



CETA – Einfluss der öffentlichen Kritik auf das Verhandlungsergebnis

Arne Pidun

Januar
2017



Einleitung

Nachdem die Europäische Kommission bereits im Jahre 2009 mit Kanada in Verhandlungen über den Abschluss eines umfassenden Investitionsschutz- und Handelsabkommens eingetreten war, wurde das Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) am 30. Oktober 2016 vom kanadischen Premier Justin Trudeau und Vertretern der Europäischen Union unterzeichnet. Da CETA als gemischtes Abkommen sowohl in die Kompetenz der Europäischen Union, wie auch in die Kompetenz der Mitgliedsstaaten fällt, ist zum wirksamen Abschluss des Abkommens noch die Ratifikation in den einzelnen Mitgliedsstaaten unter Beteiligung der nationalen Parlamente erforderlich. Dabei sind für die Einstufung von CETA als Abkommen, welches auch in die Kompetenz des Bundes fällt, nicht zuletzt die umfangreichen Regelungen zum Investitionsschutz verantwortlich.¹ Aufgrund dieser Regelungen und ihrer Geltendmachung vor Schiedsgerichten wurden die Verhandlungen über CETA von massiver öffentlicher Kritik begleitet. Mit dem Einfluss, den diese Kritik auf das Verhandlungsergebnis gehabt hat, beschäftigt sich der vorliegende Artikel.

Investitionsschutz im Rahmen von CETA

1. Zweck und Begrifflichkeiten des Investitionsschutzes

Die Bundesrepublik Deutschland hat in der Vergangenheit Investitionsschutzverträge mit fast 150 Staaten abgeschlossen, wobei diese weit überwiegend mit Staaten geschlossen wurden, deren rechtsstaatliche und industrielle Entwicklung weit unter dem Niveau der Bundesrepublik Deutschland lag.² Zweck dieser Verträge ist im Kern der Schutz des ausländischen Investors vor den wirtschaftlichen Folgen von willkürlichen hoheitlichen Maßnahmen im Gastland. Auch wenn diese Verträge eine gegenseitige Absicherung vorsehen, sind sie faktisch in erster Linie auf den Schutz deutscher Unternehmen angelegt, die ohne einen entsprechen-

¹ Siehe auch Leitsätze des BVerfG, Urteil vom 13.10.2016; ebenso Mayr, EuR 2015, 575

² Liste abrufbar beim Bundesministerium für Wirtschaft und Energie <http://www.bmwi.de/DE/Themen/Aussenwirtschaft/Investitionsschutz/investitionsschutzvertraege.html?>



den Investitionsschutz durch das erhöhte Risiko staatlicher Willkür von einer Investition in diesen Staaten absehen würden.

Nach Angaben des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie enthalten Investitionsschutzabkommen üblicher Weise folgende typisierte Standardregelungen:³

- Schutz gegen Enteignung ohne Entschädigung,
- Gerechte und billige Behandlung (fair and equitable treatment),
- voller Schutz und Sicherheit = full protection and security,
- Meistbegünstigung = most favoured nation treatment (MFN),
- Inländerbehandlung = Schutz vor Diskriminierung,
- Schutz gegen den Bruch staatlicher Zusagen, sog. "Umbrella-clause"

Aus diesen nicht einheitlich definierten und äußerst unbestimmten Standardbegriffen können im Einzelfall weitreichende Rechte der Investoren folgen. So können etwa auf Grundlage des Fair and Equitable Treatment Grundsatzes Forderungen geltend gemacht werden „wenn berechtigte Erwartungen des Investors an die Transparenz und Stabilität des Rechtsrahmens enttäuscht werden.“⁴

Eine Umbrella-clause kann im Einzelfall dazu führen, dass ausländische Investoren Rechte aus Verträgen mit dem Gastland nicht mehr nach dem eigentlich auf den Vertrag anwendbaren nationalen Recht geltend machen, sondern alternativ die Parallelstrukturen des Investitionsschutzabkommens nutzen.⁵

2. Öffentliche Kritik am Investitionsschutz im Rahmen von Freihandelsabkommen

Die Verhandlungen über den Abschluss von CETA wurden durch eine breit angelegte, öffentlichkeitswirksame Kritik verschiedenster Verbände und gesellschaftlicher Gruppierungen begleitet. Im Zentrum der Kritik standen dabei nicht der Abbau von Handelshemmnissen und die stärkere wirtschaftliche Integration des europäischen und kanadischen Marktes, sondern die beabsichtigten Regelungen zum Investitionsschutz und die auf deren Geltendmachung bezogenen Schiedsgerichtsklauseln.

³ <http://www.bmwi.de/DE/Themen/Aussenwirtschaft/investitionsschutz.html>

⁴ von Hammerstein/Roegele, SchiedsVZ 2015, 275, 280

⁵ Schramke, SchiedsVZ 2006, 249, 257



Kern des Arguments gegen einen Investitionsschutz für kanadische Unternehmen ist dabei das fehlende Schutzbedürfnis ausländischer Unternehmen im europäischen Rechtsraum.⁶ Im Gegensatz zu den bereits erwähnten Investitionsschutzabkommen der Bundesrepublik Deutschland fehle es an einem erhöhten Risiko staatlicher Willkür. Vor diesem Hintergrund sei ein Diskriminierungsverbot, welches die Gleichbehandlung von inländischen und ausländischen Investoren sicherstelle, als Schutzmechanismus ausreichend.

Zudem würden durch den Investitionsschutz staatliche Regulierungsspielräume eingeengt.⁷ Auch wenn der Gesetzgeber nicht unmittelbar in seinen Rechtssetzungsbefugnissen beschränkt wird, wurde doch von vielen Beobachtern eine mittelbare Beschränkung vermutet, die darin bestehe, dass die öffentliche Hand im Gemeinwohlinteresse liegende Maßnahmen unterlasse, um eine mögliche Entschädigungszahlung zu vermeiden.

So kritisiert etwa eine Analyse des Verbraucherzentrale Bundesverband e. V., das Abkommen ermögliche es Investoren, Regulierungen, die im öffentlichen Interesse liegen, anzugreifen.⁸

Dabei war die Gruppe der Kritiker keinesfalls auf klassischerweise wirtschaftskritische Verbände beschränkt. Dies zeigt sich etwa in einer Umfrage des Münchener ifo Instituts und der FAZ unter Volkswirten deutscher Universitäten, welche ergab, dass selbst unter Ökonomen fast 30% eine Implementierung von Investitionsschutzregelungen zwischen den transatlantischen Industrienationen ablehnen.⁹

3. Bedeutung des Investitionsschutzes im Rahmen von CETA

Zielsetzung des Comprehensive Economic and Trade Agreement war bereits zum Zeitpunkt der Verhandlungsaufnahme nicht der bloße Abbau von Handelshemmnissen, sondern ein stärkeres Zusammenwachsen Nordamerikas und Europas in politischer und ökonomischer Hinsicht. Vereinbarungen zum Investitionsschutz schaffen durch das bereits erwähnte Risiko von Entschädigungsforderungen einen Anreiz, von Regulierungsinitiativen abzusehen, die Standards setzen, welche im jeweils anderen Land bzw. auf dem jeweils anderen Kontinent als unangemessen angesehen werden würden. Damit wirken sie indirekt als Harmo-

⁶ Fuchs, Das Investitionsschutz-Kapitel im EU-Kanada-Freihandelsabkommen (CETA), 2

⁷ Fuchs, Das Investitionsschutz-Kapitel im EU-Kanada-Freihandelsabkommen (CETA), 3

⁸ Verbraucherzentrale Bundesverband, CETA - BEWERTUNG DES VZBV, abrufbar unter: www.vzbv.de/sites/default/files/ceta_bewertung_vzbv.pdf

⁹ Dorn/Krause/Potrafek/Weisshaar, ifo Schnelldienst 18/2016



nisierungs- und Integrationszwang zwischen den Vertragsländern und unterstützen das beabsichtigte stärkere Zusammenwachsen der beiden Wirtschaftsblöcke.

Dieser Logik folgend nimmt auch im Vertragstext des CETA-Abkommens der Investitionsschutz eine wichtige Rolle ein. So widmet sich das achte Kapitel des Abkommens ausführlich auf fast 80 Seiten der Thematik der Investitionen. Darin ist der umfassende Schutz von Investitionen durch die bereits erwähnten Standardklauseln, wie sie auch im Rahmen bilateraler Investitionsschutzabkommen zum Tragen kommen, gewährleistet. So enthält Artikel 8.12 des Abkommens einen Schutz vor entschädigungsloser Enteignung. Darüber hinaus gewährt Artikel 8.10 einen Anspruch auf „gerechte und billige Behandlung“ sowie „vollen Schutz und volle Sicherheit“. Zudem schützt CETA ausländische Unternehmen durch eine standardmäßige Meistbegünstigungsklausel in Art. 9.5. und eine Klausel zur Inländerbehandlung in Art 2.3 umfassend vor Diskriminierung.

Lediglich durch den Verzicht auf einen Schutz vor dem Bruch staatlicher Zusagen durch eine sogenannte Umbrella-Clause hebt sich CETA von den meisten bilateralen Investitionsschutzabkommen ab.

4. Anpassung der Regelungen zum Investitionsschutz im Hinblick auf die Kritik

Die anhaltende öffentliche Kritik machte eine Reaktion der Europäischen Kommission unerlässlich, um ein Mindestmaß an öffentlichem Rückhalt für den Abschluss des Abkommens zu gewährleisten. Dabei beschränkte die Kommission sich allerdings in materiell-rechtlicher Hinsicht auf Anpassungen, die eher symbolischer Natur sind. So wurde abgesehen von der Umbrella-Clause auf keine der oben genannten Standardklauseln oder gar auf den gesamten Investitionsschutz verzichtet. Stattdessen wurden klarstellende Formulierungen in die Klauseln eingefügt, welche Auslegungshilfen darstellen, die einer zu weitreichenden Anwendung der Schutzklauseln entgegenwirken sollen.

So wurde mit Art. 8 ein Verstoß gegen den Anspruch auf gerechte und billige Behandlung sowie vollen Schutz und volle Sicherheit auf folgende Fälle begrenzt:

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

Ein Entgegenkommen zu Gunsten der Kritiker des Abkommens kann hierin allerdings nur bedingt gesehen werden, denn auch unter diesen Einschränkungen bleibt es bei einem hohen Maß an Auslegungsbedürftigkeit. So ist beispielsweise mit dem Schutz vor missbräuchlichen Behandlungen von Investoren in Form von Zwang ein weites Einfallstor für Entschädigungsansprüche durch eine extensive Auslegung dieses Begriffs gegeben. Denn während Nötigung und Schikane in einem Rechtsstaat stets missbräuchlich sind, kann die Anwendung von Zwang rechtmäßig oder rechtswidrig sein. Es ist also nicht ausgeschlossen, dass unter diesem Schutz eine nach nationalem Recht rechtmäßige Anwendung von Zwang im Zusammenhang mit CETA als missbräuchlich eingestuft wird.

Darüber hinaus sind diese Eingrenzungen nicht als abschließend anzusehen, sondern können auf Empfehlung des Ausschusses für Dienstleistungen und Investitionen durch einen Beschluss des Gemischten CETA Ausschusses erweitert werden. Im Hinblick auf die damit praktisch unbegrenzte Erweiterungsmöglichkeit des Investitionsschutzes gab das Bundesverfassungsgericht der Bundesregierung in seinem Urteil vom 13.10.2016 bereits auf, „eine hinreichende demokratische Rückbindung der im Gemischten CETA-Ausschuss gefassten Beschlüsse zu gewährleisten.“¹⁰

Zusammenfassend kann damit gesagt werden, dass in materiell-rechtlicher Hinsicht zwar formale Anpassungen vorgenommen wurden, diese das Kernargument der Kritiker, der kanadische und europäische Rechtsrahmen sei für einen Investitionsschutz ausreichend und müsse lediglich durch eine Inländerbehandlung abgesichert werden, nicht adressieren.

¹⁰ BverfG, EuZW 2016, 916



Schiedsgerichtsbarkeit im Rahmen von CETA

1. Schiedsgerichtsbarkeit im Rahmen von Investitionsschutzabkommen

Verstößt ein Gastgeberstaat zu Lasten eines ausländischen Investors gegen die zum Investitionsschutz vereinbarten Regelungen, stellt sich in besonderer Weise die Frage nach effektivem Rechtsschutz. Zunächst sind Zweifel an der Diskriminierungsfreiheit der Rechtsschutzmöglichkeiten des Gastgeberstaates naheliegend, wenn der ausländische Investor sich gegen eine diskriminierende Maßnahme gerade dieses Gastgeberstaates zur Wehr setzen will. Ist der Investor der Ansicht, es fehle an effektivem Rechtsschutz, so wird er in vielen Fällen seinen Heimatstaat ersuchen, seinen Interessen auf politischem Wege zur Durchsetzung zu verhelfen. Dieser Politisierung von Investitionsstreitigkeiten und dem damit einhergehenden gesteigerten zwischenstaatlichen Konfliktpotenzials wird mit der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit ein Mechanismus zur friedlichen Streitbeilegung entgegengesetzt.¹¹

Diese Befriedungsfunktion allein erklärt nach Einschätzung von Fachleuten aber noch nicht die vermehrte Zahl der Investitionsschutzklagen der vergangenen Jahre. Der Anstieg sei lediglich zu einem Teil auf politische Umbrüche und ein damit einhergehendes Befriedungsbedürfnis zurückzuführen. Darüber hinaus spielen auch der schlichte Umstand eine Rolle, dass Rechtsanwälte und Unternehmensjuristen die Möglichkeit einer Investitionsschutzklage verstärkt als erfolgversprechendere Alternative zur klassischen Klage zu Kenntnis nehmen.¹² Anders formuliert handelt es sich bei Klagen vor Schiedsgerichten auf Grundlage von Investitionsschutzverträgen um einen zunehmenden Trend.

2. Öffentliche Kritik an der Schiedsgerichtsbarkeit im Zusammenhang mit Investitionsschutzabkommen

Zentrales Argument der Kritiker im Hinblick auf Schiedsverfahren für Investitionsstreitigkeiten ist die fehlende Transparenz, die mit dem Grundsatz der Öffentlichkeit nicht vereinbar sei und dem Bürger die Kontrolle des staatlichen Handelns entziehe.¹³ Während die fehlende Transparenz bei einem Rechtsstreit zwischen privaten Parteien mit dem gesteigerten Bedürfnis nach Vertraulichkeit zu rechtfertigen sei, habe die öffentliche Hand aufgrund der möglicherweise

¹¹ Birkner, EuZW 2016, 454, 458

¹² Schramke, SchiedsVZ 2006, 249

¹³ Ausführliche Darstellung bei Hammacher, NZBau 2014, 607



berührten Interessen der Steuerzahler keinen Anspruch auf den Ausschluss der Öffentlichkeit.¹⁴

Ein weiterer Kernkritikpunkt ist die Beteiligung der Investoren an der Auswahl privater Richter. Die Schiedsrichter hätten ein monetäres Eigeninteresse am Erfolg der Klage, um auch bei zukünftigen Verfahren von Investoren ausgewählt zu werden.¹⁵

3. Anpassung der Regelungen zur Schiedsgerichtsbarkeit an die Kritik

Als Reaktion auf die anhaltende Kritik an Schiedsgerichtsverfahren für Investitionsschutzklagen wurde das CETA-Abkommen in dieser Hinsicht grundlegend angepasst.

So adressiert Art. 8.27 des Abkommens das Kernargument der Kritiker, die Auswahl von Richtern durch die Investoren. Statt einer Benennung der Richter durch die Streitparteien wird ein permanentes Investitionsgericht eingesetzt, dessen 15 Mitglieder durch den Gemischten CETA-Ausschuss bestimmt werden. Dabei müssen gemäß Art. 8.27 Abs. 2 fünf Mitglieder des Gerichts Staatsangehörige eines Mitgliedstaats der Europäischen Union sein, fünf Mitglieder Staatsangehörige Kanadas und fünf Mitglieder Staatsangehörige von Drittstaaten. Damit fällt ein möglicher Anreiz für die Richter, sich durch investorenfreundliche Urteile für weitere Verfahren empfehlen zu wollen, gänzlich weg.

Nicht vollständig ausgeräumt wurde jedoch das Interesse der Richter an einer Häufung der Verfahren, denn Art. 8.27 Abs. 12 setzt für deren Entschädigung kein vollwertiges Gehalt, sondern lediglich eine Grundvergütung fest. Darüber hinaus erfolgt eine fallbezogene Entschädigung der Richter. Hierdurch entsteht jedoch ein Interesse der Richter an einem stetigen Eingang neuer Klagen. Da eine Klage nur durch Investoren und nicht durch die beteiligten Staaten erhoben werden kann, existiert weiterhin ein Anreiz, die Erfolgsaussichten einer Klage für Investoren durch eine extensive Auslegung des Investitionsschutzes hoch zu halten.

Hinsichtlich der grundsätzlichen Kritik an der fehlenden Transparenz von Schiedsgerichtsverfahren ist festzustellen, dass Investitionsstreitigkeiten vor dem CETA-Gericht in vielerlei Hinsicht ein höheres Maß an Transparenz bieten als ein Verfahren vor ordentlichen Gerichten.

¹⁴ Ausführliche Darstellung bei Hammacher, NZBau 2014, 607

¹⁵ Fuchs, Das Investitionsschutz-Kapitel im EU-Kanada-Freihandelsabkommen (CETA), 10



Hierzu verweist das Abkommen zunächst auf die UNCITRAL-Transparenzregeln, welche seit dem Jahr 2014 neue Maßstäbe hinsichtlich Transparenz für Schiedsgerichtsverfahren zwischen Staaten und privaten Investoren setzen. Die UNCITRAL-Regeln enthalten insbesondere weitgehende Veröffentlichungspflichten, wonach nicht nur das schriftliche Urteil, sondern auch die Klageschrift, die Klageerwiderung und sämtliche Schriftsätze der Parteien sowie eine Auflistung sonstiger Beweisdokumente und Sachverständigengutachten veröffentlicht werden müssen.¹⁶ Das CETA-Abkommen geht über diese Veröffentlichungspflichten noch hinaus und erklärt in Art. 8.36 Abs. 3 die nach UNCITRAL lediglich aufzulistenden Anlagen als ebenfalls von der Veröffentlichungspflicht erfasst.

Zudem sind mündliche Verhandlungen nach Art. 8.36 Abs. 5 CETA grundsätzlich öffentlich und können lediglich teilweise nichtöffentlich abgehalten werden, wenn es zeitweise zum Schutz vertraulicher Informationen notwendig ist.

4. Fazit

Abschließend ist festzustellen, dass die im Hinblick auf die öffentliche Kritik an CETA erfolgten Anpassungen inhaltlich keine maßgebliche Kurskorrektur darstellen. Weder wurde der Investitionsschutz im Wesentlichen beschränkt, noch wurde die Reichweite der äußerst unbestimmten Schutzklauseln klar definiert.¹⁷

Andererseits sind die Änderungen hinsichtlich des Verfahrens zur Geltendmachung von Investitionsschutzansprüchen durchaus substantiell und adressieren die Kernargumente der Kritiker an der Schiedsgerichtsbarkeit. Ob die neu geschaffene Investitionsgerichtsbarkeit zu einer einheitlicheren Definition der Schutzklauseln beitragen kann und damit langfristig durch die Rechtsprechung auch inhaltlich schärfere Grenzen gezogen werden, bleibt abzuwarten.

¹⁶ Hammacher, NZBau 2014, 607, 608

¹⁷ Berger und Klodt, Die ZEIT, 11.03.2016