

## Vattenfall, der deutsche Atomausstieg und das internationale Investitionsrecht

Markus Krajewski

Studierende der Rechtswissenschaft lernen in Deutschland bereits in den Anfangssemestern, dass die Maxime „Dulde und liquidiere“ im deutschen Verfassungsrecht keinen Platz habe. Hinter dieser Kurzformel verbirgt sich der vom Bundesverfassungsgericht im sog. Naßauskiesungsbeschluss<sup>1</sup> festgestellte Grundsatz, dass Individuen und Unternehmen, die sich in ihrem Eigentumsrecht (Art. 14 Abs. 1 Grundgesetz) verletzt sehen, nur dann eine Entschädigung begehren können, wenn eine solche gesetzlich vorgesehen ist. Grundsätzlich sollen Gesetze und Entscheidungen, die gegen das Grundrecht auf Eigentum verstoßen, nämlich aufgehoben oder abgeändert, aber nicht durch Entschädigungszahlungen kompensiert werden. Das Bundesverfassungsgericht hat klargestellt, dass die in ihrem Eigentum verletzte Person die Rechtsverletzung nicht einfach hinnehmen („dulden“) und Entschädigungen kassieren („liquidieren“) soll, sondern sich an die zuständigen Verwaltungs- und Verfassungsgerichte wenden und die Rechtmäßigkeit staatlichen Handels überprüfen lassen soll. Hintergrund dieser Rechtsprechung ist das Prinzip der Gewaltenteilung: Nicht ein Gericht, sondern der Gesetzgeber soll den Inhalt und die Schranken des Eigentumsrechts festlegen und auch die Höhe einer möglichen Entschädigung bestimmen.<sup>2</sup>

Der Grundsatz „Kein ‚Dulde und liquidiere‘“ scheint für manche ausländische Unternehmen nicht zu gelten: Anders als inländische Unternehmen und Privatpersonen können sie sich u.U. auf internationale Investitionsabkommen berufen und vor internationalen Schiedsgerichten direkt Schadensersatz begehren, ohne dass die betreffende Maßnahme zuvor durch ein staatliches Gericht auf ihre Rechtmäßigkeit überprüft wird.<sup>3</sup> Der doppelte Angriff des schwedischen Energiekonzerns Vattenfall gegen das deutsche Gesetz zum Ausstieg aus der Kernenergie macht dies deutlich: Vor dem deutschen Bundesverfassungsgericht behauptet Vattenfall, das Gesetz verstoße gegen die deutsche Verfassung und müsse aufgehoben werden.<sup>4</sup> Vor einem internationalen Investitionsschiedsgericht klagt Vattenfall dagegen auf der Grundlage des Energiecharta-Vertrages auf Entschädigung.<sup>5</sup> Man kann das so formulieren: Vattenfall duldet den Atomausstieg nicht, da das Unternehmen gegen das Gesetz vor dem Bundesverfassungsgericht Verfassungsbeschwerde erhoben hat und will trotzdem liquidieren, da es vor einem Investitionsschiedsgericht Entschädigung begehrt.

Der folgende Beitrag will die eingangs skizzierte Problematik näher erläutern und dabei aufzeigen, wie internationales Investitionsschutzrecht nicht nur mit nationalen Regulierungsinteressen, sondern auch mit verfassungsrechtlichen Grundsätzen in

---

<sup>1</sup> BVerfG, 15.7.1981, 1 BvL 77/78, BVerfGE 58, 300.

<sup>2</sup> Hufen, Grundrechte<sup>3</sup> (2011), § 38, Rn. 24.

<sup>3</sup> Vgl. auch Krajewski, Neoliberalismus und Konstitutionalismus im Weltwirtschaftsrecht: Entstehung, Krisen, Alternativen, KJ 2011, 389 (391).

<sup>4</sup> Dazu unten 3.1.

<sup>5</sup> Dazu unten 3.2.

Widerspruch geraten kann. Zunächst werden die investitionsschutzrechtlichen Bestimmungen des Energiecharta-Vertrages kritisch beleuchtet. Im Anschluss wird der sog. Vattenfall I-Fall skizziert, der Umweltauflagen beim Bau eines Kohlekraftwerks zum Gegenstand hatte. Danach werden die Einzelheiten des Verfahrens gegen den deutschen Atomausstieg erläutert. Nach der verfassungsrechtlichen Bewertung der beiden Fälle folgen abschließend einige Überlegungen zum Reformbedarf des internationalen Investitionsschutzrechts.

## **1. Investitionsschutz im Energiecharta-Vertrag**

### **1.1. Grundlagen**

Der 1994 unterzeichnete und im April 1998 in Kraft getretene Energiecharta-Vertrag (Energy Charter Treaty) ist ein multilateraler Vertrag, dem inzwischen 47 europäische und asiatische Staaten und die Europäische Union beigetreten sind.<sup>6</sup> In seinen Ursprüngen geht der Energiecharta-Vertrag auf Bemühungen nach dem Ende des Kalten Krieges zurück, die energiewirtschaftlichen Beziehungen und Zusammenarbeit zwischen Westeuropa und den ehemaligen Staaten des Warschauer Paktes sowie den Nachfolgestaaten der Sowjetunion neu zu gestalten und rechtlich abzusichern.<sup>7</sup> Inhaltlich standen zum einen die Förderung und der Schutz energiewirtschaftlicher Investitionen in Mittel- und Osteuropa sowie in Asien und zum anderen die Sicherstellung des Zugangs zu Energiequellen durch die Liberalisierung und Erleichterung von Energieimporten nach Westeuropa im Vordergrund.<sup>8</sup>

Entsprechend enthält der Vertrag einen handelspolitischen Teil (Art. 3-9 EnCV), der sich auf das GATT bezieht. Darüber hinaus werden Grundsätze des Wettbewerbsrechts aufgestellt und detaillierte Regeln zum Transit von Primärenergieträgern und Energieerzeugnissen durch Pipelines oder Netze festgelegt. Die handelspolitischen Bestimmungen des Vertrages werden ferner durch eine Vertragsänderung aus dem Jahre 1998 ergänzt. Diese ist 2010 in Kraft getreten und bezieht sich vor allem auf das WTO-Recht, da der Energiecharta-Vertrag in seiner ursprünglichen Fassung lediglich auf das GATT verweist.<sup>9</sup>

Der praktisch deutlich bedeutsamere Teil des Energiecharta-Vertrages ist das Kapitel über den Investitionsschutz (Art. 10-17 und 26 EnCV). Diese Vorschriften enthalten inhaltlich alle wesentlichen materiellen und prozessualen Vorgaben, die sich in einem typischen bilateralen Investitionsschutzvertrag finden lassen.<sup>10</sup> Der Energiecharta-Vertrag dient seit über zehn Jahren auch als Grundlage für energiewirtschaftliche Investitionsschutzstreitigkeiten. Bis

---

<sup>6</sup> Als 47. Staat ratifizierte Afghanistan am 20. Juni 2013 den Energiecharta-Vertrag.

<sup>7</sup> *Gundel*, Regionales Wirtschaftsvölkerrecht in der Entwicklung: Das Beispiel des Energiecharta-Vertrages, AVR 2004, 157 (157).

<sup>8</sup> *Muchlinski*, The Energy Charter Treaty: towards a new international order for trade and investment or a case of history repeating itself? in *Wälde*, The Energy Charter Treaty: An East-west Gateway for Investment and Trade, (1996), 205 (205).

<sup>9</sup> *Selivanova*, The Energy Charter and the International Energy Governance, EYIEL 2013, 307 (311).

<sup>10</sup> *Gundel*, AVR 2004, 164.

Mitte 2013 wurden 37 derartiger Streitigkeiten registriert.<sup>11</sup> Der Energiecharta-Vertrag dürfte damit zu den am meisten benutzten Verträgen für Investitionsschutzfälle gehören.

Neben dem handels- und investitionsschutzrechtlichen Teil enthält der Energiecharta-Vertrag weitere Grundsätze. So wird in Art. 18 EnCV die Souveränität der Staaten über ihre Energievorkommen anerkannt. Ebenso wird bekräftigt, dass die in den Staaten für Energievorkommen geltende Eigentumsordnung unberührt bleibt. Nach Art. 19 EnCV ist jede Vertragspartei bestrebt, schädliche Umweltauswirkungen, die durch Vorgänge innerhalb des Energiekreislaufs entstehen, wirtschaftlich effizient auf ein Mindestmaß zu beschränken. Ob durch diese allgemeinen Hinweise auf die staatliche Souveränität und den Umweltschutz das Spannungsverhältnis zwischen Regulierung und Investitionsschutz ausgeglichen werden kann<sup>12</sup>, ist allerdings zweifelhaft, da die Vorschriften eher vage formuliert sind und die investitionsrechtlichen Schutzstandards nicht einschränken.

Noch nicht vollständig geklärt ist das Verhältnis des Energiecharta-Vertrages zum EU-Recht.<sup>13</sup> Insbesondere könnte – auch mit Blick auf die Vattenfall-Verfahren – gefragt werden, ob Streitigkeiten zwischen einem Investor aus einem EU-Staat mit einem anderen EU-Staat nicht durch das sachnähere EU-Recht, z. B. die Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 ff AEUV, geregelt werden müsste. Allerdings lässt sich weder dem Wortlaut noch der Entstehungsgeschichte des Energiecharta-Vertrages entnehmen, dass die EU-Staaten untereinander die Geltung des EnCV oder wenigstens die Anwendbarkeit des Investor-Staat-Streitbeilegungsmechanismus nach Art. 26 EnCV<sup>14</sup> ausschließen wollten.<sup>15</sup> Ein ICSID-Schiedsgericht hat im Dezember 2012 entsprechend auch seine grundsätzliche Zuständigkeit in einem Verfahren zwischen Ungarn und dem belgischen Unternehmen Elactrabel angenommen<sup>16</sup>, die Klage in der Sache dann aber abgewiesen, da Ungarn nur bindendes EU-Recht befolgte.

## **1.2. Anwendungsbereich und materielle Schutzstandards des Investitionsschutzrechts im Energiecharta-Vertrag**

Wie die meisten bilateralen Investitionsschutzverträge definiert der Energiecharta-Vertrag zunächst den Umfang der geschützten Investition bzw. den geschützten Investor. Der Vertrag geht von einem grundsätzlichen weiten Schutzbereich aus, der nicht nur bewegliches und unbewegliches Eigentum sowie Anteilseigentum sondern auch andere Rechte, einschließlich

---

<sup>11</sup> *Energy Charter Secretariat, Investor-State Dispute Settlement Cases*, <http://www.encharter.org/index.php?id=213&L=0> (12. August 2013).

<sup>12</sup> So aber *Tams*, Internationales Wirtschaftsrecht als Grenze deutscher Umweltpolitik?, NordÖR 2010, 329 (331).

<sup>13</sup> *Kleinheisterkamp*, Investment Protection and EU Law: The Intra- and Extra-EU Dimension of the Energy Charter Treaty, JIEL 2012, 85-109; *Kulick* *Electrabel locuta, causa finita?* – Intra-EU-Investitionsstreitigkeiten unter dem Energiecharta-Vertrag, SchiedsVZ 2013, 81 (87).

<sup>14</sup> Dazu unten 1.3.

<sup>15</sup> *Kulick*, SchiedsVZ 2013, 86 f.

<sup>16</sup> *Electrabel S.A.v. The Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, 30 November 2012, Abs. 4.111. ff.

vertraglicher Ansprüche und gewerbliche Schutzrechte (geistiges Eigentum) erfasst.<sup>17</sup> Allerdings wird der Investitionsbegriff auf Investitionen im Zusammenhang mit einer wirtschaftlichen Aktivität im Energiesektor beschränkt.

Die materiellen Schutzstandards, die in den meisten Investitionsschutzverträgen zu finden sind, sind auch im Energiecharta-Vertrag verankert (Art. 10 Abs. 1 EnCV). Es handelt sich zunächst um den Standard der gerechten und billigen Behandlung („fair and equitable treatment“, FET), der inzwischen in zahlreichen Investitionsstreitigkeiten eine zentrale Rolle spielt.<sup>18</sup> In der Schiedsgerichtspraxis wurde zur Konkretisierung dieses Standards häufig auf die Erwartungen des Investors, insbesondere bezüglich eines sicheren Investitionsumfelds, abgestellt.<sup>19</sup> Vor diesem Hintergrund wurden staatliche Maßnahmen, die zuvor gemachten Zusagen widersprachen, oder die plötzliche und nicht vorhersehbare Änderung des regulativen Umfelds als Verstoß gegen den Grundsatz der gerechten und billigen Behandlung angesehen.

Nach Art. 10 (1) EnCV verpflichtet sich der Gaststaat auch, alle Verpflichtungen, die er gegenüber einem Investor oder einer Investition eines Investors einer anderen Vertragspartei eingegangen ist, einzuhalten. Durch diese Internationalisierungs- oder Abschirmklausel (*umbrella clause*) werden auch privatrechtliche und sonstige Übereinkünfte zwischen Investor und Staat in den Schutzbereich des Vertrages aufgenommen.<sup>20</sup> Das gilt insbesondere auch für sog. Staat-Investor-Verträge, wie Konzessionsverträge oder vertragsbasierte öffentlich-private Partnerschaften (Public Private Partnerships).<sup>21</sup> Der Energiecharta-Vertrag erlaubt es den Staaten allerdings, derartige vertragliche Ansprüche vom Geltungsbereich eines Investor-Staat-Schiedsverfahrens auszunehmen. Von dieser Möglichkeit haben jedoch nur wenige Staaten Gebrauch gemacht.<sup>22</sup>

Zu den weiteren in Art. 10 (7) EnCV verankerten Schutzstandards zählen die Nichtdiskriminierungsgrundsätze der Inländerbehandlung und Meistbegünstigung. Investoren und Investitionen aus einem Vertragsstaat dürfen nicht schlechter behandelt werden als inländische Investoren und Investitionen bzw. solche aus einem anderen Vertragsstaat.

Der Energiecharta-Vertrag enthält schließlich auch eine Klausel zum Schutz vor Enteignungen (Art. 13 EnCV). Diese betrifft sowohl direkte Enteignungen und Verstaatlichungen als auch Maßnahmen, die einer Enteignung oder Verstaatlichung gleich kommen. Hiervon werden auch staatliche Regulierungsmaßnahmen, die die Verwertbarkeit der Investition erheblich einschränken und daher als sog. regulative oder faktische Enteignung bezeichnet werden. In der Fachliteratur werden als Beispiele für entsprechende Maßnahmen auch Umweltauflagen genannt.<sup>23</sup> Enteignungen sind nur zulässig, wenn der Investor

---

<sup>17</sup> Cameron, *International Energy Investment Law* (2010), 154.

<sup>18</sup> S. dazu auch den Beitrag von *Bernasconi-Osterwalder* in diesem Heft.

<sup>19</sup> *Krajewski*, *Wirtschaftsvölkerrecht*<sup>3</sup> (2012), Rn. 635.

<sup>20</sup> *Bamberger / Wälde*, *The Energy Charter Treaty*, in *Roggenkamp* u.a., *Energy Law in Europe* (2007), 145 (153).

<sup>21</sup> *Selinova*, *EYIEL* 2012, 321.

<sup>22</sup> *Paasivirta*, *The Energy Charter Treaty and Investment Contracts: Towards Security of Contracts in Wälde*, *The Energy Charter Treaty: An East-west Gateway for Investment and Trade*, (1996), 349 (358).

<sup>23</sup> *Bamberger / Wälde*, *Energy Charter Treaty*, 160; *Selinova*, *EYIEL* 2012, 319.

umgehend eine Entschädigung erhält, die dem Marktwert der Investition entspricht und die in einer frei konvertierbaren Währung gewährt wird. Auf dieser Grundlage können auch regulative Maßnahmen entschädigungspflichtig werden.

### **1.3. Investor-Staat-Schiedsverfahren nach dem Energiecharta-Vertrag**

Investitionsschutzverträge entfalten eine besondere Dynamik, wenn sie durch ein Streitbeilegungsverfahren abgesichert werden, das Investoren unmittelbare Klagerechte einräumt. Art. 26 EnCV ermöglicht derartige Klagen. Investoren aus einer Vertragspartei des Energiecharta-Vertrages können auf dieser Grundlage ein Schiedsverfahren gegen einen anderen Staat anstrengen, indem sie eine Verletzung der investitionsrechtlichen Schutzstandards des Energiecharta-Vertrages geltend machen. Der Investor hat dabei die Wahl zwischen einem Verfahren im Rahmen des Internationalen Zentrums zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten (ICSID), nach der Schiedsordnung der Kommission der Vereinten Nationen für internationales Handelsrecht (UNCITRAL) oder im Rahmen des Instituts für Schiedsverfahren der Stockholmer Handelskammer. Die Beschreitung des innerstaatlichen Rechtswegs ist eine weitere Möglichkeit. Sie ist jedoch keine Voraussetzung für die Anrufung eines internationalen Schiedsgerichts.<sup>24</sup>

Allerdings können Vertragsparteien des Energiecharta-Vertrages die Anrufung eines internationalen Schiedsgerichts ausschließen, wenn sich der Investor zuvor an ein innerstaatliches Gericht gewandt hat.<sup>25</sup> Gut die Hälfte der Vertragsparteien hat eine entsprechende Erklärung abgegeben, darunter auch einige EU-Mitgliedstaaten, nicht jedoch die Bundesrepublik Deutschland. Damit kann in Deutschland – wie die Fälle Vattenfall I und Vattenfall II zeigen – der innerstaatliche Rechtsweg und die internationale Schiedsgerichtsbarkeit parallel angerufen werden. Divergierende Entscheidungen sind somit nicht ausgeschlossen.

Anders als andere internationale Gerichte stellen Investor-Staat-Schiedsgerichte nicht lediglich fest, dass ein Staat gegen seine völkervertraglichen Verpflichtungen verstoßen hat, sondern verurteilen ihn bei einem Verstoß grundsätzlich zur Zahlung von Schadensersatz. Damit weicht das Investitionsschutzrecht von allgemeinen völkerrechtlichen Prinzipien der Staatenverantwortung ab. Nach Art. 36 des Entwurfs zur Staatenverantwortlichkeit der Völkerrechtskommission der Vereinten Nationen sind Entschädigungen nämlich nur dann zu gewähren, wenn die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes nicht möglich ist.<sup>26</sup> Entscheidungen der Investor-Staat-Schiedsgerichte sind endgültig und bindend. Sie können vor nationalen Gerichten nicht mehr angefochten werden und sind regelmäßig direkt vollstreckbar.<sup>27</sup>

---

<sup>24</sup> *Wolfgram*, Investitionsschiedsgerichtsbarkeit nach dem Vertrag über die Energiecharta (2001), 37 ff.

<sup>25</sup> *Gundel*, AVR 2004, 171 f.

<sup>26</sup> International Law Commission, Draft Articles on Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, 2001, [http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_6\\_2001.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf) (5.8.2013)

<sup>27</sup> *Happ*, Schiedsverfahren zwischen Staaten und Investoren nach Art. 26 Energiechartavertrag (2000), S. 136

Insgesamt lässt sich somit festhalten, dass die Vorschriften des Energiecharta-Vertrages über den Investitionsschutz bezüglich des materiellen Schutzzumfangs und der prozessualen Durchsetzung mit „modernen“ bilateralen Investitionsschutzabkommen (BITs) vergleichbar sind. Von BITs unterscheidet sich der Energiecharta-Vertrag jedoch insofern als er ein regionales Abkommen darstellt, das nicht nur zwei, sondern knapp fünfzig Vertragsparteien untereinander bindet. Diese Bindung gilt auch im Verhältnis der sog. kapitalexportierenden Staaten untereinander: Der Energiecharta-Vertrag wirkt damit wie ein BIT zwischen diesen Staaten, obwohl kapitalexportierende Staaten untereinander typischerweise keine derartigen Verträge abgeschlossen haben. So erklärt sich auch, warum Vattenfall, ein schwedisches Unternehmen, gegen Deutschland investitionsschutzrechtlich vorgehen kann, obwohl zwischen beiden Staaten kein BIT besteht.

## **2. Vattenfall I: Klage gegen Umweltauflagen beim Bau des Kohlekraftwerks Hamburg-Moorburg**

### **2.1. Sachverhalt und Rechtsstreit**

Im April 2006 beantragte Vattenfall – Betreiber mehrerer Kraftwerke in Deutschland – die Genehmigung zum Betrieb eines Kohlekraftwerks in Hamburg-Moorburg nach dem Bundesimmissionsschutzgesetz und dem Wasserhaushaltsgesetz. Die zuständige Umweltbehörde erteilte 2007 eine vorläufige Genehmigung und stellte die zügige Erteilung der endgültigen Genehmigung in Aussicht.<sup>28</sup> Hiergegen wandte sich damals noch der Opposition angehörige Hamburger Landesverband der Partei Bündnis 90/Die Grünen und versprach im Wahlkampf 2008 die Genehmigung rückgängig zu machen. Nach der Bildung einer schwarz-grünen Hamburger Landesregierung (Senat) fiel die Zuständigkeit für die Umweltbehörde an eine grüne Senatorin. Diese versah die endgültige Genehmigung im Jahre 2008 für das Kohlekraftwerk mit zahlreichen Beschränkungen und Auflagen, die sich vor allem auf die Zulässigkeit der Entnahme und Wiedereinleitung von Flusswasser zu Kühlzwecken bezogen.

Gegen diese Beschränkungen wandte sich Vattenfall zunächst an die Hamburger Verwaltungsgerichte. Im April 2009 begehrte Vattenfall zusätzlich die Errichtung eines internationalen Schiedsgerichts nach den ICSID-Regeln auf der Grundlage von Art. 26 EnCV.<sup>29</sup> Vattenfall behauptete, die zusätzlichen Bedingungen und Auflagen stellten eine Verletzung des Grundsatzes der fairen und gerechten Behandlung und eine entschädigungslose indirekte Enteignung dar. Auf dieser Grundlage begehrte Vattenfall Schadensersatz im Umfang von 1,4 Mrd €.

---

<sup>28</sup> *Tams*, NordÖR 2010, 330.

<sup>29</sup> Vattenfall AB u.a. v. Federal Republic of Germany, ICSID Case No. ARB/09/6.

Im März 2010 wurde das ICSID-Verfahren zunächst ausgesetzt und ein Jahr später, im März 2011, auf der Grundlage eines Vergleichs beendet.<sup>30</sup> Der Vergleich bestand im Wesentlichen aus der Übernahme eines im Oktober 2010 vor dem Oberverwaltungsgericht (OVG) Hamburg geschlossenen Vergleichs. Dieser - nicht veröffentlichte - Vergleich sieht vor, dass Vattenfall die begehrte wasserrechtliche Genehmigung unter Aufhebung einiger Restriktionen erteilt wird. Damit wurde das Unternehmen besser gestellt als durch die ursprüngliche Genehmigung aus dem Jahre 2008. Schadensersatzzahlungen sind in dem Vergleich nicht vorgesehen. Der rechtliche Mehrwert der Absicherung des Prozessvergleichs vor dem OVG durch einen ICSID-Vergleich besteht darin, dass Vattenfall unabhängig vom Schicksal des Prozessvergleichs im nationalen Recht über eine internationale Absicherung des ausgehandelten Kompromisses mit Hamburg verfügt.

Eine neue Wende des Falls erfolgt im Januar 2013: Auf eine Klage der Umweltschutzorganisation BUND hat das OVG Hamburg die neue wasserrechtliche Erlaubnis insoweit aufgehoben, als Vattenfall darin die Entnahme und die Wiedereinleitung von Elbwasser zum Zweck der Durchlaufkühlung des Kraftwerks erlaubt wurde, da dadurch das Wasserhaushaltsgesetz (WHG) verletzt würde.<sup>31</sup> Gegen dieses Urteil haben sowohl Vattenfall als auch die Umweltbehörde Hamburg Revision zum Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) eingelegt. Im Kern geht es in dem Rechtsstreit um die Frage, wie das wasserrechtliche Verschlechterungsverbot (§ 27 Abs. 2 WHG) auszulegen und anzuwenden ist. Nach diesem Grundsatz sind bestimmte oberirdische Gewässer so zu bewirtschaften, dass eine Verschlechterung ihres ökologischen Potenzials und chemischen Zustands vermieden wird.

Sollte das Bundesverwaltungsgericht im Revisionsverfahren die Entscheidung des OVG bestätigen, stellt sich die rechtlich hochkomplizierte Frage, ob Vattenfall auf der Grundlage des ICSID-Vergleichs die Stadt Hamburg trotz einer anderslautenden Entscheidung des BVerwG und damit *contra legem* zwingen könnte, die gewünschte Genehmigung zu erteilen. Ebenso fraglich ist, ob Vattenfall andernfalls weiterhin „dulden und liquidieren“ könnte, die auflagenbehaftete Genehmigung also einerseits akzeptieren, aber mit dem Argument, dass eine Verletzung des Standards der billigen und gerechten Behandlung vorliegt, andererseits Schadensersatz nach dem Energiecharta-Vertrag fordern könnte.

## 2.2. Bewertung

Der Vattenfall I-Fall illustriert zunächst, wie materielle Standards des internationalen Investitionsschutzrechts die Anwendung nationalen Umweltrechts unter Druck setzen können und dass so ein Spannungsverhältnis zwischen Investitionsschutzrecht und staatlicher Regulierung entstehen kann.<sup>32</sup> Zwar kam es im konkreten Fall zu keiner Sachentscheidung eines ICSID-Schiedsgerichts. Materiell-rechtlich dürfte auch weniger die Frage, ob die

---

<sup>30</sup> ICSID Case No. ARB/09/6, Award of 11 March 2011, [http://www.encharter.org/fileadmin/user\\_upload/Investor-State\\_Disputes/Vattenfall-Germany\\_Award.pdf](http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/Investor-State_Disputes/Vattenfall-Germany_Award.pdf) (1. August 2013).

<sup>31</sup> OVG Hamburg, 18.01.2013, Az. 5 E 11/08, ZUR 2013, 357.

<sup>32</sup> *Tams*, NordÖR 2010, 331.

Umweltauflagen eine indirekte Enteignung darstellen, sondern eher inwieweit Vattenfall auf die Zusagen des Hamburger Senats vor 2008 vertrauen durfte, relevant gewesen sein.<sup>33</sup> Die Bereitschaft der Hamburger Behörden, auf die zuvor verlangten Einschränkungen zu verzichten, dürfte durch den Druck des schwebenden ICSID-Verfahrens jedenfalls erhöht worden sein. Dies gilt umso mehr, als durch das ICSID-Verfahren, welches gegen die Bundesrepublik Deutschland als Völkerrechtssubjekt und Vertragspartei des Energiecharta-Vertrages geführt wurde, dem Streit eine zusätzliche föderale Dimension hinzugefügt wurde.

Der weitere Fortgang des Verfahrens, insbesondere das Urteil des OVG vom Januar 2013, zeigt aber auch, dass die Bewertung staatlicher Maßnahmen durch innerstaatliche Gerichte auf der Grundlage des nationalen Rechts zu einem anderen Ergebnis führen kann als die Bewertung des Rechtsstreits durch ein Investor-Staat-Schiedsgericht. Während es für das nationale Recht nur eine untergeordnete Rolle spielt, ob und welche Genehmigungen die Behörde in Aussicht gestellt hat, ist dies investitionsschutzrechtlich entscheidend. Dagegen kommt es für die investitionsschutzrechtliche Bewertung des Falls nicht darauf an, ob mit der erteilten Genehmigung gegen deutsches Umweltrecht verstoßen wurde, was wiederum für das innerstaatliche Recht zentral ist.

### **3. Vattenfall II: Klage gegen die 13. Novelle des Atomgesetzes (Atomausstiegsgesetz)**

#### **3.1. Atomausstieg und Verfassungsrecht**

Als Reaktion auf die Reaktorkatastrophe von Fukushima beschloss der Deutsche Bundestag im Jahre 2011 den Ausstieg Deutschlands aus der Atomenergie. Die 13. Novelle des Atomgesetzes sieht für die ältesten Kraftwerke, darunter die von Vattenfall betriebenen Kraftwerke Brunsbüttel und das seit 2007 stillgelegte Kraftwerk Krümmel, das sofortige Ende der Genehmigung vor. Für die weiteren Kraftwerke gelten konkrete bis 2022 gestaffelte Laufzeitbegrenzungen. Die deutsche Atompolitik nahm damit eine erneute Wende, nachdem zunächst im Jahre 2002 der Ausstieg aus der Kernenergie beschlossen wurde, dieser Beschluss jedoch 2010 insofern wieder revidiert wurde, als wiederum Laufzeitverlängerungen beschlossen wurden.<sup>34</sup>

Über die verfassungsrechtliche Bewertung der 13. Novelle des AtG herrscht in der wissenschaftlichen Literatur Uneinigkeit, wobei die überwiegende Meinung davon ausgeht, dass der Atomausstieg mit dem Grundgesetz vereinbar ist.<sup>35</sup> Eine wesentliche Frage ist dabei, ob die Restlaufzeiten vom Eigentum nach Art. 14 GG geschützt sind und ob die

---

<sup>33</sup> Tams, NordÖR 2010, 333 f.

<sup>34</sup> Bernasconi-Osterwalder / Hoffmann, Der deutsche Atomausstieg auf dem Prüfstand eines internationalen Investitionsschiedsgerichts? (2012), [http://www.iisd.org/pdf/2012/powershift\\_forum\\_briefing\\_vattenfall.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2012/powershift_forum_briefing_vattenfall.pdf) (31. Juli 2013), S. 2.

<sup>35</sup> Siehe nur die Beiträge von Ziehm, Atomausstieg und Energiewende, ZNER 2012, 221-226; Ekardt, Atomausstieg, Eigentumsgarantie, Abwehrrechte und Schutzgrundrechte, NuR 2012, 813-819 und Kloepfer, 13. Atomgesetznovelle und Grundrechte, DVBl 2011, 1437-1446. Dagegen hält de Witt, Ist der Atomausstieg 2011 mit Art. 14 GG vereinbar? UPR 2012, 281-285 das Gesetz für verfassungswidrig.

Laufzeitbegrenzungen eine ausgleichspflichtige oder ausgleichslose Inhaltsbestimmung oder eine Enteignung darstellen. Aspekte des Vertrauensschutzes stellen ein weiteres zentrales Diskussionsfeld dar.<sup>36</sup> Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) wird sich mit diesen Fragen befassen müssen, wenn es über die Verfassungsbeschwerden, die Eon, RWE und Vattenfall im Juni bzw. Juli 2012 eingelegt haben, entscheidet. Über den Inhalt der Entscheidung, die 2013 nicht mehr erfolgen wird, kann derzeit nur spekuliert werden, auch wenn die überzeugenderen Argumente für die Verfassungsmäßigkeit des Atomausstiegs sprechen.<sup>37</sup> Sollte das BVerfG dennoch die Verfassungswidrigkeit des Gesetzes feststellen, wird es dieses für nichtig erklären, allerdings keinen Schadensersatz zusprechen. Es kann allenfalls feststellen, dass das Gesetz nur bei einer Entschädigungszahl verfassungskonform wäre, muss aber dem Gesetzgeber die Ausgestaltung einer derartigen Entschädigung überlassen.

### 3.2. Investitionsschutzrechtlicher Streitfall

Bereits vor dem Einreichen der Verfassungsbeschwerde hatte Vattenfall beim ICSID-Sekretariat einen investitionsschutzrechtlichen Streit mit der Bundesrepublik Deutschland wegen des Atomausstiegs registrieren lassen.<sup>38</sup> Im Dezember 2012 konstituierte sich ein Schiedsgericht bestehend aus dem US-amerikanischen Schiedsverfahrensanwalt Daniel Price für Vattenfall, dem emeritierten Oxforder Völkerrechtsprofessor Vaughan Lowe für die Bundesrepublik Deutschland und dem niederländischen Professor und Rechtsanwalt Albert Jan van den Berg als Vorsitzenden. Nach dem Rücktritt von Daniel Price im Januar 2013 wurde dieser durch den ebenfalls international als Schiedsverfahrensexperten bekannten Anwalt und ehemaligem Richter am Iran United States Claims Tribunal Charles Brower ersetzt.

Ebenfalls im Januar 2013 reichte die Bundesrepublik Deutschland einen Antrag zur Frage der Zuständigkeit des Schiedsgerichts auf der Grundlage von Regel 41 (5) der ICSID Schiedsregeln ein. Danach kann eine Partei eine beschleunigte Prüfung der Zuständigkeit beantragen, wenn das Verfahren offensichtlich aussichtslos ist („manifestly without legal merit“). Nach einer Erwiderung Vattenfalls auf diesen Antrag und einer mündlichen Verhandlung im Juni 2013 zu dieser Frage erließ das Schiedsgericht am 2. Juli 2013 dazu eine Entscheidung. Wenig später wurde eine prozessleitende Verfügung (Procedural Order No. 1) erlassen. Die Inhalte der beiden Entscheidungen wurden nicht veröffentlicht und sind der Öffentlichkeit auch sonst nicht bekannt. Es kann jedoch davon ausgegangen werden, dass das Schiedsgericht die Klage Vattenfalls nicht für offensichtlich aussichtslos angesehen hat, da der

---

<sup>36</sup> *Schröder*, Verfassungsrechtlicher Investitionsschutz beim Atomausstieg, NVwZ 2013, 105 (106 ff); *Muckel*, Gesetzgebung und Planungssicherheit, ZG 2012, 21-33.

<sup>37</sup> So auch *Wallrabenstein*, Die Verfassungsmäßigkeit des jüngsten Atomausstiegs, Humboldt Forum Recht HFR 11/2011, 109 (121), im Internet unter <http://www.humboldt-forum-recht.de/deutsch/11-2011/index.html> (12. August 2013).

<sup>38</sup> *Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany* (ICSID Case No. ARB/12/12). Informationen zum Verfahren im Internet unter <https://icsid.worldbank.org/> (2. August 2013).

Fall weiter als anhängig gilt.<sup>39</sup> Weitere Fragen der Zuständigkeit und die materiellen Fragen dürften das Schiedsgericht daher in den kommenden Monaten beschäftigen.

Anders als im Vattenfall I-Verfahren, in dem das Schiedsgericht keine rechtliche Entscheidung treffen musste, da sich die Parteien zuvor einigten, hat sich das Schiedsgericht im Vattenfall II-Verfahren somit bereits einmal – wenn auch nur sehr grundsätzlich – mit dem Fall befasst. Die Klage wird nicht von vorneherein als aussichtslos angesehen, was allerdings auch nicht zu erwarten war. Die sich im Rahmen des Verfahrens stellenden Fragen, u.a. ob ein staatliches Unternehmen als Investor gelten kann, welchen Vertrauensschutz das Unternehmen erwarten konnte und wie stark sein Eigentum verletzt wurde, sind allesamt komplex und bedürfen schwieriger sachlicher wie rechtlicher Erwägungen.

Nicht ausgeschlossen ist gleichwohl, dass sich Vattenfall und die Bundesrepublik Deutschland wiederum auf einen Vergleich einigen werden. Allerdings dürfte der im Vattenfall I-Verfahren beschrittene Weg verschlossen sein: Einen Vergleich vor dem Bundesverfassungsgericht gibt es nicht. Hier kann Vattenfall allenfalls seine Beschwerde zurücknehmen. Allerdings könnte Vattenfall einer Rücknahme seiner Beschwerde im Wege eines Vergleichs mit der Bundesrepublik gegen die Zahlung einer Entschädigung oder gegen andere Vergünstigungen zustimmen.

Sollte der Fall nicht durch einen Vergleich beendet werden und das Schiedsgericht Vattenfall Recht geben, würde sich die rechtlich ebenfalls noch offene Frage stellen, ob das Bundesverfassungsgericht bei seiner verfassungsrechtlichen Bewertung des Atomausstiegs die investitionsschutzrechtliche Bewertung des ICSID-Schiedsgerichts berücksichtigen könnte oder gar müsste. In der Literatur wurde mit Blick auf die internationale Offenheit des deutschen Verfassungsrechts und die Einwirkung völkerrechtlicher Verträge in die innerstaatliche Rechtsordnung diesbezüglich bereits gefordert, Investitionsschutzrecht müsse eine „Orientierungswirkung“ für das Verfassungsrecht entfalten.<sup>40</sup>

Umgekehrt ist es ebenfalls offen, ob sich das ICSID-Schiedsgericht von der verfassungsrechtlichen Argumentation des Bundesverfassungsgerichts beeinflussen lassen würde. Sicher ist hier nur, dass eine Rechtspflicht zur Berücksichtigung des nationalen Verfassungsrechts aus dem Investitionsschutzrecht nicht abgeleitet werden kann. Allerdings könnte bei der Frage, was ein Investor legitimerweise erwarten konnte und ob sich eine Rechtsordnung als insgesamt rechtlich stabil erweist, die verfassungsrechtliche Bewertung des Atomausstiegs durchaus eine Rolle spielen.

#### **4. Investitionsschutzrecht contra Verfassungsrecht?**

---

<sup>39</sup> *Peterson*, Arbitrators issue decision on Germany's preliminary objections in nuclear phase-out case; Vattenfall's Energy Charter Treaty claims to proceed, IAREporter 4 July 2013, [http://www.iareporter.com/articles/20130704\\_2](http://www.iareporter.com/articles/20130704_2) (12. August 2013).

<sup>40</sup> *Tams*, NordÖR 2010, 334.

Die vorstehenden Ausführungen haben bereits angedeutet, dass neben dem inzwischen „klassischen“ Spannungsverhältnis von Investitionsschutz und staatlicher Regulierung<sup>41</sup> internationale Investitionsschutzverträge und ihre Anwendung durch Schiedsgerichte auch in ein Spannungsverhältnis zu nationalem Verfassungsrecht geraten können. Dies zeigt sich an den bereits eingangs skizzierten Unterschieden zwischen dem Eigentumsschutz nach dem deutschen Grundgesetz und nach internationalem Investitionsschutzrecht. Während letztere mit der Kategorie der faktischen Enteignung Entschädigungsansprüche auch für regulative Maßnahmen kennt, ist dies dem deutschen Eigentumsschutz fremd.<sup>42</sup>

Dieser Unterschied in der Dogmatik des Eigentumsschutzrechts führt zu einer Besserstellung ausländischer Unternehmen gegenüber Inländern, da ausländische Unternehmen gegen das Gesetz vorgehen können und gleichzeitig investitionsschutzrechtliche Entschädigungen geltend machen können. Sollte das BVerfG das Gesetz allerdings aufheben, entfällt auch der nach Investitionsschutzrecht einklagbare Schadensersatz, da dann kein Verstoß gegen den Energiecharta-Vertrag mehr vorliegt. Wird das Gesetz durch das BVerfG aufrechterhalten und obsiegt Vattenfall vor dem ICSID-Schiedsgericht, ist die Bundesrepublik Deutschland verpflichtet, Entschädigungen zu leisten, die an andere Unternehmen nicht zu zahlen sind.

Auch hier könnte ein Sequenzproblem entstehen: Wenn das ICSID-Schiedsgericht Vattenfall Entschädigungen zuspricht bevor das Bundesverfassungsgericht entscheidet, und dieses das Gesetz anschließend für nichtig erklärt, wäre zu fragen, ob Vattenfall anschließend die Entschädigung zurück zahlen muss. Dieses Problem entsteht auch deshalb, da – wie oben ausgeführt – im internationalen Investitionsschutzrecht grundsätzlich sofort Schadensersatz zugesprochen und nicht die Änderung oder Aufhebung der rechtswidrigen Maßnahme verlangt wird.

Fasst man die möglichen Konstellationen zusammen, stellt man fest, dass es durchaus zu Divergenzen zwischen verfassungsrechtlicher und investitionsschutzrechtlicher Bewertung kommen kann. Diese kann im Ergebnis zwar nicht dazu führen, dass ein Staat kraft Investitionsschutzrecht zu einer staatlichen Maßnahme (Gesetz oder Verwaltungsakt) verpflichtet wird, die gegen die eigene Rechtsordnung verstoßen würde. Allerdings ist es durchaus möglich, dass der Staat für eine nach innerstaatlichem Recht zulässige Maßnahme, d. h. ein verfassungskonformes Gesetz (Novelle des Atomgesetzes im Fall Vattenfall II) oder ein nach einfachem Recht zulässiger Verwaltungsakt (wasserrechtliche Genehmigung im Fall Vattenfall I) Entschädigungen leisten muss. Aus innerstaatlicher Sicht ist das ein äußerst unbefriedigendes Ergebnis, auch wenn von einem formalen Rechtskonflikt zwischen Verfassungs- und Investitionsschutzrecht im strengen Sinne nicht gesprochen werden kann.

Verfassungsrechtlich bedenklich sind auch die Intransparenz des Schiedsverfahrens und die Geheimhaltungspolitik der Bundesregierung gegenüber dem Bundestag. Die Bundesregierung ist nicht verpflichtet, das Plenum über das Verfahren zu informieren. Die Abgeordneten

---

<sup>41</sup> Dazu *Krajewski / Ceyssens*, Internationaler Investitionsschutz und innerstaatliche Regulierung, AVR 2007, 180 (182 ff.).

<sup>42</sup> *Dederer*, Ein Schiedsverfahren wird für Deutschland zum Bumerang, Legal Tribune Online, 13.6.2012, im <http://www.lto.de/recht/hintergruende/h/vattenfall-klagt-gegen-atomausstieg-vor-schiedsgericht-in-washington-investitionsschutz/> (12. August 2013).

können lediglich unter strenger Beachtung von Geheimhaltungspflichten Zusammenfassungen der relevanten Dokumente einsehen.<sup>43</sup> Anders als vor dem BVerfG kann der Bundestag im Rahmen des Investitionsschutzstreites auch keine eigenen Erwägungen und Argumente vortragen. Er muss sich vielmehr darauf verlassen, dass die Bundesregierung das Gesetz entsprechend verteidigt.

## **5. Reformbedarf**

Streitfälle wie die Vattenfall-Verfahren aber auch andere politisch hochumstrittene Schiedsgerichtsentscheidungen machen den Reformbedarf des internationalen Investitionsschutzrecht deutlich. Dieser betrifft einerseits die Ungenauigkeit und Offenheit der Begrifflichkeiten der Investitionsschutzverträge. So ist es wenig verwunderlich, dass ein Rechtsbegriff wie „gerechte und billige Behandlung“ oder „Wirkung wie eine Enteignung“ den Schiedsgerichten einen äußerst weiten Interpretationsspielraum einräumt und kaum zu einem vorhersehbaren Rechtsschutzsystem beiträgt. Deshalb sollten zukünftige Investitionsschutzverträge sehr viel genauer als bisher, Situationen, vor denen der Investor geschützt werden soll, und Maßnahmen, die der Staat zulässigerweise ergreifen kann, unterscheiden.

Der Reformbedarf des internationalen Investitionsschutzrechts besteht andererseits auch bei den Investor-Staat-Schiedsverfahren. Insbesondere in Staaten mit einem funktionierenden Rechtsschutzsystem und einer verlässlichen und unabhängigen Gerichtsbarkeit, ist es weder erforderlich noch sinnvoll, dem Investor mit der Möglichkeit eines Schiedsverfahrens einen zusätzlichen Rechtsbehelf zur Verfügung zu stellen. Insofern müssten die Streitbeilegungsvorschriften in Investitionsschutzverträgen so umgestaltet werden, dass das Verhältnis zwischen innerstaatlichem und internationalem Rechtsschutz im Sinne der Subsidiarität des letzteren geregelt wird.

Eine Anleihe könnte man bei dem völkerstrafrechtlichen Prinzip der Komplementarität machen: Nach Art. 17 Absatz 1 des Statuts von Rom ist der Internationale Strafgerichtshof (IStGH) nur zuständig, wenn ein Staat „nicht willens oder nicht in der Lage“ ist, einen Verdächtigen durch die nationale Strafjustiz zu verfolgen. Auf den Investitionsschutz angewandt würde dies bedeuten, dass ein Investor sich nur dann an ein internationales Schiedsgericht wenden kann, wenn innerstaatliche Gerichte unfähig oder unwillig sind, die entsprechenden Rechtspositionen eines Investors zu schützen. Nach diesem Prinzip hätte Vattenfall weder gegen die wasserrechtlichen Auflagen der Stadt Hamburg noch gegen das deutsche Gesetz zum Atomausstieg vor einem Investor-Staat-Schiedsgericht klagen können, da in beiden Fällen fähige und willige Gerichte zur Verfügung standen bzw. stehen.

---

<sup>43</sup> Deutscher Bundestag, Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Sylvia Kotting-Uhl, Harald Ebner, Hans-Josef Fell, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, BT-Drs. 17/10584, 28.8.2012, S. 3.