

# Stellungnahme zum Expertengespräch zum Freihandelsabkommen zwischen der EU und Kanada (CETA) des EU-Ausschusses des Bundesrates am 5. Februar 2015

*Prof. Dr. Stephan Schill, LL.M. (NYU)\**

Die nachfolgende Stellungnahme bezieht sich auf den vom EU-Ausschuss festgesetzten Themenkatalog. Sie bezieht sich ausschließlich auf die Regelungen zum Investitionsschutz und zur Investor-Staats-Schiedsgerichtsbarkeit in den Kapiteln 10, 15 und 32 des europäisch-kanadischen Freihandelsabkommens CETA (Comprehensive Economic and Trade Agreement) ein. Regelungen in anderen Kapiteln des Abkommens sind nicht Gegenstand dieser Stellungnahme.

## I. Chancen des Abkommens für die deutschen Länder

Chancen des Abkommens liegen für die deutschen Länder vor allem in ihrer Teilhabe an den allgemeinen wirtschaftlichen Auswirkungen des Abkommens. Im Bereich des Investitionsschutzes bestehen diese in einem zusätzlichen, völkerrechtlichen Schutz derjenigen Investitionen, die von in Deutschland angesiedelten Unternehmen im Ausland getätigt werden. Schutz bietet das Abkommen gegen entschädigungslose Enteignung und sonstige rechtsstaatswidrige Maßnahmen in Kanada. Außerdem enthält es einen Anspruch europäischer Unternehmen auf grundsätzliche Gleichbehandlung mit kanadischen Investoren beim Marktzugang. Durch den so ausgestalteten Schutz werden in vielen Fällen Wertschöpfungsketten der hier ansässigen Unternehmen, ihre inländischen Arbeitsplätze und ihr Steueraufkommen gesichert.

Darüber hinaus bietet das Investitionskapitel in CETA auch konkreten Schutz für die Investitionstätigkeit in Kanada von Unternehmen, deren Eigentümer juristische Personen des öffentlichen Rechts sind, einschließlich der Länder und Kommunen. So haben z. B. erst kürzlich in zwei Fällen kommunale Unternehmen von den Rechtsschutzmöglichkeiten für ausländische Investoren unter dem Energiechartavertrag, einem völkerrechtliche Abkommen Gebrauch gemacht, als sie Verfahren gegen Spanien wegen Eingriffen in Solarstromprojekte einleiteten.<sup>1</sup> Die deutschen Länder profitieren damit auch insofern als sie selbst, zumeist indirekt über Unternehmen in privatrechtlicher Organisationsform, als Auslandsinvestoren tätig werden.

---

\* Professor für International and Economic Law and Governance an der Universität von Amsterdam und Principal Investigator eines durch den European Research Council geförderten Forschungsprojekts zu "Transnational Public-Private Arbitration as Global Regulatory Governance"; Rechtsanwalt; Attorney-at-Law (New York); Mitglied der Schlichterliste (List of Conciliators) des International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID); Herausgeber des Journal of World Investment and Trade.

<sup>1</sup> Siehe die ICSID-Fälle *Stadtwerke München GmbH et al v. Spain*, ICSID Case No. ARB/15/1, und *Steag GmbH v. Spain*, ICSID Case No. ARB/15/4.

## II. Besondere Länderinteressen

- a. Welche Regelungen sind im Abkommen enthalten, die die Länder besonders berühren (Kultur und Medien; öffentliche Daseinsvorsorge; Vergaberecht)?

Das Investitionsschutzkapitel in CETA enthält Regelungen zu Marktzugang (Anspruch auf Nicht-Diskriminierung bei der Aufnahme wirtschaftlicher Tätigkeit) und zum Schutz bestehender Investitionen (Bestandsschutz). Allerdings sind diese Regelungen gem. Artikel 14.16 CETA innerstaatlich nicht unmittelbar anwendbar; die Verpflichtungen aus CETA verbleiben vielmehr ausdrücklich im zwischenstaatlichen Verhältnis.<sup>2</sup> Insofern stellen die Vorschriften in CETA keinen direkten Rechtmäßigkeitsmaßstab für Handeln der Länder dar. Auch können die Länder nicht in Investor-Staat-Schiedsverfahren verklagt werden.<sup>3</sup>

Die Investitionsschutzvorschriften in CETA sind aber wegen der möglichen finanziellen Verantwortung der Länder nicht wirkungslos. So können Maßnahmen der Länder, die gegen die Investitionsvorschriften in CETA verstoßen, auf völkerrechtlicher Ebene eine Haftung der Bundesrepublik begründen.<sup>4</sup> Diese Haftung im Außenverhältnis hat innerstaatlich das die Maßnahme zu verantwortende Land zu tragen, entsprechend der Zuständigkeits- und Aufgabenverteilung (Art. 104a Abs. 6 GG).<sup>5</sup> Daneben spielen Bundestreue und Unionstreue eine Rolle bei der Beurteilung, ob Länder bestimmte Maßnahmen ergreifen oder unterlassen müssen, um einen Völkerrechtsverstoß durch Bund bzw. EU zu verhindern. Auch wenn somit die CETA-Vorschriften nicht unmittelbar anwendbar sind, haben die Länder wegen der finanziellen Verantwortung für eventuelle Verstöße, sowie der Bundes- und Unionstreue, gleichwohl ein Interesse daran, dass Maßnahmen ihrer Organe CETA nicht verletzen.

Die Regelungen zum Bestandsschutz dürften allerdings nur wenige Probleme aufwerfen. Diese sind nach Regelungsansatz und –inhalt mit den im Grundgesetz enthaltenen Rechtsgrundsätzen vergleichbar, insbesondere dem Schutz des Eigentums (Art. 14 GG) oder dem Gehalt des Rechtsstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 3 GG).<sup>6</sup> Sie blieben darüber hinaus in der Sache gegenüber den Regelungen im Grundgesetz zum Schutz bestehender Investitionen signifikant zurück.<sup>7</sup> Insofern gilt, dass jegliche

---

<sup>2</sup> Artikel 14.16 CETA bestimmt:

**ARTICLE 14.16: PRIVATE RIGHTS**

Nothing in this Agreement shall be construed as conferring rights or imposing obligations on persons other than those created between the Parties under public international law, nor as permitting this Agreement to be directly invoked in the domestic legal systems of the Parties.

No Party may provide for a right of action under its domestic law against the other Party on the ground that a measure of the other Party is inconsistent with this Agreement.

<sup>3</sup> Beklagte ist entweder die Bundesrepublik oder die EU, selbst wenn die Haftung auslösende Maßnahme eine solche eines Landes war.

<sup>4</sup> Nach den völkerrechtlichen Grundsätzen zur Staatenverantwortlichkeit wird das Handeln der Ländern dem Bund zugerechnet. Siehe Art. 4 der Artikel zur Staatenverantwortlichkeit; diese Vorschrift kodifiziert Völkergewohnheitsrecht.

<sup>5</sup> Näheres ist im Lastentragungsgesetz vom 5. September 2006 geregelt (BGBl. I S. 2098).

<sup>6</sup> Gleichwohl sind Abweichungen in der Anwendung im Einzelfall möglich, da unterschiedliche Instanzen über die Auslegung von CETA und den grundgesetzlichen Vorschriften entscheiden.

<sup>7</sup> Ausführlich dazu Stephan Schill, *Auswirkungen der Bestimmungen zum Investitionsschutz und zu den Investor-Staat-Schiedsverfahren im Entwurf des Freihandelsabkommens zwischen der EU und Kanada (CETA) auf den Handlungsspielraum des Gesetzgebers (Kurzgutachten)*, erhältlich unter

hoheitliche Maßnahme, die mit dem Grundgesetz in Einklang steht, einschließlich solcher der Länder und Kommunen, im Grundsatz keine Verletzung der Investitionsschutzvorschriften in CETA nach sich ziehen dürften.<sup>8</sup> Vielmehr müssten die hohen Hürden überwunden werden, die das CETA-Investitionskapitel als Voraussetzung für ein Rechtswidrigkeitsurteil und ein daran anknüpfende Haftung aufstellt.<sup>9</sup> Da bei CETA der Grundsatz des Vorrangs des Primärrechtsschutzes nicht gilt, kommen Schadensersatzpflichten allerdings auch in Fallkonstellationen in Betracht, in denen nach deutschem Recht nur die Herstellung eines rechtmäßigen Zustandes verlangt werden kann.

Wichtige Änderungen ergeben sich durch CETA jedoch durch die Vorschriften zur Nicht-Diskriminierung kanadischer Investoren beim Marktzugang. Danach sind kanadische Investoren bei der Aufnahme wirtschaftlicher Tätigkeit mit deutschen und europäischen Investoren gleich zu behandeln. Dies bedeutet aber nicht, dass die Rahmenbedingungen für Leistungen im Bereich der öffentlichen Daseinsvorsorge verändert werden müssen, eine Privatisierung der öffentlichen Daseinsvorsorge oder eine Liberalisierung bisher allein durch die öffentliche Hand zur Verfügung gestellter Leistungen erfolgen müsste.

Des Weiteren unterliegt der Anspruch auf Gleichbehandlung einer Vielzahl an Ausnahmen, die wenig übersichtlich über das Investitionskapitel und andere Kapitel in CETA verstreut sind. Wichtig sind insbesondere Ausnahmen für bestehende, diskriminierende Maßnahmen in Annex I, für die Einführung der in Annex II gelisteten neuen diskriminierenden Maßnahmen, sektorspezifische Ausnahmen (einschließlich der Ausnahme für audiovisuelle Dienstleistungen für die EU), sowie Ausnahmen für bestimmte Bereiche staatlicher Tätigkeit, insbesondere das Vergaberecht<sup>10</sup> und Subventionen.<sup>11</sup> Außerdem unterliegen Streitigkeiten über die Verletzung von Marktzugangsregelungen nicht der Zuständigkeit von Investor-Staat-Schiedsgerichten.<sup>12</sup>

Im Grundsatz können die Investitionsvorschriften in CETA wegen ihres prinzipienartigen, verfassungsähnlichen Charakters jegliches Handeln der Länder im Bereich Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung betreffen, soweit keine Ausnahme greift. CETA betrifft damit im Grundsatz auch Länderinteressen und –kompetenzen. Hier bedarf der Umfang eventueller Ausnahmen aber besonderer Beachtung. Andererseits sind die Anforderungen an das Handeln der Länder unter CETA im Grundsatz nicht restriktiver als die grundgesetzlichen Vorgaben. Soweit Maßnahmen der

---

<http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/C-D/ceta-gutachten-investitionsschutz.property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf> (2. Februar 2015).

<sup>8</sup> Gleichzeitig ist nicht jede Maßnahme, die nach deutschem Recht rechtswidrig ist, auch eine Verletzung der CETA-Investitionsvorschriften.

<sup>9</sup> Insbesondere im Zusammenhang mit der Grundsatz gerechter und billiger Behandlung (fair and equitable treatment) ist insofern erforderlich, dass es sich um grundlegende Verletzung rechtsstaatlicher Grundsätze („fundamental breach of due process“), offenkundige Willkür („manifest arbitrariness“), gezielte Diskriminierung von Investoren auf offensichtlich unrechtmäßiger Grundlage, wie Geschlecht, Rasse oder Glaube („targetted discrimination on manifestly wrongful grounds, such as gender, race or religious belief“) oder missbräuchliche Behandlung von Investoren, wie Nötigung, Zwang oder Belästigung („abusive treatment of investors, such as coercion, duress and harassment“) relevant.

<sup>10</sup> Art. X.1 Abs. 2 lit c) CETA und Art. X.14 Abs. 5 lit. a) CETA.

<sup>11</sup> Art. X.14 Abs. 5 lit. b) CETA.

<sup>12</sup> Art. X.1 Abs. 4 Satz 3: „establishment and acquisition“ bei CETA; wiederholt nochmals in Art. X.17 Abs. 1 CETA.

Landesgesetzgeber selbst verfassungsgemäß sind und nicht gegen kanadische Investoren diskriminieren, droht keine Haftung wegen der Verletzung des CETA-Investitionskapitels. Auch bei Maßnahmen von Verwaltung und Gerichten beschränken sich Haftungsrisiken für Verhalten, das zwar nach deutschem Recht rechtmäßig ist, aber gleichwohl gegen CETA verstößt auf eng begrenzte Fallkonstellationen. Für die Rechtsprechung ist die Haftung unter CETA für überlange Verfahrensdauer unter CETA möglicherweise strikter als deutsches Staatshaftungsrecht; für die Verwaltung kann die Beurteilung von Zusagen, die nach deutschem Recht nicht bindend sind und keinen Vertrauenstatbestand begründen, unter CETA möglicherweise als Grundlage für einen Vertrauenstatbestand dienen.

*b. Handelt es sich um ein Gemischtes Abkommen? Ist die Zustimmung des Bundesrates erforderlich?*

Die Frage, ob es sich bei CETA um ein gemischtes Abkommen handelt oder um ein Abkommen, für das die EU die ausschließliche Kompetenz hat, ist bisher nicht letztverbindlich geklärt. Während die EU-Kommission auf dem Stand zu stehen scheint, dass die aus Art. 207 AEUV herrührende Kompetenz für „ausländische Direktinvestitionen“ ggf. in Verbindung mit weiteren Kompetenztiteln aus dem Bereich der Kapitalverkehrsfreiheit umfassend ist, gehen zahlreiche Mitgliedstaaten von einer gemischten Zuständigkeit aus. Entsprechend wäre CETA als gemischtes Abkommen zu schließen, das nicht nur der Zustimmung der EU, sondern auch aller 28 Mitgliedstaaten und – je nach der innerstaatlichen Rechtslage – deren Parlamente bedarf. Der Kompetenzumfang der EU wird demnächst wohl in einem Gutachten-Verfahren vor dem EuGH geklärt werden, das die Kommission im Zusammenhang mit dem Freihandelsabkommen mit Singapur angekündigt hat.

Allerdings gibt es gewichtige Argumente für ein Fehlen einer ausschließlichen EU-Kompetenz. Diese sind von Prof. Franz C. Mayer in einem Gutachten für das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie vom 28. September 2014 ausgeführt worden.<sup>13</sup> Prof. Mayer kommt darin zu dem Ergebnis, dass von einer gemischten Zuständigkeit von Union und Mitgliedstaaten auszugehen ist. Dafür sprechen der Umfang der in CETA vorhandenen Investitionsschutzvorschriften, CETA-Bestimmungen zu Verkehr, zur gegenseitigen Anerkennung von Berufsqualifikationen, zum Arbeitsschutz und zur sog. „Guten Herstellungspraxis“ für pharmazeutische Produkte.

Auch die Frage, ob eine Zustimmung des Bundesrates zum Abschluss von CETA als gemischtem Abkommen erforderlich ist, wird zu bejahen sein. Dies folgt entweder aus Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG, wenn man davon ausgeht, dass durch CETA Hoheitsrechte auch an die EU übertragen werden, etwa im Bereich der Unterwerfung unter und Führung von Investitionsschiedsverfahren oder der Schaffung von Abkommensorganen, oder aus den nach Art. 59 Abs. 2 GG anwendbaren allgemeinen Regeln. Hier könnte das Zustimmungserfordernis des Bundesrates über Art. 74 Abs. 1 Nr. 25, Abs. 2 GG begründet werden. Daneben wäre zu erwägen, ob aus Art. 104a Abs. 6 S. 4 GG eine Zustimmungspflicht des Bundesrates folgt.

---

<sup>13</sup> Franz Mayer, *Stellt das geplante Freihandelsabkommen der EU mit Kanada (Comprehensive Economic and Trade Agreement, CETA) ein gemischtes Abkommen dar?*, <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/C-D/ceta-gutachten-einstufung-als-gemischtes-abkommen.property=pdf.bereich=bmwi2012.sprache=de.rwb=true.pdf> (2. Februar 2015).

### III. Investorenschutz, Investor-Staat-Schiedsverfahren

#### a. Bewertungen der Regelungen zum Investitionsschutz in CETA

Meine Einschätzung zu den Implikationen der investitionsrechtlichen Bestimmungen in CETA ist umfassend in einem Gutachten, das ich im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie im August 2014 erstellt habe, widergegeben.<sup>14</sup> Das Gutachten enthält eine Kurzexpertise zu den Auswirkungen der investitionsrechtlichen Bestimmungen in CETA auf den Handlungsspielraum des Gesetzgebers, sowie zu Gegenstand und Rechtsfolgen etwaiger Schiedssprüche. Dessen Ergebnis lautet in der Kurzzusammenfassung wie folgt:<sup>15</sup>

„Durch die in CETA niedergelegten völkerrechtlichen Bestimmungen zum Schutz von Investitionen kanadischer Investoren wird der Gesetzgeber rechtlichen Bindungen unterworfen, die unabhängig vom deutschen Verfassungs- und Staatshaftungsrechts und den Vorgaben des Unionsrechts zu beachten sind. CETA sieht dabei – vorbehaltlich umfangreicher Ausnahmeregelungen – Marktzugangsregelungen, Inländergleichbehandlung und Meistbegünstigung für kanadische Investoren vor, schützt den Bestand getätigter Investitionen gegen eng umgrenzte gesetzgeberische Eingriffe und enthält Vorschriften zur Sicherstellung des freien Kapitalverkehrs im Hinblick auf kanadische Investitionen. Die Verletzung dieser Vorschriften kann sowohl in zwischenstaatlichen Schiedsverfahren als auch, allerdings mit wichtigen Einschränkungen vor allem bei Marktzugangsregelungen, im Bereich der Finanzmarktregulierung und im Steuerwesen, in Investor-Staats-Schiedsverfahren geltend gemacht werden.

Der Handlungsspielraum des Gesetzgebers wird durch CETA im Vergleich zum existierenden Verfassungs- und Unionsrecht allerdings kaum zusätzlichen materiell-rechtlichen Bindungen unterworfen. Einzig der Anspruch auf Inländergleichbehandlung und Meistbegünstigung führt, soweit keine der zahlreichen Ausnahmen einschlägig ist, zu einer substantiellen Aufwertung der Rechte von kanadischen Investoren. Ihnen wird durch CETA ein Status eingeräumt, der dem Schutz inländischer Investoren aus den Grundrechten bzw. dem Schutz von EU-Investoren aus den unionsrechtlichen Grundfreiheiten und Grundrechten bei Marktzugang und Bestandsschutz entspricht. Der gesetzgeberische Handlungsspielraum ist dadurch insofern reduziert als Schlechterbehandlungen eines kanadischen Investors aufgrund seiner Staatsangehörigkeit unzulässig sind. Allerdings schmälern die zahlreichen Ausnahmen, einschließlich Bereichsausnahmen für ganze Wirtschaftszweige und bestimmte Bereiche staatlicher Verwaltungstätigkeit, sowie Ausnahmen zur Aufrechterhaltung differenzierender Behandlung und zur Einführung neuer differenzierender Maßnahmen, den Anspruch auf umfassende Gleichbehandlung sowohl von kanadischen Investoren in Deutschland, als auch von deutschen (und anderen europäischen) Investoren in Kanada substantiell.

Im Hinblick auf den Bestandsschutz getätigter Investitionen gegen gesetzgeberische Eingriffe bleibt CETA auf materiell-inhaltlicher Ebene gegenüber dem deutschen Verfassungs- und Unionsrecht signifikant zurück. Der Anspruch auf

---

<sup>14</sup> Schill (fn. 7).

<sup>15</sup> Ebda., S. 30-32.

gerechte und billige Behandlung ist im Verhältnis zum Gesetzgeber im Wesentlichen auf ein Verbot offensichtlich willkürlicher Maßnahmen und ein Mindestmaß an Vertrauensschutz reduziert. Der Schutz durch das verfassungsrechtliche Rechtsstaatsprinzip und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, der Vertrauensschutz im deutschen und europäischen Recht, sowie die Beschränkungsverbote der europäischen Grundfreiheiten sind umfassender. Weder aus dem Grundsatz gerechter und billiger Behandlung noch aus dem Anspruch auf vollen Schutz und Sicherheit folgen Beschränkungen des gesetzgeberischen Handlungsspielraumes, die über verfassungsrechtliche Vorgaben hinausgehen. Auch die CETA-Vorschriften zum Schutz gegen Enteignungen und einer Enteignung gleichstehende Eingriffe gehen in ihren Tatbestandsvoraussetzungen nicht über verfassungsrechtliche Vorgaben hinaus. Außerdem ist der gesetzgeberische Handlungsspielraum durch eine Vielzahl von Ausnahmenvorschriften, einschließlich solcher zum Schutz der nationalen Sicherheit, der Umwelt, der öffentlichen Gesundheit, usw., sowie Ausnahmen für das Steuerwesen und die Regulierung von Finanzdienstleistungen gegen CETA-bedingte Beschränkungen geschützt.

Unterschiede zwischen Verfassungs- und Unionsrechts einerseits und CETA-Investitionsschutzvorschriften andererseits ergeben sich allerdings bei den Rechtsfolgen. Diese sind jedoch im Wesentlichen rechtssystematischer Natur. Anders als unter Verfassungs- und Unionsrecht, sind die Rechtsfolgen einer Verletzung auf Entschädigungs- und Schadensersatzzahlungen beschränkt. Die Aufhebung oder der Erlass gesetzgeberischer Maßnahmen kann nicht verlangt werden. CETA modifiziert damit nicht den Rechtsanwendungsbefehl deutscher Gesetze, wie er im Grundgesetz niedergelegt ist, weicht dafür aber im Vergleich zum Verfassungsrecht vom Grundsatz des Vorranges des Primärrechtsschutzes mit den korrespondierenden engen Voraussetzungen der Staatshaftung für Schadensersatz und Entschädigung ab. CETA ermöglicht vielmehr die unmittelbare Geltendmachung von Entschädigungs- und Schadensersatzzahlungen, ohne dass die Investitionswidrigkeit der zugrundeliegende Maßnahme beseitigt werden müsste; es weitet damit als Ersatz für den fehlenden Anspruch eines Investors auf Herstellung eines CETA-konformen Rechtszustandes die Staatshaftung aus. Da die Voraussetzungen für die Rechtswidrigkeit gesetzgeberischen Handelns unter CETA jedoch höher sind als nach nationalem und Unionsrecht ist das Haftungsrisiko überschaubar. Der Umfang von Entschädigungs- und Schadensersatzzahlungen, sowie die Berechnung von Zinsen weichen von den Vorgaben des deutschen Staatshaftungsrechts in überschaubarem Umfang ab. Höher als vor staatlichen Gerichten ist das Kostenrisiko bei der Durchführung von Investor-Staats-Schiedsverfahren.

Einen wichtigen Unterschied zwischen CETA und dem Verfassungs- bzw. Unionsrecht stellt schließlich der Durchsetzungsmechanismus dar. Allerdings sind hier hohe Zugangshürden und erhebliche Beschränkungen der Anspruchsgrundlagen vorhanden. Gefahren der Rechtsfortbildung durch CETA-Schiedsgerichte, durch die eine Haftungserweiterung erfolgen könnte, sind durch institutionelle Mechanismen abgefedert. Eine Einschränkung des gesetzgeberischen Handlungsspielraums, die über Verfassungs- und Unionsrecht hinausgeht, lässt sich darin nicht erblicken.

Insgesamt enthält CETA damit keine wesentlich über bestehende verfassungs- oder unionsrechtliche Vorgaben hinausgehenden Bindungen des Gesetzgebers. Im Gegenteil, CETA bleibt in Kernpunkten hinter dem verfassungs- und unionsrechtlich erreichten Schutz von Investitionen zurück. Bedenken gegen die investitionsschutzrechtlichen Bestimmungen in CETA im Hinblick auf Haftungsrisiken der Bundesrepublik Deutschland oder die Einschränkung des gesetzgeberischen Handlungsspielraumes sind daher zu vernachlässigen. Vielmehr stellt das vergleichsweise geringe Maß an völkerrechtlichem Investitionsschutz den Wert des Investitionskapitels für den Schutz deutscher und europäischer Investoren in Kanada in Frage.“

Zusammenfassend lässt sich damit festhalten, dass die Hauptänderung gegenüber der bisherigen Rechtslage darin besteht, dass – soweit keine Ausnahme einschlägig ist – Marktzugang sowohl für kanadische Investoren in Europa als auch für europäische Investoren in Kanada auf Grundlage eines Anspruches auf Gleichbehandlung geschaffen wird. Andererseits sind die Haftungsrisiken für die möglicherweise CETA-widrige Behandlung von kanadischen Investoren in Deutschland überschaubar. Sie werden gleich-, aber nicht besser gestellt als deutsche oder andere europäische Investoren.

Auch KMUs profitieren von den Investitionsschutzvorschriften in CETA, insbesondere den Marktzugangsregelungen, da sie, anders als größerer Unternehmen, selbst nicht über ausreichende Verhandlungsmacht verfügen, um Eintritt in den kanadischen Markt zu erreichen. Auch Schiedsverfahren sind für KMUs von nicht zu unterschätzender Bedeutung. In der Vergangenheit hat es immer wieder deutsche mittelständische Investoren und Privatpersonen gegeben, die von Investor-Staat-Schiedsverfahren Gebrauch gemacht haben.<sup>16</sup> Problematisch sind für KMUs und Privatpersonen allerdings die häufig hohen Verfahrenskosten; weniger schlagen dabei allerdings die eigentlichen Verfahrenskosten zu Buche, als vielmehr die Anwaltskosten, die häufig ca. 80% der Gesamtkosten ausmachen.

#### *b. Verbesserungen gegenüber bisherigen Schiedsgerichtsverfahren*

Bei der Bewertung von CETA ist auch der Durchsetzungsmechanismus von Bedeutung. Zentral geht es insofern um die Ausgestaltung der Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit. Diese ist unter CETA im Vergleich zum sonst in Investitionsschutzabkommen üblicherweise Vereinbarten erheblich weiterentwickelt, um Bedenken aus rechtsstaatlich-demokratischer Perspektive zu begegnen. So enthält CETA, verglichen etwa mit dem Deutschen Model Investitionsschutzabkommen, bei den Regelungen zur Streitbeilegung zahlreiche Neuerungen und Beschränkungen. Zu nennen ist insbesondere Folgendes:

- Vorschriften über die Transparenz und Öffentlichkeit von Investor-Staats-Schiedsverfahren (Art. X.33 CETA);
- Einführung eines Komitees, das für Schiedsgerichte bindende Interpretationen von CETA vornehmen kann (Art. X.27 Abs. 2 i.V.m. Art. 42 CETA);

<sup>16</sup> Siehe etwa die folgenden Fälle mit deutschen natürlichen Personen als Kläger *Mr. Franz Sedelmayer v. The Russian Federation*, Award, 7 Juli 1998; *Marion Unglaube v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/08/1, Award, 16 May 2012; *Adem Dogan v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/09/9 (Verfahren derzeit in der Annulierungsphase); *Bernhard von Pezold and Others v. Republic of Zimbabwe*, ICSID Case No. ARB/10/15 (Verfahren läuft noch).

- Limitierung der Anspruchsgrundlagen, die geltend gemacht werden können, auf Verletzungen bestimmter Abkommensvorschriften unter Ausschluss insbesondere der Regelungen zum Marktzugang, zur Verletzung nationalen Rechts und eventuell vertraglicher Ansprüche (Art. X.17 Abs. 1 und 2 CETA);
- Ausschluss für missbräuchliche Klagen (Art. X.17 Abs. 3 CETA);
- vereinfachte Möglichkeit, unbegründete Klagen abzuweisen (Art. X.29 und 30 CETA);
- Regelungen zur Verhinderung und Koordination paralleler Verfahren vor Schiedsgerichten, staatlichen Gerichte und anderen internationalen Gerichten (Art. X.21 und 23 CETA);
- Neuerungen bei der Schiedsrichterernennung (Art. X.25 CETA: einvernehmliche Ernennung des Vorsitzenden des Schiedsgerichts, Abs. 1; Einführung einer Schiedsrichterliste, Abs. 4; Qualifikationsvoraussetzungen für Schiedsrichter, Abs. 5; Klarstellungen zur Unabhängigkeit der Schiedsrichter, Abs. 6);
- Stärkung der Rolle der nicht am Verfahren beteiligten Vertragsstaaten (Art. X.35 CETA);
- Klarstellung zu den Rechtsfolgen und Kostentragungspflicht (Art. X.36 CETA: „loser pays“);
- Künftige Diskussion über Einführung einer Berufungsinstanz, Festlegung einer Schiedsrichterliste und Einführung eines Verhaltenskodex für Schiedsrichter (Art. X.42 Abs. 1 lit c und Abs 2 CETA).

#### **IV. Verfahrensstand, Zeitplan, Möglichkeit von Änderungen?**

Zu diesem Themenkomplex kann ich keine Aussagen treffen.

#### **V. Sicherung bestehender Standards im Bereich Sozial-, Arbeits-, Umwelt-, Agrar-, Lebensmittel- und Verbraucherschutz**

Das Investitionsschutzkapitel in CETA verlangt nicht, bestehende Sozial-, Arbeits-, Umwelt-, Agrar-, Lebensmittel- und Verbraucherschutz zu ändern, es sei denn, diese diskriminieren gegen kanadische Investoren und sind nicht als Ausnahme vom Grundsatz der Nicht-diskriminierung in den entsprechenden Annexen gelistet (Grundsatz des Negativlistenansatzes).

Darüber hinaus enthält CETA sogar mehrere Vorschriften, die den gesetzgeberischen Handlungsspielraum ausdrücklich vor investitionsrechtlichen Beschränkungen schützen sollen; diese sind teilweise allgemeiner Natur, teilweise beziehen sie sich auf bestimmte Bereiche hoheitlicher Tätigkeit oder spezifische Wirtschafts- und Regulierungsbereiche. Dies erlaubt im Ergebnis, dass auch neue Sozial-, Arbeits-, Umwelt-, Agrar-, Lebensmittel- und Verbraucherschutz eingeführt werden können, vorausgesetzt sie diskriminieren nicht (oder fallen unter eine Diskriminierung erlaubende Ausnahme) und sind verhältnismäßig.



### *a. Präambel*

Hinzuweisen ist zunächst auf die Präambel von CETA, die ausdrücklich erwähnt, dass durch CETA das „right to regulate“ zur Verfolgung legitimer Ziele, wie Gesundheitsschutz, Umweltschutz, öffentlicher Sicherheit und Ordnung und zur Förderung und dem Schutz kultureller Diversität nicht beeinträchtigt werden solle.<sup>17</sup>

### *b. Änderungen bei zentralen investitionsrechtlichen Standards*

Des Weiteren ist zu sehen, dass die zentralen investitionsschützenden Standards, insbesondere der Grundsatz billiger und gerechter Behandlung und das Konzept der indirekten Enteignung in CETA im Vergleich zu klassischen europäischen Investitionsabkommen signifikant eingeschränkt wurden. So ist im Rahmen des Enteignungsschutzes klargestellt, dass verhältnismäßige und nicht-diskriminierende Maßnahmen keine Haftung unter dem Investitionskapitel in CETA auslösen können.<sup>18</sup> Auch der Grundsatz der billigen und gerechten Behandlung ist in seinem Anwendungsbereich auf den Schutz gegen offensichtlich willkürlich, gezielt diskriminierende, missbräuchliche und gegen grundlegende rechtsstaatliche Prinzipien verstoßende Maßnahmen beschränkt.<sup>19</sup> Auch andere Investitionsschutzstandards, wie die Meistbegünstigungsklausel sind gegenüber der bisherigen Praxis vieler EU-Mitgliedstaaten beschränkt.<sup>20</sup> Eine sog. „umbrella clause“, die den Verstoß gegen sonstige Verpflichtungen des Staates gegenüber Investoren, etwa aus Verträgen oder aus nationalem Recht, zu einem Abkommensverstoß macht, enthält CETA nicht.

### *c. Ausnahmegesetze*

Darüber hinaus enthält CETA verschiedene Ausnahmegesetze, die ebenfalls den staatlichen Handlungsspielraum schützen und die in dieser Art und Weise und in ihrem Umfang in wahrscheinlich keinem der zahlreichen europäischen Investitionsschutzabkommen zuvor vorhanden waren. Auch diese schützen den Handlungsspielraum zur Einführung neuer Sozial-, Arbeits-, Umwelt-, Agrar-, Lebensmittel- oder Verbraucherschutz.

Zu nennen sind insbesondere:

- eine allgemeine Ausnahme, die sich an GATT Art. XX anlehnt (Kapitel 32 Art. X.02 CETA) und Einschränkungen des Nicht-Diskriminierungsgrundsatzes zum Schutz bestimmter öffentlicher Güter oder Rechte Dritter erlaubt, wie den Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, der öffentlichen Moral, dem Schutz von Gesundheit, Tieren oder Pflanzen, etc.
- Sondervorschriften, die im Bereich des Steuerwesens den Handlungsspielraum in weiterem Umfang schützen als in anderen Bereichen der Eingriffsverwaltung (Kapitel 32 Art. X.06);
- Sonderregelungen für den Bereich der Finanzdienstleistungen („financial services“) und deren Regulierung (CETA-Kapitel 15);<sup>21</sup> hier wird der Handlungs-

<sup>17</sup> Vgl. Beweggrund Nr. 10 der Präambel.

<sup>18</sup> Siehe Art. X.11 CETA.

<sup>19</sup> Siehe Art. X.9 CETA.

<sup>20</sup> Siehe Art. X.7 CETA:

<sup>21</sup> Das Investitionskapitel ist hier nicht direkt (siehe Art. X.2 Abs. 1 CETA), sondern nur über den Verweis in Kapitel 15 Art. 1 Abs. 3 und 4 CETA anwendbar.

spielraum des Staates insbesondere durch den sog. „Prudential Carve-Out“ in Kapitel 15 Art. 15 CETA geschützt und durch Sonderregelung für die Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit;

- Sektorspezifische Ausnahmen vom Grundsatz der Gleichbehandlung (beidseitig z.B. für bestimmte Dienstleistungen im Luftverkehrsbereich, Art. X.1 Abs. 2 lit. b) CETA, oder einseitig z.B. für audiovisuelle Dienstleistungen für die EU und die Kulturindustrie für Kanada, Art. X.1 Abs. 3 CETA);
- Immunisierung gegen in Annex I gelistete, diskriminierende Maßnahmen (sog. „existing non-conforming measures“), deren Ersatz oder Ergänzung (Art. X.14 Abs. 1 lit. a) and b) CETA);
- Ausnahmen für künftige Einschränkungen der Gleichbehandlung (Art. X.14 Abs. 2 CETA i.V.m. Annex II) mit einer Rückausnahme für den Schutz bestehender Investitionen (Art. X.14 Abs. 3 CETA).

## VI. Fazit

Die Fortwicklungen der materiellen und prozessualen Bestimmungen im Investitionskapitel in CETA sind signifikant. Insbesondere hat der CETA-Text auf problematische Auslegungen von investitionsschutzrechtlichen Vorschriften in der Vergangenheit reagiert. Gleichzeitig ist der Auslegungsspielraum für Schiedsgerichte durch stärker detaillierte und konkretisierte Formulierungen bei den zentralen Investitionsschutzvorschriften, insbesondere beim Grundsatz der billigen und gerechten Behandlung und dem Begriff der indirekten Enteignung, reduziert worden.

Die Neuerungen im Wortlaut des Abkommens stellen einerseits sicher, dass der gesetzgeberische Handlungsspielraum („policy space“) zur Verfolgung öffentlicher Interessen, wie z.B. die Einführung neuer Vorschriften zum Umwelt-, Gesundheits- oder Verbraucherschutz oder neuer Arbeits- und Sozialstandards, in dem Umfang möglich bleibt, wie er auch – vorausgesetzt keine Diskriminierung von kanadischen Investoren liegt vor – nach den verfassungsrechtlichen Vorgaben möglich ist. Insofern sind Bedenken, durch das Investitionsschutzkapitel in CETA könnten Sozial-, Umwelt-, Arbeitsrechts-, Datenschutz- und Verbraucherschutzstandards abgesenkt werden bzw. Regulierungskompetenzen eingeschränkt werden, aus rechtlicher Sicht bei verständiger Würdigung des Abkommenstextes von CETA nicht begründet.

Andererseits kommt CETA auch bei den Vorschriften zur Streitbeilegung in Investor-Staats-Schiedsverfahren den wesentlichen Kritikpunkten entgegen, insbesondere durch die Einführung von Transparenzvorschriften für Schiedsverfahren und Vorschriften, die eine stärkere Regulierung von Schiedsgerichten erlauben, wie die Schaffung des Komitees, das bindende Auslegungsrichtlinien erstellen kann, die grundsätzliche Bereitschaft der Vertragsstaaten über die Einführung einer Berufungsinstanz zu diskutieren, Listen für die Zusammensetzung der Schiedsgerichte aufzustellen und klarere Regelungen für Interessenkonflikte zu schaffen.

All dies sind sinnvolle Schritte der stärkeren Regulierung von Investor-Staats-Schiedsgerichten, um sicherzustellen, dass diese Streitigkeiten zwischen ausländischen Investoren und Staaten rechtsstaatlich-demokratischen Grundsätzen entsprechend beilegen und Rechtsfortbildung durch Schiedsgerichte durch die Vertragsstaa-

ten kontrollierbar ist. Damit werden zentrale Kritikpunkte an Investitionsschiedsverfahren entkräftet. Investor-Staats-Schiedsverfahren werden danach nicht nur umfassend transparent sein, sondern auch sonst den Anforderungen entsprechen, die aus rechtsstaatlich-demokratischer Perspektive an Streitbeilegungsverfahren aus grundgesetzlicher Sicht anzulegen sind. Nicht ausgeschöpft sind hingegen, die Möglichkeiten einer weiteren Institutionalisierung der Investor-Staats-Schiedsgerichtsbarkeit; sie ist jedoch mit der Option künftig über eine Berufungsinstanz, Schiedsrichterlisten und einen Verhaltenskodex für Schiedsrichter zu schaffen bereits angelegt.

Nicht von der Hand zu weisen sind Zweifel daran, ob Investitionsschutzkapitel in einem kanadisch-europäischen Abkommen notwendig sind. Deutschland braucht investitionsschutzrechtliche Vorschriften in CETA voraussichtlich nicht, um kanadische Investitionen anzuziehen oder das politische Risiko solcher Investitionen in Deutschland und damit deren Kosten zu reduzieren. Dies übersieht jedoch, dass Ziel von CETA nicht in erster Linie die Einräumung von Schutz zugunsten kanadischer Investoren in der EU ist, sondern dass durch CETA vornehmlich Schutz für europäische Investoren in Kanada erreicht werden soll. Aufgrund völkerrechtlicher Reziprozität ist dieser Schutz dann aber auch kanadischen Investoren in der EU einzuräumen.

Schließlich sind bei CETA auch globale Effekte zu berücksichtigen. Zum einen wird es schwierig sein, von Staaten wie China oder Indien die Unterwerfung unter Investitionsschutzregelungen zu verlangen, wenn die gleichen Regelungen nicht auch im Verhältnis zwischen entwickelten Rechtssystemen vereinbart werden. Zum anderen können Abkommen wie CETA verwendet werden, um das internationale Investitionsregime schrittweise zu reformieren. Denn dieses besteht auch ohne CETA, allerdings in nicht-reformierter Form, fort. CETA kann insofern dazu dienen, Reformimpulse für das internationale Investitionsrecht im Allgemeinen zu setzen, in dem es Vorbildwirkung auch für andere Investitionsschutzabkommen entfaltet, die die EU, aber auch Drittstaaten künftig verhandeln.