

Das Investitionsschutz-Kapitel im EU-Kanada-Freihandelsabkommen (CETA): Eine kritische Analyse



PowerShift

Bewegt Politik
compact!

TTIP
unfair
handelbar

Herausgeber:



PowerShift e.V. - Verein für eine ökologisch-solidarische Energie & Weltwirtschaft e.V.

Greifswalder Str. 4 (Haus der Demokratie & Menschenrechte), 10405 Berlin

Peter Fuchs: Peter.Fuchs@power-shift.de - <http://power-shift.de>

Foto Cover: Nicola Jaeger PowerShift e.V. - Make love not TTIP

Berlin, 23.04.2016

Für die Mitarbeit an dieser Analyse danken wir Malte Marwedel

(Ass. iur., Akademischer Mitarbeiter, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg).

Die Europäische Kommission und Kanada haben sich darauf geeinigt, im finalen Text des CETA-Abkommens unbeirrt an Sonderklagerechten für ausländische Investoren festzuhalten. Das heftig umstrittene und in der Bevölkerung mehrheitlich abgelehnte Investor-Staat-Schiedsgerichtssystem (ISDS) wollen sie beibehalten und in seiner geographischen und ökonomischen Reichweite enorm ausweiten. Wie die nachfolgende Analyse des Kapitels 8 zum Investitionsschutz (Chapter 8 – Investment) aufzeigt, beschränken sich die Investitionsschutzreformen in CETA im Wesentlichen auf prozedurale Aspekte des Klagemechanismus, ändern aber wenig an der grundsätzlich abzulehnenden **Gefährdung von Demokratie und Rechtsstaat** durch das Abkommen.

Die **Europäische Kommission** ist mit sich zufrieden,¹ das **Bundeswirtschaftsministerium** fühlt sich bestätigt² und auch viele **Europaparlamentarier** sind erleichtert: Der umstrittene Investitionsschutz im nun vorgelegten Freihandelsabkommen zwischen der EU und Kanada (*Comprehensive Economic and Trade Agreement – CETA*)³ wird von ihnen als gemeinsamer großer Wurf gefeiert und als Eckpfeiler für eine weltweite Reform des gesamten

Regimes angepriesen. Allerdings wird dabei verschwiegen: Der ursprüngliche Entwurf für den Investitionsschutz in CETA war in einer öffentlichen Anhörung vor zwei Jahren bereits auf die breite Ablehnung von 97 % der Beteiligten gestoßen.⁴ Als hätte es die nachfolgende intensive Reformdebatte⁵ und die anhaltenden Millionenproteste nie gegeben, **hält die Politik weiterhin Sonderklagerechte für ausländische Investoren für opportun** (sog. *Investor-State Dispute Settlement – ISDS*). Die Klagerechte im Kapitel 8 des CETA-Abkommens erlauben es Investoren, vor internationalen Spruchkörpern mitunter enorme Entschädigungen für staatliche Maßnahmen einzuklagen, die etwa dem Schutz der Gesundheit, der Umwelt, der Verbraucher oder der Beendigung von Finanz- und Wirtschaftskrisen dienen. Durch die Einführung solcher **Klagerechte in CETA würde die globale Reichweite von ISDS erheblich ausgedehnt und das Klagerisiko für die Staaten nochmals deutlich steigen** – zulasten des Gemeinwohls auf beiden Seiten des Atlantiks.⁶ Was nicht zu unterschätzen ist: Wegen der engen wirtschaftlichen Verflechtung Nordamerikas könnten sich die vielen US-Konzerne mit Tochterfirmen in Kanada auf CETA berufen, wenn sie ihre Investitionen in der EU geschickt strukturieren. Nach einer aktuellen Schätzung gilt

1. Siehe die Pressemitteilung der KOM v. 29.02.2016, abrufbar unter: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1468>.
2. Die Darstellung des BMWi ist abrufbar unter: <http://www.bmwi.de/DE/Themen/Aussenwirtschaft/Handelspolitik/europaeische-handelspolitik,did=643010.html>.
3. Insbesondere Kapitel 8 und dort vorwiegend die Abschnitte C-F, der Vertragstext ist abrufbar unter: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/february/tradoc_154329.pdf. Siehe auch die Erläuterungen zum Investitionsschutz: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/november/tradoc_151918.pdf.
4. Siehe den Bericht der Kommission vom 13.01.2015, S. 3, abrufbar unter: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc_153044.pdf.
5. Siehe die Analysen der bisherigen Vorschläge von PowerShift, Sie bewegen sich – doch nicht, v. 20.05.2015, abrufbar unter <http://power-shift.de/wordpress/wp-content/uploads/2015/05/PowerShift-Analyse-ISDS-Reformdebatte-Sie-bewegen-sich-doch-nicht-Mai2015.pdf> und (zusammen mit TTIP-Unfairhandelbar und Campact) Investitionsschutz in TTIP: Kommission verweigert Systemwechsel, v. 02.10.2015, abrufbar unter: http://power-shift.de/wordpress/wp-content/uploads/2015/09/Analyse_ISDS-Reform_unfairhandelbar_PowerShift_Campact_102015-1.pdf.
6. Zu den auf CETA übertragbaren Bedenken gegen ISDS in TTIP statt vieler Eberhardt, Investitionsschutz am Scheideweg – TTIP und die Zukunft des globalen Investitionsrechts, Internationale Politikanalyse, Mai 2014, mit Bsp. zu problematischen Fällen aus der Praxis auf S. 7 u. 12, abrufbar unter: <http://library.fes.de/pdf-files/iez/global/10773-20140603.pdf>.

das für 81% (rund 42.000) der bereits in der EU tätigen US-Unternehmen.

Diese sind zugleich berüchtigt für ihre aggressive Inanspruchnahme des ISDS-Systems.⁷ **Wird der Investitionsschutz nun in CETA durchgesetzt, wäre er daher in TTIP**, dem transatlantischen Freihandelsabkommen mit den USA (*Transatlantic Trade and Investment Partnership*) **für US-Investoren beinahe überflüssig**. Zugleich bedeutet dies, dass jede mögliche weitere Korrektur des Investitionsschutzes in TTIP allein wirkungslos bliebe. Die Konzerne könnten sich dann jeweils den für sie günstigeren Vertrag aussuchen. Die angekündigte transatlantische „Reform“ des Investitionsschutzes hätte mit CETA also bereits ihren Schlusspunkt erreicht. Daran ändern auch die vagen Absichtserklärungen im Hinblick auf einen möglichen zukünftigen ‚multilateralen Investitionsgerichtshof‘ nichts (Art. 8.29).

Angesichts der wachsenden öffentlichen Kritik hatte das Europäische Parlament dabei zuletzt noch ein „neues System“ für die Streitbeilegung angemahnt, das demokratischen und rechtsstaatlichen Standards genügt. Zudem forderte es, dass ausländische Investoren nicht „über größere Rechte als inländische Investoren verfügen“ dürften.⁸ Wie bereits der letzte EU-Textvorschlag für TTIP zeigt der nun von Handelskommissarin Malmström vorgelegte

CETA-Text aber, dass die Kommission noch immer nicht zu einer derart grundlegenden Reform des Investitionsschutzes bereit ist. **Wenn das Europäische Parlament seine eigenen roten Linien ernst nimmt, kann es CETA daher nur ablehnen.**

Eine nähere Analyse ergibt nämlich, dass **der überarbeitete CETA-Text sich trotz einiger positiver Ansätze weitgehend auf kosmetische Korrekturen des bestehenden ISDS-Systems beschränkt**. Die EU-Kommission ist offensichtlich nicht bereit, die materiellen Investorenrechte effektiv einzugrenzen.⁹ Diese Rechte privilegieren ausländische Investoren gegenüber dem Gemeinwohl und konkurrierenden Unternehmen. Auf den Kern der ISDS-Kritik geht die EU in ihrer neuen investitionspolitischen Linie also kaum ein **(siehe unten die detaillierte Übersicht zu den einzelnen Kritikpunkten)**.

Festzuhalten ist zunächst, dass es noch immer **keine überzeugenden Gründe für den Investitionsschutz** in CETA gibt. Ausländische Investoren genießen sowohl in der EU als auch in Kanada starken Schutz durch das jeweilige nationale bzw. europäische Recht, der vor Gericht wirksam durchgesetzt werden kann. Einer besonderen völkerrechtlichen Absicherung bedarf es daher nicht. Dies hat auch die jetzige Bundesregierung stets betont.¹⁰

7. Zu alledem der Bericht von *Public Citizen*, Tens of Thousands of U.S. Firms Would Obtain New Powers to Launch Investor-State Attacks against European Policies via CETA and TTIP, abrufbar unter: <https://www.citizen.org/documents/EU-ISDS-liability.pdf>.

8. 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+Vo//EN>.

9. Neben dem CETA-Abkommen mit Kanada und den laufenden Verhandlungen mit den USA über TTIP bezieht sich diese Aussage auch auf eine Reihe weiterer bereits abgeschlossener (aber nicht ratifizierter!) Abkommen wie EU-Vietnam bzw. geplanter Freihandelsabkommen mit Investitionsschutzkapiteln (EU-Japan, EU-China, EU-Mexiko, EU-Australien, EU-Neuseeland, EU-Philippinen etc.).

10. Für eine ausführliche Auseinandersetzung mit den Gegenargumenten der Kommission siehe die Analyse von PowerShift (Fn. 7), S. 3 ff. Zur Position der BReg siehe u.a. die Bundestagsrede von Bundeswirtschaftsminister Gabriel vom 25.09.2014, abrufbar unter: <http://www.bmwi.de/DE/Themen/ausenwirtschaft,did=656586.html>.

CETA sieht einen privilegierten Schutz des Eigentums und der Gewinnerwartungen ausländischer Investoren vor und gibt ihnen also „größere Rechte“ als anderen. Sie gehen deutlich über ein Diskriminierungsverbot hinaus und können Investoren auch gegen einen legitimen demokratischen Politikwechsel absichern.¹¹ Dabei wäre es leicht möglich, den materiellen Investitionsschutz stattdessen auf die bereits enthaltenen Diskriminierungsverbote¹² zu reduzieren.¹³ Ausländische Investoren würden nicht schlechter behandelt als inländische, aber eben auch nicht besser. Zugleich wäre so auch ein wirksamer **Schutz staatlicher Regulierungsspielräume** zur Verfolgung von Gemeinwohlinteressen gewährleistet,¹⁴ weil die Rechte der Investoren den Rahmen der Gesetze und der Verfassung im Ergebnis nicht mehr überschreiten würden. Der **Ansatz von CETA**, das staatliche „*right to regulate*“ durch einen eigenen Vertragsartikel zu gewährleisten¹⁵ **hat sich in der Praxis** dagegen **nicht bewährt**. Er spielt bei der Entscheidung von Investorenklagen meist keine Rolle. In der nun vorgesehenen Fassung stellt das *right to regulate* nämlich nur eine vage Leitlinie bei der Interpretation der Investorenrechte dar – und bietet den Schiedsrichtern weiter viel Spielraum für eine investorenfreundliche Auslegung.¹⁶

Die Investoren erhalten diese Privilegien, ohne selbst irgendwelche Pflichten auferlegt zu bekommen – etwa zur Schaffung von Arbeitsplätzen oder zur Beachtung von Menschen-, Arbeitnehmer- und Verbraucherrechten sowie Gesundheits- und Umweltschutzstandards.

Das CETA „*Investment Tribunal*“ wäre kein **Gericht**. Zwar enthält der Vertragstext **einige überfällige Verbesserungen** gegenüber dem hochproblematischen ISDS-Mechanismus im ursprünglichen CETA-Entwurf. So sollen die klagenden Investoren keinen Einfluss mehr auf die Auswahl der Schiedsrichter haben. Sie würden von den Vertragsstaaten vorab für eine feste Amtszeit bestimmt und für die einzelnen Fälle zufällig ausgewählt.¹⁷ Dennoch dient auch dieser Mechanismus allein der Durchsetzung von Investorenrechten gegenüber den Vertragsstaaten. Menschen, die von den verbreiteten Praktiken globaler Konzerne wie Lohndumping, fehlendem Arbeitsschutz, Landnahme und Umweltzerstörung betroffen sind, erhalten auch weiterhin keine Gelegenheit, notfalls internationalen Rechtsschutz gegen davon profitierende ausländische Investoren zu erlangen. Diese **Einseitigkeit** birgt die Gefahr, dass die Mitglieder des Investment Tribunal sich ebenso wie die bisherigen ISDS-Schiedsrichter

-
11. Insbes. durch das noch immer weit gefasste Recht auf faire und gerechte Behandlung (Fair and Equitable Treatment – FET) in Art. 8.10 Abs. 1-4 und den Schutz vor indirekter Enteignung (Indirect Expropriation), Art. 8.12 Abs. 1 Alt. 2 und Annex 8-A CETA.
 12. Insbes. das Inländergleichbehandlungsgebot (National Treatment) in Art. 8.6 Abs. 2 CETA; vgl. aber auch den vorzugswürdig eingeschränkten Art. 3 des im Auftrag des BMWi vom Völkerrechtsprofessor Markus Krajewski entworfenen „Modell-Investitionsschutzvertrag mit Investor-Staat-Schiedsverfahren für Industriestaaten unter Berücksichtigung der USA“, S. 9 f., abrufbar unter: <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/M-O/modell-investitionsschutzvertrag-mit-investor-staat-schiedsverfahren-gutachten,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf>.
 13. Hierfür plädiert auch der Gutachter des BMWi, siehe den Hinweis von Krajewski (Fn. 8), S. 10 f.: „Aus diesen Gründen ist es empfehlenswert, im Rahmen eines Abkommens mit den USA oder anderen Staaten, die über ein funktionierendes Rechtssystem verfügen, das dem deutschen Rechtsstaat vergleichbar ist, auf die Schutzstandards der fairen und gerechten Behandlung und indirekten Enteignung zu verzichten und nur Nichtdiskriminierungsstandards aufzunehmen.“ Siehe auch ders./Hoffmann, Der Vorschlag der EU-Kommission zum Investitionsschutz in TTIP, 2016, S. 5, 9 u. 17, abrufbar unter: <http://library.fes.de/pdf-files/wiso/12379.pdf>.
 14. Vgl. Krajewski/Hoffmann (Fn. 13), S. 9.
 15. Art. 8.9, insbes. Abs. 1 u. 2 CETA (Investment and regulatory measures).
 16. Siehe dazu Krajewski/Hoffmann (Fn. 13), S. 7 f. sowie unten die Erläuterung zum nur unzureichend geschützten ‚Right to Regulate‘.
 17. Art. 8.27 Abs. 2, 5 u. 7 und in Ansätzen für die geplante Berufungsinanz Art. 8.28 Abs. 3 u. 5 CETA, allerdings noch ohne das Erfordernis einer festen Amtszeit.

als institutionelle „Hüter der Investorenrechte“ verstehen—und deren Privilegien entsprechend weit auslegen. Wie alle mächtigen Institutionen neigen internationale Spruchkörper zur Erweiterung ihrer Kompetenzen.

Umso bedenklicher ist, dass die **Sicherung der richterlichen Unabhängigkeit** auch hier hinter gängigen rechtsstaatlichen Standards zurück bleibt.¹⁸ Die Mitglieder des Investment Tribunal wären nebenamtlich tätig und würden im Wesentlichen pro Fall bezahlt,¹⁹ so dass sie auch ein **finanzielles Interesse an einer hohen Zahl von Investorenklagen** hätten. Gerade diese **strukturellen Anreize für eine investorenfreundliche Rechtsprechung** sind ein zentrales Problem der bisherigen Schiedsgerichtsbarkeit. Die naheliegende Lösung wären hauptberufliche Richter mit fallunabhängiger Besoldung und einem grundsätzlichen Nebentätigkeitsverbot, um Interessenkonflikte besser auszuschließen. Die Kommission hat dies selbst erkannt.²⁰ Dennoch begnügt sie sich insofern mit einer bloßen Option für nachträgliche Änderungen,²¹ die politisch kaum durchzusetzen sein werden. Besorgniserregend erscheint aus ähnlichen Gründen auch, dass die Kommission offenbar **nicht auf der vollständigen**

Errichtung einer Berufungsinstanz zu Beginn der Vertragslaufzeit bestanden hat. Sie würde in rechtsstaatlicher Hinsicht dringend benötigt, um eine gewisse Kontrolle der Mitglieder des Investment Tribunal zu ermöglichen und eine einheitliche Anwendung des Abkommens zu gewährleisten. Dadurch könnten die Staaten das Klagerisiko etwas besser einschätzen und bei der Gestaltung ihrer Politik berücksichtigen. Ein derartiges „*Appellate Tribunal*“ ist nun zwar grundsätzlich vorgesehen, soll aber erst nachträglich aufgebaut werden, ohne dass dafür eine bestimmte Frist gesetzt wurde.²² Die nähere Ausgestaltung kann sich leicht jahrelang hinziehen und solange bleibt es dabei, dass die Entscheidungen des Tribunals vollstreckbar werden, ohne dass dem verklagten Staat ein echtes Rechtsmittel zur Verfügung stünde.²³ Dies stellt einen Rückschritt gegenüber dem Vorschlag für TTIP dar, der die unmittelbare Schaffung einer Berufungsinstanz vorsieht. Auch im Bereich der Verfahrensfairness zeigt sich die Kommission halbherzig. Die noch im TTIP-Vorschlag enthaltenen **neuen Beteiligungsrechte für alle vom Verfahren Betroffenen**²⁴ (denkbar insbes. Bürger, NGOs, Verbände, Konkurrenten des klagenden Investors) sind in den Verhandlungen mit den Kanadiern **unter den Tisch gefallen**.

18. Siehe auch Krajewski/Hoffmann (Fn. 13), S. 14.

19. Siehe Art. 8.27 Abs. 12 u. 14 CETA, wonach die Mitglieder des Investment Tribunal nur eine relativ geringe (noch festzusetzende) Bezahlung für ihre grundsätzliche Verfügbarkeit erhalten, aber weiter vor allem pro Fall und nach Zeitaufwand entlohnt werden. Für die Mitglieder der geplanten Berufungsinstanz wurden noch keine diesbezüglichen Regelungen getroffen.

20. Vgl. die Rede von Handelskommissarin Cecilia Malmström vom Ausschuss für Internationalen Handel des Europäischen Parlaments vom 18.03.2015, S. 3, abrufbar unter: europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-15-4624_en.pdf: "Of course, this [proposal] does not go the whole way to creating a permanent investment court, with permanent judges who would have no temptation to think about future business opportunities".

21. Art. 8.27 Abs. 15 und Art. 8.28 Abs. 7 (d) CETA, die aber bereits hinter den Parallelvorschriften im TTIP-Vorschlag zurück bleiben, die bei der optionalen Einführung eines festen Gehalts noch explizit ein grundsätzliches Nebentätigkeitsverbot vorgesehen hatten, s. Abschnitt 3 Art. 9 Abs. 15 u. 10 Abs. 14 des TTIP-Vorschlags.

22. Siehe Art. 8.28 Abs. 1, 3 u. 7 CETA, wo es lediglich heißt, die nötigen Regeln sollten zeitnah („promptly“) verabschiedet werden.

23. Vgl. Art. 8.41 Abs. 3 unter Verweis auf die v.a. auf formale Fehler beschränkten Rechtsmittel des bestehenden ISDS-Systems u. Art. 8.28 Abs. 9, insbes. (d) und (e) CETA zur Regelung nach Einrichtung der Berufungsinstanz.

24. Abschnitt 3 Art. 23 des TTIP-Vorschlags.

Das Investment Tribunal ist daher **insgesamt keine überzeugende Antwort auf die Gefahren des ISDS-Systems**. Trotz mancher Verbesserungen im Verfahrensrecht gegenüber anderen Abkommen ist eine Ausweitung dieses Systems auf den transatlantischen Investitionsverkehr aus demokratischen und rechtsstaatlichen Gründen entschieden abzulehnen. Darüber hinaus bestehen **weitere erhebliche rechtliche Bedenken**.²⁵ Die Einrichtung einer solchen von den europäischen Gerichten abgekoppelten Paralleljustiz könnte insbesondere gegen den Grundsatz der Autonomie der Unionsrechtsordnung verstoßen, weil sie die effektive und einheitliche Anwendung des Unionsrechts gefährdet. Geht es jedoch nach den Plänen der Kommission, könnte all dies durch die vorläufige Anwendung von CETA nach einem entsprechenden Ratsbeschluss und der Zustimmung des Europäischen Parlaments schon sehr bald Wirklichkeit werden. Denn obwohl die deutsche und andere mitgliedstaatliche Regierungen davon ausgehen, dass auch ihre nationalen Parlamente darüber entscheiden müssen, weil die Kompetenz für den Investitionsschutz nicht allein bei der EU liegt, will die Kommission die Klagerechte schon aktivieren, bevor sie im Bundestag überhaupt zur Abstimmung gestellt werden.

-
25. Siehe zu den unions- und verfassungsrechtlichen Bedenken etwa auch die Kurzgutachten von Fischer-Lescano/Horst, Europa und verfassungsrechtliche Vorgaben für das Comprehensive Economic and Trade Agreement der EU und Kanada (CETA), Oktober 2014, abrufbar unter: http://www.eesc.europa.eu/resources/docs/04-gutachten_ceta_171014_final-fischer-lescano.pdf und von Groh/Khan, Rechtsgutachten zur Verfassungsmäßigkeit der Schiedsgerichte, 09.03.2015, abrufbar unter: http://www.bund-naturschutz.de/fileadmin/download/Umweltpolitik/Gutachten_zu_TTIP-Schiedsgerichten.pdf.
26. Siehe dazu insbesondere die rechtliche Analyse von Client Earth, Legality of investor-state dispute settlement (ISDS) under EU law, v. 22.10.2015, S. 3 u. 7 ff., abrufbar unter: <http://documents.clientearth.org/wp-content/uploads/library/2015-10-15-legality-of-isds-under-eu-law-ce-en.pdf>.
27. Vgl. zur vorläufigen Anwendung des Investitionsschutzes Art. 30.8 Abs. 4 CETA; für rechtswidrig hält dies Weiß, Verfassungsprobleme der vorläufigen Anwendung von EU-Freihandelsabkommen, Kurzgutachten v. 15.03.2016, abrufbar unter: http://www.bund-naturschutz.de/fileadmin/download/Umweltpolitik/Gutachten_zu_TTIP-Schiedsgerichten.pdf.

I. Grundsätzliche Kritik

ISDS-Kritikpunkte

Es gibt **keine Notwendigkeit für ISDS**. Der vorhandene Schutz des Eigentums und von Investitionen ist stark, die bestehenden Rechtssysteme funktionieren zuverlässig. Dies gilt besonders für Industriestaaten wie die EU, Kanada – und die USA.

Schafft CETA hier Abhilfe?

Nein. ISDS ist immer noch enthalten. Das vorgeschlagene Investment Tribunal ist eine nur leicht geänderte Form von ISDS. CETA würde für die EU und Kanada das Risiko, verklagt zu werden dramatisch ausweiten – und dies bei ohnehin schon stark zunehmenden ISDS Klagezahlen.

II. Materielle Investorenprivilegien

ISDS-Kritikpunkte

Ausländische Investoren haben exklusive Rechte, die noch dazu sehr vage und weit auslegbar formuliert sind. Dazu gehören der Anspruch auf „gerechte und billige Behandlung“ („fair and equitable treatment“, abgekürzt FET) und das Verbot „indirekter Enteignung“. In zahlreichen Schiedssprüchen wurden sie angewendet, um Investoren angesichts nicht-diskriminierender staatlicher Maßnahmen im Interesse der Allgemeinheit Schadensersatz zuzusprechen.

Schafft CETA hier Abhilfe?

Nein. 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 nicht-diskriminierender 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 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).

Die sehr weiten Definitionen von „Enteignung“ und „Investition“ schaffen zusammen einen Eigentums- und Vermögensschutz, der weit über den nach nationalem und europäischem Recht hinausgeht. Nach dem Annex 8-A zur Enteignung (der so auch im US-Standardvertrag enthalten ist) kann Politik für das Allgemeinwohl ausdrücklich „in seltenen Ausnahmefällen“ als indirekte Enteignung gewertet werden, wenn sie den Schiedsrichtern unverhältnismäßig erscheinen.

ISDS-Kritikpunkte

Es gibt **keinen wirksamen Schutz** vor ISDS-Klagen für **nichtdiskriminierende Maßnahmen im öffentlichen Interesse**.

Schafft CETA hier Abhilfe?

Nicht wirklich. Ein echter Schutz für Gemeinwohlinteressen wäre nur gewährleistet, wenn man den Investitionsschutz auf ein Diskriminierungsverbot reduzieren und auf darüber hinausgehende vage Standards wie FET und indirekte Enteignung ganz verzichten würde. Die KOM preist dagegen eine neue Vorschrift zum „right to regulate“ an, dem Recht der Vertragsstaaten auf Regulierungsmaßnahmen im öffentlichen Interesse (Art. 8.9). Ihr Vorschlag ist aber bei weitem keine echte Freistellung staatlicher Regulierungsmaßnahmen vom Investitionsschutzrecht, sondern nur eine vage Interpretationsvorgabe. Es hält die Mitglieder des Tribunals nicht davon ab, Politik im Gemeinwohlinteresse als Vertragsverletzung zu werten.

So wird in Art. 8.9 Abs. 1 das Recht der Staaten auf Regulierung lediglich „nochmals bekräftigt“. Dies ist rechtlich gesehen aber eine eher schwache Wortwahl, denn sie schafft ersichtlich keine zusätzlichen greifbaren Grenzen für die weit gefassten Investorenrechte, sondern erinnert letztlich nur an das legitime staatliche Regulierungsinteresse – eine völkerrechtliche Selbstverständlichkeit. Dies sollte also bei der Auslegung der Investorenrechte irgendwie berücksichtigt werden, was aber den Spielraum des Tribunals kaum begrenzt. So hatte etwa der US-Handelsbeauftragte bereits betont, dass ein ISDS-Urteil das „right to regulate“ ohnehin in keiner juristisch bedeutsamen Weise berühren könne. Der verurteilte Staat ist nämlich durch den Schiedsspruch „lediglich“ verpflichtet, den Investor für seine Maßnahme zu entschädigen, nicht aber sie rückgängig zu machen. Selbstverständlich kann eine solche Entschädigungspflicht (und schon deren Androhung) die Regierungen und andere staatliche Stellen einschüchtern und von geplanten Maßnahmen für das Allgemeinwohl abschrecken. Aber die Schiedsrichter dürften diesen Einschüchterungseffekt ignorieren und sich darauf berufen, dass ihr Urteil technisch gesehen keine Änderung der Politik verlangt.

Das Recht auf Regulierung ist darüber hinaus mit mehreren Einschränkungen versehen und abgeschwächt worden: Die sich verteidigende Regierung müsste das Tribunal überzeugen, dass das von ihr verfolgte Ziel „legitim“ war. Auch wenn es im Text nicht eigens erwähnt ist, dürften die Mitglieder des Tribunals zusätzlich verlangen, dass die angegriffene Maßnahme „notwendig“ war, um dieses Ziel zu erreichen. Noch eine weitere Selbstverständlichkeit hat die Kommission eigens festgehalten: Nämlich dass nicht jede neue Regelung schon allein wegen finanzieller Nachteile für den Investor automatisch zur

ISDS-Kritikpunkte

Es gibt **keinen wirksamen Schutz** vor ISDS-Klagen für **nichtdiskriminierende Maßnahmen im öffentlichen Interesse. (Fortsetzung)**

Durch eine sogenannte **Mantelverpflichtung** (umbrella clause) wird der Investitionsschutz auf einfache Verträge zwischen ausländischen Investoren und dem Staat ausgedehnt – so dass der Investor selbst einfache Vertragsverletzungen vor ISDS-Schiedsgerichten statt vor staatlichen Gerichten verhandeln kann. Besonders brisant ist dies etwa bei **Konzessionsverträgen im Zuge der Privatisierung von Aufgaben der öffentlichen Daseinsvorsorge**. Diese werden dadurch **völkerrechtlich „aufgeladen“**.

Schafft CETA hier Abhilfe?

Schadensersatzpflicht des betreffenden Staates führt (Art. 8.9 Abs. 2). Dies ist aber gerade keine Gewährleistung dafür, dass in sehr vielen Fällen eine für Investoren nachteilige Regulierung Schadensersatzpflichten auslöst – nur müssen eben die weiteren Voraussetzungen von FET und indirekter Enteignung erfüllt sein. Über sie sagt Art. 8.9 Abs. 2 letztlich nichts aus.

Der vermeintliche Schutz staatlicher Regulierungsspielräume erweist sich also als trügerisch. Dabei hätte der Kommission eine ganze Reihe von besseren Optionen zur Verfügung gestanden. Die effektivste wäre wie gesagt die Beschränkung der Investorenrechte auf ein Diskriminierungsverbot. Auch eine rigorosere Eingrenzung der weitergehenden Schutzrechte ohne besonders wertungsoffene Begriffe wie „berechtigte Erwartungen“, „willkürlich“ oder „exzessiv“ und eine Deckelung der Haftung (etwa ohne entgangenen Gewinn) wären hilfreich gewesen. Zumindest hätte man Bereichsausnahmen für besonders sensible Politikbereiche, Einschätzungsprärogativen für den parlamentarischen Gesetzgeber und deutliche Schranken der Investorenrechte – wie etwa im Bereich der deutschen und europäischen Grundrechte bekannt – vorsehen können. Dass die Kommission einen robusteren Schutz vor allem für das ihr selbst besonders wichtige europäische Beihilferecht verankert hat, spricht Bände (vgl. Art. 8.9 Abs. 3 u. 4).

Teiweise. Eine explizite Mantelverpflichtung für schriftliche Verträge des Staates mit dem Investor ist in CETA nicht enthalten. Dies dürfte auf einer Weigerung der kanadischen Regierung beruhen, denn der jüngste Kommissionsvorschlag für TTIP sieht eine solche Klausel vor. Nicht jede Verletzung individueller Verträge berechtigt daher zur ISDS-Klage. Allerdings dürften vertragliche Vereinbarungen im Rahmen der FET-Klausel als „berechtigte Erwartungen“ des Investors auch so eine erhebliche Rolle spielen.

ISDS-Kritikpunkte

Die Höhe der Entschädigungen richtet sich nicht nach tatsächlich entstandenem Schaden, sondern geht weit darüber hinaus. Die Folge sind **horrende Schadensersatzsummen**.

Den weit auslegbaren Rechten von Investoren stehen **keine durchsetzbaren Pflichten** gegenüber.

ISDS-Entscheidungen können anderen Verpflichtungen z.B. im EU-Recht widersprechen und Staaten so in eine Zwickmühle bringen. (Beispiel Micula vs. Rumänien: ISDS-Gericht ordnet Schadensersatz für die Streichung einer europarechtswidrigen Beihilfe an – die Zahlung des Schadensersatzes ist wiederum ein Verstoß gegen EU-Recht, weil dies die rechtswidrige Beihilfe de facto aufrechterhält).

Die Vorschriften über den freien Kapitalverkehr sind **unvereinbar mit Maßnahmen zur Kapitalverkehrskontrolle und mit Finanztransaktionssteuern**.

Schafft CETA hier Abhilfe?

Nein. CETA sieht weiterhin auch eine Entschädigung für bloß erwartete, entgangene künftige Gewinne eines ausländischen Investors vor. Dies geht materiell über den Eigentumsschutz des Grundgesetzes hinaus und diskriminiert einheimische Unternehmen. Es führt auch zu weitaus höheren Entschädigungssummen, wie das Beispiel Yukos zeigt. Die Yukos-Eigner bekamen vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte 1,9 Mrd. Euro Entschädigung zugesprochen. Das auf der Energie-Charta beruhende ISDS-Schiedsgericht sprach den Klägern dagegen 50 Mrd. Dollar zu.

Nein. In CETA werden keine verbindlichen Pflichten für Investoren vorgesehen. In der ohnehin unverbindlichen Präambel des Vertrags werden Unternehmen lediglich „ermutigt“, freiwillig Richtlinien zur verantwortungsvollen Unternehmenspolitik („corporate social responsibility“) zu respektieren. Erst recht fehlt es den Betroffenen und der Zivilgesellschaft an einem wirksamen Mechanismus zur Durchsetzung etwa von Menschenrechten gegenüber Unternehmen.

Nur teilweise. CETA enthält eine offensichtlich auf den Micula-Fall gemünzte Vorschrift (Art. 8.9 Abs. 4). Danach sind die Streichung und sogar die Rückforderung gewährter Beihilfen nicht als Abkommensverstöße anzusehen, wenn sie etwa von der Kommission oder einem Gericht angeordnet sind. Sie führen auch ausdrücklich nicht zu Schadensersatzansprüchen des Investors.

Die Kommission übersieht allerdings, dass Probleme weit über das Beihilferecht hinaus bestehen. Auch weiterhin kann das Schiedsgericht Staaten für viele Maßnahmen, die der Befolgung von nationalem oder EU-Recht dienen (z.B. Umwelt- oder Verbraucherschutz-vorschriften) zu Schadensersatz verurteilen. Ähnlich deutliche Konflikte wie im Beihilferecht gibt es zudem etwa im Abgabenrecht, bei der Umwelthaftung und bei Bußgeldern oder Geldstrafen. All diese Zahlungspflichten können Investoren unterlaufen, wenn sie anschließend in gleicher Höhe Schadensersatz vor dem Investment Tribunal einklagen.

Bisher nicht. Der Text enthält die Verpflichtung zu freiem Kapitaltransfer, wie sie aus anderen Freihandelsabkommen bekannt sind (Art. 8.13). Sie verhindert die Einführung von Kapitalverkehrskontrollen und Finanztransaktionssteuern. Es bestehen zwar Ausnahmen, die bei Zahlungsbilanzproblemen und sonstigen außenwirtschaftlichen finanziellen

III. Ausgestaltung des ISDS-Systems (Zusammensetzung u. Verfahrensrecht)

ISDS-Kritikpunkte

Die Vorschriften über den freien Kapitalverkehr sind **unvereinbar mit Maßnahmen zur Kapitalverkehrskontrolle und mit Finanztransaktionssteuern.** (Forsetzung)

ISDS gibt **ausschließlich ausländischen Investoren das Recht, die nationalen und europäischen Gerichte zu umgehen** und stattdessen unmittelbar vor Sonder-Tribunalen zu klagen oder auf nationaler Ebene bereits entschiedene Klagen nochmals zu verhandeln. Das untergräbt die Rechtsstaatlichkeit und schafft prozessuale Privilegien für ausländische Investoren, während einheimische Unternehmen, NGOs und Bürger/innen strukturell benachteiligt werden.

ISDS schafft ein Anreizsystem, das die Parteilichkeit der Schiedsrichter zugunsten der Investoren fördert.

Nur ausländische Investoren können Klage erheben und sie bestimmen die Schiedsrichter zur Hälfte mit. Diese erhalten zudem kein festes Gehalt, sondern werden pro Fall von den Parteien entlohnt. All dies schafft einen monetären Anreiz, Klagen zuzulassen und den Investoren Entschädigungen zuzusprechen.

Schafft CETA hier Abhilfe?

Schwierigkeiten Abhilfe schaffen sollen (Art. 28.4 und 28.5). Die entsprechenden Regeln zum Beispiel im GATS-Abkommen haben sich allerdings als unzureichend erwiesen. Sie können legitime Kapitalverkehrskontrollen nicht ausreichend schützen. Die Ausnahmen für Steuermaßnahmen dürften die Einführung einer Finanztransaktionssteuer nach Inkrafttreten des Abkommens nicht hinreichend absichern (vgl. Art. 28.7).

Kaum. Es gäbe vor allem weiterhin keine Pflicht, zunächst den nationalen Rechtsweg auszuschöpfen. Dabei ist eine solche Pflicht sonst im Völkerrecht eine Grundvoraussetzung für Individualklagen vor internationalen Gerichten, die etwa den Opfern von Menschenrechtsverletzungen grundsätzlich auferlegt wird – auch um dem verklagten Staat Gelegenheit zu geben, den Verstoß intern zu beheben. Ausländische Investoren könnten dagegen direkt den ISDS-Mechanismus nutzen. Zwar würden sich nach dem Vorschlag der Kommission ISDS-Verfahren und Prozesse vor nationalen Gerichten gegen dieselbe staatliche Maßnahme teilweise ausschließen. Insbesondere müssen entsprechende laufende nationale Schadensersatzklagen vor Anrufung des Investment Tribunal zurückgenommen werden und können auch nachträglich nicht mehr erhoben werden (Art. 8.22 Abs. 1 (f) u. (g)). Dies führt aber dazu, dass die Anrufung staatlicher Gerichte durch die Investoren sogar noch unwahrscheinlicher wird, weil sie ihnen den Weg zum attraktiveren ISDS versperrt. Zudem scheint es, dass der Ausschluss sich nur auf Schadensersatzklagen bezieht. Vor, nach und während des ISDS-Verfahrens wären dann zusätzliche Klagen zur Aufhebung der betreffenden Maßnahme vor staatlichen Gerichten weiterhin möglich.

Nur teilweise. Ausländische Investoren könnten die (Schieds)richter ihres Falles nicht mehr auswählen, denn diese würden nach dem Zufallsprinzip aus einer Gruppe fest bestellter „Mitglieder des Tribunals“ ausgewählt. Dennoch sind die Investoren immer noch die einzigen, die Klage erheben können. Die Mitglieder des Tribunals haben wie bisher ein erhebliches finanzielles Interesse an neuen Klagefällen, denn ihre Honorare sollen zunächst weiterhin ganz überwiegend pro Fall bemessen werden (bis auf eine voraussichtlich relativ geringe Entschädigung für ihre grundsätzliche Bereitschaft, siehe Art. 8.27 Abs. 12 u. 14). Also bleibt der finanzielle Anreiz für die Mitglieder des Tribunals, Investoren zu weiteren Klagen zu ermuntern, indem sie Investitionsschutzregeln expansiv auslegen und ihnen entsprechende Schadenssummen zusprechen.

ISDS-Kritikpunkte

ISDS-Schiedsstellen haben freie Hand – sie brauchen sich nicht an Präzedenzfällen zu orientieren und unterliegen keiner substantiellen Kontrolle.

Es gibt **keine Notwendigkeit für ISDS**. Der vorhandene Schutz des Eigentums und von Investitionen ist stark, die bestehenden Rechtssysteme funktionieren zuverlässig. Dies gilt besonders für Industriestaaten wie die EU, Kanada – und die USA.

ISDS-Schiedsrichter werden danach bezahlt, wie lange sie an einem Fall arbeiten, das schafft einen Anreiz, Prozesse in die Länge zu ziehen - auf Kosten der Steuerzahler/innen.

Schafft CETA hier Abhilfe?

Teilweise. Perspektivisch soll eine neue Berufungsinstanz aufgebaut werden (mit breiteren Anfechtungsmöglichkeiten als bei den Aufhebungsverfahren existierender ISDS Verträge, vgl. Art. 8.28). Die Schiedsrichter wären aber weiterhin nicht an Präzedenzfälle gebunden – weder im Ausgangsverfahren noch in der Berufungsinstanz. Nur wenn das „CETA Joint Committee“ nach eigenem Ermessen eine bindende Interpretation des Vertrages herausgibt, wäre diese verbindlich (Art. 8.31 Abs. 3).

Teilweise. CETA sieht vor, dass die Mitglieder des Tribunals nicht über einen Fall entscheiden dürften, wenn dabei ein Interessenskonflikt entstünde. Zudem dürften sie sich in anderen ISDS-Fällen nicht mehr als Anwälte oder von den Streitparteien benannte Sachverständige und Zeugen betätigen (Art. 8.30 Abs. 1). Sie dürfen aber grundsätzlich weiterhin als Schiedsrichter in anderen Schiedssystemen tätig sein. Dadurch dürften alle strukturellen Anreize für investorenfreundliche Entscheidungen aus diesen Systemen indirekt auch hier wieder Einzug halten. Auch können sie weiter wie derzeit verbreitet als Unternehmensanwälte tätig sein, nur eben nicht unmittelbar in einem ISDS-Verfahren. Im Übrigen bleiben die Kriterien für Interessenkonflikte recht vage, lassen viel Entscheidungsspielraum und sind kaum auf die spezifischen Probleme von ISDS zugeschnitten. Das geplante Verfahren zur Rüge von Interessenskonflikten weist immerhin einen leichten Vorteil gegenüber dem nach den (bisher häufig verwendeten) ICSID-Regeln auf: Es soll nicht mehr notwendig sein, die anderen beiden (Schieds)richter des Falles von der Parteilichkeit zu überzeugen, um den dritten aus dem Verfahren auszuschließen. Die Entscheidung obläge dem Präsidenten Internationalen Gerichtshofs (IGH), Art. 8.30 Abs. 2 u. 3. Seine Entscheidung ist soweit ersichtlich nicht anfechtbar. Zusätzlich kann das „CETA Joint Committee“ Mitglieder des Tribunals bei schwerwiegenden ethischen Verstößen gänzlich abberufen (Art. 8.30 Abs. 4).

Nein. Die Mitglieder des Tribunals werden vorläufig weiterhin nach Tagessätzen bezahlt, entsprechend den ICSID-Regeln. Zwar ist vorgesehen, dass die erste Instanz binnen 24 Monaten abgeschlossen sein soll. Aber es steht dem Tribunal frei, diese Frist jederzeit zu überschreiten, solange es nur Gründe dafür nennt (Art. 39 Abs. 7).

ISDS-Kritikpunkte

Die Definition von „Investition“ ist sehr weit. Dies ermöglicht es Unternehmen, Politik im Interesse des Gemeinwohls in vielen Bereichen vor Schiedsgerichten anzugreifen, ohne eine echte ausländische Investition getätigt zu haben.

Die Vorschriften erlauben es **Unternehmen aus anderen Ländern als den Vertragsparteien zu klagen** und sogar **einheimische Unternehmen** können Auslands-Niederlassungen nutzen um ihre eigene Regierung vor einem ISDS-Tribunal zu verklagen.

Investoren können sich mit so genanntem **„treaty shopping“** die Verträge aussuchen, auf deren Grundlage sie ISDS-Klagen erheben. Hierzumüssen ihre Gesellschaften umstrukturieren oder Niederlassungen in anderen Ländern gründen.

Von den ISDS-Klagen **betroffene Dritte haben keine ausreichenden Beteiligungsrechte.**

Schafft CETA hier Abhilfe?

Nein. Die Definition von „Investition“ benutzt dieselbe sehr weit angelegte Sprache bisheriger Investitionsschutzverträge. „Investitionen“ sind danach die unterschiedlichsten Arten von Vermögensgegenständen wie Aktien, Genussrechte, Ansprüche und sogar Konzessionen und geistige Eigentumsrechte (Art. 8.1).

Kaum. CETA verlangt, dass der Investor eine „substanzielle wirtschaftliche Tätigkeit“ im anderen Vertragsstaat nachweist (Art. 8.1). Dies stellt jedoch nur eine minimale Bedingung dar, die reine Briefkastenfirmen ausschließen soll. Gerade multinationale Konzerne umgehen sie in der Praxis mühelos durch geschickte Unternehmensstrukturierung.

Kaum. Auch insofern enthält CETA nur das soeben genannte Erfordernis der „substanziellen wirtschaftlichen Tätigkeit“ im jeweiligen Herkunftsstaat. Der Vorschlag für TTIP hatte immerhin noch klargestellt, dass eine Klage nicht zuzulassen ist, wenn feststeht, dass der Kläger eine Investition nur zum Zweck der Klage erworben hat (dort Abschnitt 3 Art. 15). Einen solchen Fall könnte man unter CETA höchstens als „Missbrauch des Verfahrens“ vom Klagerecht ausnehmen (Art. 8.18 Abs. 3), wobei dem Tribunal ein erheblicher Auslegungsspielraum zukommt und der beklagte Staat vor erheblichen Beweisschwierigkeiten stehen dürfte.

Nur teilweise. CETA bietet Betroffenen nur den Weg schriftlicher Eingaben als sogenannter amicus curiae, der eine äußerst schwache Verfahrensposition mit sich bringt (Art. 8.31 in Verbindung mit Art. 4 der UNCITRAL Transparency Rules). Es steht dem Tribunal danach etwa völlig frei, inwiefern es die Argumente eines amicus überhaupt berücksichtigt.

Der letzte Vorschlag der KOM für TTIP sah wenigstens noch ein neues Interventionsrecht für alle mit einem „direkten Interesse“ am Ausgang des Verfahrens vor, wobei der Umfang dieses Rechts aber relativ unklar blieb (dort Abschnitt 3 Art. 23).