

REDEMANUSKRIFT

DER EINFLUSS DES INTERNATIONALEN WIRTSCHAFTSRECHTS AUF DIE REGULIERUNG ERNEUERBARER ENERGIEN (PROJEKTPERSPEKTIVE)

Christopher Frey

Rede im Rahmen der Auftaktveranstaltung des Forschungsprojektes „Global TranSAXion“ zum Thema „die Internationalisierung der Sächsischen Wirtschaft als rechtliche Herausforderung“ am 16.5.2013 in Dresden.

Sehr geehrte Damen und Herren,

Die von Bundesumweltminister Peter Altmaier geplante Strompreisbremse und damit ein Eingriff in das Erneuerbare-Energien-Gesetz ist (vorerst) vom politischen Tisch. Es ist nicht davon auszugehen, dass es vor den Bundestagswahlen noch zu einer Änderung des EEG kommen wird. Klar ist trotzdem: Obwohl sich Einspeisetarife nach deutschem Vorbild EU-weit und sogar weltweit durchgesetzt haben, hat das EEG im eigenen Land keinen leichten Stand. Herr Dr. Daniels wird im Anschluss sicher noch ein paar Worte zu den politischen Rahmenbedingungen für Erneuerbare Energie in Deutschland sagen. Ich möchte mich auf die internationale Dimension und die Vereinbarkeit staatlicher Regulierung von Erneuerbaren Energien mit dem internationalen Wirtschaftsrecht (genauer gesagt dem Wirtschaftsvölkerrecht) beschränken. Dabei werde ich sowohl Aspekte des internationalen Investitionsrechts als auch des Welthandelsrechts ansprechen. Zunächst möchte ich jedoch auf die zunehmend globale Dimension der Förderung von erneuerbarer Energie und die damit verbundenen Chancen und Herausforderungen für Investoren und Unternehmer hinweisen.

Deutschland ist nicht das einzige Land mit einer Einspeisevergütung für EE, sondern es gibt mittlerweile wie sie sehen eine Vielzahl an ähnlichen Instrumenten. So haben fast alle EU-Staaten (außer Rumänien, Schweden (dass sich zu einem gemeinsamen Zertifikatehandel mit Norwegen entschlossen hat) sowie der wallonische Teil Belgiens) und mehr als 60 Staaten weltweit eine Einspeisevergütung für Wind, Sonne, Wasser und Biomasse eingeführt. Wir haben es also mit einem globalen Phänomen zu tun. Dazu gehört auch, dass die Investitionen in EE-Projekte oftmals aus dem Ausland getätigt werden. Das globale Marktvolumen im Bereich der Erneuerbaren beträgt knapp 2 Bio. Euro. Die deutsche Wirtschaft verfügt über ein starkes Standbein im internationalen Wettbewerb. Das betrifft

auch und vor allem den Mittelstand. Sächsische Produzenten, beispielsweise von Solaranlagen, vertreiben und verkaufen ihre Produkte weltweit und mit jedem neuen staatlichen Förderprogramm für Erneuerbare kommt ein neuer Absatzmarkt hinzu. Wir freuen uns darauf, gleich von Herrn Dr. Daniels zu hören, wie die sächsische Branche die Potentiale im Auslandsgeschäft nutzt und welche Hürden es dabei für die Unternehmen zu überwinden gilt.

Aus der Sicht von Investoren und Produzenten in erneuerbare Energien und der gesamten Branche ist es vor allem wichtig, dass auf die politische Zusage der Förderung zu garantierten Konditionen auf einen gesetzlich festgelegten Zeitraum Verlass ist. Das bedeutet, dass die gesetzlich festgelegten Vergütungssätze und die Laufzeit der Vergütung auch Bestand haben. Das Beispiel Deutschland zeigt aber bereits, dass die gesetzlichen Zusagen sich verändernden politischen Erwägungen unterworfen sind. Die steigenden Strompreise nehmen einige Politiker zum Anlass, sich grundsätzliche Gedanken über die zukünftige Förderung von erneuerbaren Energien zu machen. In anderen Ländern wird dies noch deutlicher.

Spanien zum Beispiel hat in den letzten Jahren mehrfach das entsprechende Gesetz geändert mit dem Resultat, dass der Vergütungssatz für Photovoltaik insgesamt drastisch eingebrochen ist. Die Tschechische Republik hat sich vor einiger Zeit dazu entschlossen, die den Erzeugern ausgezahlten Vergütungen rückwirkend zu besteuern. Es gibt eine Reihe weiterer Beispiele sowohl innerhalb als auch außerhalb der EU. Gleichzeitig entscheiden sich jedoch auch mehr und mehr Staaten, neue Einspeisevergütungen einzuführen. Welche Rolle spielt also das internationale Wirtschaftsrecht für die staatliche Regulierung von erneuerbaren Energien? Welchen Beitrag kann es leisten für Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit in diesem Bereich? Lassen Sie uns zunächst das internationale Investitionsschutzrecht, ein Teilgebiet des internationalen Wirtschaftsrechts, betrachten.

Neben einer Vielzahl von bilateralen Verträgen zum Schutz von Investitionen existieren auch einige multilaterale bzw. Interregionale Abkommen, die den Schutz von im Ausland getätigten Investitionen für alle Mitglieder garantieren (Im Energiebereich vor allem der Vertrag über die Energiecharta). Hinzu kommen noch einige Verträge zwischen Investoren (zumeist multinationalen Unternehmen) und dem Gaststaat (sog. Investor-Staat-Verträge). Für den Fall von Konflikten zwischen dem Investor und Gaststaat sehen die meisten Verträge die Einsetzung eines Schiedsgerichts vor. In den letzten Jahren ist ein starker Anstieg der internationalen Schiedsverfahren zu verzeichnen. Internationale Schiedssprüche werden gemäß einem UN-Abkommen von etwa 150 Staaten anerkannt. Laut Auskunft der deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit in Köln kommt mehr als die Hälfte der dort registrierten Fälle von Mittelständlern.

Sowohl gegen Spanien als auch gegen die Tschechische Republik haben Investoren juristische Schritte wegen der nachträglichen Anpassungen der Förderzusagen eingeleitet. Im Falle Spaniens hat ein Konsortium von 14 Investoren in Photovoltaikprojekte ein schiedsgerichtliches Verfahren vor dem internationalen Zentrum zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten (ICSID) angestrengt. Die Investoren hatten auf eine feste Vergütung für einen Zeitraum von 25 Jahren vertraut und auf dieser Grundlage mehr als 4

Mrd. Euro in spanische PV-Projekte investiert. Die Beschwerdeführer berufen sich auf den Vertrag über die Energiecharta, der unter anderem den Schutz von Auslandsinvestitionen in den Unterzeichnerstaaten vorsieht.

Auch gegen die Maßnahme der Tschechischen Republik, die Erträge aus der Einspeisung von Solarstrom mit 26% zu besteuern, geht eine Gruppe von Investoren aus mehreren Ländern (darunter auch zwei deutsche Mittelständler) mit juristischen Schritten vor. Sie berufen sich auf bilaterale Investitionsschutzabkommen der Tschechischen Republik mit anderen Staaten sowie ebenfalls auf den Vertrag über die Energiecharta. Auf die Tschechische Republik könnten Entschädigungszahlungen für die Unternehmen in Höhe von knapp 10 Mrd. Euro zukommen. Schließlich laufen derzeit zwei Schiedsverfahren nach dem Investitionsschutzkapitel des Nordamerikanischen Freihandelsabkommens (NAFTA), in denen Unternehmen Beschwerde gegen Maßnahmen der kanadischen Regierung eingelegt haben, die Investitionen in Windenergie in Kanada behindern.

Sämtliche Investitionsabkommen enthalten Vorschriften zum Schutz vor bzw. bei Enteignungen. Darüber hinaus enthalten diese Verträge in den meisten Fällen Vorschriften über die Nichtdiskriminierung ausländischer Investoren, den Marktzugang und den Schutz gegen staatliche Regulierung, die den Wert der Investition mindern kann. Vor allem Bestimmungen in Bezug auf den letztgenannten Punkt sind für den Bereich der erneuerbaren Energien bedeutsam.

Ein Merkmal der Schiedsverfahren ist, dass während der Laufzeit des Verfahrens kaum Informationen an die Öffentlichkeit dringen. Daher kann über die Argumente der Parteien nur spekuliert werden. Was könnten also die Argumente sein, die gegen Spanien und die Tschechische Republik vorgebracht werden?

Die Rücknahme oder beträchtliche Kürzung von staatlichen Förderzusagen für EE könnte z. B. als eine Maßnahme gleicher Wirkung wie eine Enteignung (bzw. als indirekte Enteignung) angesehen werden. Die aufgrund der ursprünglich herrschenden finanziellen Rahmenbedingungen erwarteten Erträge aus der Investition bleiben nach der Gesetzesänderung und den damit verbundenen Vergütungseinschnitten aus. Damit wird die Investition im schlimmsten Fall wertlos. Eine der umstrittensten Fragen im Investitionsschutzrecht betrifft derzeit die Abgrenzung legitimen und notwendigen staatlichen Handelns von einer indirekten Enteignung. Bisher hat sich noch keine einheitliche Definition des Begriffs der indirekten Enteignung und der Abgrenzung von legitimer Regulierung durchgesetzt. Daher bleibt das Urteil der Schiedsgerichte in den beiden angesprochenen Fällen mit Spannung abzuwarten.

Es liegt nahe, dass die Photovoltaik-Investoren außerdem einen Verstoß gegen das Gebot "gerechter und billiger Behandlung" rügen werden. Dieser Investitionsschutzstandard ist gleichfalls im Energiecharta-Vertrag verankert. Dazu gehört unter anderem, dass nationale Rechtsvorschriften klar und deutlich formuliert sein müssen und ihre Anwendung objektiv und vorhersehbar sein muss. Der Standard fordert ein Mindestmaß an Rechtssicherheit und Vertrauensschutz. In Investitions-Schiedsverfahren erfreut sich die Klausel bei den klagenden Investoren großer Beliebtheit – nicht trotz, sondern wegen ihrer Weite und Unbestimmtheit. So könnte geltend gemacht werden, die nachträglichen

Vergütungseinschnitte hätten das berechtigte Vertrauen in die Verlässlichkeit des spanischen bzw. tschechischen Rechtsrahmens enttäuscht und seien deshalb "ungerecht und unbillig".

Ausnahmen von den Schutzstandards betreffen üblicherweise Entscheidungen, die „im öffentlichen Interesse“ liegen bzw. die zur „Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung“ dienen. Hier bedarf der Begriff der „öffentlichen Ordnung“ weiterer Auslegung. Fällt unter den Begriff der öffentlichen Ordnung etwa auch eine wirtschaftliche Notlage? Die Gesetzesänderungen in Spanien waren immerhin auch eine Reaktion auf die sich verschlechternde wirtschaftliche Situation und die prekären Staatsfinanzen als Folge der Wirtschaftskrise und sollten den Staatshaushalt und die Stromrechnungen der Bürger entlasten.

Ob Spanien aber mit diesem Argument die Rücknahme seiner Förderzusagen (Vergütungseinschnitte) rechtfertigen kann, ist zweifelhaft. Der spanische Fall verdeutlicht wiederum das Spannungsverhältnis zwischen dem internationalen Investitionsschutz und nationaler Regulierung des Wirtschaftslebens.

Alle genannten Verfahren sind noch anhängig. Die Beschwerde führenden Parteien dürfen auf eine Entschädigung für ihre durch die Anpassung bzw. Kürzung der Fördermaßnahmen erlittenen Verluste hoffen. Welche Wirkung die Schiedssprüche darüber hinaus auf die politischen Entscheidungen haben werden und ob sie möglicherweise für mehr Rechtssicherheit sorgen, wird sich zeigen. Auch gegen Deutschland läuft derzeit ein Schiedsverfahren mit einem beträchtlichen Streitwert im Energiebereich. Vattenfall hat im Mai 2012 Klage gegen den deutschen Atomausstieg (genauer gesagt gegen die Abschaltung seiner beiden Meiler Krümmel und Brunsbüttel) vor dem Internationalen Zentrum zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten (in Washington, DC) erhoben. In der deutschen Presse war unter anderem zu lesen, damit würde „in den USA über den deutschen Atomausstieg“ entschieden. Auch wenn diese Aussage sicherlich über das Ziel hinausschießt zeigt das Verfahren, dass bei der politischen Regulierung im Energiebereich der Schutz ausländischer Investoren eine große Rolle spielt und den Regulierungsspielraum des Staates einschränken oder zumindest beeinflussen kann.

Lassen Sie uns nun einen Blick auf einige relevante Aspekte des Welthandelsrechts werfen.

Das zweite zentrale Element des Wirtschaftsvölkerrechts ist das Recht der Welthandelsorganisation (WTO). In jüngster Zeit ist auch im Welthandelsrecht ein Anstieg der Verfahren im Bereich der erneuerbaren Energien zu verzeichnen. Dabei geht es nicht in erster Linie um den Schutz von Investitionen, sondern vor allem um die Gleichbehandlung in- und ausländischer Waren und Wirtschaftszweige. Dabei sind insb. das Allgemeine Zoll- und Handelsabkommen, das Abkommen über handelsbezogene Investitionsmaßnahmen sowie das Übereinkommen über Subventionen und Ausgleichsmaßnahmen relevant.

Interessant ist schon die Frage, ob nationale Fördermaßnahmen als solche überhaupt mit dem WTO-Recht vereinbar sind oder ob diese gegen das Subventionsübereinkommen verstoßen.

Bei der Frage nach der Vereinbarkeit einer nationalen Maßnahme zur Förderung erneuerbarer Energien (wie dem EEG) mit dem WTO-Recht kommt es entscheidend darauf an, wie die betreffende Maßnahme konkret ausgestaltet ist.

Denkbar wäre eine Einstufung als Subvention und damit ein möglicher Verstoß gegen das Übereinkommen über Subventionen und Ausgleichsmaßnahmen, wenn aus staatlichen Mitteln einzelne Unternehmen oder Wirtschaftszweige direkt gefördert werden.

Eine Subvention liegt nach dem Subventionsübereinkommen dann vor, wenn drei kumulative Voraussetzungen erfüllt sind. Es muss sich um

- eine finanzielle Beihilfe (oder eine Einkommens- oder Preisstütze)
- durch eine Regierung oder öffentliche Körperschaft handeln,
- durch die einem Unternehmen ein Vorteil gewährt wird.

Dass es sich etwa beim EEG um eine finanzielle Beihilfe (bzw. eine Preisstützung, Garantieprie) handelt, ist relativ unumstritten. Dabei stammen die Zahlungen jedoch nicht aus der öffentlichen Hand, sondern werden von den Netzbetreibern an die Produzenten gezahlt und an die Endverbraucher weitergegeben. Der Staat verpflichtet also private Unternehmen dazu, ein Geschäft zu bestimmten Garantiepriezen abzuschließen. Vereinzelt wird argumentiert, der Subventionstatbestand sei auch in diesem Fall erfüllt. Allerdings wurde in einem früheren Verfahren vor der WTO entschieden, dass es zu einem „Verlust“ auf Seiten des Staates kommen muss. Das ist bei der Preisgarantie des EEG jedoch nicht der Fall. Zusammenfassend lässt sich somit feststellen, dass die Regelungen im EEG zur Unterstützung der Stromgewinnung aus erneuerbaren Energiequellen wohl nicht die in Artikel 1 des Abkommens spezifizierten Kriterien für eine Subvention erfüllen. Ein WTO-Verfahren gegen Deutschland wegen des EEG wurde bis zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht eingeleitet.

Ein interessantes Sonderproblem von aktueller Relevanz stellen die bereits erwähnten local-content Anforderungen dar. Dabei wird der Anspruch auf die Vergütung für EE-Anlagen ausdrücklich an das Erfordernis der lokalen Wertschöpfung gekoppelt. D.h., dass der Anspruch auf die vorteilhafte Vergütung nur solchen Produzenten zusteht, die Produktionsanlagen (also Windkraftanlagen und Solarpanels) nutzen, die zu einem bestimmten Prozentsatz im Inland hergestellt wurden.

Eine local-content Regelung wurde auch in Deutschland für das EEG debattiert und wird immer mal wieder, zuletzt im Zusammenhang mit den Problemen der deutschen Solarbranche, gefordert. So empfahl etwa der Umweltausschuss des Bundesrates im April 2012 (Zitat): „Die Vergütung sollte an die Herstellung in der EU oder zumindest an die anteilige Wertschöpfung in der EU geknüpft werden.“ Auch die SPD-Fraktion im Bundestag und einzelne Abgeordnete anderer Parteien haben sich in der Vergangenheit für ein local-content Erfordernis im EEG ausgesprochen.

Ein solches gesetzliches Erfordernis ist nicht mit dem Welthandelsrecht vereinbar. So entschied im Dezember 2012 ein Streitbeilegungsgremium der WTO in einem Verfahren, in

dem die EU und Japan sich über eine local-content Regelung in der kanadischen Provinz Ontario beschwert hatten. Das betreffende Gesetz sah vor, dass mindestens 25% der Wertschöpfung bei Windenergieanlagen über 10 kW und mindestens 50% bei Photovoltaik-Anlagen in Ontario hergestellt sein müssen. Deutsche Hersteller von Windenergieanlagen hatten daraufhin bereits Teile ihrer Produktion in die Provinz Ontario verlagert.

Die Europäische Union und Japan sahen in der Regelung jedoch Wettbewerbsnachteile für ihre jeweils betroffenen Industriezweige und reichten bei der WTO Beschwerde ein.

Das zuständige Gremium entschied dann im Dezember, dass mehrere Vorschriften der WTO-Abkommen durch das local-content Erfordernis verletzt seien.

Die Europäische Kommission dürfte die Entscheidung vor allem auch deshalb genau notiert haben, weil Maßnahmen von EU-Mitgliedstaaten derzeit ebenfalls auf ihre Vereinbarkeit mit dem Recht der WTO geprüft werden. Dabei geht es um den Vorwurf Chinas, einige europäische Länder, darunter Griechenland und Italien, würden den Einsatz von im eigenen Land gefertigten Solarmodulen subventionieren. Die Vorwürfe Chinas ähneln dabei stark denen im Verfahren der EU gegen Kanada. China hatte am 5. November 2012 Konsultationen mit der EU beantragt und damit das Verfahren vor der WTO eröffnet.

Die beiden hier beschriebenen Verfahren sind nur ein Teil einer Reihe von aktuellen Handelsstreitigkeiten, welche im Bereich der erneuerbaren Energien angesiedelt sind. In vier dieser Verfahren geht es um local-content Anforderungen, in den weiteren um Handelsschutzmaßnahmen für die heimische Herstellung von Solarmodulen, etwa im Bereich Antisubvention und Antidumping. Die Bedeutung des globalen Wirtschaftszweigs erneuerbare Energien ist also auch an den jüngsten Entwicklungen im Welthandelsrecht abzulesen.

Lassen Sie mich nun abschließend noch einmal kurz die wichtigsten Punkte meines Vortrags zusammenfassen.

Fazit – Grenzen der Regulierung erneuerbarer Energie durch das Wirtschaftsvölkerrecht

Das internationale Wirtschaftsrecht setzt dem Spielraum des Gesetzgebers bei der Ausgestaltung von Förderinstrumenten für EE zusätzlich zum nationalen Rechtsrahmen und dem Europarecht gewisse Grenzen, die es einzuhalten gilt. Die Modifikation von Fördermaßnahmen bzw. rückwirkende Vergütungseinschnitte können beträchtliche negative Auswirkungen für Investoren aus anderen Ländern haben. Sollten, wie im Falle Spaniens und der Tschechischen Republik, ausländische Investoren betroffen sein, können diese unter Berufung auf multilaterale Investitionsschutzverträge oder bilaterale Abkommen schiedsgerichtlich gegen das Gastland vorgehen. Das internationale Investitionsrecht fordert die Einhaltung gewisser Standards wie eine faire und gerechte Behandlung ausländischer Investoren und bietet Schutz vor Enteignungen oder Maßnahmen mit gleicher Wirkung durch den Staat.

In Bezug auf das Welthandelsrecht lässt sich resümieren, dass es den meisten Staaten gelingt, ihre Fördermaßnahmen so zu gestalten, dass diese nicht gegen das Welthandelsrecht verstoßen. Ob einzelne gesetzliche Regelungen wie die Preisgarantie und

Abnahmeverpflichtung des EEG als möglicherweise (anfechtbare) Subvention zu qualifizieren sind, ist nicht eindeutig geklärt.

Nicht mit dem Welthandelsrecht vereinbar sind local-content Anforderungen. Die Aufnahme einer solchen Regelung in das EEG wäre daher ein Verstoß gegen geltendes Völkerrecht.

Ich bedanke mich für Ihre Aufmerksamkeit.