

Stellungnahme zur Anhörung des Ausschusses für Wirtschaft und Energie des Deutschen Bundestages zum europäisch-kanadischen Freihandelsabkommen CETA (Comprehensive Economic and Trade Agreement)

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

Meine Einschätzung zu den Implikationen der investitionsrechtlichen Bestimmungen im europäisch-kanadischen Freihandelsabkommen CETA (Comprehensive Economic and Trade Agreement) ist in einem Gutachten, das ich im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie im August 2014 erstellt habe, im Detail widergegeben.¹ 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. Die Zusammenfassung der Ergebnisse des Gutachtens ist nachfolgend unter Punkt I abgedruckt. Kanadische Investoren kommen danach in vielen Bereichen in den Genuss von Gleichbehandlung, werden aber durch die Investitionsstandards in CETA materiell nicht besser behandelt als deutsche oder europäische Investoren. Im Gegenteil: im Hinblick auf den Schutz bestehender Investitionen bleibt CETA hinter deutschem und europäischem Recht zurück.

Anschließend geht Punkt II auf die wenige, bisher gegen das Gutachten geäußerte Kritik ein und macht insbesondere einige ergänzende Ausführungen zur Haftung für Handlungen von Gerichten und Verwaltung. Punkt III greift anschließend die Neuerungen auf, die das Investitionskapitel in CETA als Reaktion auf Kritik an bestehenden Investitionsabkommen mit sich bringt und nimmt kurz Stellung zu den in den Anträgen der Fraktion DIE LINKE und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN auf Ablehnung der CETA-Investitionsschutzkapitel. Zum Abschluss bittet Punkt IV die investitionsrechtlichen Regelungen in CETA in die gegenwärtigen Bestrebungen zur globalen Reform des Investitionsrechts ein und unterstreicht die Unverzichtbarkeit einer aktiven Beteiligung an diesem Prozess durch Bundesregierung und Bundestag.

* Der Autor ist Senior Research Fellow am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht in Heidelberg und Principal Investigator eines durch den European Research Council geförderten Projekts zu "Transnational Public-Private Arbitration as Global Regulatory Governance". Er ist als Rechtsanwalt in Deutschland und als Attorney-at-Law im US-Bundesstaat New York zugelassen. Er ist Mitglied der Schlichterliste (List of Conciliators) des International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) und Herausgeber des Journal of World Investment and Trade.

¹ 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 <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/C-D/ceta-gutachten-investitionsschutz,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf> (8.12.2014).

I. Ergebnisse des CETA-Gutachtens²

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 – Markt Zugangsregelungen, 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 Markt Zugangsregelungen, im Bereich der Finanzmarktregulierung und im Steuerwesen, in Investor-Staats-Schiedsverfahren geltend gemacht werden.

Anspruch auf Nichtdiskriminierung

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 Markt Zugang 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.

Schutz bestehender Investitionen

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 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

² Ebd., S. 30-32. Nicht aus dem Gutachten stammt in diesem Abschnitt nur der letzte Absatz. Ebenfalls eingefügt sind die Zwischenüberschriften.

Enteignungen und einer Enteignung gleichstehende Eingriffe gehen in ihren Tatbestandsvoraussetzungen nicht über verfassungsrechtliche Vorgaben hinaus. Außerdem ist der gesetzgeberische Handlungsspielraum durch eine Vielzahl von Ausnahmvorschriften, 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.

Rechtsfolgenbetrachtung und Durchsetzungsmechanismus

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.

Fazit

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.

Im Ergebnis kann man aus dieser Analyse zum einen den Schluss ziehen, dass im Hinblick auf defensive Interessen das Investitionskapitel in CETA keinen Anlass zu Befürchtungen gibt, dass auf die Bundesrepublik neuen Haftungsrisiken aufgrund von Handlungen des Gesetzgebers zukommen, solange diese Handlungen selbst mit dem geltenden Verfassungs- und Unionsrecht in Einklang stehen. So steht insbesondere nicht zu befürchten, dass die Einführung neuer Investorenpflichten oder neuer Belastungen von Unternehmen, wie z.B. neue Umweltauflagen oder neue sozial- oder arbeitsrechtliche Standards, zu einer Haftung aus CETA führt, solange die fraglichen Gesetze verhältnismäßig sind und nicht gegenüber kanadischen Investoren diskriminieren.

Zum anderen kann man aufgrund der Analyse der investitionsrechtlichen Vorschriften in CETA die Frage aufwerfen, ob dadurch ausreichend Schutz von deutschen und europäischen Investoren in Kanada geboten wird. Denn auch insofern gilt, dass der Schutz deutscher und europäischer Investoren in Kanada durch CETA geringer ist als der Schutz, den diese Unternehmen in Deutschland durch Verfassungs- und Unionsrecht genießen würden. Inwieweit hier Schutzbedarf durch völkerrechtliche Investitionsregeln besteht, ist eine Frage, die zum einen von einer Analyse des kanadischen Rechts und dessen Schutz von Auslandsinvestitionen abhängt, zum anderen aber auch von der Einschätzung von deutschen und europäischen Unternehmen über die Notwendigkeit eines solchen Schutzes, da sich dies auf ihre Kalkulation des Investitionsrisikos auswirken kann. Zu beiden Fragen kann ich vorliegend aus der Sicht eines deutschen Rechtswissenschaftlers keine Antwort geben; diese Fragen müssen durch andere Disziplinen erhellt werden und vor allem danach bewertet werden, was politisch gewollt ist.

II. **Stellungnahme zur bisherigen Kritik an dem CETA-Gutachten**

Das CETA-Gutachten und dessen Einschätzung zur Auswirkung auf den Handlungsspielraum des Gesetzgebers in Deutschland sind seit seiner Veröffentlichung am 22.9.2012 in der rechtswissenschaftlichen Fachöffentlichkeit nicht grundlegend in Frage gestellt worden. Lediglich eine kürzere Auseinandersetzung von knapp 6 Seiten durch einen anerkannten Experten im Völker- und Wirtschaftsvölkerrecht, Professor Markus Krajewski, liegt vor, in der, allerdings aus meiner Sicht nicht durchschlagende, Bedenken angebracht wurden.³ Daneben wurde auf einigen Webseiten von CETA-Gegnern⁴ der Versuch unternommen, die Validität des Gutachtens durch den Vorwurf fehlender gutachterlicher Neutralität in Frage zu stellen, da ich ein Eigeninteresse an einer Ratifizierung von CETA hätte. Dieser Vorwurf ist aus meiner Sicht abwegig. Auf beide Argumentationsstränge gehe ich im Folgenden kurz ein.

³ Markus Krajewski, *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*, erhältlich unter http://www.gruene-bundestag.de/fileadmin/media/gruenebundestag_de/themen_az/EU-USA_Freihandelsabkommen/Thesenpapier_Klageprivilegien_in_CETA.PDF (8.12.2014).

⁴ Siehe etwa <https://stop-ttip.org/de/blog/ceta-und-der-investorenschutz-von-wegen-harmlos/> (8.12.2014); <http://www.attac.de/startseite/detailansicht/news/ceta-nicht-verharmlosen-keine-entwarnung-beim-investorenschutz-1/> (8.12.2014) oder <http://power-shift.de/?p=4701> (8.12.2014).

A. Inhaltliche Kritik am CETA-Gutachten

In Detail kommt Professor Krajewski in seinen Anmerkungen zu dem CETA-Gutachten in der Sache teilweise zu anderen Wertungen;⁵ diese Unterschiede beruhen auf unterschiedlichen Ansichten zur voraussichtlichen Anwendung von ausfüllungsbedürftigen Rechtsprinzipien und unterschiedlichen Gewichtigungen in der Analyse von Rechtsvorschriften, die zwischen Rechtswissenschaftlern bei nahezu jeder rechtlichen Frage üblich sind; auf diese Details möchte ich hier nicht näher eingehen, wohl aber auf die grundlegenden Bedenken, die Professor Krajewski gegen das Gutachten vorbringt.

Eingeschränkter Gutachtenumfang

Kritisiert wird von Krajewski zunächst der eingeschränkte Gutachtenumfang, der sich auf die Prüfung der Auswirkungen der investitionsrechtlichen Vorschriften von CETA auf die Haftung für Handeln des Gesetzgebers beschränkt.⁶ Diese Einschränkung ist dem konkreten Gutachtenauftrag geschuldet. Sie ist allerdings nicht willkürlich, sondern spiegelt die Tatsache wider, dass die Beschränkung des Gesetzgebers der wichtigste Bereich für die Beurteilung des Investitionsrechts vor dem Hintergrund des Demokratieprinzips ist. So sind es insbesondere gesetzgeberische Maßnahmen, die im Zusammenhang mit der Frage relevant sind, ob durch das Investitionskapitel in CETA eine Absenkung existierender Sozial-, Umwelt-, Arbeitsrechts-, Datenschutz- und Verbraucherschutzstandards erfolgen kann bzw. ob CETA deren Neueinführung oder Verschärfung durch den Gesetzgeber entgegensteht. Hier ist die Antwort des Gutachten klar in dem Sinne, dass Maßnahmen, die nicht gegen kanadische Investoren diskriminieren und im Übrigen verfassungs- und unionsrechtskonform sind, keine Haftung nach CETA auslösen dürften.

Im Übrigen kann natürlich auch aus dem Handeln von deutschen Gerichten oder Verwaltungsbehörden, sowie der gesetzgebenden Organe auf Länder- und Kommunalebene eine Haftung der Bundesrepublik Deutschland unter CETA folgen. Aber auch hier ist wiederum klarzustellen, dass eine solche Haftung nur dann in Betracht kommt, wenn das Handeln selbst entweder gegen kanadische Investoren diskriminiert oder sonst verfassungs- oder unionsrechtswidrig ist. Insofern obliegt es dem Gesetzgeber durch entsprechende gesetzlich verankerte und damit demokratisch legitimierte Umsetzungsakte Rechnung dafür zu tragen, dass das einfache Recht CETA-konform ausgestaltet wird.

Anlass für die Notwendigkeit zur Anpassung des einfachen deutschen Rechts an das CETA-Investitionskapitel besteht aber kaum. Denn im Hinblick auf das derzeit geltende einfache Recht ist für eine Haftungsauslösung durch Handeln von Gerichten oder Verwaltung, das selbst nach deutschen Recht und Unionsrecht rechtmäßig ist, gleichwohl aber gegen CETA verstößt, kaum Raum.⁷

⁵ So etwa zur Frage, inwieweit der Vertrauensschutz nach deutschem Recht und nach den investitionsschutzrechtlichen Vorschriften in CETA voneinander divergieren (siehe Krajewski (fn. 3), S. 3) oder ob die Möglichkeit, Schadensersatz für Eigentumseingriffe vor Schiedsgerichten gelten zu machen, der schwerwiegendere Eingriff für den Handlungsspielraum des Gesetzgebers ist im Vergleich zu einer Aufhebung eines Gesetzes (ebda., S. 4/5).

⁶ Ebda., S. 1.

⁷ Denn Voraussetzung wäre entweder, dass eine gerichtliche oder administrative Entscheidung selbst eine entschädigungslose direkte oder indirekte Enteignung darstellt oder den hohen Hürden, die CETA für einen Verstoß gegen das Prinzip der gerechten und billigen Behandlung aufstellt, zuwiderläuft.

Vorbehaltlich einer genaueren gutachterlichen Prüfung erscheinen in diesem Zusammenhang vor allem zwei Konstellationen praktisch relevant:

- zum einen eine mögliche Haftung für schuldhafte Verzögerung von gerichtlichen Verfahren durch deutsche Gerichte – hier ist denkbar, dass nach den völkerrechtlichen Grundsätzen zur Rechtsschutzverweigerung als Teil des Grundsatzes gerechter und billiger Behandlung ein weitergehender Schadensersatzanspruch besteht als nach deutschem Recht;⁸
- zum anderen sind enge Fallkonstellationen denkbar, in denen Handeln von Verwaltungsbehörden im Einzelfall eine Haftung auslösen kann, die nach deutschem Recht nicht bestünde; denkbar wäre insofern eine Haftungserweiterung für Zusagen durch Verwaltungshandeln, die nach deutschem Recht nicht bindend sind und keinen Vertrauenstatbestand nach deutschem Recht begründen, gleichwohl aber aus völkerrechtlicher Sicht einen Vertrauenstatbestand setzen, dessen Verletzung als Verstoß gegen den Grundsatz billiger und gerechter Behandlung anzusehen sein könnte.⁹

In jedem Fall wären hierdurch aber keine grundlegenden demokratischen Handlungsspielräume oder verfassungsrechtlicher Grundprinzipien negativ betroffen.

Fehlende Auseinandersetzung mit dem Investitionsbegriff unter CETA

Kritisiert wird von Krajewski des Weiteren die fehlende Auseinandersetzung mit dem Anwendungsbereich von Investitionsschutzabkommen, insbesondere im Hinblick auf die Frage, inwieweit der verfassungsrechtliche Begriff des Eigentums in Art. 14 GG deckungsgleich ist mit dem Begriff der „Investition“ in Art. X.3 CETA.¹⁰ Zuzugeben ist Krajewski, dass beide Begriffe nicht deckungsgleich sind, sondern dass der Begriff der Investition unter CETA möglicherweise auch Positionen umfasst, die verfassungsrechtlich nicht als Eigentum geschützt sind.

Allerdings wirkt sich der Unterschied im Anwendungsbereich der Begriffe „Eigentum“ (im verfassungsrechtlichen Sinne) und „Investition“ (im Sinne von CETA) lediglich rechtsdogmatisch bei der Frage aus, ob ein staatlicher Eingriff, der nach den Vorschriften zur direkten und indirekten Enteignungen in Art. X.11 CETA eine Haftung auslöst, aus Sicht des deutschen Verfassungsrechts als

⁸ Allerdings ist auch insofern offen, ob die gesetzliche Regelung, die nach der Verurteilung der Bundesrepublik durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte im Fall *Rumpf v. Germany* erfolgte den Anforderungen aus der Europäischen Menschenrechtskonvention und dem Unionsrecht (vgl. Art. 47 Grundrechtecharta) entspricht.

⁹ Im Vattenfall I-Verfahren stand eine derartige Konstellation im Raum, zu der es jedoch keine Entscheidung durch das Schiedsgericht gab. Denn hier hätte sich die Haftung der BRD wegen Verletzung des Grundsatzes billiger und gerechter Behandlung allenfalls aus einem Vertrauenstatbestand ergeben, der durch das Handeln der Hamburger Behörden gesetzt worden war, obwohl nach deutschem Recht (BlmschG, Wasserrecht, etc.) recht deutlich war, dass kein Anspruch auf eine Genehmigung mit den ursprünglich erwarteten Parametern bestand. Das ist allerdings ein enger und überschaubarer Bereich, in dem investitionsrechtliche Vorgaben und einfaches nationales Recht auseinanderfallen können. Unter CETA ist hier zudem zu beachten, dass die Hürden für eine Verletzung des Grundsatzes gerechter und billiger Behandlung im Vergleich zu bisher üblichen Formulierungen deutlich höher sind. Eine eventuell bestehende Lücke könnte dadurch geschlossen werden, dass nationales Recht CETA-konform ausgestaltet wird, wenn man überhaupt von einer Divergenz ausgeht oder aber bei der Interaktion von Behörden mit ausländischen Investoren durch verwaltungsinterne Richtlinien stets klarzustellen ist, woraus sich Vertrauenstatbestände ergeben können. Insofern haben es Verwaltungen mithin selber in der Hand, ob haftungsauslösende Konstellationen eintreten.

¹⁰ Krajewski (fn. 3), S. 2-3.

Verletzung des Rechts auf Eigentums unter Art. 14 GG oder sonst als Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG) zu werten ist.¹¹ Aus diesem Grund bestand im CETA-Gutachten keine Notwendigkeit sich mit einem detaillierten Vergleich von verfassungsrechtlichen Eigentumsbegriff und dem Begriff der „Investition“ unter CETA auseinanderzusetzen.

Methodisches Vorgehen beim Vergleich von CETA, Grundgesetz und Unionsrecht

Schließlich kritisiert Krajewski das methodische Vorgehen beim Vergleich von Investitionsschutzbestimmungen unter CETA, dem Grundgesetz und Unionsrecht.¹² Er führt insofern an, das CETA-Gutachten gehe davon aus, Einschränkungen durch Rechtsnormen auf verschiedene Ebenen könnten quantifizierbar und so vergleichbar gemacht werden. Von einer solchen Quantifizierbarkeit geht das CETA-Gutachten jedoch gerade nicht aus. Vielmehr geht es davon aus, dass die Einschränkungen des Gesetzgebers durch CETA, Grundgesetz und Unionsrecht wertend, und damit qualitativ, vergleichbar sind. Das CETA-Gutachten folgt insofern der in der Rechtsvergleichung anerkannten Methode eines Vergleichs von Rechtsprinzipien und hält dazu fest:

Rechtsprinzipien erhalten zwar je nach Kontext in verschiedenen Rechtsordnungen unterschiedliche Ausformungen und Anwendungen auf den Einzelfall, nicht zuletzt, da unterschiedliche Streitbeilegungsmechanismen Prinzipien unterschiedlich ausformen, unterschiedliche Wertungen des Sachverhalts vornehmen, oder relevante Aspekte unterschiedlich gewichten. Gleichwohl ist der Vergleich von Rechtsprinzipien sinnvoll und aussagekräftig, um Strukturunterschiede und –gemeinsamkeiten zwischen nationalem, unionalem und Investitionsrecht in CETA im Hinblick auf den Handlungsspielraum des Gesetzgebers aufzuzeigen.¹³

Insofern ist klar, dass bei der Anwendung der Rechtsnormen von CETA, dem Grundgesetz und Unionsrecht im Einzelfall divergierende Ergebnisse möglich sind, dies aber einer qualitativen Bewertung von Unterschieden und Gemeinsamkeiten und damit einer strukturellen Vergleichbarkeit der Einschränkungen des Gesetzgebers nicht entgegensteht.

Die zweite methodische Kritik von Krajewski betrifft die Möglichkeit, über die künftige Auslegung von investitionsrechtlichen Vorschriften unter CETA Aussagen auf Basis bisheriger Schiedsrechtsprechung zu treffen; diese Möglichkeit zieht er in Zweifel.¹⁴ Zuzugeben ist Krajewski, dass Schiedsgerichte nicht an die Entscheidungen vergangener Fälle gebunden sind und den dort zum Ausdruck gebrachten Rechtsauffassungen nicht folgen müssen. Gleichwohl ist in der Schiedsrechtsprechung zu Investitionsschutzabkommen eine starke Tendenz der Schiedsgerichte zu beobach-

¹¹ Denn die Rechtmäßigkeitsanforderungen für Handeln des Staates und eine eventuelle Staatshaftung sind auch nach deutschem Recht nicht auf Eingriffe in Eigentum beschränkt; vielmehr hat sämtliches Handeln gemäß dem Rechtsstaatsprinzip den Anforderungen des anwendbaren Rechts zu entsprechen, unabhängig davon, ob in Eigentum eingegriffen wird oder nicht. Dementsprechend ist im deutschen Staatshaftungsrecht auch anerkannt, dass eine Haftung des Staates möglich ist für Handeln außerhalb von Eigentumseingriffen. Grundsätzlich ist eine Haftung für jegliches Handeln oder Unterlassen möglich.

¹² Krajewski (fn. 3), S. 2.

¹³ Schill (fn. 1), S. 1 fn. 3.

¹⁴ Vgl. Krajewski (fn. 3), S. 3-4 (im Zusammenhang mit der Auslegung des Grundsatzes billiger und gerechter Behandlung).

ten, die Auslegung der Abkommen einzubetten in eine Diskussion von Präzedenzfällen aus der Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit mit dem Ergebnis, dass Abweichungen von Präzedenzfällen in aller Regel besonders begründet werden, viel häufiger aber diese Präzedenzfälle, obwohl sie keine Bindungswirkung entfalten, als Ausgangspunkt für die Auslegung investitionsschutzrechtlicher Standards herangezogen werden.¹⁵ Insofern ist in der Schiedsrechtsprechung zu beobachten, dass Konvergenz in der Auslegung weitaus häufiger der Fall ist als Divergenz, insbesondere bei der Auslegung der zentralen materiellen Schutzstandards, wie dem Grundsatz der billigen und gerechten Behandlung und dem Konzept der indirekten Enteignung.

Insofern ist es methodisch folgerichtig, auf der Grundlage bisheriger Schiedsrechtsprechung Prognosen darüber zu treffen, wie Schiedsgerichte in der Zukunft die CETA-Vorschriften als Prinzipien voraussichtlich auslegen werden. Denn bei Schiedsgerichten unter Investitionsschutzabkommen handelt es sich um gerichtsförmige Verfahren, in denen streitige Sachverhalte nach dem anwendbaren Recht und Gesetz bewertet und beurteilt werden und die Schiedsrechtsprechung als Teil des Auslegungskontextes fungieren. Auch divergiert das CETA-Gutachten insofern methodisch von keinem anderen Rechtsgutachten, das höchstrichterlich bisher ungeklärte Rechtsfragen behandelt. Auch hier beruhen Aussagen auf einer Prognoseentscheidung darüber wie Gerichte in Zukunft einen bestimmten Sachverhalt höchstwahrscheinlich im Hinblick auf vergleichbare Fälle beurteilen werden.

Fazit

Vor diesem Hintergrund sind die gegen das CETA-Gutachten vorgebrachten Einwände aus meiner Sicht nicht geeignet, die Validität der Aussagen des Gutachtens in Frage zu stellen.

B. Vorwurf fehlender Neutralität

Der Vorwurf fehlender Neutralität als Gutachter, der auf verschiedenen Internetseiten kursiert, beruht auf dem Vorwurf, dass ich wegen meiner Ernennung durch die Bundesrepublik Deutschland auf die Schlichterliste (List of Conciliators) des International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) im Dezember 2013 ein finanzielles Eigeninteresse am Florieren der Investor-Staats-Schiedsgerichtsbarkeit und damit der Ratifizierung von CETA hätte. Dieser Vorwurf basiert in gleich mehrfacher Weise auf falschen Annahmen.

Erstens, ich bin Mitglied der ICSID-Schlichterliste (List of Conciliators) nicht der ICSID-Schiedsrichterliste (List of Arbitrators). Beide Listen sind mit Verfahren verbunden, die sich fundamental voneinander unterscheiden. Bei einem *Schiedsverfahren* handelt es sich um ein gerichtsförmiges Verfahren, bei dem die Schiedsrichter am Ende wie Richter eine für die Parteien bindende Entscheidung gemäß dem im Streitfall anwendbaren Recht treffen. ICSID-Schiedsrichter haben damit Entscheidungsgewalt, die mit der von internationalen Gerichten vergleichbar ist. *Schlichtungsverfahren* haben hingegen zum Gegenstand, die Parteien zu einer einvernehmlichen Lösung ihres Konflikts zu führen. *Schlichter* haben keine Entscheidungsgewalt und können die Parteien nicht gegen ihren Willen verpflichten. Sie entscheiden den Streit nicht, sondern versuchen, zwischen den Parteien zu vermitteln, damit diese sich auf eine Lösung ihres Streites einigen. Dieser kategorische

¹⁵ Dazu ausführlich Stephan Schill, *The Multilateralization of International Investment Law* (2009), S. 321-361.

Unterschied wird nicht beachtet, wenn meine Listung auf der *Schlichter*liste als Ausdruck von Befangenheit bei der Erstellung eines Gutachtens über *Schiedsverfahren* gesehen wird.

Zweitens, auf der Liste zu stehen, bedeutet nicht, in der Streitbeilegung von Fällen tatsächlich beteiligt zu sein. Die Listung auf der *Schlichter*liste hat lediglich Bindungswirkung, wenn ISCID Ernennungen von Schlichtern für ein *Schlichtungsverfahren* vornimmt, wenn Parteien die erforderliche Mitwirkung bei der Ernennung eines *Schlichters* verweigern oder sich nicht auf einen *Schlichter* einigen können. ICSID-*Schlichtungsverfahren* sind zudem derart selten (von 1965-2012 gab es insgesamt nur 7 Schlichtungsverfahren),¹⁶ dass man bei insgesamt vielen hundert Personen auf der *Schlichter*liste nicht vernünftigerweise damit rechnen kann, je durch ISCID für ein *Schlichtungsverfahren* nominiert zu werden.¹⁷ Das Gleiche würde gelten, wenn es sich um eine Listung auf der *Schiedsrichter*liste handelt. Die Listung selbst bedeutet nicht, dass man an Verfahren beteiligt ist noch dass eine ausreichende Wahrscheinlichkeit bestünde, in einem solchen Verfahren ernannt zu werden.

Schließlich ist noch darauf hinzuweisen, dass es sich bei ICSID nicht um eine private Institution handelt, die Schiedsverfahren und Schlichtungsverfahren administriert, sondern um eine internationale Organisation – und damit um eine öffentliche Institution – deren Aufgabe die friedliche Beilegung von Streitigkeiten zwischen ausländischen Investoren und Gaststaaten ist. ICSID ist Teil der Weltbankgruppe und durch eine der weltweit meistgezeichneten multilateralen Abkommen gegründet worden. Sowohl Schiedsverfahren, als auch Schlichtungsverfahren sind im Völkerrecht, insbesondere der UN Charta (dort Art. 33 ff.) seit Langem als Formen friedlicher Streitbeilegung anerkannt. Die Bundesrepublik Deutschland ist seit den 1960er Jahren Mitgliedstaat der ICSID-Konvention. Entsprechend dem öffentlichen Charakter von ICSID gelangt man auf die ICSID-Schlichter-, ebenso wie auf die ICSID-Schiedsrichterliste durch Nomination durch einen der beteiligten Vertragsstaaten.

Zusammenfassend halte ich es für abwegig, aus meiner Listung auf der ICSID-Schlichterliste auf ein Fehlen der erforderlichen Neutralität als Gutachter zu schließen.

III. Neuerungen im Bereich investitionsrechtlicher Regelungen in CETA

Bei der Bewertung der investitionsrechtlichen Bestimmungen in CETA ist wichtig zu sehen, dass der Abkommenstext an zentralen Punkten auf die Kritik an den Schutzstandards in internationalen Investitionsschutzabkommen und an der Investor-Staats-Schiedsgerichtsbarkeit reagiert hat und dem Bestreben Ausdruck verleiht sicherzustellen, dass durch Investitionsschutzregelungen die Verpflichtung des Staates zum Schutz von öffentlichen Interessen und Rechten Dritter nicht verkürzt wird und dass Investor-Staats-Schiedsverfahren in einer Weise ausgestaltet werden, die rechtsstaatlichen Anforderungen an Streitbeilegung mit der Beteiligung von staatlichen Akteuren entspricht. Insofern gestaltet CETA sowohl den materiellen Investitionsschutz als auch Investor-Staats-

¹⁶ World Bank, *The ICSID Caseload: Statistics. The ICSID Caseload Statistics No. 2013-1* (2013), erhältlich unter <http://documents.worldbank.org/curated/en/2013/01/17810454/icsid-caseload-statistics> (8.12.2014)

¹⁷ Die Liste ist erhältlich über <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=MembersofPannel> (8.12.2014).

Schiedsverfahren in einer Art und Weise aus, die von bisherigen europäischen Abkommen, etwa den mehr als 130 Abkommen, die die Bundesrepublik mit zahlreichen Staaten geschlossen hat, fundamental abweicht. Hier haben Entwicklungen stattgefunden, die bei der Bewertung von CETA in den Mittelpunkt gerückt werden müssen.

A. Vorschriften zum Schutz des staatlichen Handlungsspielraumes

CETA enthält mehrere Vorschriften, die die staatliche Handlungsfreiheit ausdrücklich vor investitionsrechtlichen Beschränkungen schützen; diese sind teilweise allgemeiner Natur, teilweise beziehen sie sich auf bestimmte Bereiche hoheitlicher Tätigkeit oder spezifische Wirtschafts- und Regulierungsbereiche.

1. 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.¹⁸

2. 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.¹⁹ Auch der Grundsatz der billigen und gerechten Behandlung ist in seinem Anwendungsbe- reich auf den Schutz gegen offensichtlich willkürlich, gezielt diskriminierende, missbräuchliche und gegen grundlegende rechtsstaatliche Prinzipien verstoßende Maßnahmen beschränkt.²⁰ Auch andere Investitionsschutzstandards, wie die Meistbegünstigungsklausel sind gegenüber der bisherigen Praxis vieler EU-Mitgliedstaaten beschränkt.²¹ 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.

3. 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. Zu nennen sind insbesondere:

- Art. X.15 CETA, der wirtschaftliche Sanktionen zur Durchsetzung von Maßnahmen der kollektiven Sicherheit (wie EU oder UN-Sanktionen) zulässt;

¹⁸ Vgl. Beweggrund Nr. 10 der Präambel.

¹⁹ Siehe Art. X.11 CETA.

²⁰ Siehe Art. X.9 CETA.

²¹ Siehe Art. X.7 CETA:

- 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);
- Ausnahmen bei Marktzugang und Gleichbehandlung für bestimmte Bereiche staatlicher Tätigkeit (z.B. Vergaberecht, Art. X.1 Abs. 2 lit. c) CETA und Art. X.14 Abs. 5 lit. a) CETA und Subventionen, Art. X.14 Abs. 2 lit. b) CETA);
- Beschränkungen beim Zugang zur Investor-Staats-Schiedsgerichtsbarkeit für Ansprüche wegen Verletzung der Nicht-Diskriminierungsvorschriften beim Marktzugang (Art. X.1 Abs. 4 Satz 3: „establishment and acquisition“ bei CETA; wiederholt nochmals in Art. X.17 Abs. 1 CETA);
- die Immunität 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);
- eine allgemeine Ausnahme, die sich an GATT Art. XX anlehnt (Kapitel 32 Art. X.02 Abs. 1 CETA) und Einschränkungen des Nicht-Diskriminierungsgrundsatzes zum Schutz bestimmter öffentlicher Güter oder Rechte Dritter erlaubt;
- eine weitere allgemeine Ausnahme, die das Nicht-Diskriminierungsgebot ähnlich GATT Art. XX²² für notwendige Maßnahmen zum Schutz bestimmter Interessen einschränkt, wie den Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung,²³ der öffentlichen Moral, dem Schutz von Gesundheit, Tieren oder Pflanzen, etc. (Kapitel 32 Art. X.02 Abs. 2 CETA);
- Kapitel 32 Art. X.05 CETA, der eine Ausnahme für bestimmte Maßnahmen enthält, die zum Schutze der nationalen Sicherheit als erforderlich angesehen werden; sie entspricht in Teilen der Vorschrift in Art. 346 AEUV entspricht;
- Kapitel 32 Art. X.06 enthält Sondervorschriften, die im Bereich des Steuerwesens den Handlungsspielraum in weiterem Umfang schützen als in anderen Bereichen der Eingriffsverwaltung;
- Kapitel 15 sieht schließlich Sonderregelungen für den Bereich der Finanzdienstleistungen („financial services“) und deren Regulierung vor;²⁴ hier wird der Handlungsspielraum des Staates insbesondere durch den sog. „Prudential Carve-Out“ in Kapitel 15 Art. 15 CETA geschützt und durch Sonderregelung für Investor-Staat-Schiedsgerichtsverfahren im Bereich von Finanzdienstleistungen.

²² Allerdings ohne den für GATT Art. XX charakteristischen Chapeau, der eine differenziertere Abwägung erfordert.

²³ Der Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ist dabei restriktiv auszulegen (Art. X.02 Abs. 2 lit. x) CETA).

²⁴ Das Investitionskapitel ist hier nicht direkt (siehe Art. X.2 Abs. 1 CETA), sondern nur über den den Verweis in Kapitel 15 Art. 1 Abs. 3 und 4 CETA anwendbar.

B. Neuerungen bei den Vorschriften zur Investor-Staats-Schiedsgerichtsbarkeit

Bei der Bewertung, inwieweit durch die investitionsrechtlichen Bestimmungen in CETA der staatliche Handlungsspielraum beschränkt wird, 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:

- Art. X.17 Abs. 1 und 2 CETA (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. 3 CETA (Ausschluss für missbräuchliche Klagen);
- Art. X.21 und 23 CETA (verschiedene Regelungen, um parallele Verfahren vor Schiedsgerichten, staatlichen Gerichte und anderen internationalen Gerichten einzuschränken oder auszuschließen bzw. zu koordinieren);
- Art. X.25 CETA (Regelungen zur Schiedsrichterernennung: 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);
- Art. X.27 Abs. 2 i.V.m. Art. 42 CETA (Einführung eines Komitees, das für Schiedsgerichte bindende Interpretationen von CETA vornehmen kann);
- Art. X.29 und 30 CETA (vereinfachte Möglichkeit, unbegründete Klagen abzuweisen);
- Art. X.33 CETA (Vorschriften über die Transparenz und Öffentlichkeit von Investor-Staats-Schiedsverfahren);
- Art. X.35 CETA (Einräumung einer Rolle für die nicht am Verfahren beteiligten Vertragsstaaten);
- Art. X.36 CETA (Klarstellung zu den Rechtsfolgen und Kosten des Verfahrens: „loser pays“);
- Art. X.42 Abs. 1 lit c und Abs 2 CETA (dort ist vorgesehen, dass über eine Berufungsinstanz im Rahmen des Komitees diskutiert werden soll, ebenso wie über eine Schiedsrichterliste und einen Verhaltenskodex für Schiedsrichter).

C. 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 die in den Anträgen der Fraktionen DIE LINKE und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN geäußerten 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 rechtstaatlich-demokratischen Grundsätzen entsprechend beilegen und Rechtsfortbildung durch Schiedsgerichte durch die Vertragsstaaten 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 von der Hand zu weisen sind sicherlich Zweifel daran, ob Investitionsschutzkapitel in einem kanadisch-europäischen Abkommen notwendig sind. Deutschland braucht investitionschutzrechtliche Vorschriften in CETA voraussichtlich nicht, um kanadische Investitionen anzuziehen oder das politische Risiko solcher Investitionen in Deutschland und damit deren Kosten zu reduzieren, obwohl auch in Deutschland ausländische Investoren verfassungsrechtlich nicht denselben Schutz genießen, wie Investoren aus Deutschland oder der EU.²⁵ Jedoch ist die Frage der Notwendigkeit von Investitionsabkommen zwischen der EU und anderen Staaten mit gut entwickelten Rechtssystemen nicht ausschließlich im Hinblick auf Deutschland zu beurteilen, sondern auch im Hinblick auf EU-Mitgliedstaaten, in denen der Rechtsschutz aus rechtlichen oder rein faktischen Gründen nicht dem in Deutschland üblichen Maß entspricht. Insofern erfordert die Frage der Notwendigkeit investitionsrechtlicher Vorschriften in CETA eine differenzierte Analyse, die sowohl die Perspektive Kanadas auf die EU und ihre verschiedenen Mitgliedstaaten, als auch die Perspektiven anderer EU-Mitgliedstaaten und ihre Interessen im Hinblick auf investitionsrechtliche Vorschriften unter CETA berücksichtigt.

²⁵ Dazu Schill (fn. 1), S. 4-5 (zu Grenzen der Gleichbehandlung von ausländischen und inländischen Investoren und zu Grenzen der Grundrechtsberechtigung aus Art. 19 Abs. 3 GG).

Andererseits ist aber jedenfalls die Frage, ob Investitionsvorschriften in CETA schädlich sind für den Handlungsspielraum des Gesetzgebers mit einem klaren Nein zu beantworten, da nur in Einzelfällen Konstellationen denkbar sind, in denen CETA in Deutschland haftungsauslösend sein wird, ohne dass zur gleichen Zeit deutsches Recht oder Unionsrecht verletzt sind.

IV. Ausblick: Unterstützung multilateraler Prozesse zur systemischen Reform des Internationalen Investitionsrechts

Eine Anhörung zu konkreten Fragestellungen im Zusammenhang mit dem Abschluss des Freihandelsabkommens zwischen der EU und Kanada ist nicht zwangsläufig der ideale Ort, um sich mit grundsätzlichen, systemischen Fragen des internationalen Investitionsschutzrechts, der Frage nach dessen Reformbedürftigkeit und konkreten Reformvorschlägen auf globaler Ebene zu beschäftigen. Gleichwohl scheint es mir angemessen, zum Abschluss, und als Ausblick, einige kurze Worte zu dieser systemischen globalen Dimension zu verlieren. Sie ist der Horizont, vor dem sich die Verhandlung und der Abschluss von CETA abspielen, der aber gleichzeitig auch durch die europäische Auslandsinvestitionspolitik und die von der EU geschlossenen Investitionsabkommen, wie CETA, beeinflusst wird. Insofern ist es angebracht, sich jenseits der Bewertung eines konkreten Abkommens auch Gedanken darüber zu machen, ob CETA und die darin enthaltenen Investitionsstandards global die richtigen Signale senden als Orientierungspunkt nicht nur für andere künftige Vertragspartner der EU, sondern auch für die Abkommenspraxis gänzlich anderer Staaten, die sich möglicherweise von der EU als Vorbild leiten lassen beim Abschluss von Investitionsschutz- und Freihandelsabkommen.

Im Hinblick auf die Änderungen, die CETA für die Durchführung von Investor-Staats-Schiedsverfahren vorsieht, sind zahlreiche positive Entwicklungen zu verzeichnen. Dies betrifft, neben Detailregelungen zur Steigerung der Effizienz der Verfahren, wie bessere Möglichkeiten zum Ablehnen missbräuchlicher Klagen oder einer Kostentragungsregelung, die sich am jeweiligen Obiegen im Verfahren orientiert, zuvörderst die Betonung von Transparenz bei der Durchführung von Investor-Staats-Schiedsgerichten. Dies setzt das demokratische Postulat von Öffentlichkeit und Transparenz für gerichtsförmige Verfahren um, in denen staatliche Akte auf ihre Rechtmäßigkeit hin überprüft werden und reagiert auf die seit Langem erhobene und berechtigte Kritik fehlender Transparenz in der Investor-Staats-Schiedsgerichtsbarkeit. Im Grundsatz positiv ist zudem, dass mit dem Committee on Services and Investment nunmehr ein Organ besteht, das es erlaubt, die Auslegung des Investitionskapitels durch Schiedsgerichte zu beeinflussen und gegebenenfalls zu korrigieren. Dadurch wird ein institutionelles Gegengewicht zu den Schiedsgerichten geschaffen. Ebenfalls ist positiv hervorzuheben, dass die Vertragsparteien über die Aufstellung von Schiedsrichterlisten, klarere Regelungen für Interessenkonflikte und die Einführung einer Berufungsinstanz verhandeln werden. Dies stellt sicher, dass institutionelle und prozedurale Bestimmungen vorhanden sind, die sicherstellen, dass Investor-Staats-Schiedsverfahren den Vorgaben an rechtsstaatliche Streitbeilegung entsprechen.

Auch im Hinblick auf die Änderungen bei den materiellen Schutzstandards gibt es zahlreiche Verbesserungen im Vergleich zu bisherigen Investitionsschutzabkommen. Allen voran versucht CETA, die bisher als zu vage kritisierten Standards der billigen und gerechten Behandlung und das

Konzept der indirekten Enteignung zu konkretisieren, um so sicherzustellen, dass der Handlungsspielraum der Vertragsstaaten, und dort insbesondere der des Gesetzgebers zum Schutz allgemeiner Interessen und von Rechten Dritter, aufrechterhalten wird. Kritisch zu hinterfragen ist in diesem Zusammenhang allerdings, ob der teilweise gegenüber bisherigen Regelungen erheblich reduzierte materielle Investitionsschutz (insbesondere was den Grundsatz der gerechten und billigen Behandlung angeht) sowie die zahlreichen Ausnahmeregelungen zur Gleichbehandlung (einschließlich der Möglichkeit, neue diskriminierende Regelungen einzuführen) ausreichend ist, um deutsche und europäische Investoren im Ausland zu schützen. Unabhängig davon ist aber positiv, dass CETA ernst macht damit, dass bestehende Sozial-, Umwelt-, Arbeitsrechts- und Verbraucherschutzstandards nicht ausgehebelt werden und auch die Einführung neuer Sozial-, Umwelt-, Arbeitsrechts- und Verbraucherschutzstandards möglich bleibt, solange diese nicht-diskriminierend und verhältnismäßig sind.

CETA kann demnach in bestimmten Bereichen wichtige Signale auch im Bereich der globalen Reform des Investitionsschutzrechts setzen. Gleichwohl ist es aus meiner Sicht wichtig zu betonen, dass sich Bundesregierung und Bundestag auch unabhängig von der Diskussion über konkrete Abkommen aktiv an der Debatte um die systemische Reform des Investitionsrecht beteiligen. Diese wird unter anderem in internationalen Organisationen wie der OECD oder im Rahmen der Vereinten Nationen (hier vor allem durch die United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD)) aktiv betrieben. Die Beteiligung an diesen Prozessen und die Übernahme von Führungsverantwortung sind hier besonders bedeutsam, um Einfluss darauf zu haben, wie die globalen Regelungen für internationale Investitionsbeziehungen in Zukunft aussehen werden.

Zentrales Anliegen der Bundesrepublik, wie auch der EU allgemein, sollte es sein, anstatt ihre verfassungsrechtlichen Werte gegen völkerrechtliche Regelungen zur Gestaltung des rechtlichen Rahmens der Weltwirtschaft in Stellung zu bringen, vielmehr zu versuchen, ihre verfassungsrechtlichen Wertungen in völkerrechtlichen Instrumenten, einschließlich solcher zum Schutz von Auslandsinvestitionen und zur Liberalisierung des Handels, zur Geltung zu bringen. Diese Offenheit gegenüber internationaler Kooperation bei gleichzeitiger Beachtung verfassungsrechtlicher Grundprinzipien kommt nicht nur an verschiedenen Stellen im Grundgesetz selbst zum Ausdruck, sondern ist auch ausdrückliche Verpflichtung der EU, die nach Art. 21 EU ihr Außenhandeln, einschließlich im Bereich von Handels- und Investitionsabkommen, an ihren verfassungsrechtlichen Grundwerten zu orientieren hat. Art. 21 Abs. 1 EU bestimmt wie folgt:

Die Union lässt sich bei ihrem Handeln auf internationaler Ebene von den Grundsätzen leiten, die für ihre eigene Entstehung, Entwicklung und Erweiterung maßgebend waren und denen sie auch weltweit zu stärkerer Geltung verhelfen will: Demokratie, Rechtsstaatlichkeit, die universelle Gültigkeit und Unteilbarkeit der Menschenrechte und Grundfreiheiten, die Achtung der Menschenwürde, der Grundsatz der Gleichheit und der Grundsatz der Solidarität sowie die Achtung der Grundsätze der Charta der Vereinten Nationen und des Völkerrechts.

Die Union strebt an, die Beziehungen zu Drittländern und zu regionalen oder weltweiten internationalen Organisationen, die die in Unterabsatz 1 aufgeführten Grundsätze teilen, auszubauen und Partnerschaften mit ihnen aufzubauen. Sie setzt sich insbesondere im

Rahmen der Vereinten Nationen für multilaterale Lösungen bei gemeinsamen Problemen ein.

Diese Zielbestimmungen, die auch den Zielbestimmungen des Grundgesetzes entsprechen, sprechen dafür, dass sich die EU ebenso wie die Bundesrepublik Deutschland im Bereich des internationalen Investitionsrechts weiter für die Schaffung eines echten multilateralen Rahmen für internationale Investitionsbeziehungen stark machen. Dieser sollte langfristig nicht nur über einheitliche materielle Regelungen zum Investitionsschutz und zum Schutz von Handlungsspielraum für Gaststaaten verfügen, sondern auch über global einheitliche Pflichten von Investoren und Gaststaaten zur Beachtung von Menschenrechten, Umweltschutz und Sozialstandards. Außerdem sollte zur Sicherstellung von vorhersehbaren und konsistenten Entscheidungen über die Einrichtung einer permanenten gerichtlichen Institutionen nachgedacht und verhandelt werden, orientiert etwa an der Berufungsinstanz (Appellate Body) im Rahmen des Streitbeilegungssystems der Welthandelsorganisation.

All dies sind Reformbestrebungen, mit denen der Abschluss von CETA nicht inkompatibel ist; sie ergänzen CETA und vergleichbare Investitions- und Handelsabkommen vielmehr in vielen Bereichen. Regionale Abkommen wie CETA können zudem ein wichtiger Schritt auf dem Weg hin zu breiterem Multilateralismus sein. Wenn man in diesen Reformdiskussionen auf die Gestaltung des globalen rechtlichen Rahmens für die Weltwirtschaft maßgeblichen Einfluss haben möchte, ist jedoch von essentieller Wichtigkeit Verantwortung zu übernehmen, die sich durch Führung und eine klare Visionen für eine rechtliche strukturierte Regulierung der Weltwirtschaft auszeichnet und nicht durch eine Abwehrhaltung gegenüber Globalisierung allgemein und einen Rückzug in nationalstaatliches Denken gekennzeichnet ist.