



Deutscher Bundestag
18. Wahlperiode
Ausschuss für Wirtschaft und Energie
15. Dezember 2014

Investor-Staat-Klagerechte im EU-Kanada Handelsabkommen CETA: Eine Gefahr für öffentliche Haushalte und staatliche Regulierungsautonomie

Köln, 9. Dezember 2014

**Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Ausschusses
für Wirtschaft und Energie am 15. Dezember 2014 zum
Freihandelsabkommen zwischen der EU und Kanada**

Pia Eberhardt, Corporate Europe Observatory (CEO)

Corporate Europe Observatory
Cranachstraße 48
50677 Köln
pia@corporateeurope.org

Büro Brüssel
Rue d'Edimbourg 26
1050 Brüssel
Belgien
Tel.: 0032 2 893 0930

www.corporateeurope.org

1. Vorbemerkungen und grundsätzliche Einschätzung

Corporate Europe Observatory (CEO) ist eine in Brüssel ansässige Recherche- und Kampagnengruppe. Seit 1997 deckt sie Machtstrukturen und Einflussnahme von Konzernen und deren Verbänden in der EU-Politik auf und tritt für Transparenz sowie klare Schranken für LobbyistInnen ein.

Im Feld internationaler Handels- und Investitionspolitik kooperiert CEO in verschiedenen Netzwerken eng mit Umwelt-, Entwicklungs-, Gesundheits- und Verbraucherschutzverbänden sowie Gewerkschaften. Bei der Arbeit zum internationalen Investitionsschutz steht CEO zudem in engem Austausch mit RechtswissenschaftlerInnen, PolitologInnen und ÖkonomInnen, die das Feld aus wissenschaftlicher Perspektive bearbeiten.

In diesen Netzwerken gibt es eine langjährige Beschäftigung mit und eine breite Ablehnung von Investor-Staat-Klagerechten. In Bezug auf das EU-Kanada Abkommen CETA wurde diese Haltung mehrfach deutlich zum Ausdruck gebracht, unter anderem in einer Stellungnahme von über hundert zivilgesellschaftlichen Organisationen im November 2013¹ sowie durch tausende Beiträge zur öffentlichen EU Konsultation zum EU-US Handelsabkommen TTIP im Juli 2014 (die sich größtenteils auf CETA bezog).² Eine laufende BürgerInnen-Initiative, die die EU dazu auffordert, die CETA - Verhandlungen nicht abzuschließen (u.a. wegen der Investor-Staat-Klagerechte), hat in zwei Monaten bereits eine Million UnterstützerInnen gefunden, darunter über 650.000 in Deutschland.³

Diese Kritik aus der Zivilgesellschaft wurde von Europäischer Kommission und kanadischer Regierung weitgehend ignoriert. Der endgültige, im September 2014 veröffentlichte CETA-Text⁴ enthält wie vorherige Versionen nicht nur substantielle Schutzstandards für ausländische Investoren, sondern auch das Recht, diese direkt vor Investor-Staat-Schiedsgerichten durchzusetzen.

Gemeinsam mit vielen anderen zivilgesellschaftlichen Organisationen aus der EU und Kanada lehnt CEO die Investor-Staat-Klagerechte im CETA-Abkommen ab. Im Folgenden wird diese Haltung entlang von fünf Beobachtungen begründet.

2. Investor-Staat-Klagerechte im CETA sind nicht notwendig

Es gibt keine überzeugenden Gründe für Investor-Staat-Klagerechte im CETA. Die Europäische Kommission behauptet zwar, dass "heimische Gerichte" in der EU und Kanada Schwierigkeiten ausländischer Investoren "nicht immer wirksam begegnen können".⁵ Einen Beleg für die systematische Diskriminierung oder andere systematische Probleme ausländischer Investoren vor europäischen und kanadischen Gerichten ist sie aber bis heute schuldig geblieben. Nur das würde aber

¹ EU-Canada Trade Agreement: More than 100 organizations oppose dangerous investor "rights" chapter in CETA, 26. November 2013, <http://corporateeurope.org/trade/2013/11/eu-canada-trade-agreement-more-100-organizations-oppose-dangerous-investor-rights>.

² Europäische Kommission (2014): Preliminary report. Online public consultation on investment protection and investor-to-state dispute settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP), Juli, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/july/tradoc_152693.pdf.

³ Stop TTIP: Unterschriften nach Mitgliedsstaaten, <https://stop-ttip.org/de/unterschriften-nach-mitgliedsstaaten/> [9. Dezember 2014].

⁴ Consolidated CETA text, 26 September 2014, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf.

⁵ Europäische Kommission (2014): In focus: Comprehensive Trade and Economic Agreement (CETA). Fragen und Antworten, http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/questions-and-answers/index_de.htm [7. Dezember 2014].

rechtfertigen, dass ausländischen Investoren – anders als alle anderen gesellschaftlichen AkteurInnen – durch CETA ermöglicht wird, nationale Gerichte zu umgehen und – ohne Ausschöpfung des nationalen Rechtswegs – direkt vor internationalen Schiedsgerichten zu klagen. Der fehlende Nachweis systematischer rechtsstaatlicher Probleme in Kanada und der EU wiegt besonders schwer als dass die Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit diesbezüglich starke Defizite aufweist (siehe 3.1.).

Auch die deutsche Bundesregierung hat mehrfach darauf hingewiesen, “dass Investor-Staats-Schiedsverfahren unter Staaten mit belastbaren Rechtsordnungen nicht notwendig seien und man zwischen entwickelten Rechtssystemen wie Kanada und der EU keinen völkerrechtlichen Investitionsschutz brauche”, so Bundesminister Sigmar Gabriel am 25. September 2014 im Deutschen Bundestag.⁶ Tatsächlich hat Deutschland (mit Ausnahme des auf den Energiesektor beschränkten Energiecharta-Vertrag) bis heute kein Investitionsschutzabkommen mit einem kapitalexportierenden Staat mit hohem Rechtsstaatsindex⁷ abgeschlossen. CETA würde hier einen bemerkenswerten Paradigmenwechsel markieren – der bisher nicht als notwendig begründet wurde.

3. Die Probleme der privaten Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit sind bekannt

3.1. Rechtsstaatliche Probleme

Bei der Investitions-Schiedsgerichtsbarkeit handelt es sich um ein privates Rechtssystem, das den Schiedsverfahren zur Lösung von Streitigkeiten zwischen Unternehmen entlehnt wurde. Dass dieses private Rechtssystem völlig ungeeignet ist für die Überprüfung staatlicher Politik und Urteile über Kompensationszahlungen in Millionen- bzw. Milliardenhöhe aus Steuergeldern, zeigt der Bruch mit zentralen rechtsstaatlichen Grundsätzen: der Gleichheit vor dem Gesetz (private Schiedsgerichte gibt es nur für ‘ausländische’ Investoren, ‘einheimische’ Unternehmen und ‘gewöhnliche’ BürgerInnen müssen mit nationalen Gerichten vorlieb nehmen), der Transparenz der Verfahren (wie auch die Schiedssprüche sind sie meist geheim), des rechtlichen Gehörs (betroffene dritte Parteien wie der deutsche Bundestag, gegen dessen Atomgesetz-Novelle Vattenfall klagt, haben kein Recht auf Information, Äußerung und Berücksichtigung) und des Rechts auf unabhängige Berufungsverfahren (es gibt nur die Möglichkeit einer Nichtigkeitserklärung einer Entscheidung und Annullierungsverfahren auf Basis von eng definierten Verfahrensfehlern). Zudem handelt es sich um ein einseitiges Parallelrecht, in dem nur Investoren klagen können, und nicht etwa der Staat, wenn Investoren z.B. Menschenrechte missachten oder die Umwelt verschmutzen. Investoren werden schlicht keine Pflichten auferlegt.

In diesem asymmetrischen Rechtssystem ist besonders der Bruch des Prinzips der Unabhängigkeit der Justiz problematisch. Entschieden werden die Klagen nicht von RichternInnen, die im Falle von ‘unliebsamen’ Urteilen ihr Amt behalten. Vor solch einem Gericht würde im Voraus bzw. per Los entschieden, welche RichterInnen welche Fälle erhielten. Ihr Gehalt wäre unabhängig von ihrem Urteil und der Anzahl der Fälle auch in Zukunft sicher. All das sind wichtige institutionelle Garantien für die richterliche Unabhängigkeit.

Investor-Staat-Klagen werden dagegen von ad-hoc einberufenen Tribunalen aus meist drei Privatpersonen entschieden, die von den Streitparteien ernannt werden und mit Stunden- bzw. Tagessät-

⁶ BmWi (2014): Gabriel: Wir brauchen keinen Investitionsschutz bei TTIP und CETA, 25. September 2014, <http://www.bmwi.de/DE/Themen/aussenwirtschaft.did=656586.html>.

⁷ Siehe den “Rule of Law Index” des World Justice Project: <http://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index>.

zen pro Verfahren entlohnt werden. Bei der meistgenutzten Institution für Investor-Staat-Klagen, dem Washingtoner International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), verdienen sie 3.000 US\$ am Tag.⁸ Dabei werden meist die immer gleichen SchiedsrichterInnen ernannt. Insider nennen sie den “Club” oder auch die “innere Mafia”. Gerade einmal 15 von ihnen haben 55% der bis Ende 2011 bekannten Investor-Staat-Klagen entschieden.⁹

Das weist auf einen handfesten Interessenkonflikt hin: Mehr Klagen bringen diesen “unternehmerischen SchiedsrichterInnen”¹⁰ in Zukunft mehr Nominierungen und Einkommen. In einem asymmetrischen Rechtssystem, in dem nur eine Seite klagen kann (der Investor), ist das ein starker systemischer Anreiz, das Rechtsfeld durch investorenfreundliche Rechts-Interpretationen klagefreundlich zu halten. Laut einer empirischen Untersuchung von 140 Investor-Staat-Verfahren bis Mai 2010 neigen die SchiedsrichterInnen tatsächlich dazu, die substantiellen Klauseln im Investitionsschutz breit und damit zugunsten des Investors auszulegen.¹¹

Die Europäische Kommission scheint sich zumindest einiger der rechtsstaatlichen Probleme der privaten Schiedsgerichtsbarkeit bewusst zu sein, wenn sie in ihrer öffentlichen Konsultation zum Thema auf “Bedenken” verweist, dass die SchiedsrichterInnen “sich nicht immer unabhängig und unparteiisch verhalten” und dass sie Investitionsschutzstandards teilweise “sehr breit” interpretiert haben. Sie beklagt auch die “Abwesenheit eines Berufungsmechanismus” und den “Mangel an Transparenz” in Investor-Staat-Verfahren¹². Zudem hat Kommissions-Präsident Juncker mehrfach betont, dass die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit das Prinzip der Gleichheit vor dem Gesetz wahren müsse, was ebenfalls auf diesbezügliche Bedenken hinweist.¹³

3.2. Gefahren für öffentliche Haushalte und SteuerzahlerInnen

Die Gefahren von Investor-Staat-Klagen für öffentliche Haushalte und SteuerzahlerInnen liegen auf der Hand: Sie können Entschädigungszahlungen in Milliardenhöhe nach sich ziehen. 2012 verpflichtete ein Schiedsgericht Ecuador zu einer Schadensersatzsumme von 2,4 Mrd. US\$ (inklusive Zinsen und Verfahrenskosten). Das sind knapp 3% des Bruttoinlandsprodukts des Landes.¹⁴ Im Sommer 2014 erkannte ein Schiedsgericht drei ehemaligen Yukos-Aktionären einen gigantischen Schadensersatzanspruch von rund 50 Milliarden Dollar zu.¹⁵ Besonders erwähnenswert ist, dass

⁸ ICSID Schedule of Fees effective as of January 1, 2013, <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=scheduledFees&reqFrom=Main>.

⁹ Corporate Europe Observatory/ Transnational Institute (2014): Profit durch Un-Recht. Wie Kanzleien, SchiedsrichterInnen und Prozessfinanzierer das Geschäft mit dem Investitionsschutz befeuern, <http://corporateeurope.org/sites/default/files/profit-durch-unrecht.pdf>, S. 40, 42.

¹⁰ Der Präsident des Obersten Gerichtshofs Singapurs, Sundaresh Menon, sprach auf einer Rede 2012 von “entrepreneurial arbitrators”, http://www.arbitration-icca.org/media/0/13398435632250/ags_opening_speech_icca_congress_2012.pdf. Übersetzung durch die Sachverständige.

¹¹ Van Harten (2012): Arbitrator Behaviour in Asymmetrical Adjudication: An Empirical Study of Investment Treaty Arbitration, *Osgoode Hall Law Journal* 50.1: 211-268, <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol50/iss1/6/>.

¹² Europäische Kommission (2014): Public consultation on modalities for investment protection and ISDS in TTIP, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/march/tradoc_152280.pdf, S. 5, 10, 12, 17. Übersetzung durch die Sachverständige.

¹³ z.B. Europäische Kommission (2014): Setting Europe in Motion: President-elect Juncker's Main Messages from his speech before the European Parliament, 22. Oktober, http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-14-705_en.htm.

¹⁴ Public Citizen (2012a): Occidental v. Ecuador Award Spotlights Perils of Investor-State System, Memorandum, <https://www.citizen.org/documents/oxy-v-ecuador-memo.pdf>.

¹⁵ http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1599.

Schiedsgerichte nicht selten Schadensersatzanspruch für entgangene erwartete zukünftige Gewinne anerkennen – so in einem Schiedsspruch vom März 2013, in dem Libyen zur Zahlung von 935 Millionen US\$ verurteilt wurde, darunter 900 Millionen US\$ für erwartete zukünftige Gewinne für ein Tourismusprojekt, in das nur 5 Millionen investiert worden waren.¹⁶ Im deutschen Verfassungsrecht gelten Gewinnerwartungen dagegen nicht als schützenswertes Eigentum.

Allein die Rechtskosten für Investor-Staat-Klagen können die öffentlichen Haushalte schröpfen. Laut OECD betragen sie im Durchschnitt 8 Mio. US\$ pro Verfahren,¹⁷ können aber viel höher liegen. Medienberichten zufolge hat die philippinische Regierung für die Verteidigung zweier Klagen des Flughafenbetreibers Fraport 58 Mio. US\$ ausgegeben – Geld, mit dem sie 12.500 LehrerInnen entlohnen oder gleich zwei neue Flughäfen hätte bauen können.¹⁸ Da die Schiedsgerichte bisher dazu neigen, die Parteien ihre eigenen Rechtskosten tragen zu lassen, kann ein Staat bisher auf diesen Kosten auch dann sitzen bleiben, wenn er ein Verfahren nicht verliert.

Für Kosten zur Verteidigung der laufenden Vattenfall-Klage hat die deutsche Bundesregierung übrigens 8 Mio. Euro eingeplant – zuzüglich der Personalkosten für die zuständigen Ministeriums-MitarbeiterInnen von jährlich 515.000 Euro. Seit Beginn des Verfahrens im Jahr 2012 sind laut Bundesregierung bereits Haushaltsmittel in Höhe von 3,23 Mio. Euro ausgegeben worden.¹⁹

Die Europäische Kommission scheint zumindest einige der Gefahren für öffentliche Haushalte und SteuerzahlerInnen anzuerkennen, wenn sie in ihrem Konsultationsdokument von einem “Risiko der Über-Kompensation von Investoren spricht”, das Problem der hohen Rechtskosten in Investor-Staat-Verfahren anspricht und betont, dass es wichtig sei, “dass Regierungen nicht mehr als die korrekte Entschädigung zahlen”.²⁰

3.3. Risiken für die Regulierungsautonomie des Staates

Ein dritter Problembereich liegt im Druck, den Investitionsabkommen und Investor-Staat-Klagen auf staatliche Regulierung ausüben können. Allein die Androhung einer Klage kann genügen, um geplante Gesetze zu verhindern oder zu verwässern. ‘Regulatory chill’ heißt das im Fachjargon. Fünf Jahre nach Inkrafttreten des Freihandelsabkommens zwischen Mexiko, Kanada und den USA beschrieb ein kanadischer Regierungsbeamter das Phänomen folgendermaßen: „Bei beinahe jeder neuen umweltpolitischen Maßnahme gab es von Kanzleien aus New York und Washington Briefe an die kanadische Regierung. Da ging es um chemische Reinigung, Medikamente, Pestizide, Patentrecht. Nahezu jede neue Initiative wurde ins Visier genommen und die meisten haben nie das Licht

¹⁶ Rosert, Diana (2014): Libya ordered to pay US\$935 million to Kuwaiti company for cancelled investment project; jurisdiction established under Unified Agreement for the Investment of Arab Capital, in: Investment Treaty News, 19. Januar, <http://www.iisd.org/itn/2014/01/19/awards-and-decisions-14/>.

¹⁷ OECD (2012): Investor-State Dispute Settlement. Public Consultation: 16 May – 23 July 2012, <http://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/50291642.pdf>, S. 19.

¹⁸ Olivet, Cecilia (2011): The Dark Side of Investment Agreements, <http://www.tni.org/article/dark-side-investment-agreements>, S. 4.

¹⁹ Staatssekretär Matthias Machnig in seiner Beantwortung der schriftlichen Frage Nr. 111 an die Bundesregierung im Oktober 2014 an die Abgeordnete Sylvia Kotting-Uhl, 24. Oktober 2014, <http://kottling-uhl.de/site/wp-content/uploads/2014/11/Antwort-sFrage-BMWi-Kosten-Schiedsverfahren-13.-Atomgesetznovelle-VattenfallICSID-Okt-2014.pdf>.

²⁰ Europäische Kommission (2014): Public consultation on modalities for investment protection and ISDS in TTIP, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/march/tradoc_152280.pdf, S. 11, 12, 14. Übersetzung durch die Sachverständige.

der Welt erblickt”.²¹

So verschwanden in Kanada Anti-Tabak-Gesetze in der Schublade nachdem die Tabakindustrie mit Klagen gedroht hatte. In Indonesien wurden Unternehmen von einem Bergbau-Verbot im Regenwald ausgenommen, nachdem sie gedroht hatten, den Staat deshalb vor einem Schiedsgericht zu verklagen.²² Vor Kurzem hat die neuseeländische Regierung erklärt, dass sie mit der Umsetzung ihrer Anti-Tabak-Gesetze bis zu einer Entscheidung in der Klage von Philip Morris gegen ein entsprechendes Gesetz in Australien warten wird.²³ Selbst wenn der Tabakkonzern diese Klage verliert, hatte sie also den gewünschten Effekt: Maßnahmen zur Einschränkung des Tabakkonsums andernorts um einige Jahre zu verzögern. Die Gewinne der Tabakindustrie sprudeln in dieser Zeit weiter – und die gesamtgesellschaftlichen Kosten aufgrund von Ausgaben im Gesundheitssektor steigen.

Dass Investitionsschutzabkommen und Investor-Staat-Klagen staatliche Regulierungsautonomie begrenzen können, hat unter anderem mit schwammig formulierten Rechtsprinzipien wie dem Grundsatz der “fairen und gerechten Behandlung” (fair and equitable treatment, FET) zu tun. Er ist zu einer Art “Catch-All” Garantie für Investoren geworden, die die FET-Bestimmung verwendet haben, um eine Vielzahl von staatlichen Maßnahmen anzugreifen. Oft kommt sie zum Tragen, wenn andere Rechte wie das auf Entschädigung im Falle der Enteignung oder der Nichtdiskriminierung nicht erfolgreich angebracht werden konnten. Staaten versuchen immer wieder, den Standard durch neue Formulierungen in Investitionsabkommen zu spezifizieren und einzuschränken, doch die SchiedsrichterInnen haben schon oft Wege gefunden, diese Einschränkungen zu umgehen.²⁴

Das weist darauf hin, dass viel entscheidender als die Formulierung der Schutzstandards ist, wie SchiedsrichterInnen sie in der Praxis auslegen. Hier zeigen empirische Forschungen eine Tendenz zu expansiven, also investorenfreundlichen Rechtsauslegungen, die von Staaten so oft nicht intendiert waren.²⁵ Wegen der fehlenden Berufungsinstanz im internationalen Investitionsrecht sowie der Bindungswirkung, die Schiedssprüche auch über die Streitparteien hinaus entfalten, kann schon eine einzelne extreme Rechtsauslegung eines Schiedsgerichts sowie eine einzelne Klage wie die von Philip Morris genügen, um den Handlungsspielraum von Verwaltungen und Gesetzgebern nachhaltig zu beeinträchtigen.²⁶

Dass sich auch die Europäische Kommission des Problems bewusst ist, zeigt sich, wenn sie in ihrem Konsultationsdokument von “Klagen gegen legitime Maßnahmen öffentlicher Politik” spricht sowie davon, dass es “immer ein Risiko gibt, dass ein Schiedsgericht ein Abkommen so auslegt, dass die Balance zwischen Investitionsschutz und dem Recht zu Regulieren kippt, welche die Vertragsparteien in den Verhandlungen angestrebt haben”. In diesem Zusammenhang verweist sie ins-

²¹ Zitiert nach Greider, William (2001): The Right and US Trade Law. Invalidating the 20th Century, in: The Nation, 17. November, <http://www.thenation.com/article/right-and-us-trade-law-invalidating-20th-century>.

²² Siehe zu diesen und anderen Fällen: Tienhaara, Kyla (2011): Regulatory Chill and the Threat of Arbitration: A View from Political Science, in: Brown/Miles (Hrsg.): Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration, Cambridge, 606-627.

²³ www.beehive.govt.nz/release/government-moves-forward-plain-packaging-tobacco-products.

²⁴ Bernasconi-Osterwalder, Nathalie/ Liu, Yalan (2013): Interpreting Fair and Equitable Treatment in International Investment Law, in: Juridikum 3/2013, 374-385.

²⁵ Van Harten (2012): Arbitrator Behaviour in Asymmetrical Adjudication: An Empirical Study of Investment Treaty Arbitration, Osgoode Hall Law Journal 50.1: 211-268, <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol50/iss1/6/>.

²⁶ Krajewski, Markus (2014): Anmerkungen zum Gutachten von Dr. Stephan Schill zu den Auswirkungen der Bestimmungen zum Investitionsschutz und zu den Investor-Staat-Schiedsverfahren im Entwurf des CETA auf den Handlungsspielraum des Gesetzgebers vom 22.9.2014, http://www.gruene-bundestag.de/fileadmin/media/gruenebundestag_de/themen_az/EU-USA_Freihandelsabkommen/Thesenpapier_Klageprivilegien_in_CETA.PDF, S. 4.

besondere auf Klagen, in denen legitime regulatorische Maßnahmen als “zu entschädigende indirekte Enteignungen” und/ oder als Verletzung des Standards der “fairen und gerechten Behandlung” (der als Recht auf einen stabilen legislativen Rahmen ausgelegt wurde) angegangen wurden sowie auf die Notwendigkeit von politischem Gestaltungsspielraum zur Bekämpfung von Finanzkrisen.²⁷

4. Die Probleme der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit werden im CETA nicht behoben

Für die Bewertung der Investorenrechte im CETA-Abkommen sind nun folgende Fragen relevant: Werden die Probleme der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit behoben, so dass zukünftige Investor-Staat-Verfahren unter CETA rechtsstaatlichen Ansprüchen genügen würden? Werden die Risiken für die Regulierungsautonomie des Staates und für öffentliche Haushalte auf ein kalkulierbares Maß reduziert? Beide Fragen lassen sich mit Verweis auf den vorliegenden CETA-Text²⁸ mit ‘nein’ beantworten. Im Folgenden wird das entlang der bereits dargestellten Probleme begründet.

Tabelle 1: Behebt CETA die Probleme der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit?

Frage	Bewertung	
Beendet CETA die Besserstellung ausländischer Investoren?	Nein. Anders als einheimische Unternehmen und gewöhnliche BürgerInnen bekommen Investoren mit Sitz im Ausland das Privileg, nationale Gerichte zu umgehen und Kanada, die EU und ihre Mitgliedstaaten vor privaten internationalen Schiedsgerichten zu verklagen. Sie müssen dafür noch nicht einmal den nationalen Rechtsweg ausschöpfen. (Section 6)	–
Werden Investoren im CETA Pflichten auferlegt?	Nein. CETA erlegt Investoren keinerlei Pflichten auf. Sie bekommen nur Rechte.	–
Enthält CETA institutionelle Garanten für die Unabhängigkeit der SchiedsrichterInnen?	Nein. Investor-Staat-Klagen unter CETA würden von privaten SchiedsrichterInnen entschieden, die von den Parteien ernannt und nach Stunden bzw. Tagessätzen entlohnt würden und so einem systemischen Anreiz unterlägen, das Feld durch investorenfreundliche Interpretationen klagefreundlich zu halten. CETA verweist allein auf einen Verhaltenskodex, den es noch nicht gibt, sowie auf bestehende Richtlinien zu Interessenkonflikten, die weder definieren, was ein Interessenkonflikt ist, noch den offensichtlichsten von ihnen verbieten: wenn SchiedsrichterInnen parallel auch als AnwältInnen in Investor-Staat-Verfahren arbeiten. (Artikel X.25, IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration ²⁹)	–
Sieht CETA ein unabhängiges Berufungsverfahren vor?	Nein. CETA enthält nur eine vage Absichtserklärung, dass sich die EU und Kanada in einem Forum darüber austauschen werden “ob, und wenn ja, unter welchen Bedingungen ein solcher Berufungsmechanismus zustande kommen könne.” Auch andere Verträge erhalten solche Absichtserklärungen – seit mindestens 10 Jahren, jedoch ohne Folgen. (Artikel X.42, Übersetzung durch die Sachverständige)	–
Bekommen be-	Nein. Ein Schiedsgericht “kann” einer betroffenen Partei erlauben, eine schriftliche	

²⁷ Europäische Kommission (2014): Public consultation on modalities for investment protection and ISDS in TTIP, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/march/tradoc_152280.pdf, S. 5, 7, 15. Übersetzung durch die Sachverständige.

²⁸ Consolidated CETA text, 26 September 2014, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf.

²⁹ International Bar Association (2014): IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration.

Frage	Bewertung	
troffene dritte Parteien durch CETA ein Recht auf rechtliches Gehör?	Eingabe zu machen. Die Streitparteien “dürfen” mit dem Verfahren in Verbindung stehenden AkteurInnen vertrauliche Informationen zukommen lassen. Das ist kein Recht auf Information, Äußerung und Berücksichtigung für betroffene dritte Parteien (wie z.B. den Bundestag, dessen Gesetzesnovelle in der laufenden Vattenfall-Klage hinterfragt wird). (Artikel X.33, X.34; UNCITRAL Transparenz-Regeln ³⁰)	–
Wären Investor-Staat-Verfahren unter CETA transparent?	In der Regel ja. Anhörungen und wesentliche Verfahrensdokumente wären öffentlich, auch wenn das Schiedsgericht die Transparenz einschränken könnte, z.B. zum Schutz von “vertraulichen Informationen”. Einigungen der Parteien außerhalb eines formalen Schiedsspruchs müssten allerdings nicht grundsätzlich veröffentlicht werden. (Artikel X.33; UNCITRAL Transparenz-Regeln)	+
Bietet CETA effektiven Schutz für den Handlungsspielraum für staatliche Regulierung?	Nein. Unabhängig davon, wie welche Investoren-Schutzstandards und Ausnahmen im CETA formuliert werden ³¹ – entscheidend ist, wie SchiedsrichterInnen den Vertrag in der Praxis auslegen. Eine einzelne extreme Rechtsauslegung eines Schiedsgerichts kann genügen, um politischen Handlungsspielraum empfindlich einzuschränken. Da CETA weder die Unabhängigkeit der SchiedsrichterInnen noch unabhängige Berufungsverfahren garantiert, können extreme Rechtsauslegungen, die nicht mehr korrigiert werden können, nicht ausgeschlossen werden.	–
Werden die finanziellen Risiken für Staaten wirksam begrenzt?	Nein. CETA sieht weder eine Deckelung von Verfahrenskosten vor, noch andere Mechanismen zur Verhinderung von “Über-Kompensation” von Investoren. Zwar bestimmt Art. X.36, dass der Schadensersatz nicht größer sein dürfe, als der Verlust des Investors, ob das Schiedsgericht immer davon abhalten wird, Schadensersatz für entgangene Gewinne zuzusprechen, ist aber fraglich. Wenngleich CETA vorsieht, dass die unterlegene Partei die Rechtskosten für Klagen zu tragen haben wird, liegt die Kostenverteilung weiterhin im Ermessen der Schiedsgerichte. Das kann auch in Zukunft dazu führen, dass Kosten auch dann vom Staat zu tragen sind, wenn er nicht unterliegt.	–
Wird das Risiko von “regulatory chill” im CETA-wirksam begrenzt?	Nein. CETA wird nicht verhindern, dass Regierungen und Parlamente “freiwillig” Maßnahmen zum Schutz von Mensch und Umwelt zurücknehmen oder abschwächen, wenn ein finanzkräftiges Unternehmen Klage erhebt oder damit droht. In gewisser Weise liefert CETA sogar Anreize für “regulatory chill”, wenn Artikel X.36 festschreibt, dass Schiedsgerichte Schadensersatz reduzieren sollen, wenn eine staatliche Maßnahme vorher modifiziert oder widerrufen wurde (“the Tribunal shall also reduce the damages to take into account any restitution of property or repeal or	–

³⁰ UNCITRAL (2014): UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration, <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/rules-on-transparency/Rules-on-Transparency-E.pdf>.

³¹ Ob die substantiellen Schutzstandards im CETA ausreichend klar definiert werden, ist umstritten. Während die EU Kommission darauf beharrt und BefürworterInnen von Investor-Staat-Klagerechten sie als stark eingeschränkt empfinden, haben KritikerInnen darauf hingewiesen, dass Standards wie die “faire und gerechte Behandlung” gefährliche Interpretationsspielräume öffnen, z.B. durch den expliziten Hinweis auf den Schutz der legitimen Erwartungen des Investors im CETA, der als politische und rechtliche Stillhalte-Klausel interpretiert werden könnte. Auch innerhalb der Anwaltschaft gibt es Stimmen, die zugeben, dass “erfolgshungrige, gierige Anwälte” sehr gut [mit der CETA-Formulierung des Standards] arbeiten können” (so Jonathan Kallmer von der Kanzlei Crowell Moring, zitiert nach Corporate Europe Observatory (2014): TTIP: debunking the business propaganda over investor rights, 3. Juli, <http://corporateeurope.org/international-trade/2014/07/ttip-debunking-business-propaganda-over-investor-rights>). Siehe z.B. Schill, Dr. Stephan (2014): 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; <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/C-D/ceta-gutachten-investitionsschutz.property=pdf.bereich=bmwi2012.sprache=de.rwb=true.pdf>; AITEC u.a. (2014): Verkaufte Demokratie. Wie die CETA-Regeln zum Schutz von Investoren das Allgemeinwohl in Kanada und der EU bedrohen, November, <http://corporateeurope.org/sites/default/files/verkaufte-demokratie.pdf>.

Frage	Bewertung
	modification of the measure”).

5. Die CETA Investorenrechte bergen für Deutschland und die EU unkalkulierbare Risiken

Da die Probleme der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit im CETA nicht behoben werden, bergen die Investor-Staat-Klagerechte für Deutschland und die EU rechtsstaatliche Probleme sowie Risiken für öffentliche Haushalt und Politik, wie sie schon aus anderen bestehenden Verträgen bekannt sind. Unkalkulierbar sind diese Risiken deshalb, weil

- a) aufgrund der weitreichenden Definition von Investor und Investition und der bestehenden Investitionsströme zwischen EU und Kanada der Kreis möglicher Anspruchsteller in CETA-Klagen unüberschaubar ist. Laut Analysen der US-Verbraucherschutzorganisation Public Citizen könnten z.B. 82% aller US-Investoren in der EU (41,811) über kanadische Niederlassungen auf Basis von CETA gegen EU-Staaten klagen, wenn sie ihre Investitionen entsprechend strukturieren.³²
- b) aufgrund der fehlenden Berufungsinstanz und dem Mangel an institutionellen Garantien für richterliche Unabhängigkeit im CETA extreme und nicht korrigierbare Rechtsauslegungen sowie extrem hohe Schadensersatzbestimmungen einzelner Schiedsgerichte, die von den Vertragsparteien so nicht vorhersehbar waren, nicht auszuschließen sind.

Die Risiken von CETA zeigen sich auch daran, dass stark in die Kritik geratene Klagen wie die von Vattenfall gegen Deutschland oder von Philip Morris gegen Australien auf Basis von CETA weiter möglich wären. Im Folgenden soll das anhand der Philip Morris Klage illustriert werden³³. Sie ist interessant, weil die Europäische Kommission sie mehrmals als Beispiel für Fälle erwähnt hat, die unter dem investitionspolitischen Ansatz der EU nicht möglich wären. Zudem hat die Klage bereits heute “regulatory chill” Effekte (siehe 3.3.). Drittens ist sie interessant, weil Philip Morris vor dem Europäischen Gerichtshof in Luxemburg gegen die jüngste EU Tabakrichtlinie vorgeht und es durchaus plausibel erscheint, dass der Konzern in Zukunft auch versuchen würde, den Rechtsweg der Investor-Staat-Klage zu beschreiten, wenn künftige EU-Verträge dieses Klagerecht beinhalten.

Philip Morris verklagt Australien seit 2011, weil das Land für Tabakwaren gesetzlich Einheitsverpackungen (“plain packaging”) vorschreibt. Philip Morris klagt auf Basis eines bilateralen Investitionsabkommens zwischen Hong Kong und Australien über seine Tochtergesellschaft in Hong Kong, Philip Morris Asia. Dem Unternehmen zufolge wurde PM Asia Jahre vor Einbringung der Klage gegründet und hat 120 MitarbeiterInnen. Es ist sehr wahrscheinlich, dass z.B. die kanadische Tochter von Philip Morris, Benson & Hedges, im Rahmen einer ähnlichen CETA-Klage gegen die EU oder einen ihrer Mitgliedstaaten als *anspruchsberechtigter Investor* mit substantiellen Geschäftsinteressen (“substantial business activities”, Artikel X.3) in Kanada gelten würde, wenn die Investition entsprechend strukturiert wäre.

Es wäre auch wahrscheinlich, dass ein Schiedsgericht die *Investitionen* von Philip Morris in der EU als im Rahmen von CETA geschützt anerkennen würde. In der Klage gegen Australien argumentiert

³² Public Citizen (2014): Tens of Thousands of U.S. Firms Would Obtain New Powers to Launch Investor-State Attacks against European Policies via CETA and TTIP.

³³ Notice of Arbitration Australia/ Hong Kong Agreements for the Promotion and Protection of Investments. Investor: Philip Morris Asia Limited, 21. November 2011, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0665.pdf>; die englischen Zitate aus der Klage sind von der Sachverständigen übersetzt.

der Tabakkonzern, dass der Wert seiner Aktien und geistigen Eigentumsrechte durch das Gesetz zu Einheitsverpackungen vermindert wurde. Sowohl „Aktien“ („shares“) als auch „geistige Eigentumsrechte“ („intellectual property rights“) sind explizit Teil der CETA-Definition von geschützten Investitionen (Artikel X.3).

Nach Aussagen von Philip Morris hat das australische Gesetz zu Einheitsverpackungen für Tabakprodukte einen *enteignungsgleichen Effekt* – weil es die geistigen Eigentumsrechte des Unternehmens „effektiv eliminiert“ (da das Markenzeichen von Philip Morris nicht länger dargestellt werden kann). Dafür soll Australien Schadensersatz zahlen. Dasselbe Argument könnte auch im Rahmen einer CETA-Klage gemacht werden, das Schadenersatzforderungen für Maßnahmen mit einem Effekt, der einer Enteignung gleichkommt, („measures having an effect equivalent to nationalization or expropriation“, Artikel X.10, Absatz 1) möglich macht – einschließlich solcher Maßnahmen, die „im öffentlichen Interesse“ („for a public purpose“, Artikel X.10, Absatz 1(a)) sind.

Allerdings enthält CETA einen Anhang (Annex X.11), der besagt, dass nicht-diskriminierende Maßnahmen zum Schutz von Interessen der Allgemeinheit wie Gesundheit oder Umwelt nur in Ausnahmefällen eine entschädigungspflichtige indirekte Enteignung darstellen, insbesondere wenn ihre Auswirkungen offensichtlich unverhältnismäßig („manifestly excessive“) sind. Würde das das Argument von Philip Morris betreffend der *Enteignung* bedeutungslos machen? Nicht unbedingt. Das Unternehmen argumentiert, dass das australische Einheitsverpackungs-Gesetz „keinem erwiesenen öffentlichen Zweck dient“ (da „es keine glaubwürdigen Hinweise dafür gibt, dass durch Einheitsverpackungen der Tabakkonsum zurückgeht“). Philip Morris behauptet sogar, dass durch das Gesetz das Rauchen noch zunehmen könnte, weil „der Markt wahrscheinlich von noch billigeren illegalen Tabakprodukten überschwemmt werden würde“. Es ist nicht auszuschließen, dass ein Schiedsgericht einer solchen Argumentation im Rahmen einer CETA-Klage folgen könnte.

Philip Morris argumentiert schließlich, dass Australien den Standard der *fairen und gerechten Behandlung* verletzt habe, weil durch das Gesetz zu den Einheitsverpackungen „die legitimen Interessen und Erwartungen von PM Asia durchkreuzt werden“, da das Unternehmen „zu einem Hersteller einer undifferenzierten Ware reduziert und die wirtschaftlichen Grundlagen seines Geschäftsmodells untergraben werden“. Philip Morris zufolge stehen „die angeblichen positiven gesundheitlichen Effekte des Einheitsverpackungs-Gesetzes (welche die Fakten widerlegen) in keinem Verhältnis zu den Schäden, die es verursacht“. Klingt das nicht nach einem Argument, das Philip Morris auch auf Basis von CETA vorbringen könnte? Artikel X.9 garantiert schließlich „faire und gerechte Behandlung“, inklusive Schutz vor „offenkundiger Willkür“ („manifest arbitrariness“) sowie der „legitimen Erwartung“ („legitimate expectation“) eines Investors (selbst wenn dem eine „spezifische Zusage“ des Staates vorangehen müsste, was immer das auch bedeutet).

Philip Morris möchte in der Klage gegen Australien, zwei Dinge: dass Australien die Gesetzgebung aussetzt oder widerruft und dass es „Schadenersatz für erlittene Verluste“ des Tabakkonzerns bezahlt. Ersteres wäre auf Basis von CETA nicht möglich, da CETA-Schiedsgerichte nur Schadenersatzzahlungen verordnen können. Aber Philip Morris könnte in einer CETA-Klage sehr wohl Entschädigung in Millionen bzw. Milliardenhöhe verlangen – auch für den entgangene vermeintliche zukünftige Gewinne.

Wir können nicht wissen, wie eine mögliche Klage wie die von Philip Morris gegen die EU oder einen EU-Mitgliedsstaat auf Basis von CETA entschieden werden würde. Und wir können auch nicht wissen, ob eine solche Klage so wie die Klage gegen Australien einen „regulatory chill“ Ef-

fekt auf Anti-Raucher-Politik in anderen Ländern haben würde. Aber es ist ziemlich wahrscheinlich, dass die Investitionsschutzklauseln im CETA nicht verhindern würden, dass eine solche Klage eingebracht werden könnte und sie zugelassen würde.

6. Schlussfolgerungen

Die Investor-Staat-Klagerechte im CETA bergen unkalkulierbare Risiken für öffentliche Haushalte und den politischen Gestaltungsspielraum. Für Deutschland markieren sie einen bemerkenswerten Paradigmenwechsel hin zu Investor-Staat-Klagerechten unter kapitalexportierenden Staaten mit entwickelten Rechtssystemen. Sie würden einen enormen Machttransfer auf private Schiedsgerichte begründen, die im Rahmen von zukünftigen CETA-Klagen die Macht hätten, alle Maßnahmen innerhalb eines Staates wie Deutschland auf die Vereinbarkeit mit den Investorenrechten zu überprüfen – von Parlamenten verabschiedete Gesetze, Entscheidungen der Exekutive, Gerichtsurteile – und Staaten wie Deutschland bindend zu hohen Schadensersatzzahlungen zu verurteilen. Und das, obwohl die private Schiedsgerichtsbarkeit mit zentralen rechtsstaatlichen Grundsätzen bricht und bis heute keine überzeugenden Gründe für Investor-Staat-Klagerechte im CETA vorgebracht wurden.

Warum sollten die deutsche Bundesregierung und der deutsche Bundestag einem derart massiven Machttransfer zugunsten privater Schiedsgerichte im CETA zustimmen?