

Kurz-Gutachten:**Der Stand nach CETA und dem „Joint Interpretative Instrument“:****Gibt es im Rahmen von CETA jetzt ein „Gericht“ statt einem privaten Schiedsgerichtsverfahren zur Lösung von Streitigkeiten zwischen Ländern und Investoren?
Gibt es klare Regeln, die unseriöse Forderungen ausschließen?**

Rechtsanwältin Dr. Roda Verheyen, Hamburg 13.01.2016

I. Gegenstand und Fragestellung

Weil die WTO Verhandlungen seit Jahren stocken und daher kaum Bewegung im Abbau von (wahrgenommenen) Handelshemmnissen kommt, verhandelt die Europäische Kommission (KOM) seit 2009 mit Kanada über das Freihandels- und Investitionsabkommen, das Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA). Zunächst war dies als reines Handelsabkommen (Beseitigung von Handelshemmnissen, Zöllen etc.) geplant. Im Jahr 2011 wurde das Verhandlungsmandat aber um das Investitionsschutzkapitel (Kapitel 8) erweitert, das jetzt besonders in der Kritik steht. Die Verhandlungen sind seit Februar 2014 abgeschlossen – anders als bei dem parallel verhandelten Abkommen mit den USA (TTIP).

Seitdem entspannen sich Debatten etwa um die Kompetenzen der EU sowie um die Frage der vorläufigen Anwendung¹, u.a. vor dem Bundesverfassungsgericht.² Momentan ist insbesondere die Frage im Vordergrund, ob und in welcher Tiefe öffentliche Dienstleistungen von CETA betroffen sein werden,³ ebenso die Frage, ob und welche Ratifikationserfordernisse der nationalen Parlamente der EU Mitgliedsstaaten bestehen.

Für Streitigkeiten zwischen Investor und Staat sah CETA zunächst allein die schiedsgerichtliche Streitbeilegung (investor-state-dispute-settlement, ISDS) vor ("CETA Consolidated Text" vom 5. August 2014), dies hat sich aber in der nunmehr zur Zeichnung vorgelegten Version vom Februar 2016⁴, die auch in deutscher (ebenso maßgeblicher Fassung, Artikel 30.11) vorliegt, erheblich geändert.

¹ Zum Beispiel: Mayer/Ermes, Rechtsfragen zu dem EU-Freihandelsabkommen CETA und TTIP, ZRP2014, 237; Pautsch, Der Abschluss des Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) als „gemischtes Abkommen“, NVwZ 2016, 1294; Mayr, Mixed" oder "EU-only" - Sind die Investitionsschutzbestimmungen im CETA von der Außenhandelskompetenz der EU "gedeckt"? EuR 2015, 575.

² 2 BvR 1368/16, 2 BvR 1444/16, 2 BvR 1823/16, 2 BvR 1482/16, 2 BvE 3/16. Mit Entscheidung vom Urteil vom 13. Oktober 2016 hat das BVerfG die Eilabträge gegen die vorzeitige Anwendung (ohne Parlamentsbefassung) abgewiesen, allerdings mit Auflagen und ohne die Vereinbarkeit des Abkommens insgesamt mit dem Grundgesetz abschließend zu bejahen. Dies ist dem Hauptsacheverfahren vorbehalten – wie immer im Eilrechtsschutz. Die Bundesregierung hat nach Auffassung des BVerfG diese Auflagen auch eingehalten. Der diesbezügliche weitere Eilantrag wurde mit Beschluss v. 7.12.2016, 2 BvR 1444/16 u.a. zurückgewiesen.

³ Prof. Nettesheim: https://stm.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/dateien/PDF/160524_Nettesheim-CETA-Gutachten.pdf; Prof. Krajewski: http://www.epsu.org/sites/default/files/article/files/Study%20M%20Krajewski_Model%20clauses%20for%20the%20exclusion%20of%20public%20services_2016.pdf

⁴ Legally reviewed text, published on 29 February 2016: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf. Vgl. auch COM/2016/0444 final.

“Abschnitt F - Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Investoren und Staaten (Artikel 8.18 – 8.45), unter dem Kapitel Acht – „Investitionen“ ermöglicht es einem Investor, einen Staat vor einem speziellen „*Tribunal*“, also außerhalb der ordentlichen Gerichtsbarkeit der EU Mitgliedsstaaten und Kanadas zu verklagen.

Der Text wurde seit 2014 erheblich geändert, auch nachdem das ursprüngliche System des ISDS in der Öffentlichkeit, aber auch unter Richtern und Juristen allgemein erhebliche Kritik ausgelöst hatte⁵, so wie auch beim parallel verhandelten TTIP Abkommen mit den USA.⁶ Auch das EU Parlament hatte – hier im Rahmen des TTIP Abkommens – Nachbesserungen verlangt.⁷

Aufgrund des Drucks der europäischen Öffentlichkeit hat die EU Kommission nun weitere Zusatzverhandlungen initiiert im Hinblick auf die Regelungskomplexe

- Beschaffung (procurement)
- Öffentliche Dienste (public services)
- Schiedsgerichtsverfahren (investor – state dispute settlement)
- Vorsorgeprinzip (precautionary principle)

Das aus dieser Zusatzverhandlung resultierende „Joint Interpretative Instrument on the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada and the European Union and its Member States“⁸ soll – zusammen mit den einseitigen Erklärungen der einzelnen Mitgliedsstaaten als Erklärungen des EU Council⁹ – diese Fragen klären und lösen.

Dieses Kurzgutachten stellt die Frage, ob die gesetzten politischen Ziele mit dem aktuellen Text von CETA sowie dem „*Joint Interpretative Instrument*“ erreicht wurden, vor allem im Hinblick auf den Investitionsschutz des Kapitel 8 des CETA Abkommens.

Aus deutscher Sicht sind diese Ziele vor allem enthalten im Beschluss des SPD Parteikonvent in Wolfsburg vom 19. September 2016 „Globaler Handel braucht fortschrittliche Regeln“ (Auszug):

„Einsetzung eines öffentlich-rechtlichen Investitionsgerichtshofs: Beim Investitionsschutz haben wir uns dafür ausgesprochen und eingesetzt, dass das alte privat-rechtliche ISDS-

⁵ vgl. nur: https://power-shift.de/wordpress/wp-content/uploads/2016/05/Powershift-Campact-TTIP_Unfairhandelbar-Analyse-ISDS_CETA_final.pdf

⁶http://www.drb.de/fileadmin/docs/Stellungnahmen/2016/DRB_160201_Stn_Nr_04_Europaeisches_Investitionsgericht.pdf

⁷ Siehe die Entschließung des Europäischen Parlaments vom 8. Juli 2015 mit Empfehlungen zu den TTIP-Verhandlungen, 2014/2228(INI), Buchst. S. 2. d) xv., insbesondere in der englischen Sprachfassung: „to replace the ISDS system with a new system for resolving disputes between investors and states“, abrufbar unter: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2015-0252+0+DOC+PDF+V0//EN>.

⁸ 27. Oktober 2016, Doc. No. 13541/16, <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13541-2016-INIT/en/pdf>

⁹ 27. Oktober 2016, Doc.No. 13463/1/16, Statements to the Council minutes <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13463-2016-REV-1/en/pdf>

System abgeschafft wird. [Haben wir es geschafft,]... einen öffentlich-rechtlichen Investitionsgerichtshof zu etablieren. Der Gerichtshof bietet auch die Chance, einen völlig neuen Standard für einen modernen Investitionsschutz nach rechtsstaatlichen Grundsätzen zu schaffen. ... Im weiteren Prozess sollten unbestimmte Rechtsbegriffe vermieden werden. Zudem soll die öffentliche Daseinsvorsorge aus dem Streitschlichtungsmechanismus herausgenommen werden.“

"Neue Regeln, mehr Transparenz, verbesserte Standards: Der neue Ansatz eines Investitionsgerichtshofs sieht u.a. transparentere Verfahren, verbesserte Standards bei der Auswahl der Richter, klarere Definitionen von Rechtsbegriffen und eine Berufungsmöglichkeit vor. Dies sind wichtige Schritte in die richtige Richtung. Es wird im weiteren parlamentarischen Verfahren genau zu prüfen sein, inwieweit insbesondere die Definitionen der unbestimmten Rechtsbegriffe tatsächlich bereits hinreichend präzise sind und ob die Unabhängigkeit der richterlichen Entscheidungen ausreichend gewährleistet ist. In unserem Konventsbeschluss haben wir formuliert, dass wir unklare Definitionen dieser Rechtsbegriffe ablehnen. Wir erwarten, dass die Parlamente diese Fragen, die auch von Teilen der Zivilgesellschaft vorgebracht werden, umfassend prüfen und nötigenfalls Klarstellungen vor der Ratifizierung herbeiführen."

"Im Bereich des Investorenschutzes muss mit Blick auf die **Rechtstatbestände**, wie z.B. **„faire und gerechte Behandlung“** und **„indirekte Enteignung“** sichergestellt werden, dass keine Bevorzugung von ausländischen gegenüber inländischen Investoren oder Bürgerinnen und Bürgern stattfinden. Investorenschutz sollte somit auf die Diskriminierung gegenüber inländischen Investoren beschränkt werden."

„Durch – wo nötig – Klarstellungen ist in jedem Fall sicherzustellen, dass beim Investitionsgerichtshof die **Unabhängigkeit der richterlichen Entscheidung gesichert ist und dass die materiellen Rechtsstandards durch klare Definitionen unseriöse Forderungen ausschließen;**“

Der Bundestag verabschiedete in der Folge mit den Stimmen der Großen Koalition am 22. September 2016 eine Erklärung nach Art. 23 Grundgesetz (GG), die die inhaltlichen Punkte des Wolfsburger Konventsbeschlusses aufgreift.

Dieses Kurzgutachten vergleicht diese politischen Aussagen mit der rechtlichen Realität.

Es wird darauf hingewiesen, dass u.a. auf Grundlage des Urteils des BVerfG vom Oktober 2016¹⁰ die Regelungen zum Investitionsschutz, einschließlich des Gerichtssystems (Kapitel 8 und Kapitel 13 CETA), nicht von der inzwischen beschlossenen vorläufigen Anwendung des CETA-Übereinkommens¹¹ erfasst werden. Hierfür hat das BVerfG angenommen, dass eine gemischte Zuständigkeit der EU und der Mitgliedstaaten vorliegt.

¹⁰ Oben Fn. 2.

¹¹ Vgl. dazu Ratsdokument 13463/16.

II. Ist ein öffentlich-rechtlicher Investitionsgerichtshof etabliert?

1.

Abschnitt F des Kapitels 8 des CETA Übereinkommens enthält vollständig ausformulierten Vertragstext. Hierzu zählt die Errichtung eines „Tribunal“ (deutsche Übersetzung: *Gericht*, Französisch: *Tribunal*, Spanisch: *Tribunal*), Zulässigkeitsvoraussetzungen und Verfahrensregelungen, sowie Berufungsregelungen für die Richter dieses Tribunals.

Die Europarechts- und Verfassungskonformität dieses gesamten Kapitels wurde generell bezweifelt, weil die Investor-Staat-Streitigkeiten (ISDS) die Mitgliedsstaaten einer zusätzlichen Gerichtsbarkeit unterwerfen.¹² Diese Kritik hat sich auch auf der Grundlage der neuen Fassung nicht wesentlich geändert.¹³

Generell ist die Verfasserin zusammen mit vielen Juristen und u.a. dem deutschen Richterbund der Auffassung, dass schlicht keine Notwendigkeit für die Errichtung eines Sondergerichtes für Investoren besteht. Sowohl bei Kanada als auch bei den Mitgliedstaaten der EU handelt es sich um Rechtsstaaten, welche allen gleichermaßen Zugang zum Recht über die staatliche Gerichtsbarkeit eröffnen und garantieren. Auf die bestehenden Unterschiede zwischen einzelnen Rechtsordnungen können und müssen sich alle Menschen und Unternehmen einlassen. Eine unzumutbare Situation liegt nicht vor, ein Handels- oder Investitionshindernis ist kaum nachweisbar.

Das Rechtsstaatsprinzip ist in Deutschland zwingend durch das Grundgesetz vorgegeben, und zwar auch in Ausprägung des Gewaltenteilungsprinzip, Artikel 20 Abs. 3 GG. Nach Artikel 92 Abs. 1 GG ist die „rechtsprechende Gewalt den Richtern anvertraut, sie wird durch das Bundesverfassungsgericht, durch die ... Bundesgerichte [Artikel 95 GG, u.a. der *Bundesgerichtshof* für Zivil und Strafrecht in Karlsruhe] und durch die Gerichte der Länder ausgeübt“.

Zentral für den Begriff des Gerichts nach deutschem Recht ist damit die Frage, ob dort Richter im Sinne des Grundgesetzes tätig werden sollen. Anforderungen an die Richterschaft, insbesondere deren Unabhängigkeit sind in Art. 97 und 98 GG geregelt, sowie im Richtergesetz. Richter sind verbeamtet¹⁴ und damit dem Staat und der Rechtsordnung in besonderem Maße verpflichtet. Richter erhalten grundsätzlich keine zusätzlichen Vergütungen für einzelne Verfahren. Für Richter gibt es zudem grundsätzlich keine Anreize im Hinblick auf die Länge eines Verfahrens, da sie als Beamte fest vergütet werden.

Zudem ist die Gewaltenteilung zentral: § 4 Abs. 1 Deutsches Richtergesetz (DRiG) bestimmt, dass ein (Berufs)Richter Aufgaben der rechtsprechenden Gewalt und Aufgaben der gesetzgebenden (Legislative) oder der vollziehenden Gewalt (Exekutive) nicht zugleich

¹² Fischer-Lescano/ Horst, Europa - und verfassungsrechtliche Vorgaben für das Comprehensive Economic and Trade Agreement der EU und Kanada (CETA), Oktober 2014, erhältlich auf: <https://www.mehr-demokratie.de/fileadmin/pdf/CETA-Rechtsgutachten.pdf>

¹³ Powershift et.al., Das Investitionsschutz-Kapitel im EU-Kanada-Freihandelsabkommen (CETA): Eine kritische Analyse - <https://power-shift.de/wordpress/wp-content/uploads/2016/05/Powershift-Campact-TTIP-Unfairhandelbar-Analyse-ISDS-CETA-final.pdf>.

¹⁴ Es gibt auch ehrenamtliche Richter, die aber hier im Vergleich mit den für das CETA Tribunal zu ernennenden Richtern nichts gemein haben, weil sie im wesentlichen juristische Laien sein sollen (§§ 44–45a DRiG), vgl. etwa § 22 VwGO.

wahrnehmen darf, daher sind deutsche Richter wenn überhaupt nur in der Lehre gleichzeitig tätig.

2.

Artikel 8.18 des CETA Abkommens etabliert das neue Gericht wie folgt:

1. Unbeschadet der Rechte und Pflichten der Vertragsparteien aus Kapitel neunundzwanzig (Streitbeilegung) kann ein Investor einer Vertragspartei bei dem nach diesem Abschnitt eingesetzten Gericht Klage gegen die andere Vertragspartei einreichen wegen Verletzung einer Pflicht

a) nach Abschnitt C: in Bezug auf die Ausweitung, die Leitung, den **Betrieb**, die Verwaltung, die Aufrechterhaltung, die Verwendung, die **Nutzung** und den **Verkauf** seiner erfassten **Investition** oder die Verfügung darüber oder

b) nach Abschnitt D: wenn der **Investor** geltend macht, infolge des angeblichen Verstoßes einen **Verlust oder Schaden** erlitten zu haben.

2. Klagen nach Absatz 1 Buchstabe a in Bezug auf die Ausweitung einer erfassten Investition können nur insoweit eingereicht werden, als die in Rede stehende Maßnahme den **bestehenden Geschäftsbetrieb einer erfassten Investition** betrifft und der Investor infolge der Maßnahme einen Verlust oder Schaden hinsichtlich der erfassten Investition erlitten hat. [Hervorhebung durch Verf.]

Sodann finden sich zahlreiche Regelungen über das „Gericht“ selbst, dessen Verfahren und Besetzung.

Die Bestimmung der 15 Mitglieder dieses *Tribunals* erfolgt durch den ständigen CETA Ausschuss.

Die Mitglieder werden für 5 Jahre ernannt, mit einer weiteren möglichen Amtsperiode (also max. 10 Jahre):

Artikel 8.27 - Einsetzung des Gerichts

1. Das nach diesem Abschnitt errichtete Gericht entscheidet im Falle von Klagen, die nach Artikel 8.23 eingereicht werden.

2. Bei Inkrafttreten dieses Abkommens ernennt der Gemischte CETA-Ausschuss fünfzehn Gerichtsmitglieder. Fünf Mitglieder des Gerichts müssen Staatsangehörige eines Mitgliedstaats der Europäischen Union sein, fünf Mitglieder Staatsangehörige Kanadas 11 und fünf Mitglieder Staatsangehörige von Drittstaaten.

3. Der Gemischte CETA-Ausschuss kann beschließen, die Anzahl der Gerichtsmitglieder um eine durch drei teilbare Zahl zu erhöhen oder zu verringern. Zusätzliche Ernennungen erfolgen auf derselben Grundlage wie die Ernennungen nach Absatz 2.

4. Die Mitglieder des Gerichts müssen die in ihren jeweiligen Ländern zur Ausübung des Richteramts erforderlichen Qualifikationen besitzen oder Juristen von anerkannt hervorragender Befähigung [englisch nur: „be jurists of recognized competence“] sein. Sie müssen nachweislich über Fachwissen auf dem Gebiet des Völkerrechts verfügen. Insbesondere sollten sie über Fachwissen auf den Gebieten internationales Investitionsrecht, internationales Handelsrecht und Streitbeilegung im Rahmen internationaler Investitions- oder Handelsabkommen verfügen.

5. Die nach diesem Abschnitt ernannten Mitglieder des Gerichts werden für eine Amtszeit von fünf Jahren ernannt, die einmal verlängert werden kann. Die Amtszeit von sieben der unmittelbar nach Inkrafttreten dieses Abkommens ernannten 15 Personen wird jedoch auf sechs Jahre festgesetzt; die betreffenden Personen werden im Losverfahren bestimmt. Vakanzen werden unverzüglich neu besetzt. Eine Person, die ernannt wird, um ein Mitglied des Gerichts zu ersetzen, dessen Amtszeit noch nicht abgelaufen ist, nimmt die Aufgabe für

den Rest der Amtszeit ihres Vorgängers wahr. Grundsätzlich kann ein Mitglied des Gerichts, das einer Gerichtskammer angehört, bei Ablauf seiner Amtszeit seine Funktion innerhalb der Kammer so lange weiter ausüben, bis ein endgültiger Urteilsspruch [engl. *award*] ergangen ist. 6. Zur Verhandlung der Fälle werden innerhalb des Gerichts Kammern gebildet, denen jeweils drei Mitglieder des Gerichts angehören, und zwar ein Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats der Europäischen Union, ein Staatsangehöriger Kanadas und ein Staatsangehöriger eines Drittlands. Den Vorsitz einer Kammer führt dasjenige Mitglied des Gerichts, das Staatsangehöriger eines Drittlands ist.

Nach Art. 8.27 11. müssen sich die Mitglieder „bereit“ halten um ihre Funktionen zu erfüllen. Damit sie dies tun können, bestimmt Art. 8.27.12:

“Zur Gewährleistung ihrer Verfügbarkeit wird den Mitgliedern des Gerichts eine monatliche Grundvergütung gezahlt, deren Höhe vom Gemischten CETA-Ausschuss festgesetzt wird.“

Die übrige Vergütung orientiert soll vom CETA Ausschuss festgelegt werden, und sich ansonsten nach den entsprechenden ICSID Regeln für Schiedsgerichtsverfahren richten:

14. Sofern der Gemischte CETA-Ausschuss keinen Beschluss nach Absatz 15 fasst, fallen – über die in Absatz 12 genannten Kosten hinaus – für Vergütungen und Auslagen der Gerichtsmitglieder, die in eine mit einem Fall zu befassende Kammer berufen werden, Kosten in einer Höhe an, die nach Vorschrift 14 Absatz 1 der Verwaltungs- und Finanzordnung des ICSID-Übereinkommens in der zum Zeitpunkt der Klageeinreichung geltenden Fassung festgesetzt und vom Gericht im Einklang mit Artikel 8.39 Absatz 5 unter den Streitparteien aufgeteilt werden.

15. Der Gemischte CETA-Ausschuss kann im Wege eines Beschlusses die Grundvergütung und sonstige Vergütungen und Auslagen in ein reguläres Gehalt umwandeln und die jeweiligen Modalitäten und Bedingungen festlegen.

Diese Vorschrift (Art. 14.1 Administrative and Financial Regulation)¹⁵ regelt im Wesentlichen einen Vergütungsanspruch nach Tagessätzen. Die Tagessätze verändern sich, da sie durch den Generalsekretär bestimmt werden, soweit ersichtlich betragen sie momentan 3000.-US\$ pro Tag.¹⁶

Berufen werden die Mitglieder nicht – wie sonst in Streitschlichtungsverfahren üblich – von den Parteien, sondern vom Präsidenten des Tribunals (Art. 8.27.7). Dies stellt eine wesentliche Verbesserung gegenüber dem Text von 2014 dar.

Artikel 8.30.1 stellt klar, dass Mitglieder des Tribunals nach ihrer Berufung nicht mehr als Anwalt, bzw. Berater („counsel“) oder Experte in Investitionsstreitigkeiten tätig sein dürfen. Dass aber trotzdem Interessenkonflikte auftauchen können, ist bei den Vertragsparteien unbestritten (Art. 30.2). Ein ausdrückliches Verbot, dass die Mitglieder des Tribunals keine legislativen oder exekutiven Aufgaben (in seinem anderen Berufsleben) übernehmen, gibt es nicht. Allerdings schreibt Art. 8.30.1 vor, dass die Mitglieder „unabhängig“ sein und „keiner Regierung nahestehen“ sollen – Zahlungen einer Regierung an ein Mitglied macht dieses aber noch nicht untauglich. Hier wird es Auslegungsspielraum geben.

¹⁵ https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf

¹⁶ <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/icsiddocs/Pages/--Memorandum-on-the-Fees-and-Expenses-English.aspx>

Das CETA Abkommen verweist zudem für Interessenskonflikte und „Befangenheit“ auf die Regeln der International Bar Association – also berufsständische Regeln für private Streitschlichtung (Art. 8.30.1).

Der deutsche Richterbund¹⁷ (bekannt für äußerst zurückhaltende politische Äußerungen) meint auch nach den Änderungen (damals noch zum Vorschlag der EU Kommission von 2015), dass es sich bei dem vorgeschlagenen *Tribunal* nach wie vor nicht um einen Gerichtshof oder Gericht nach deutschem Verständnis handeln wird, und zwar weil die dort zu berufenden Richter nicht unabhängig sein werden:

„Weder das vorgesehene Verfahren zur Ernennung der Richter des ICS [Investitionsgericht] noch deren Stellung genügen den internationalen Anforderungen an die Unabhängigkeit von Gerichten. Das ICS erscheint vor diesem Hintergrund nicht als internationales Gericht, sondern vielmehr als ständiges Schiedsgericht.

Die Magna Charta der Richter des CCJE vom 17. November 2010 (CCJE (2010/3) fordert die gesetzlich gesicherte Unabhängigkeit der Richter in fachlicher und finanzieller Hinsicht (Ziffer 3). Entscheidungen über die Auswahl, Ernennung und Laufbahn müssen auf objektiven Kriterien beruhen und von der Stelle getroffen werden, die die Unabhängigkeit gewährleisten soll (Ziffer 5). Beide Kriterien werden beim ICS nicht erfüllt. Bei den Entscheidungen, welche vom ICS getroffen werden müssten, spielen nicht nur Fragen des Zivilrechts, sondern auch des Verwaltungs-, Arbeits-, Sozial- und Steuerrechts eine erhebliche Rolle. Eine Auswahl der Richter des ICS aus dem Kreis von Experten des internationalen öffentlichen Rechts und des internationalen Investitionsrechts mit Erfahrungen in der Beilegung internationaler Handelsstreitigkeiten (...) verkürzt den Kreis der Kandidaten erheblich und lässt die unabdingbare Expertise im jeweils betroffenen Stellungnahme nationalen Fachrecht außen vor. Die Richterschaft wird auf den Kreis von Personen beschränkt, die bisher schon weitgehend die internationale Schiedsgerichtsbarkeit besetzt haben.

... Auch die Dauer der Amtszeit von sechs Jahren mit der Möglichkeit einer weiteren Amtsperiode, ein Grundgehalt („retainer fee“) ... sowie Aufwandsentschädigungen für den Fall des tatsächlichen Einsatzes (...) lassen Zweifel daran aufkommen, ob die Kriterien für die fachliche und finanzielle Unabhängigkeit von Richtern eines internationalen Gerichts erfüllt werde“

Benannt werden die Richter zudem vom „Gemischten CETA-Ausschuss“ nach Art. 26.1 CETA-Abkommen:

1. Die Vertragsparteien setzen den Gemischten CETA-Ausschuss ein, der sich aus Vertretern der Europäischen Union und Vertretern Kanadas zusammensetzt. Der Vorsitz im Gemischten CETA-Ausschuss wird gemeinsam vom kanadischen Minister for International Trade und von dem für Handel zuständigen Mitglied der Europäischen Kommission oder ihren jeweiligen Vertretern geführt.

¹⁷ Äußerung zum Vorschlag der EU Kommission von Sept/Nov. 2015, und nicht zum jetzt vorgelegten konkreten Textentwurf - http://www.drj.de/fileadmin/docs/Stellungnahmen/2016/DRB_160201_Stn_Nr_04_Europaeisches_Investitionsgericht.pdf -

Jedenfalls nach deutschen Maßstäben werden hier also weiterhin keine „Richter“ benannt, sondern (private) Streitschlichter, zumal ein Drittel der Mitglieder aus Ländern stammen muss, die keinerlei Bezug zur EU oder Kanada haben.

Dies wird auch gestützt durch den ausdrücklichen Bezug auf die Verfahrensregelungen der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit in Art. 8.23 CETA

2. Eine Klage kann eingereicht werden auf der Grundlage folgender Regeln:
 - a) des ICSID-Übereinkommens und der ICSID-Schiedsordnung,
 - b) der ICSID-Regeln über die Zusatzeinrichtung, sofern die Voraussetzungen für Verfahren nach Buchstabe a nicht erfüllt sind,
 - c) der UNCITRAL-Schiedsgerichtsordnung oder
 - d) etwaiger sonstiger von den Streitparteien einvernehmlich festgelegter Regeln.

Vergleicht man dies mit den Regelungen zur Benennung der Richter für den Europäischen Gerichtshof (EuGH) wird deutlich, dass zwar Unterschiede zu Deutschland bestehen, dennoch aber auch nach europäischem Verständnis keine unabhängigen Richter berufen werden.

Denn nach Art. 19 EU-Vertrag, den Art. 251 bis 281 AEU-Vertrag sowie der Satzung des Gerichtshofes der Europäischen Union werden zwar auch Richter zum EuGH nur für 6 Jahre benannt werden¹⁸, und auch dort – wie im CETA Abkommen – können auch Nicht-Richter grundsätzlich ausgewählt werden. Die Richter müssen aber in ihrem Land für eine Tätigkeit am **höchsten** Gericht erforderliche Qualifikation aufweisen oder von „**anerkannt hervorragender Befähigung**“ sein. Diese Anforderungen stellt CETA nicht. Die Richter werden zudem durch einen einstimmigen Beschluss der Regierungen der Mitgliedstaaten nach Anhörung des gemäß Art. 255 AEU-Vertrag gebildeten Expertenausschusses für eine sechsjährige Amtszeit ernannt, was de facto einem einstimmigen Beschluss des Rates der Europäischen Union entspricht. Dies ist mit der Legitimation des CETA Ausschuss in keiner Weise vergleichbar.

Zudem sind die Richter am EuGH **hauptamtlich** tätig und daher absolut unabhängig von Nebenbeschäftigungen. Demgegenüber müssen Mitglieder der CETA Tribunal – jedenfalls bis zu einer anderweitigen Entscheidung des CETA Ausschusses – ihr Einkommen anderweitig sichern.

3.

Das *Joint Interpretative Instrument* enthält hierzu folgende Aussagen:

6 f) “CETA moves decisively away from the traditional approach of investment dispute resolution and establishes independent, impartial and permanent investment Tribunals, inspired by the principles of public judicial systems in the European Union and its Member States and Canada, as well as and international courts such as the International Court of Justice and the European Court of Human Rights. Accordingly, the members of these Tribunals will be individuals qualified for judicial office in their respective countries, and these will be appointed by the European Union and Canada for a fixed term. Cases will be heard by three randomly selected members. Strict

¹⁸ Anders als in Deutschland, dort werden die Richter der obersten Gerichte auf Lebenszeit benannt, auf Lebenszeit ernannt (Art. 97 Abs. 2 S. 2 GG)

ethical rules for these individuals have been set to ensure their independence and impartiality, the absence of conflict of interest, bias or appearance of bias. The European Union and its Member States and Canada have agreed to begin immediately further work on a code of conduct to further ensure the impartiality of the members of the Tribunals, on the method and level of their remuneration and the process for their selection. The common aim is to conclude the work by the entry into force of CETA.”

Diese Aussage ist im Hinblick auf das politische Ziel förderlich und würde ggf. bei einer Fortentwicklung der Regelungen zu einer stärkeren Unabhängigkeit der Richter führen. An der Tatsache allerdings, dass diese nicht hauptamtlich tätig sind, und zudem vom CETA Ausschuss benannt werden, einem Gremium, das allein den Zielen des Abkommens verpflichtet ist und nicht den Rechtsordnungen der Vertragspartner selbst, ändert diese Absichtserklärung nichts.

Dieser Absatz interpretiert bzw. ergänzt zudem nicht verbindlich den Vertragstext (Art. 31 der Wieder Vertragsrechtskonvention) sondern enthält lediglich eine Absichtserklärung auf die sich ersichtlich nur die Parteien, und nicht etwa einzelne Mitgliedstaaten oder gar Bürger berufen können.

Wie der DGB und andere formuliert hatten, bleibt auch das Verhältnis zum nationalen Rechtsschutz unklar bzw. werden ausländische Investoren bevorteilt:

„Das Verhältnis zum nationalen Rechtsschutz bleibt weiter problematisch. So ist auch im neuen CETA nicht vorgesehen, dass der nationale Rechtsweg ausgeschöpft wird, bevor beim Investitionstribunal Klage eingereicht wird. Zwar ist eine „No U-turn“- Klausel im Text enthalten. Diese besagt jedoch lediglich, dass alle Verfahren auf nationaler (und internationaler) Ebene beendet werden müssen, sobald Klage vor dem Investitionstribunal eingereicht wird.“¹⁹

Das *Joint Interpretative Instrument* enthält hierzu folgende Aussage:

6.a) “CETA includes modern rules on investment that preserve the right of governments to regulate in the public interest including when such regulations affect a foreign investment, while ensuring a high level of protection for investments and providing for fair and transparent dispute resolution. CETA will not result in foreign investors being treated more favourably than domestic investors. CETA does not privilege recourse to the investment court system set up by the agreement. Investors may choose instead to pursue available recourse in domestic courts.”

Faktisch wird also für Investoren aus Kanada bzw. mit Sitz in Kanada bei Investitionen in der EU und umgekehrt ein Wahlrecht zwischen den nationalen Rechtssystem und dem CETA System bestehen. Dieses Wahlrecht gibt es für EU Investoren ansonsten nicht – sie unterliegen bei inner-EU-Investitionen immer allein dem internen Rechtssystem des jeweiligen Mitgliedsstaats.

¹⁹ Stellungnahme des Deutschen Gewerkschaftsbundes zur aktualisierten Version des EU-Freihandelsabkommens mit Kanada (Comprehensive Economic and Trade Agreement, CETA) nach dem Prozess der Rechtsförmlichkeitsprüfung, 5.4.2016.

Weder im Text des Abkommens noch in dem *Joint Interpretative Instrument* sind die noch 2015 von der EU Kommission geforderten neuen Beteiligungsrechte für alle vom Verfahren Betroffenen gesichert, etwa der Arbeitnehmer. Hierzu findet sich im *Instrument* nur eine „weiche“ Klausel im Hinblick auf (u.a.) das CETA Civil Society Forum (Ziff. 10b).

Die weitere Erklärung im Joint Instrument, demnächst einen Multilateralen Investmentgerichtshof einrichten zu wollen,

6 i) “[CETA] lays the basis for a multilateral effort to develop further this new approach to investment dispute resolution into a Multilateral Investment Court. The EU and Canada will work expeditiously towards the creation of the Multilateral Investment Court. It should be set up once a minimum critical mass of participants is established, and immediately replace bilateral systems such as the one in CETA, and be fully open to accession by any country that subscribes to the principles underlying the Court”

bestärkt dieses Ergebnis, wenn auch in dieser Absichtserklärung vor allem der multilaterale Charakter des Gerichts in den Blick genommen wird.

Antwort:

Ein öffentlich-rechtlicher Investitionsgerichtshof nach deutschem oder europäischem Verständnis mit vollständig unabhängigen Richtern, die nicht in Abhängigkeit zur Dauer des Verfahrens bezahlt werden, und nach ihrer objektiven Eignung ausgesucht und unabhängig benannt werden, ist auch weiterhin nicht etabliert.

Dies kann sich zum Teil ändern, wenn der CETA Ausschuss den Mitgliedern ein festes Gehalt zugesteht. Auch dann allerdings wären die Richter nicht im Hinblick auf die objektiv erforderlichen Qualitäten ausgesucht und – vor allem auch im Hinblick auf die Besetzung zu 1/3 aus anderen Rechtsordnungen als der EU und Kanada nicht qualifiziert, die Rechtmäßigkeit von Maßnahmen ausreichend zu beurteilen.

Auf die Frage, warum überhaupt eine Sondergerichtsbarkeit erforderlich ist, ist weiterhin keine überzeugende Antwort vorgelegt worden. Faktisch erhalten kanadische Investoren bei Investitionen in der EU eine zusätzliche Möglichkeit der Rechtsverfolgung, die EU Investoren nicht haben.

III. Wird durch klare Regeln gesichert, dass die materiellen Rechtsstandards durch klare Definitionen unseriöse Forderungen ausschließen (Investment Protection)?

1.

Das Kapitel 8 des CETA Vertrags beschäftigt sich mit „Investitionen“. Anders als in den allgemeinen Handelskapiteln (2-6)²⁰ geht es hier nicht um den Handel, sondern um Tätigkeiten, die Investitionen im anderen Vertragsstaat erfordern. Der Begriff der Investition ist dabei sehr weit gefasst (Artikel 8.1).

Von vielen Parlamenten und Gruppen wurde kritisiert, dass CETA einen privilegierten Schutz des Eigentums und der Gewinnerwartungen ausländischer Investoren vorsieht und diesen „mehr Rechte“ gibt als anderen. U.a. werden etwa anders als im deutschen Rechtssystem reine Gewinnerwartungen (in Abgrenzung zu konkret bestimmbareren entgangenen Gewinn) geschützt.

Dahinter stehen die einzelnen materiell-rechtlichen Vorschriften zum Investorenschutz, vor allem das „Fair and Equitable Treatment“ (FET) in Art.8.10 Abs. 1-4 und der Schutz vor indirekter Enteignung („Indirect Expropriation“) in Artikel 8.12 Abs. 1 Alt. 2 und Annex 8-A CETA, sowie die schon benannte sehr weite Definition von Investition²¹. Darunter fällt nämlich etwa schon ein Darlehen an ein (anderes) Unternehmen.

Unproblematischer ist grundsätzlich der Nicht-Diskriminierungsansatz (National Treatment) in Art. 8.6 Abs. 2 CETA. Es wurde aber insgesamt kritisiert, dass Investoren gesetzliche Regeln, also Regulierung im öffentlichen Interesse anzugreifen können.

Da es sich sowohl bei Kanada als auch bei den EU Mitgliedsstaaten um Rechtsstaaten handelt, haben mehrere namhafte Völkerrechtler und gesellschaftliche Gruppen aller Art (Gewerkschaften, Umweltverbände, Verbraucherschutzverbände) dafür plädiert, auf die Schutzstandards der fairen und gerechten Behandlung und indirekten Enteignung ganz zu verzichten und nur Nicht-Diskriminierungsstandards aufzunehmen.²²

²⁰ Kapitel 7 beschäftigt sich mit Subventionen.

²¹ Art. 8.1. ... bezeichnet „Investition: Vermögenswerte jeder Art, die direkt oder indirekt im Eigentum oder unter der Kontrolle eines Investors stehen und die Merkmale einer Investition aufweisen; hierzu gehören eine gewisse Dauer und andere Merkmale wie die Bindung von Kapital oder anderen Ressourcen, die Erwartung von Wertzuwachs oder Gewinn oder die Übernahme von Risiken. Zu den Formen, die eine Investition annehmen kann, zählen:

- a) ein Unternehmen,
- b) Anteile, Aktien und sonstige Formen der Kapitalbeteiligung an einem Unternehmen,
- c) besicherte und unbesicherte Schuldverschreibungen sowie sonstige Schuldtitel eines Unternehmens,
- d) ein Darlehen an ein Unternehmen,
- e) jede andere Art der Beteiligung an einem Unternehmen,
- f) ein Interesse, das sich ergibt aus
 - i) einer nach dem Recht einer Vertragspartei oder im Rahmen eines Vertrags erteilten Konzession, beispielsweise für die Aufsuchung, Bewirtschaftung, Gewinnung oder Nutzung natürlicher Ressourcen,
 - ii) Verträgen über schlüsselfertige Erstellungen, Bau-, Produktions- oder Einnahmeaufteilungsverträgen oder
 - iii) sonstigen ähnlichen Verträgen,
- g) Rechte des geistigen Eigentums,
- h) sonstige bewegliche Vermögensgegenstände materieller oder immaterieller Art oder unbewegliche Vermögensgegenstände und damit verbundene Rechte,
- i) Ansprüche auf Geld oder auf Leistungen aus einem Vertrag.

²² Vgl. etwa Prof. Krajewski: <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/M-O/modell-investitionsschutzvertrag-mit-investor-staat-schiedsverfahren-gutachten>,

2.

Die inhaltliche Kritik am Investitionsschutzkapitel kann in diesem Kurzgutachten nicht wiederholt werden. An den materiellen Schutzstandards in Kapitel 8, Abschnitt D hat sich aber – entgegen dem Abschnitt F zum ISDS – während der weiteren Verhandlungsrunden nur relativ wenig verändert.

Zwar sind die materiellen Schutzstandards deutlich weiter differenziert und definiert als etwa im Energy Charter Treaty (Grundlage für den Fall Vattenfall ./ Deutschland in Sachen Kohlekraftwerk Moorburg und in Sachen Atomausstieg) oder anderen Investment-Verträgen.

Die Vertragsparteien versuchen unbestritten durch Abschnitte im Vertragstext zu klären, unter welchen Voraussetzungen etwa der FET Standard verletzt wäre. Auch ist nach Artikel 8.39 Abs. 1 CETA als Rechtsfolge ausgeschlossen, dass ein nationales Gesetz wieder aufgehoben werden muss: das Investor-Staat-Schiedsgericht kann nur Schadensersatz in Geld einschließlich Zinsen zusprechen.

Ein Gutachten im Auftrag des Bundeswirtschaftsministeriums relativiert daher die Bedeutung des Investitionsschutzkapitels:

„Insgesamt enthält CETA damit keine wesentlich über bestehende verfassungs- oder unionsrechtliche Vorgaben hinausgehende 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.²³

Es bleibt aber nach Auffassung der Verfasserin dabei, dass das CETA Abkommen für Investoren auch weiterhin materiell-rechtliche Anspruchsgrundlagen enthält, die das deutsche Recht sowie das der meisten EU Mitgliedsstaaten nicht enthält.

Fakt ist nämlich, dass Art 8.10²⁴ des CETA Abkommens (Behandlung von Investoren und erfassten Investitionen) weiterhin den Schutzstandard der „gerechten und billigen

property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf.

²³ Prof. 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) <https://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/C-D/ceta-gutachten-investitionsschutz,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf>

²⁴ Artikel 8.10: „ 1. Nach Maßgabe der Absätze 2 bis 7 gewährt jede Vertragspartei in ihrem Gebiet den erfassten Investitionen der anderen Vertragspartei sowie Investoren in Bezug auf ihre erfassten Investitionen **eine gerechte und billige Behandlung** sowie **vollen Schutz und volle Sicherheit**.

2. Eine Vertragspartei verstößt gegen die Verpflichtung zu der in Absatz 1 genannten gerechten und billigen Behandlung, wenn eine Maßnahme oder Reihe von Maßnahmen Folgendes darstellt:

- a) eine Rechtsverweigerung in straf, zivil oder verwaltungsrechtlichen Verfahren,
- b) eine grundlegende Verletzung rechtsstaatlicher Grundsätze, einschließlich einer grundlegenden Verletzung der Pflicht zur Transparenz, in Gerichts- und Verwaltungsverfahren,
- c) offensichtliche Willkür,
- d) gezielte Diskriminierung aus offenkundig ungerechtfertigten Gründen wie Geschlecht, Rasse oder religiöser

Behandlung“ enthält, und auch indirekte Enteignung weiterhin als Schutzstandard vorhanden ist, und dass nach Art 8.1. mit der Investition auch „die Erwartung von Wertzuwachs oder Gewinn“ geschützt ist.

Selbst der Gutachter der Bundesregierung hält fest dass CETA über „weniger restriktive Haftungsvoraussetzungen als die dt. und unionsrechtliche Staatshaftung“ verfügt, also weiter geht als das bisher für alle anwendbare nationale Recht.²⁵

Der Erlanger Jurist Prof. Krajewski (vormals Gutachter der Bundesregierung in Sachen Streitschlichtung / ISDS) widerspricht daher der relativierenden Aussage des BMWi – ebenso wie andere Kenner der Materie. Die Regeln der deutschen Verfassung [über Amtshaftungsansprüche] seien für sich zwar weniger detailliert als im Freihandelsabkommen, aber durch "eine jahrzehntelange Rechtspraxis" präzisiert. Vor allem aber eröffne CETA Klagewege, die es bislang nicht gab. "Auch nach den präzisierten Klauseln kann durch CETA weiter auf Schadensersatz geklagt werden - das geht nach dem Grundgesetz nicht."²⁶

Zu der Frage des Investorenschutz die Koalition PowerShift in einem Gutachten zum aktuellen Vertragstext:

„Die Definition von FET in Art. 8.10 enthält eine Liste, die lediglich explizit macht, was in früheren Abkommen implizit blieb: Nämlich dass FET sehr weit gefasst ist und Klagen gegen ein weites Spektrum nichtdiskriminierender Politiken für das Allgemeinwohl ermöglicht. Zum Beispiel schreibt der Text explizit fest, dass das Tribunal darauf abstellen darf, ob „berechtigte Erwartungen“ des Investors frustriert wurden, wenn sie entscheiden ob eine Maßnahme gegen das FET-Recht verstößt. Durch die Aufnahme dieser sehr vagen Formulierung werden sonstige Eingrenzungsversuche wirkungslos. Die bisherige Rechtsprechung der ISDS-Schiedsgerichte gibt vor diesem Hintergrund keinen Anlass zu der Hoffnung, dass die

Überzeugung,

e) missbräuchliche Behandlung von Investoren wie Nötigung, Zwang und Schikane oder

f) einen Verstoß gegen etwaige weitere von den Vertragsparteien nach Absatz 3 festgelegte Bestandteile der Verpflichtung zur gerechten und billigen Behandlung.

3. Die Vertragsparteien überprüfen regelmäßig oder auf Ersuchen einer Vertragspartei den Inhalt der Verpflichtung zur gerechten und billigen Behandlung. Der nach Artikel 26.2 (Sonderausschüsse) Absatz 1 Buchstabe b eingesetzte Ausschuss für Dienstleistungen und Investitionen kann diesbezügliche Empfehlungen erarbeiten und sie dem Gemischten CETA-Ausschuss zur Beschlussfassung vorlegen.

4. Im Zusammenhang mit der oben dargelegten Verpflichtung zur gerechten und billigen Behandlung kann das Gericht berücksichtigen, ob eine Vertragspartei gegenüber einem Investor, um ihn zur Vornahme einer erfassten Investition zu bewegen, eine spezifische Erklärung abgegeben hat, die ein berechtigtes Vertrauen begründet und auf die sich der Investor bei der Entscheidung, die erfasste Investition zu tätigen oder aufrechtzuerhalten, verlassen hat, an die sich die Vertragspartei im Nachhinein aber nicht gehalten hat.

5. Zur Klarstellung: Der Ausdruck „voller Schutz und volle Sicherheit“ bezieht sich auf die Pflichten der Vertragspartei in Bezug auf die physische Sicherheit der Investoren und erfassten Investitionen.

6. Zur Klarstellung: Ein Verstoß gegen eine andere Bestimmung dieses Abkommens oder einer gesonderten internationalen Übereinkunft bedeutet nicht, dass ein Verstoß gegen diesen Artikel vorliegt.

7. Zur Klarstellung: Die Tatsache, dass eine Maßnahme gegen internes Recht verstößt, bedeutet nicht per se einen Verstoß gegen diesen Artikel. Um festzustellen, ob die Maßnahme gegen diesen Artikel verstößt, muss das Gericht prüfen, ob eine Vertragspartei gegen die in Absatz 1 festgelegten Pflichten verstoßen hat.

²⁵ Fn. 23, S. 27.

²⁶ Spiegel Online - Mittwoch, 20.07.2016.

sehr weite Auslegung der FET Klausel in CETA fallen gelassen wird. Der Text gibt insofern allenfalls eine äußerste Auslegungsgrenze vor (Art. 8.9, siehe dazu im nächsten Abschnitt über Maßnahmen im öffentlichen Interesse).²⁷

Dem ist jedenfalls insoweit zuzustimmen, als dass die Tatbestände des Artikel 8.10 alle möglichen Verhaltensweisen eines Staates sowie alle damit einhergehenden Motivationen erfassen kann. An der weiten Definition der „Investition“ hat sich zudem ersichtlich nichts geändert.

Dem gegenüber steht zwar das sogenannte „right to regulate“ an, dem Recht der Vertragsstaaten auf Regulierungsmaßnahmen im öffentlichen Interesse (Art. 8.9).

„Artikel 8.9 - Investitionen und Regulierungsmaßnahmen

1. Für die Zwecke dieses Kapitels bekräftigen die Vertragsparteien ihr Recht, zur Erreichung legitimer politischer Ziele wie des Schutzes der öffentlichen Gesundheit und Sicherheit, des Schutzes der Umwelt oder der öffentlichen Sittlichkeit, des Sozial- oder Verbraucherschutzes oder der Förderung und des Schutzes der kulturellen Vielfalt in ihrem jeweiligen Gebiet regelnd tätig zu werden.“

Nach Art 8.9.2 stellt „die bloße Tatsache, dass eine Vertragspartei – auch durch Änderung ihrer Gesetze – Regelungen in einer Art und Weise trifft, die sich auf eine Investition negativ auswirkt oder die Erwartungen eines Investors, einschließlich seiner Gewinnerwartungen, beeinträchtigt“ keinen Verstoß gegen eine Verpflichtung aus dem Abschnitt D dar. „Die bloße Tatsache“ etwa schärferer Umwelt- oder Verbraucherschutzgesetze würde damit nicht ausreichen – was aber wenn ein Investor meint, die Gesetze würden auch unterschiedlich angewendet, und damit „willkürlich“? Dann ginge es in einem Fall nicht nur um die „bloße Tatsache“ eines neuen Gesetzes. Potentiell fällt damit immer noch jede neue Regulierung und vor allem auch der Vollzug von bestehenden Gesetzen unter das FET und Artikel 8.10.

Bereits ein Nicht-Jurist erkennt in diesen Regelungen die erheblichen Auslegungsspielräume und möglichen Friktionen zwischen Interessen von Investoren und Staaten.

Auch dass – selbst unter deutschen Juristen – Streit darüber besteht, ob die Schutzstandards weit oder eng sind, zeigt die mögliche Bandbreite einer Anwendung im konkreten Fall – in dem EU Juristen mit ihrem möglicherweise restriktiven Verständnis der Schutzstandards nur 1/3 des Tribunals ausmachen würden.

3.

Das *Joint Interpretative Instrument* enthält zu diesen Fragen die folgenden Aussagen:

6 a) “CETA includes modern rules on investment that preserve the right of governments to regulate in the public interest including when such regulations affect a foreign investment, while ensuring a high level of protection for investments and providing for fair and transparent dispute resolution. CETA will not result in foreign investors being treated more favourably than domestic investors. CETA does not privilege recourse to the investment court system set up by the agreement. Investors may choose instead to pursue available recourse in domestic courts.

²⁷ Fn. 5.

b) CETA clarifies that governments may change their laws, regardless of whether this may negatively affect an investment or investor's expectations of profits. Furthermore, CETA clarifies that any compensation due to an investor will be based on an objective determination by the Tribunal and will not be greater than the loss suffered by the investor.

c) CETA includes clearly defined investment protection standards, including on fair and equitable treatment and expropriation and provides clear guidance to dispute resolution Tribunals on how these standards should be applied.”

Zudem enthält es eine „Klarstellung“ zu der Frage, wer den Investorenschutz geltend machen kann, ob also etwa auch US oder chinesische Unternehmen sich über Tochterfirmen in Kanada auf den Schutz von CETA berufen können:

6 d) “CETA requires a real economic link with the economies of Canada or the European Union in order for a firm to benefit from the agreement and prevents “shell” or “mail box” companies established in Canada or the European Union by investors of other countries from bringing claims against Canada or the European Union and its Member States. The European Union and Canada are committed to review regularly the content of the obligation to provide fair and equitable treatment, to ensure that it reflects their intentions (including as stated in this Declaration) and that it will not be interpreted in a broader manner than they intended.

Abgesehen davon, dass eine solche Erklärung den Vertragstext an sich nicht ändert, sondern eben nur im Falle notwendiger Interpretationen eingreifen würde, ist die Erklärung (das ist allerdings jedenfalls strittig) nicht bindend in einem konkreten zukünftigen Investitionsstreitfall. Kanadische Juristen haben diese Frage untersucht und machen folgende Aussage:

„A declaratory statement by Canada and the EC would not, and could not, amend the substantive provisions of the CETA text, or otherwise exclude or modify the legal effect of the Agreement ...

At best an interpretative declaration can tinker around the edges of such reforms [of CETA text]. However, for an interpretative declaration to be effective even at the margins of treaty interpretation, the Parties must explicitly indicate that their declaration is a condition precedent to their consent to CETA.”²⁸

Die Erklärung habe also nur begrenzten Aussagewert und zwar im Wesentlichen, weil das eingesetzte Tribunal das Abkommen nach den Auslegungsregeln des Völkerrechts einschließlich des Wiener Vertragsrechtsübereinkommens auslegen soll, also selbst zur Auslegung berufen ist (Artikel 8.31 CETA).

Richtig ist in jedem Fall, dass die o.g. Erklärung auf den Text des Abkommens selbst abstellt und dessen Inhalt in Bezug nimmt. Sie „behauptet“ gleichsam, CETA enthalte „clearly defined investment protection standards, including on fair and equitable treatment and

²⁸ Fn..

expropriation". Sie interpretiert aber keine konkreten Vorschriften des CETA Übereinkommens.

Die Tatsache, dass diese materiellen Schutzstandards aber bislang durch ein Gericht gerade nicht angewendet wurden, kann das nicht ändern, ebenso wenig wie den jetzt schon entbrannten Streit um die Anwendung und Auslegung dieser Normen. Das einzige, was insoweit aufgrund des *Instrument* klargestellt wird, ist dass ein „Strafschadenersatz“ nicht in Betracht kommt, sondern nur der konkrete Schaden kompensiert werden kann.

Das *Instrument* schließt auch nicht unmißverständlich aus, dass nicht-kandische Investoren über Unternehmensgründungen in Kanada sich ebenfalls auf CETA berufen können. Wie genau das Tribunal die Anforderung auslegen wird, es müsse ein „real economic link“ bestehen, damit nicht originär kanadische Unternehmen sich auf CETA berufen können, ist offen.

Im Hinblick auf die Regelungen zum Schutz der Umwelt schafft der folgende Passus ebenfalls keine Klarheit:

... the European Union and its Member States and Canada have agreed not to lower levels of environmental protection in order to encourage trade or investment and, in case of any violation of this commitment, governments can remedy such violations regardless of whether these negatively affect an investment or investor's expectations of profit.”

Diese Klausel bezieht sich zum einen nicht auf die Auslegung einer konkreten Vertragsklausel (etwa Art 8.9.2 oder Art.8.10) und unterstreicht daher die Unsicherheiten, die im konkreten Streitfall entstehen können. Wann nämlich eine Verletzung in einem solchen Falle vorliegt, ist gänzlich offen. Zudem suggeriert diese Klausel, dass gerade im Fall, dass eine Schutzverstärkung durch eine Partei zugunsten der Umwelt vorgenommen wird, Investorenschutzbestimmungen greifen.

In keinem Fall jedenfalls beseitigt also das *Joint Interpretative Instrument* den umstrittenen Vertragstext und die dort fertig verhandelten materiellen Schutzbestimmungen zugunsten von Investoren.

Antwort:

CETA eröffnet auch weiterhin Anspruchsgrundlagen für Investoren, die das deutsche und europäische Recht nicht beinhaltet. Die Vertragsparteien versuchen zwar, diese durch „Erklärungen“ im Vertragstext und außerhalb des Vertragstextes wieder einzuschränken. Eine reale Absicherung gegen „unseriöse Forderungen“ wäre aber allein durch die Streichung dieser Anspruchsgrundlagen, etwa des „fair and equitable treatment“, zu erreichen. Es ist daher nicht gesichert, dass die materiellen Rechtsstandards des CETA Abkommens „durch klare Definitionen unseriöse Forderungen ausschließen.“

-- END.