf den ECT gestütztes Investitionsschutz-Schiedsverfahren gegen die EU-Netzregulierung anhängig gemacht, s. PCA Case No 2020-07 – Nord Stream 2 AG v The European Union (die Dokumente der bisherigen Verfahrensschritte sind abrufbar unter www.italaw.com/cases/8187); zu diesem Verfahren s. auch *Fölsing*, *Machtpoker um Nord Stream 2: Investorenklagen gegen die EU*, *SchiedsVZ* 2021, 223 ff.

¹³⁷ Der solche Sachverhalte betreffende Art. 17 ECT schließt den Schutz des ECT allerdings nur aus, wenn die in einem ECT-Vertragsstaat angesiedelte Tochtergesellschaft eines Drittstaatsunternehmens dort keine echte Geschäftstätigkeit entfaltet („Briefkastenfirma“); diese Voraussetzung dürfte z.B. im Fall Gazprom/Nord Stream 2 (Fn. 136) nicht erfüllt sein.

IV. Ergebnisse

1. Das Investitionsschutzrecht hat sich zwar historisch im Verhältnis zwischen Industriestaaten und Entwicklungsländern herausgebildet; es hat seine Funktion und Daseinsberechtigung aber auch im Verhältnis zwischen Industriestaaten, was sich bereits dadurch zeigt, daß dieses Feld immer wieder zum Gegenstand von Vertragsverhandlungen in diesem Kreis gemacht wird. Ob eine entsprechende Bindung eingegangen wird, ist letztlich eine politische Entscheidung der Vertragsstaaten, die wie im Fall der TTIP-Verhandlungen auch negativ lauten kann. Wenn eine Bindung allerdings eingegangen wird, entspricht es dem Schutzzweck des Abkommens, daß diese nicht kurzfristig einseitig wieder aufgelöst werden kann; diesem Zweck dienen die regelmäßig vereinbarten sog. „sunset clauses“. Eine unverzögert wirkende Auflösung ist nur im gegenseitigen Einvernehmen der Vertragsparteien möglich. Gegen eine solche einvernehmliche Auflösung oder auch Abänderung kann der Investor durch vertragliche Regelungen nicht geschützt werden; der Schutz seiner Interessen liegt in der Hand seines Herkunftsstaats, der der Auflösung oder Abänderung zustimmen muß.

2. Für Intra-EU-Sachverhalte ist durch die Urteile des EuGH in den Rs. Achmea und Komstroy jedenfalls aus unionsrechtlicher Sicht geklärt, daß die Investitionsschutz-Schiedsgerichtsbarkeit hier keine Rolle mehr spielen wird; dies gilt sowohl für bilaterale Abkommen als auch für den ECT. Eine gesicherte Rechtslage ergibt sich daraus allerdings nicht, weil insbesondere die auf der Grundlage der ICSID-Konvention agierenden Schiedsgerichte diese Weichenstellung wohl nicht akzeptieren werden. Eine prägende Rolle werden Investitionsschutzverfahren in dieser Konstellation aber jedenfalls nicht mehr einnehmen.

3. In Bezug auf Investitionsschutzabkommen mit Drittstaaten liegt die Verantwortung nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon nicht mehr bei den EU-Mitgliedstaaten, sondern bei der Union. Die EU verfolgt hier seit 2015 den Ansatz einer stärkeren Institutionalisierung der Schiedsgerichtsbarkeit durch von den Vertragsstaaten errichtete permanente Strukturen. Die Umsetzung dieser Strategie wird in jedem Fall ein langwieriges Unterfangen werden, weil nicht nur die Drittstaaten-Vertragspartner von diesem Ansatz überzeugt werden müssen, sondern die entsprechenden Abkommen zusätzlich auch von allen EU-Mitgliedstaaten ratifiziert werden müssen.

4. In Bezug auf den Klimaschutz bleiben die Wirkungen des Investitionsschutzrechts ambivalent: Die bestehenden Abkommen können Investoren konventioneller Energievorhaben gegen entschädigungslose Eingriffe schützen und so die Energiewende verteuern; auf der anderen Seite kann dieser Investitionsschutz auch zur Mobilisierung privaten Kapitals für die Energiewende beitragen. Eine Beschränkung des

Investitionsschutzes auf diese zweite Konstellation durch Änderung bestehender Abkommen wird praktisch nur mit Wirkung für die Zukunft möglich sein und damit nicht zur Kostenbegrenzung beitragen können.

Die zugleich von der EU angestrebte allgemeine Abschwächung der materiellen Investitionsschutzstandards durch eine eingrenzende Definition der indirekten Enteignung und eine nähere Beschreibung des FET-Standards ist im Erfolgsfall geeignet, das Risiko der Verurteilung durch Investitionsschutz-Schiedsgerichte für Eingriffe zugunsten des Klimaschutzes zu vermindern; zugleich wird dadurch aber auch der Schutz für private Auslandsinvestitionen in Klimaschutzmaßnahmen eingeschränkt. Die Abwägung dieser gegenläufigen Wirkungen kann letztlich nur in Form politischer Entscheidungen erfolgen.