



Ausarbeitung

Kapitel 8 und 21 des CETA-Abkommens Regulierungszusammenarbeit und Investitionsschutz

Kapitel 8 und 21 des CETA-Abkommens

Regulierungszusammenarbeit und Investitionsschutz

Aktenzeichen: PE 6 - 3000 - 127/16
Abschluss der Arbeit: 29.8.2016
Fachbereich: PE 6: Fachbereich Europa

Die Arbeiten des Fachbereichs Europa geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Arbeiten des Fachbereichs Europa geben nur den zum Zeitpunkt der Erstellung des Textes aktuellen Stand wieder und stellen eine individuelle Auftragsarbeit für einen Abgeordneten des Bundestages dar. Die Arbeiten können der Geheimschutzordnung des Bundestages unterliegen, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab der Fachbereichsleitung anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen. Diese Ausarbeitung dient lediglich der bundestagsinternen Unterrichtung, von einer Weiterleitung an externe Stellen ist abzusehen.

Inhaltsverzeichnis

1.	Einleitung	5
2.	Regulierungszusammenarbeit	5
2.1.	Vorgaben des CETA	5
2.1.1.	Zusammenarbeit der Vertragsparteien	5
2.1.2.	Gegenseitige Anerkennung von Standards	5
2.1.3.	Zuständige Vertragsgremien	6
2.2.	Vergleichbarkeit mit anderen Freihandelsabkommen	6
2.2.1.	Zusammenarbeit der Vertragsparteien	7
2.2.2.	Gegenseitige Anerkennung	7
2.3.	Fazit zur Regulierungszusammenarbeit nach CETA	9
3.	Investitionsschutz	9
3.1.	Problemkonstellation: <i>right to regulate</i> und Investitionsschutz	9
3.2.	Ausgestaltung des Investitionsschutzes in bisherigen Abkommen	10
3.2.1.	<i>Fair and Equitable Treatment</i> / Gerechte und billige Behandlung	10
3.2.2.	<i>Legitimate Expectations</i> / Legitime Erwartungen	11
3.2.2.1.	Erfordernis eines besonderen Vertrauenstatbestands	12
3.2.2.2.	Verhältnismäßigkeitsprüfung	12
3.2.2.3.	Zwischenergebnis zu den legitimen Erwartungen	13
3.2.3.	Enteignungsschutz	13
3.2.3.1.	Direkte und indirekte Enteignung	13
3.2.3.2.	Abgrenzung indirekter Enteignung von entschädigungsfreier regulatorischer Maßnahme	14
3.2.3.2.1.	Der <i>sole effects</i> -Ansatz	14
3.2.3.2.2.	Der <i>police powers</i> -Ansatz	15
3.2.3.3.	Rechtsfolgen direkter und indirekter Enteignung	16
3.2.3.4.	Unterschiede zwischen Enteignung und Verletzung des FET-Standards	17
3.2.3.5.	Zwischenergebnis zum Enteignungsschutz	17
3.2.4.	Fazit zum Investitionsschutz in bisherigen Abkommen	17
3.3.	Der FET-Standard in CETA	18
3.3.1.	Ausgestaltung des FET-Standards in CETA	18
3.3.2.	Auslegung des FET-Standards durch die CETA-Vertragsparteien	19
3.3.3.	Zwischenergebnis zum FET-Standard	19
3.4.	Die Rolle legitimer Erwartungen in CETA	20
3.4.1.	Kein eigener Tatbestand	20
3.4.2.	Ermessen bei der Berücksichtigung legitimer Erwartungen	21
3.4.3.	Das Merkmal „ <i>spezifische Erklärung</i> “	21
3.4.4.	Zwischenergebnis zu den legitimen Erwartungen	22
3.5.	Enteignungsschutz in CETA	23
3.5.1.	Definition der Enteignung in CETA	23
3.5.2.	Die Rechtsfolgen einer Enteignung in CETA	24
3.5.3.	Zwischenergebnis zum Enteignungsschutz	25
3.6.	Das <i>right to regulate</i> in CETA	25

3.6.1.	Die Formulierung des <i>right to regulate</i> im Vertragstext	25
3.6.2.	Bedeutung des <i>right to regulate</i> nach dem Wortlaut	26
3.6.3.	Bedeutung des <i>right to regulate</i> unter systematischen Gesichtspunkten	27
3.6.4.	Das <i>right to regulate</i> in Bezug auf den FET-Standard	28
3.6.5.	Das <i>right to regulate</i> in Bezug auf den Enteignungsschutz	29
3.6.6.	Zwischenergebnis zum <i>right to regulate</i>	29
3.7.	Fazit zum Verhältnis des <i>right to regulate</i> zum Investitionsschutz in CETA	30

1. Einleitung

Die nachfolgende Ausarbeitung gibt einen Überblick über die in der Öffentlichkeit stark diskutierte Kapitel zum Investitionsschutz und der Regulierungszusammenarbeit des CETA-Abkommens. Die Vorgaben des CETA für diese Bereiche werden dargestellt und ein Überblick über die Bewertungen dieser Vorgaben in der Literatur und der öffentlichen Diskussion gegeben.

2. Regulierungszusammenarbeit

Die Vorgaben zur Regulierungszusammenarbeit finden sich in Kapitel 21 des CETA. Weitere Vorgaben für diesen Bereich finden sich laut Art. 21.1 zudem in den Kapiteln über die Zusammenarbeit in den speziellen Bereichen der gesundheitspolizeilichen und pflanzenschutzrechtlichen Maßnahmen (SPS), im Bereich der technischen Handelshemmnisse (TBT), im Kapitel zum grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr und in den Abschnitten zu Umwelt, Arbeit und nachhaltiger Entwicklung.

2.1. Vorgaben des CETA

Art. 21.2 benennt die Grundsätze der Regulierungszusammenarbeit im Rahmen von CETA. Dazu gehört nach Art. 21.2 Abs. 6, dass die Vertragsparteien die Aufgaben der Regulierungszusammenarbeit auf freiwilliger Basis in Angriff nehmen können. Die Vertragsparteien werden in Kapitel 21 nicht auf konkrete Maßnahmen der Regulierungszusammenarbeit verpflichtet, sondern nur allgemein dazu, die Regulierungszusammenarbeit weiterzuentwickeln (Art. 21.2 Abs. 4). Art. 21.4 benennt beispielhaft die möglichen Tätigkeiten der Vertragsparteien, die im Rahmen der Regulierungszusammenarbeit ergriffen werden können.

2.1.1. Zusammenarbeit der Vertragsparteien

Regelungen und Standards werden nach dem CETA-Abkommen weiterhin durch die nationalen Gesetzgeber gesetzt. Die Vertragsparteien tauschen sich jedoch stärker als bisher über die Rechtsetzung in Bereichen aus, die den Handel betreffen. Die Zusammenarbeit soll nach Art. 21.2 Abs. 4 und 5 u.a. durch die Teilnahme an laufenden bilateralen Diskussionen, Informationsaustausch, die Prüfung von Chancen zur Minimierung unnötiger Regelungsunterschiede, Zusammenarbeit in Fragen der Ausarbeitung, Annahme und Durchführung internationaler Regelungen, einen Vergleich der Datenerhebungspraxis und der Analysemaßnahmen und -methoden, die Konzertierung der Forschungsplanung und die Ermittlung eines geeigneten Ansatzes zur Verringerung der negativen Auswirkungen bestehender Regelungsunterschiede, beispielsweise durch gegenseitige Anerkennung, erfolgen. Der Schwerpunkt dieser Tätigkeiten, die hier nicht abschließend aufgezählt worden sind, liegt auf einem Informationsaustausch der Vertragsparteien, einem Vergleich ihrer Vorgehensweisen und der Prüfung von Annäherungsmöglichkeiten. Auch enthalten viele Regelungen im Kapitel zur Regulierungszusammenarbeit wie auch in den Kapiteln zu TBT- oder SPS-Maßnahmen keine Verpflichtung der Vertragsparteien zu konkreten Maßnahmen.

2.1.2. Gegenseitige Anerkennung von Standards

Die gegenseitige Anerkennung von Standards wird im Kapitel zur Regulierungszusammenarbeit in Art. 21.4 lit. r als Möglichkeit eines geeigneten Ansatzes zur Verringerung unnötiger bestehen-

der Regelungsunterschiede zwischen den Vertragsparteien erwähnt. Art. 5.6 Abs. 1 des SPS-Kapitels regelt diese Kooperationsmöglichkeit für den Bereich der gesundheitspolizeilichen und pflanzenschutzrechtlichen Maßnahmen. Art. 4.4 Abs. 2 des TBT-Kapitels benennt die Möglichkeiten der Vertragsstaaten, gegenseitig eine Anerkennung ihrer technischen Regulierungen zu beantragen („Eine Vertragspartei, die eine technische Vorschrift ausgearbeitet hat, die sie für gleichwertig mit einer – vergleichbare Ziele und einen vergleichbaren Produktbezug aufweisenden – technischen Vorschrift der anderen Vertragspartei hält, kann darum ersuchen, dass die andere Vertragspartei die technische Vorschrift als gleichwertig anerkennt. Die Vertragspartei legt das Ersuchen schriftlich vor und begründet im Einzelnen, auch in Bezug auf den Produktbezug, weshalb die technische Vorschrift als gleichwertig angesehen werden sollte. Die Vertragspartei, die nicht der Auffassung ist, dass die technische Vorschrift gleichwertig ist, nennt der anderen Vertragspartei auf Verlangen die Gründe für ihre Entscheidung.“). Nur in Art. 5.6 Abs. 1 des SPS-Kapitels ist die gegenseitige Anerkennung verpflichtend vorgegeben („Die Einfuhrvertragspartei erkennt die SPS-Maßnahme der Ausfuhrvertragspartei als gleichwertig an, [...]“). Sie steht jedoch unter dem Vorbehalt, dass die Vorschriften des exportierenden Staates dem Schutzniveau des importierenden Staates entsprechen („[...] wenn die Ausfuhrvertragspartei objektiv nachweist, dass mit ihrer Maßnahme das angemessene SPS-Schutzniveau der Einfuhrvertragspartei erreicht wird.“).

2.1.3. Zuständige Vertragsgremien

Zur Umsetzung des CETA-Abkommens soll die Einrichtung des sog. gemischten CETA-Ausschuss dienen, der gemäß Art. 26.1 Abs. 3 für alle Fragen zuständig ist, welche die Handels- und Investitionstätigkeit zwischen den Vertragsparteien und die Umsetzung und Anwendung des CETA betreffen. Der gemischte CETA-Ausschuss ist nicht gesondert für die Regulierungszusammenarbeit verantwortlich. In den Bereich seiner Kompetenzen fällt allerdings auch die Möglichkeit, Vorschläge für eine Expansion des Handels und der Investitionen zwischen den Vertragsparteien, wie sie das CETA-Abkommen vorsieht, auszuarbeiten. Dies müsste wohl auch die Möglichkeit, Vorschläge im Bereich der Regulierungszusammenarbeit zu erarbeiten, umfassen.

Grundsätzlich werden für die einzelnen Sachgebiete des CETA-Abkommens sog. Unterausschüsse gebildet. Im Fall der Regulierungszusammenarbeit ist dieser Unterausschuss das Forum für die Zusammenarbeit in Regulierungsfragen, welches die Regulierungszusammenarbeit zwischen den Vertragsparteien erleichtern und fördern soll. Das Forum soll dafür eine Plattform bieten, auf der die Vertragsparteien regelungspolitische Fragen erörtern können, es soll Regulierungsstellen der Vertragsparteien darin unterstützen, Partner für Kooperationstätigkeiten zu finden, Regelungsvorhaben prüfen, aus denen sich nach Auffassung einer Vertragspartei Zusammenarbeitsmöglichkeiten ergeben können, und den Ausbau bilateraler Kooperationstätigkeiten fördern. Das Forum kann nach den Vorgaben des Kapitels 21 keine für die Vertragsparteien verbindliche Regelungen treffen, es hat vielmehr eine Unterstützungsfunktion.

2.2. Vergleichbarkeit mit anderen Freihandelsabkommen

Die Vorgaben zur Regulierungszusammenarbeit in CETA sind umfassender als die Vorgaben der meisten anderen Abkommen in diesem Bereich. Insbesondere die älteren Abkommen der EU mit Südafrika, Mexiko und Chile enthalten diesbezüglich kaum Vorgaben. Die jüngeren Abkommen mit Korea, Zentralamerika, Kolumbien und Peru sowie Singapur enthalten hingegen Kapitel zur Harmonisierung von Vorschriften, die technische Handelshemmnissen darstellen (TBT), und von

Maßnahmen im Bereich des Gesundheits- und Pflanzenschutzes (SPS). Da das Kapitel 21 des CETA-Abkommens jedoch keine Harmonisierung durch gemeinsame Normsetzung oder die gegenseitige Anerkennung von Handelsregulierungen verpflichtend vorschreibt, sondern diese höchstens anregt, geht CETA nicht deutlich über die bisherigen Abkommen hinaus.

2.2.1. Zusammenarbeit der Vertragsparteien

In Bezug auf den Informationsaustausch zu nationalen Gesetzesvorhaben, welche Auswirkungen auf den Handel haben können, ist der Austausch zwischen den Vertragsstaaten im CETA-Abkommen detaillierter geregelt als in den anderen bilateralen Abkommen. So tauschen die Vertragsparteien gemäß Art. 21.7 über das Forum für die Zusammenarbeit in Regulierungsfragen regelmäßig Informationen über laufende oder geplante regulatorische Projekte in ihren Verantwortungsbereichen aus. Die anderen Abkommen, wie z.B. das Abkommen mit Korea in Art. 4.3 des TBT-Kapitels¹ und Art. 75 Abs. 1 lit. b) des Abkommens mit Peru und Kolumbien² bzw. Art. 134 lit. b) des Abkommens mit Zentralamerika³, sehen zwar auch einen Informationsaustausch vor. Es wird aber nicht vorgegeben, dass dieser Informationsaustausch regelmäßig zu erfolgen hat. Auch der Austausch nichtöffentlicher Informationen, vorausgesetzt, die geltenden Vorschriften der informierenden Vertragspartei erlauben es, wird allein in CETA (Art. 21.4 lit. c) vorgesehen.

Die verschiedenen Maßnahmen bzw. Kooperationsaktivitäten, die der Weiterentwicklung der Regulierungszusammenarbeit dienen, unterscheiden sich also bei den einzelnen Abkommen. Grundsätzlich enthalten aber alle Abkommen, auch CETA, keine diesbezüglichen Handlungspflichten der Vertragsparteien, sondern nur beispielhafte Aufzählungen von Kooperationsaktivitäten. Die Vertragsparteien verpflichten sich, die Regulierungszusammenarbeit zu fördern, es wird aber nicht konkret festgelegt, welche Maßnahmen in welchem Umfang und Zeitraum zu ergreifen sind. Nach Art. 21.2 Abs. 6 CETA sind die Vertragsparteien nicht verpflichtet, sich an einer bestimmten Tätigkeit auf dem Gebiet der Regulierungszusammenarbeit zu beteiligen. Ähnliches gilt für die Vorgaben zur regulatorischen Kooperation in den bereits ratifizierten Freihandelsabkommen der EU. Aufgrund dieser Unverbindlichkeit der Vertragsvorgaben sind die einzelnen Unterschiede zwischen den in den Verträgen benannten Kooperationsaktivitäten nach hiesiger Ansicht von geringer Bedeutung.

2.2.2. Gegenseitige Anerkennung

Die Vorgaben zur gegenseitigen Anerkennung in Art. 5.6 Abs. 1 des SPS-Kapitels in CETA gehen über die Vorgaben der meisten anderen bilateralen Handelsabkommen hinaus. Die Abkommen

¹ Freihandelsabkommen zwischen der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Republik Korea andererseits, ABl. 2011 L, 127/6, abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2011:127:FULL&from=EN>.

² Handelsübereinkommen zwischen der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten einerseits sowie Kolumbien und Peru andererseits, ABl. 2012 L, 354/3, abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2012:354:FULL&from=DE>.

³ Abkommen zur Gründung einer Assoziation zwischen der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten einerseits und Zentralamerika andererseits, ABl. 2012 L, 346/3, abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2012:346:FULL&from=DE>.

mit Südafrika, Mexiko und Chile enthalten diesbezüglich keine Vorgaben. Die Abkommen mit Korea, Peru und Kolumbien sowie Zentralamerika sehen hingegen Maßnahmen vor, die zu einer gegenseitigen Anerkennung führen sollen. Diese Maßnahmen, wie z.B. ein Informationsaustausch über Konformitätsbewertungsverfahren (Art. 4.6 Abs. 2 des TBT-Kapitels im Abkommen mit Korea)⁴ oder die Erarbeitung diesbezüglicher Vorschläge der durch das Abkommen geschaffenen Gremien (Art. 95 des SPS-Kapitels im Abkommen mit Peru und Kolumbien⁵ und Art. 150 des Abkommens mit Zentralamerika⁶), sind weniger weitgehend als die Vorgaben des CETA-Abkommens. Art. 5.6 Abs. 1 CETA gibt vor, dass die Vertragsparteien Standards der Gegenseite als gleichwertig anerkennen, wenn diese ihrem Schutzniveau entsprechen. Insoweit reicht CETA einen Schritt weiter als die anderen bilateralen Abkommen, welche Vorstufen auf dem Weg zu einer gegenseitigen Anerkennung sind, anstatt die Möglichkeit der Anerkennung selbst zu regeln.

Allein der Entwurf für ein Freihandelsabkommen mit Singapur enthält in Art. 5.14 Abs. 5 des SPS Kapitels („*The Parties may recognise equivalence of an individual measure and/or groups of measures and/or system.*“)⁷ ähnliche Vorgaben wie das CETA-Kapitel zu SPS-Maßnahmen in Art. 5.6 („*Die Einfuhrvertragspartei erkennt die SPS-Maßnahme der Ausfuhrvertragspartei als gleichwertig an, wenn [...].*“). Allerdings enthält das Singapurabkommen eine Ermessensbestimmung („*may*“ – kann). Weder das CETA-Abkommen noch das Freihandelsabkommen mit Singapur gibt die Anerkennung abschließend vor. Die Entscheidung über die Anerkennung verbleibt bei den Vertragsstaaten, die auch nach den Vorgaben des CETA eine Anerkennung verweigern können, wenn die Regelung des Exportstaates ihrem Schutzniveau nicht entspricht.

Art. 5.6 Abs. 1 CETA entspricht dem Art. 4 Abs. 1 des SPS-Abkommens der WTO („*Die Mitglieder erkennen gesundheitspolizeiliche oder pflanzenschutzrechtliche Maßnahmen anderer Mitglieder als gleichwertig an, selbst wenn sich diese Maßnahmen von ihren eigenen oder von denen anderer mit der gleichen Ware handelnder Mitglieder unterscheiden, wenn das Ausfuhrmitglied dem Einfuhrmitglied objektiv nachweist, daß seine Maßnahmen das von dem Einfuhrmitglied als angemessen betrachtete gesundheitspolizeiliche oder pflanzenschutzrechtliche Schutzniveau erreichen.*“)⁸.

⁴ Freihandelsabkommen zwischen der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Republik Korea andererseits, ABl. 2011 L, 127/6, abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2011:127:FULL&from=EN>.

⁵ Handelsübereinkommen zwischen der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten einerseits sowie Kolumbien und Peru andererseits, ABl. 2012 L, 354/3, abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2012:354:FULL&from=DE>.

⁶ Abkommen zur Gründung einer Assoziation zwischen der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten einerseits und Zentralamerika andererseits, ABl. 2012 L, 346/3, abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2012:346:FULL&from=DE>.

⁷ EU-Singapore, Free Trade Agreement, Stand: Mai 2015, abrufbar unter <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=961>.

⁸ Die multilaterale Verhandlungen der Uruguay-Runde (1986- 1994), Übereinkommen über die Anwendung gesundheitspolizeilicher und pflanzenschutzrechtlicher Maßnahmen, ABl. 1994, L 336/40, abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=OJ:L:1994:336:FULL&from=DE>.

2.3. Fazit

Die Normen zur Regulierungszusammenarbeit in CETA schreiben in der Regel keine gemeinsame Rechtsetzung oder die Anerkennung unterschiedlicher Standards durch die Vertragspartner vor, sie enthalten stattdessen Verfahrensvorschriften, die zu einer Harmonisierungsentwicklung beitragen sollen, ohne diese verpflichtend vorzugeben. Nach Art. 21.2 Abs. 4 CETA verpflichten sich die Vertragsparteien, ihre Regulierungszusammenarbeit weiterzuentwickeln, ohne dabei aber die Fähigkeit einer jeden Vertragspartei, ihre regulatorischen Aktivitäten durchzuführen, einzuschränken. Ob und inwieweit eine Pflicht der Vertragsparteien besteht, in Regulierungsfragen zusammenzuarbeiten, kann nicht abschließend beantwortet werden. Einerseits besagt CETA ausdrücklich in Art. 21.2 Abs. 6, dass keine Vertragspartei verpflichtet ist, irgendwelche bestimmten regulatorischen Kooperationsaktivitäten einzugehen. Bei einer Verweigerung der Zusammenarbeit muss die Vertragspartei aber der anderen Vertragspartei eine Begründung dafür geben. In einem Gutachten zum CETA-Abkommen von Stoll/Holterhus/Gött ist deswegen ein „*politischer Rechtfertigungsdruck*“ festgestellt worden.⁹

3. Investitionsschutz

Der Investitionsschutz ist in Kapitel 8 von CETA geregelt. Das Kapitel enthält Vorgaben zum materiellen Schutz von Investitionen und regelt die prozessuale Durchsetzung dieses Schutzes über ein Investitionsgericht. Nach Art. 8.18 Abs. 1 CETA i.V.m. Art. 8.18 Abs. 5 CETA können sich Investoren vor dem Investitionsgericht nur auf die Verletzung von Rechten aus Kapitel 8 Abschnitt C und Abschnitt D berufen. In diesen Abschnitten sind unter anderem die Grundsätze der Inländergleichbehandlung und der Meistbegünstigung, das *fair and equitable treatment* und der Schutz vor Enteignung als wichtigste Investitionsschutzrechte geregelt. Die Aufnahme dieser Rechte in ein Investitionsschutzabkommen entspricht der bisherigen völkerrechtlichen Praxis.

3.1. Problemkonstellation: *right to regulate* und Investitionsschutz

Der Investitionsschutz kann sich auf alle hoheitlichen Maßnahmen der Exekutive, Legislative und Judikative beziehen.¹⁰ Inhaltlich können sich die Investoren bei ihren Klagen gegen regulatorische Maßnahmen insbesondere auf zwei Klagegründe stützen: den Schutz vor direkter und indirekter Enteignung sowie den Grundsatz gerechter und billiger Behandlung, das *fair and equitable treatment* (FET). Beide Investitionsschutzrechte, Enteignungsschutz und der Anspruch auf gerechte und billige Behandlung, sind auch in CETA enthalten und können von Investoren gel-

⁹ Stoll/Holterhus/Gött, Die geplante Regulierungszusammenarbeit zwischen der EU und Kanada sowie den USA nach den Entwürfen von CETA und TTIP, - Rechtsgutachten, S. 6, abrufbar unter http://media.arbeiterkammer.at/wien/PDF/studien/Regulierungszusammenarbeit_ttip_ceta.pdf.

¹⁰ Gramlich/Conen, Streitbeilegung bei Auslandsinvestitionen – „guter“ Rechtsschutz für (private) Investoren, SchiedsVZ 2015, S. 225 (230 f.).

tend gemacht werden. Auf andere Investitionsschutzrechte, z.B. den Grundsatz der Inländergleichbehandlung oder das Meistbegünstigungsprinzip, die in der Debatte um das *right to regulate* eine geringere Rolle spielen, wird in dieser Ausarbeitung nur am Rande eingegangen.¹¹

Es besteht bei Kritikern des Investitionsschutzes die Befürchtung, dass das Prinzip des FET die gesetzgeberische Freiheit und die staatliche Handlungsfähigkeit (das *right to regulate*) einschränkt,¹² indem Staaten aus Angst vor Investitionsschutzklagen vor Änderungen zurückschrecken und ihre Rechtslage unverändert lassen.¹³ Ein Investor kann zwar einem Staat nicht verbieten, Gesetze zu erlassen, möglicherweise kann aber die Änderung der Rechtslage als Verletzung des FET-Standards qualifiziert werden und damit Grund für eine Investitionsschutzklage sein. Im Bereich des Enteignungsschutzes erheben Kritiker ähnliche Bedenken wie beim FET-Standard, der betroffene Staat könnte vor regulatorischen Maßnahmen, die möglicherweise enteignend in Investorenrechte eingreifen, aus Furcht vor Investitionsschutzklagen zurückschrecken.¹⁴

3.2. Ausgestaltung des Investitionsschutzes in bisherigen Abkommen

3.2.1. *Fair and Equitable Treatment* / Gerechte und billige Behandlung

Der FET-Standard zählt zu den bedeutendsten Schutzstandards für Investoren, die sich in Investor-Staat-Schiedsverfahren häufig darauf berufen.¹⁵ Der Begriff FET ist ein offener Rechtsbegriff, dessen Inhalt auslegungsbedürftig ist. In Investitionsschutzabkommen gibt es verschiedene Arten, den FET-Standard festzulegen. Möglich ist es, in FET-Klauseln auf bestehendes Völkerrecht zu verweisen oder eine Art selbständigen FET-Begriff im jeweiligen Abkommen festzulegen.¹⁶ Den bisherigen Investitionsschutzabkommen ist im Hinblick auf den FET-Standard gemein, dass dieser Standard in den Abkommen selbst gar nicht oder nur unter Bezugnahme auf nicht näher bestimmte Rechtsbegriffe definiert worden ist.

¹¹ Vgl. zu den oft geltend gemachten Klagegründen auch *Wagner*, Warum sind Investor-Staat-Schiedsverfahren (ISDS) gefährlich?, 28. Januar 2015, S. 2, abrufbar unter: <https://www.mehr-demokratie.de/fileadmin/pdf/isds-faq.pdf>.

¹² *Ernst*, „Fair and equitable treatment“ im CETA – Innovation im Spannungsverhältnis zwischen Investor und Staat, KritV 2015, S. 406 (407).

¹³ Z.B. *Wagner*, Warum sind Investor-Staat-Schiedsverfahren (ISDS) gefährlich?, 28. Januar 2015, S. 3 f., abrufbar unter: <https://www.mehr-demokratie.de/fileadmin/pdf/isds-faq.pdf>; *Europäische Initiative gegen TTIP und CETA*, URL: <https://stop-ttip.org/de/wo-liegt-das-problem/faq/>.

¹⁴ *Steinbach*, Investor-Staat-Schiedsverfahren und Verfassungsrecht, RabelsZ 2016, S. 1 (7 f.).

¹⁵ Vgl. *Schernbeck*, Der Fair and Equitable Treatment Standard in internationalen Investitionsschutzabkommen, 2012, S. 20.

¹⁶ Dazu ausführlich *Schernbeck*, Der Fair and Equitable Treatment Standard in internationalen Investitionsschutzabkommen, 2012, S. 24 ff.

Schiedsgerichte beziehen sich in ihren Entscheidungen oft auf die Entscheidungen anderer Schiedsgerichte, um die jeweilige FET-Klausel auszulegen.¹⁷ Bei der Analyse von Schiedsgerichtsentscheidungen in der Literatur werden verschiedene Fallgruppen des FET unterschieden. Die Fallgruppen von FET umfassen verfahrensrechtliche und materiell-rechtliche Ansprüche der Investoren. In Verfahrenshinsicht gelten das Verbot der Rechtsversagung in Bezug auf judikatives Handeln und der Anspruch auf ein faires und gerechtes Verfahren bei Maßnahmen der Exekutive. In materiell-rechtlicher Hinsicht gilt u. a. das Gebot des Schutzes legitimer Erwartungen, der *legitimate expectations*.¹⁸

3.2.2. *Legitimate Expectations* / Legitime Erwartungen

Legitime Erwartungen (*legitimate expectations*) sind Bestandteil des FET-Standards. Der Begriff hat sich in der Schiedsrechtsprechung als Unterkategorie des FET-Standards etabliert und spielt auch beim Enteignungsschutz eine Rolle.¹⁹ Da die FET-Standards in Investitionsschutzabkommen nicht definiert sind, fehlt es auch an einer Definition des Begriffs der legitimen Erwartungen.

Legitime Erwartungen können auf mehrere Arten entstehen. Handlungen der Verwaltung, Investor-Staat-Verträge,²⁰ aber auch die bestehende nationale Rechtslage sind als Auslöser legitimer Erwartungen denkbar.²¹ Die Möglichkeit, dass allein die nationale Rechtslage zum Zeitpunkt der Investition legitime Erwartungen begründet, könnte regulatorische Maßnahmen als begründungsbedürftigen Eingriff in diese legitimen Erwartungen erscheinen lassen. In der Schiedsgerichtspraxis ist versucht worden, einschränkende Elemente für das Konzept der legitimen Erwartungen zu entwickeln.²² Diese lassen sich in zwei Ansätze unterteilen.

¹⁷ Vgl. *Schernbeck*, Der Fair and Equitable Treatment Standard in internationalen Investitionsschutzabkommen, 2012, S. 48.

¹⁸ Vgl. zu diesen Fallgruppen *Schernbeck*, Der Fair and Equitable Treatment Standard in internationalen Investitionsschutzabkommen, 2012, S. 49.

¹⁹ *Schernbeck*, Der Fair and Equitable Treatment Standard in internationalen Investitionsschutzabkommen, 2012, S. 49. Ausführlich zum Verhältnis und der Entwicklung FET – legitime Erwartungen: *Potestà*, Legitimate Expectations in Investment Treaty Law: Understanding the Roots and the Limits of a Controversial Concept, ICSID Review 28-1 (2013), S. 88 (98 ff.).

²⁰ Zu diesen beiden Handlungsformen: *Schernbeck*, Der Fair and Equitable Treatment Standard in internationalen Investitionsschutzabkommen, 2012, S. 114 ff.

²¹ Dazu *Schernbeck*, Der Fair and Equitable Treatment Standard in internationalen Investitionsschutzabkommen, 2012, S. 117 ff.

²² *Potestà*, Legitimate Expectations in Investment Treaty Law: Understanding the Roots and the Limits of a Controversial Concept, ICSID Review 28-1 (2013), S. 88 (100).

3.2.2.1. Erfordernis eines besonderen Vertrauenstatbestands

Ein Ansatz verlangt für die Entstehung legitimer Erwartungen einen besonderen Vertrauenstatbestand wie z.B. einen Investor-Staat-Vertrag oder eine behördliche Zusicherung.²³

Im Fall *Charanne BV v. Spain* stellte beispielsweise das zuständige Schiedsgericht im Januar 2016 fest, dass ein Investor keine legitime Erwartung haben kann, dass die zum Zeitpunkt der Investition geltende Rechtslage nicht geändert wird, wenn kein besonderer Vertrauenstatbestand vorliegt. Dieser Schiedsspruch wurde unter dem Energiecharta-Vertrag gefällt. In diesem ist in Art. 10 Abs. 1 geregelt, dass Investoren *fair and equitable treatment* zuteilwerden muss. Der klagende Investor hatte sich gegen die Kürzung von Einspeisevergütungen für Solarstrom gewandt. Die bei der Investitionsentscheidung geltende Rechtslage wurde vom Schiedsgericht nicht als ausreichend für die Begründung legitimer Erwartungen angesehen.²⁴ Mangels einer besonderen Verpflichtungserklärung (im spanischen Original: „*compromiso específico*“) in Form einer Stabilisierungsklausel oder einer sonstigen Erklärung von Spanien, dass die Rechtslage nicht geändert würde, wurde die Klage abgewiesen. Bei diesem Ansatz ist letztlich die umstrittene und offene Frage, wie der Vertrauenstatbestand konkret aussehen muss. Es ist nicht abschließend geklärt, worauf er gegründet werden kann.²⁵

3.2.2.2. Verhältnismäßigkeitsprüfung

Nach einer anderen Ansicht in der jüngeren Schiedsgerichtspraxis schützen die legitimen Erwartungen das Vertrauen in die Rechtslage nur vor Änderungen, deren negative Auswirkungen auf die Investition in einem deutlichen Missverhältnis zu dem mit der Regelung verfolgten Zweck stehen.²⁶ Es wird also eine Verhältnismäßigkeitsprüfung der regulatorischen Maßnahmen vorgenommen. Eine solche Verhältnismäßigkeitsprüfung nimmt den Zweck und die Angemessenheit der regulatorischen Maßnahme in Augenschein. Das Schiedsgericht stellte im Fall *Total S.A. v. Argentina* diese Prüfung wie folgt dar:

[...] The host State's right to regulate domestic matters in the public interest has to be taken into consideration as well.[...] The circumstances and reasons (importance and urgency of the public need pursued) for carrying out a change impacting negatively on a foreign investor's operations on the one hand, and the seriousness of the prejudice caused on the other hand, compared in the light of a standard of reasonableness and proportionality

²³ Vgl. *Schernbeck*, Der Fair and Equitable Treatment Standard in internationalen Investitionsschutzabkommen, 2012, S. 117.

²⁴ *Charanne v. Spain*, SCC Award, Arbitration No: 062/2012, 21. Januar 2016, Rn. 499, abrufbar (auf Englisch [inoffizielle Übersetzung aus dem Spanischen]) unter: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7162.pdf>.

²⁵ *Henckels*, Protecting Regulatory Autonomy through Greater Precision in Investment Treaties: The TPP, CETA, and TTIP, *JIntEconLaw* 2016, S. 27 (38).

²⁶ *Schernbeck*, Der Fair and Equitable Treatment Standard in internationalen Investitionsschutzabkommen, 2012, S. 121.

*are relevant. The determination of a breach of the standard requires, therefore, “a weighing of the Claimant’s reasonable and legitimate expectations on the one hand and the Respondent’s legitimate regulatory interest on the other.”*²⁷

Bei diesem Ansatz werden also die abstrakte Bedeutung und der konkrete Zweck der regulatorischen Maßnahme mit dem beim Investor verursachten Schaden abgewogen,²⁸ um das Investitionsschutzrecht der legitimen Erwartungen zu begrenzen.

3.2.2.3. Zwischenergebnis zu den legitimen Erwartungen

Der Begriff der legitimen Erwartungen wird in Literatur und Schiedsrechtsprechung kontrovers diskutiert. Die Frage, ob allein Gesetze bereits legitime Erwartungen von Investoren begründen können und deren Änderung die legitimen Erwartungen verletzt, ist in der Rechtspraxis nicht abschließend geklärt. Teilweise werden regulatorische Maßnahmen einem Verhältnismäßigkeitstest unterzogen, teilweise wird ein spezifischer Vertrauenstatbestand gefordert, um den Anwendungsbereich des Investitionsschutzrechts der legitimen Erwartungen zu beschränken.

3.2.3. Enteignungsschutz

Vorschriften zu Anforderungen und zum Schutz vor direkter und indirekter Enteignung finden sich regelmäßig in Investitionsschutzabkommen.

3.2.3.1. Direkte und indirekte Enteignung

Direkte Enteignung bedeutet die formelle Entziehung der Nutzungs- und Verfügungsgewalt über eine Sache durch eine hoheitliche Maßnahme.²⁹ Eine derartige Maßnahme stand im Fokus von Enteignungsstreitigkeiten in den 70er und 80er Jahren des 20. Jahrhunderts, während heute die indirekte Enteignung als Streitgegenstand an Bedeutung gewonnen hat.³⁰

Indirekte Enteignungen sind Maßnahmen, die den Wert von Investitionen erheblich schmälern, ohne dem Investor formell das Eigentum zu entziehen.³¹ Investitionsschutzabkommen definieren

²⁷ Total S.A. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/04/01, Decision on Liability, 21. Dezember 2010, Rn. 123, abrufbar (auf Englisch) unter: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0868.pdf>.

²⁸ Schernbeck, Der Fair and Equitable Treatment Standard in internationalen Investitionsschutzabkommen, 2012, S. 121.

²⁹ Krajewski/Ceyssens, Internationaler Investitionsschutz und innerstaatliche Regulierung, AVR 2007, S. 180 (191); Hölken, Legitime Regulierung durch den Staat im Konflikt mit dem Investorenschutz, KSzW 2011, S. 183.

³⁰ Yannaca-Small, “Indirect Expropriation” and the “Right to Regulate” in International Investment Law, in: International Investment Law: A Changing Landscape, 2005, S. 43 (44). Vgl. auch Melo Araujo, The EU Deep Trade Agenda, 2016, S. 125.

³¹ Krajewski/Ceyssens, Internationaler Investitionsschutz und innerstaatliche Regulierung, AVR 2007, S. 180 (191).

regelmäßig nicht, was genau eine indirekte Enteignung konstituiert.³² Die Definition indirekter Enteignung wird deshalb nach Ansicht der Literatur im internationalen Investitionsschutzrecht künftig eine bedeutende Rolle spielen.³³ Besonders die Abgrenzung von indirekter Enteignung und entschädigungsfreier regulatorischer Maßnahme fällt schwer,³⁴ ist aber aufgrund unterschiedlicher Rechtsfolgen – Entschädigungspflicht bei indirekter Enteignung oder Entschädigungsfreiheit bei einer regulatorischen Maßnahme – von enormer Bedeutung.³⁵

3.2.3.2. Abgrenzung indirekter Enteignung von entschädigungsfreier regulatorischer Maßnahme

Bei der Abgrenzung von indirekter Enteignung und entschädigungsfreier regulatorischer Maßnahme, haben sich zwei Ansätze herausgebildet, der *sole effects*-Ansatz und der *police powers*-Ansatz.³⁶

3.2.3.2.1. Der *sole effects*-Ansatz

Der *sole effects*-Ansatz berücksichtigt allein die Auswirkungen einer Maßnahme auf die Investition, nicht dagegen den Regelungszweck der Maßnahme.³⁷ Nach diesem Ansatz muss die indirekte Enteignung von der Intensität des Eingriffs her mit einer direkten Enteignung vergleichbar sein.³⁸ Ein Beispiel für diesen Ansatz stellt die Entscheidung *Metalclad v. Mexico* dar,³⁹ bei dem mit folgenden Worten die Berücksichtigung des Zwecks der regulatorischen Maßnahme ausgeschlossen wurde:

The Tribunal need not decide or consider the motivation or intent of the adoption of the Ecological Decree. Indeed, a finding of expropriation on the basis of the Ecological Decree is not essential to the Tribunal's finding of a violation of NAFTA Article 1110. However,

³² Schöbener/Herbst/Perkams, Internationales Wirtschaftsrecht, 2010, S. 289. Beispiele für Ansätze zur Definition nennt *Yannaca-Small*, "Indirect Expropriation" and the "Right to Regulate" in International Investment Law, in: International Investment Law: A Changing Landscape, 2005, S. 43 (48 f.).

³³ *Yannaca-Small*, "Indirect Expropriation" and the "Right to Regulate" in International Investment Law, in: International Investment Law: A Changing Landscape, 2005, S. 43 (44).

³⁴ *Melo Araujo*, The EU Deep Trade Agenda, 2016, S. 125.

³⁵ Dazu *Yannaca-Small*, "Indirect Expropriation" and the "Right to Regulate" in International Investment Law, in: International Investment Law: A Changing Landscape, 2005, S. 43 (48).

³⁶ *Melo Araujo*, The EU Deep Trade Agenda, 2016, S. 125. Vgl. dazu auch *Hölken*, Legitime Regulierung durch den Staat im Konflikt mit dem Investorenschutz, KSzW 2011, S. 183 (184).

³⁷ *Melo Araujo*, The EU Deep Trade Agenda, 2016, S. 125; *Hölken*, Legitime Regulierung durch den Staat im Konflikt mit dem Investorenschutz, KSzW 2011, S. 183 (185).

³⁸ *Hölken*, Legitime Regulierung durch den Staat im Konflikt mit dem Investorenschutz, KSzW 2011, S. 183 (185).

³⁹ *Melo Araujo*, The EU Deep Trade Agenda, 2016, S. 125.

*the Tribunal considers that the implementation of the Ecological Decree would, in and of itself, constitute an act tantamount to expropriation.*⁴⁰

3.2.3.2.2. Der *police powers*-Ansatz

Der *police powers*-Ansatz bezieht bei der Beurteilung regulatorischer Maßnahmen den Zweck der regulatorischen Maßnahme ein.⁴¹ Dabei sind zwei verschiedene Richtungen zu unterscheiden. Der radikale *police powers*-Ansatz berücksichtigt allein den Zweck der regulatorischen Maßnahme, während die Auswirkungen auf den Investor unberücksichtigt bleiben.⁴² In einem Schiedsspruch heißt es dazu wie folgt:

*But as a matter of general international law, a non-discriminatory regulation for a public purpose, [...] which affects, inter alios, a foreign investor or investment is not deemed expropriatory and compensable unless specific commitments had been given by the regulating government [...] that the government would refrain from such regulation.*⁴³

Der gemäßigte *police powers*-Ansatz geht einen Mittelweg zwischen dem *sole effects*-Ansatz und dem radikalen *police powers*-Ansatz und berücksichtigt in einer Verhältnismäßigkeitsprüfung sowohl den mit der Maßnahme verfolgten Zweck als auch die Beeinträchtigungen des Investors.⁴⁴ Beispielhaft für diesen Ansatz steht folgende Passage in dem Schiedsspruch Tecmed v. Mexiko:

*After establishing that regulatory actions and measures will not be initially excluded from the definition of expropriatory acts, [...], the Arbitral Tribunal will consider, in order to determine if they are to be characterized as expropriatory, whether such actions or measures are proportional to the public interest presumably protected thereby and to the protection legally granted to investments, taking into account that the significance of such impact has a key role upon deciding the proportionality.*⁴⁵

⁴⁰ Metalclad v. Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, 30. August 2000, Rn. 111, abrufbar (auf Englisch) unter: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0510.pdf>.

⁴¹ Melo Araujo, The EU Deep Trade Agenda, 2016, S. 125 f.

⁴² Hölken, Legitime Regulierung durch den Staat im Konflikt mit dem Investorenschutz, KSzW 2011, S. 183 (185). Zustimmend zu diesem Ansatz auch: Krajewski/Ceyssens, Internationaler Investitionsschutz und innerstaatliche Regulierung, AVR 2007, S. 180 (194 f.). Ablehnend zu diesem Ansatz: Kriebaum, Eigentumsschutz im Völkerrecht, 2008, S. 365.

⁴³ Methanex Corporation v. United States of America, UNCITRAL, Final Award, 3. August 2005, Part IV, Chapter D, Rn. 7, abrufbar (auf Englisch) unter: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0529.pdf>.

⁴⁴ Hölken, Legitime Regulierung durch den Staat im Konflikt mit dem Investorenschutz, KSzW 2011, S. 183 (186).

⁴⁵ Tecmed v. Mexico, ICSID Case No. ARB/07/12, 29. Mai 2003, Rn. 122, abrufbar (auf Englisch) unter: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0854.pdf>.

3.2.3.3. Rechtsfolgen direkter und indirekter Enteignung

Enteignungsschutz bedeutet nicht, dass jede Enteignung verboten ist. Für eine rechtmäßige Enteignung müssen nach der herrschenden Rechtspraxis jedoch vier Voraussetzungen erfüllt sein:⁴⁶

- (1) Die Enteignung muss dazu bestimmt sein, dem öffentlichen Interesse zu dienen.
- (2) Die Enteignung darf nicht diskriminierend sein.
- (3) Die Enteignung muss nach rechtsstaatlichen Grundsätzen ablaufen.⁴⁷
- (4) Der Investor muss für die Enteignung entschädigt werden.

Eine Entschädigungszahlung ist also Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit einer Enteignung.⁴⁸ Falls eine Enteignung ohne Entschädigung durchgeführt wird, ist die Enteignung rechtswidrig. Dann besteht ein Anspruch auf Wiederherstellung des Zustands vor der Enteignung⁴⁹ und bei Unmöglichkeit der Wiederherstellung ein Anspruch auf Schadensersatz.⁵⁰ Wird festgestellt, dass eine Maßnahme eine Enteignung darstellt, ist damit also gleichzeitig festgestellt, dass eine Entschädigungspflicht besteht.⁵¹ Diese Entschädigungspflicht muss nach der sogenannten Hull-Formel *prompt, adequate* und *effective* sein.⁵²

Das Erfordernis einer Entschädigung bedeutet für regulatorische Maßnahmen, dass sie in einem Spannungsfeld stehen. Entweder stellen sie keine Enteignung dar und sind entschädigungsfrei oder sie stellen eine (indirekte) Enteignung dar und führen zur vollen Entschädigungspflicht des Staates, selbst wenn hochrangige Allgemeinwohlinteressen verfolgt werden.⁵³ Dieses „*Alles-oder-*

⁴⁶ *Melo Araujo*, The EU Deep Trade Agenda, 2016, S. 124; *Fortier/Drymer*, Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I Know It When I See It, or Caveat Investor, ICSID Review – Foreign Investment Law Journal 2004, S. 293 (295 f.); *Kriebaum*, Eigentumsschutz im Völkerrecht, 2008, S. 216. Art. 1110 Abs. 1 NAFTA enthält z.B. genau diese Voraussetzungen. Abrufbar (auf Englisch) unter: <https://www.nafta-sec-alena.org/Home/Legal-Texts/North-American-Free-Trade-Agreement>.

⁴⁷ Diese Voraussetzung einer rechtmäßigen Enteignung wird abgelehnt von *Schöbener/Herbst/Perkams*, Internationales Wirtschaftsrecht, 2010, S. 237 f. Ob dies zutrifft oder nicht, ist für die vorliegende Fragestellung jedoch irrelevant.

⁴⁸ *Kriebaum*, Eigentumsschutz im Völkerrecht, 2008, S. 216.

⁴⁹ Dazu *Schöbener/Herbst/Perkams*, Internationales Wirtschaftsrecht, 2010, S. 239.

⁵⁰ *Schöbener/Herbst/Perkams*, Internationales Wirtschaftsrecht, 2010, S. 239; *Kriebaum*, Eigentumsschutz im Völkerrecht, 2008, S. 216; *Hölken*, Legitime Regulierung durch den Staat im Konflikt mit dem Investorenschutz, KSzW 2011, S. 183 (188).

⁵¹ *Hölken*, Legitime Regulierung durch den Staat im Konflikt mit dem Investorenschutz, KSzW 2011, S. 183 (187).

⁵² Die Formel ist nach dem amerikanischen Außenminister Hull im Jahr 1938 benannt und findet sich in AJIL Supplement: Official Documents 1938, S. 181 (193).

⁵³ *Hölken*, Legitime Regulierung durch den Staat im Konflikt mit dem Investorenschutz, KSzW 2011, S. 183 (187).

Nichts-System“ führt zu der enormen Bedeutung, die der oben dargestellten Abgrenzung von indirekter Enteignung und entschädigungsfreier regulatorischer Maßnahme zukommt.⁵⁴

3.2.3.4. Unterschiede zwischen Enteignung und Verletzung des FET-Standards

Ein Unterschied zwischen einer Enteignung und der Verletzung des FET-Standards liegt darin, dass eine Enteignung eine Entschädigungspflicht auslöst, während bei Verletzung des FET-Standards ein Anspruch auf Schadensersatz besteht, der den Ausgleich aller Vermögenseinbußen umfasst.⁵⁵ Dieser Unterschied wird aber dadurch begrenzt, dass eine entschädigungslose Enteignung rechtswidrig ist und ebenfalls einen Schadensersatzanspruch auslöst.

In der Schiedsgerichtspraxis werden regelmäßig sowohl eine Verletzung des FET-Standards als auch kumulativ eine rechtswidrige entschädigungslose Enteignung geltend gemacht, sodass sich Schiedsgerichte mit beiden Aspekten zusammen beschäftigen. Die genaue Abgrenzung kann mangels hinreichender Vorklärung durch Literatur und Schiedsgerichte im Rahmen dieses Gutachtens nicht dargestellt werden.

3.2.3.5. Zwischenergebnis zum Enteignungsschutz

In bisherigen Investitionsschutzabkommen bleibt meist offen, was unter indirekter Enteignung zu verstehen ist. Die Abgrenzung zwischen indirekter Enteignung und entschädigungsfreier Maßnahme ist aber wegen der damit verbundenen finanziellen Folgen für den betroffenen Staat von enormer Bedeutung. Die Schiedsgerichtspraxis ist sich bei der Abgrenzung uneinig, hat aber die Auswirkungen einer Maßnahme auf den Investor, den Zweck der Maßnahme und eine Verhältnismäßigkeitsprüfung als mögliche relevante Abgrenzungskriterien entwickelt. Welche Kriterien die jeweiligen Schiedsgerichte dabei konkret verwenden, ist unterschiedlich.

3.2.4. Fazit zum Investitionsschutz in bisherigen Abkommen

Im bisherigen internationalen Investitionsschutz wurden regulatorische Maßnahmen vornehmlich und teilweise auch erfolgreich mit der Begründung angegriffen, diese Maßnahmen würden legitime Erwartungen von Investoren und damit den FET-Standard verletzen oder eine rechtswidrige indirekte Enteignung darstellen. Um das Regulierungsinteresse von Staaten mit dem Schutz von Investoren in Einklang zu bringen, hat die Schiedsgerichtspraxis Ansätze zur Begrenzung dieser beiden Investitionsschutzrechte entwickelt. Ein Ansatz fordert einen besonderen Vertrauenstatbestand zur Begründung legitimer Erwartungen, der über die bloße Rechtslage hinausgeht. Ein anderer Ansatz sieht eine Prüfung des Zwecks und der Verhältnismäßigkeit der regulatorischen Maßnahmen vor, wobei nur unverhältnismäßige Maßnahmen den FET-Standard verletzen. Auch bei der indirekten Enteignung wurde teilweise der Regulierungszweck von Maßnahmen berücksichtigt. Letztlich verbleiben aber aufgrund unterschiedlicher Schiedsgerichtspraxis und fehlender Definitionen in Investitionsschutzabkommen Unsicherheiten bei der Anwendung der Investitionsschutzvorschriften.

⁵⁴ Kriebaum, Eigentumsschutz im Völkerrecht, 2008, S. 216.

⁵⁵ Hölken, Legitime Regulierung durch den Staat im Konflikt mit dem Investorenschutz, KSzW 2011, S. 183 (192).

3.3. Der FET-Standard in CETA

3.3.1. Ausgestaltung des FET-Standards in CETA

Der FET-Standard wird in Art. 8.10 Abs. 1 CETA wie folgt festgelegt:

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.

Zunächst erinnert diese Klausel an andere selbständige FET-Klauseln in Investitionsschutzverträgen. Allerdings wird in Art. 8.10 Abs. 1 CETA auf die Absätze 2 bis 7 von Art. 8.10 CETA verwiesen. Art. 8.10 Abs. 2 CETA enthält eine Liste von Tatbeständen, die einen Verstoß gegen die Verpflichtung zu gerechter und billiger Behandlung darstellen. Dazu zählen

- 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 oder*
- f) *ein [...] Verstoß gegen etwaige weitere von den Vertragsparteien nach Absatz 3 festgelegte Bestandteile der Verpflichtung zur gerechten und billigen Behandlung.*

Im Gegensatz zu den traditionellen FET-Klauseln enthält CETA also eine Liste der Verhaltensweisen, die unter den FET-Standard fallen. Nach Ansicht der Kommission ist diese Liste abschließend, wodurch eine missbräuchlich weite Auslegung der FET-Klausel verhindert werden soll.⁵⁶ Dieses Enumerationsprinzip in CETA ist neuartig. Es findet sich aber auch in den Entwürfen zu TTIP⁵⁷ und dem EU-Singapur-Freihandelsabkommen (EU-Singapore Free Trade Agreement – EUSFTA).⁵⁸ Die UN Welthandels- und Entwicklungskonferenz (UNCTAD) empfahl 2012 zur Vermeidung von Rechtsunsicherheit, FET-Klauseln nicht in Investitionsschutzabkommen aufzunehmen oder beispielsweise mit einem abschließenden Katalog zum Inhalt des FET-Standards mehr Klarheit über den Regelungsinhalt zu schaffen.⁵⁹ CETA wählt letzteren Ansatz.

⁵⁶ *Kommission*, CETA – Summary of the final negotiating results, S. 11, abrufbar (auf Englisch) unter: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/december/tradoc_152982.pdf.

⁵⁷ Art. 3 Abs. 2 TTIP, Vorschlag der Kommission abrufbar (auf Englisch) unter: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc_153807.pdf.

⁵⁸ EU-Singapore Free Trade Agreement, Stand: Mai 2015, abrufbar unter: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=961>.

⁵⁹ UNCTAD, World Investment Report 2012, S. 139, abrufbar (auf Englisch) unter: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2012_embargoed_en.pdf.

3.3.2. Auslegung des FET-Standards durch die CETA-Vertragsparteien

Die CETA-Vertragsparteien haben zwei Möglichkeiten, auf Inhalt und Auslegung der FET-Klausel Einfluss zu nehmen.

Nach Art. 8.10 Abs. 3 CETA i.V.m. Art. 8.10 Abs. 2 lit. f CETA besteht die Möglichkeit, dass die Vertragsparteien über den Gemischten CETA-Ausschuss Elemente des FET-Standards abändern. Die Liste der Fallgruppen in Art. 8.10 Abs. 2 CETA, die eine Verletzung des FET-Standards bedeuten, kann durch die CETA-Vertragsparteien bei Bedarf um neue Tatbestände erweitert werden.⁶⁰ Diese Erweiterungsmöglichkeit ist, nach Ansicht der Literatur, die notwendige und logische Folge des abgeschlossenen Katalogs in Art. 8.10 Abs. 2 CETA, mit welcher der fehlenden Rechtsfortbildungsmöglichkeit des Investitionsgerichts Rechnung getragen werden soll.⁶¹

Eine andere Möglichkeit der Vertragsparteien, auf die FET-Klausel Einfluss zu nehmen, ergibt sich aus Art. 8.31 Abs. 3 CETA. Dieser bestimmt:

Bei ernsthaften Bedenken in Bezug auf Auslegungsfragen, die sich auf Investitionen auswirken können, kann der Ausschuss für Dienstleistungen und Investitionen dem Gemischten CETA-Ausschuss nach Artikel 8.44 Absatz 3 Buchstabe a die Annahme von Auslegungen dieses Abkommens empfehlen. Eine vom Gemischten CETA-Ausschuss angenommene Auslegung ist für das nach diesem Abschnitt errichtete Gericht bindend. [...]

Diese Interpretationshoheit der Vertragsparteien kann auch bei Fehlentwicklungen in der Rechtsprechung des Investitionsgerichts wahrgenommen werden. Die Kommission sieht diese Interpretationsmöglichkeit als weiteren Schutzanker vor einer ausufernden Auslegung der FET-Klausel in der Praxis des Investitionsgerichts.⁶²

3.3.3. Zwischenergebnis zum FET-Standard

Der FET-Standard in CETA geht neue Wege im Vergleich zu bisherigen Investitionsschutzabkommen, indem der Tatbestand des *fair and equitable treatment* im Abkommen selbst definiert wird. Dies stellt nach Auffassung der Kommission – ebenso wie die Möglichkeit der Vertragsparteien, auf die Auslegung der FET-Klausel Einfluss zu nehmen – einen Fortschritt im Vergleich zu bisherigen Investitionsschutzabkommen dar, da der FET-Standard dadurch enger gefasst ist, was die Rechtssicherheit erhöht und Investoren weniger Möglichkeiten zu (rechtsmissbräuchlichen) Investitionsschutzklagen gegen regulatorische Maßnahmen eröffnet.⁶³

⁶⁰ Ernst, „Fair and equitable treatment“ im CETA – Innovation im Spannungsverhältnis zwischen Investor und Staat, KritV 2015, S. 406, (416).

⁶¹ Ernst, „Fair and equitable treatment“ im CETA – Innovation im Spannungsverhältnis zwischen Investor und Staat, KritV 2015, S. 406, (416).

⁶² Kommission, Factsheet on investment protection in CETA, S. 7, abrufbar (auf Englisch) unter: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/november/tradoc_151918.pdf.

⁶³ Vgl. Kommission, Factsheet on investment protection in CETA, S. 2 und 7, abrufbar (auf Englisch) unter: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/november/tradoc_151918.pdf.

3.4. Die Rolle legitimer Erwartungen in CETA

Die Verletzung legitimer Erwartungen ist in Art. 8.10 Abs. 2 CETA nicht als eigener Verletzungstatbestand im Rahmen des FET-Standards aufgeführt. Es findet sich aber in Art. 8.10 Abs. 4 CETA folgende Formulierung:

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.

Diese Klausel gibt unter mehreren Gesichtspunkten Anlass zur näheren Analyse.

3.4.1. Kein eigener Tatbestand

Die Bezugnahme auf die vorhergehende FET-Klausel spricht dafür, dass das Konzept der legitimen Erwartungen nur im Rahmen der in der FET-Klausel genannten Verletzungstatbestände in Art. 8.10 Abs. 2 CETA Anwendung finden kann.⁶⁴ Für diese Annahme spricht auch, dass im EU-Singapur-Freihandelsabkommen (EU-Singapore Free Trade Agreement – EUSFTA)⁶⁵ in Art. 9.4 Abs. 2 EUSFTA die Verletzung legitimer Erwartungen explizit als eigener Verletzungstatbestand aufgeführt wird, während dies in CETA nicht der Fall ist.⁶⁶ Damit weicht CETA von der bisherigen Konzeption ab, den Schutz legitimer Erwartungen als eigenständigen Bestandteil des FET-Standards anzusehen.⁶⁷

In der Literatur wird die Fallgruppe der offensichtlichen Willkür aus Art. 8.10 Abs. 2 lit. c CETA als mögliches Einfallstor für die Anwendung des Schutzkonzepts legitimer Erwartungen angesehen.⁶⁸ In der Literatur wird teilweise die Meinung vertreten, durch die Systematik von CETA verlagere sich das Problem der Auslegung des FET-Standards im Hinblick auf die legitimen Erwartungen lediglich hin zu der Frage nach der Auslegung von offensichtlicher Willkür, sodass das

⁶⁴ Ernst, „Fair and equitable treatment“ im CETA – Innovation im Spannungsverhältnis zwischen Investor und Staat, KritV 2015, S. 406 (421).

⁶⁵ EU-Singapore Free Trade Agreement, Stand: Mai 2015, abrufbar unter: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=961>.

⁶⁶ Escher/Sliskovic, Aktuelle Entwicklungen des Investitionsschutzrechts, RIW 2016, S. 190 (194).

⁶⁷ Escher/Sliskovic, Aktuelle Entwicklungen des Investitionsschutzrechts, RIW 2016, S. 190 (194).

⁶⁸ Ernst, „Fair and equitable treatment“ im CETA – Innovation im Spannungsverhältnis zwischen Investor und Staat, KritV 2015, S. 406 (422 f.); Escher/Sliskovic, Aktuelle Entwicklungen des Investitionsschutzrechts, RIW 2016, S. 190 (194). Escher und Sliskovic besprechen in ihrem Aufsatz das Abkommen TTIP. TTIP enthält aber im Entwurf der Kommission eine fast identische FET-Klausel, sodass die Argumentation auf CETA übertragbar ist.

Ziel einer rechtssicheren Definition des FET-Standards verfehlt werde.⁶⁹ In eine andere Richtung zielt die Kritik, in der neuartigen Regelungstechnik zum FET in CETA liege eine Absenkung des bisherigen Schutzstandards von Investoren, da die Anforderungen an eine Verletzung des FET-Standards erhöht worden seien. So verletze nach CETA nicht allein Willkür, sondern nur offensichtliche Willkür den Grundsatz der gerechten und billigen Behandlung.⁷⁰

3.4.2. Ermessen bei der Berücksichtigung legitimer Erwartungen

Art. 8.10 Abs. 4 CETA legt für den Schutz legitimer Erwartungen fest, dass das Investitionsgericht diese Erwartungen berücksichtigen „kann“. Für das Gericht besteht also Ermessen, ob es die Verletzung legitimer Erwartungen überhaupt berücksichtigt.⁷¹ In der Literatur wird diese Wortwahl zum Teil kritisiert, da hieraus das Verhältnis und die Verbindung zu den Tatbeständen in Art. 8.10 Abs. 2 CETA nicht klar werde und den Gerichten keine Richtschnur für die Art und Weise der Berücksichtigung an die Hand gegeben werde.⁷²

3.4.3. Das Merkmal „spezifische Erklärung“

Art. 8.10 Abs. 4 CETA enthält ein einschränkendes Merkmal für die Begründung einer legitimen Erwartung. Danach muss eine „spezifische Erklärung“ als Grundlage für legitime Erwartungen vorliegen. Auf Englisch wird der Begriff „specific representation“ verwendet. Der Begriff „spezifische Erklärung“ wird in CETA nicht näher definiert. Damit stellen sich dieselben Auslegungsfragen wie bei den bisherigen Ansätzen in der Schiedsgerichtspraxis, die für die Verletzung legitimer Erwartungen einen besonderen Vertrauenstatbestand verlangen.⁷³ Insbesondere stellt sich die Frage, worauf ein Vertrauenstatbestand begründet werden kann.

Der Wortlaut in Art. 8.10 Abs. 4 CETA spricht nach hiesiger Auffassung dagegen, allein die geltende Rechtslage zum Zeitpunkt der Investition als anspruchsbegründenden Vertrauenstatbestand anzusehen. Eine abstrakt-generelle Regelung, wie z.B. ein Gesetz, ist keine „Erklärung“, sondern eine Rechtsregel, die keinen direkten Adressaten kennt. Selbst wenn darin eine Erklärung gesehen werden sollte, spricht die Abstraktheit von Gesetzen dagegen, diese als „spezifische“ Erklärung anzusehen.

Es gibt zwar Stimmen in der Literatur und Schiedssprüche, nach denen bereits die Gesetzgebung, die für bestimmte Investitionsarten z.B. Steuervorteile verspricht, als Grundlage einer legitimen

⁶⁹ Escher/Sliskovic, Aktuelle Entwicklungen des Investitionsschutzrechts, RIW 2016, S. 190 (194); Ernst, „Fair and equitable treatment“ im CETA – Innovation im Spannungsverhältnis zwischen Investor und Staat, KritV 2015, S. 406 (423).

⁷⁰ Escher/Sliskovic, Aktuelle Entwicklungen des Investitionsschutzrechts, RIW 2016, S. 190 (194).

⁷¹ Kriebaum, FET and Expropriation in the (Invisible) EU Model BIT, The Journal of World Investment & Trade 2014, S. 454 (478).

⁷² Ernst, „Fair and equitable treatment“ im CETA – Innovation im Spannungsverhältnis zwischen Investor und Staat, KritV 2015, S. 406 (422).

⁷³ Siehe dazu auch oben 3.2.2.1.

Erwartung im Rahmen von Investitionsschutzabkommen angesehen werden kann.⁷⁴ Allerdings wird von den Vertretern dieser Ansicht eingeräumt, dass konkrete Zusicherungen eines Gaststaates bessere Erfolgchancen vor einem Gericht hätten als die bloße Berufung auf eine veränderte Gesetzeslage.⁷⁵ So wird in anderen Teilen der Schiedsgerichtspraxis das Vertrauen in die geltende Rechtslage als nicht ausreichend für die Begründung eines besonderen Vertrauenstatbestands angesehen.⁷⁶

Eine solche weite Auslegung der „spezifischen Erklärung“ stünde zudem im Gegensatz zu der Ansicht der Kommission, nach der bloße Änderungen der Rechtslage keine Verletzung von Investitionsschutzrechten nach CETA darstellen können.⁷⁷ Nach hiesiger Auffassung sprechen daher gute Gründe dafür, die Gesetzeslage zum Zeitpunkt der Investition nicht als spezifische Erklärung i.S.v. Art. 8.10 Abs. 4 CETA anzusehen,⁷⁸ die legitime Erwartungen begründen kann. Dafür spricht auch aus systematischen Gründen, dass nach Art. 8.9 Abs. 2 CETA die bloße Tatsache einer Gesetzesänderung mit daraus resultierenden Schäden des Investors allein keinen Verstoß gegen Investitionsschutzrechte darstellt.⁷⁹

3.4.4. Zwischenergebnis zu den legitimen Erwartungen

Die legitimen Erwartungen werden in CETA nicht als eigener Verletzungstatbestand des FET-Standards aufgeführt, obwohl die bisherige Schiedsgerichtspraxis die legitimen Erwartungen häufig in den Mittelpunkt der Erörterung des FET-Standards gestellt hat. CETA verlangt für das Entstehen legitimer Erwartungen zudem eine spezifische Erklärung, was nach hiesiger Auffassung dagegen spricht, allein die geltende Rechtslage zum Zeitpunkt der Investition als Grundlage legitimer Investorenerwartungen anzusehen. Es kann daher angenommen werden, dass die Be-

⁷⁴ Kriebaum, FET and Expropriation in the (Invisible) EU Model BIT, The Journal of World Investment & Trade 2014, S. 454 (478); Henckels, Protecting Regulatory Autonomy through Greater Precision in Investment Treaties: The TPP, CETA, and TTIP, JIntEconLaw 2016, S. 27 (38).

⁷⁵ Kriebaum, FET and Expropriation in the (Invisible) EU Model BIT, The Journal of World Investment & Trade 2014, S. 454 (478); Henckels, Protecting Regulatory Autonomy through Greater Precision in Investment Treaties: The TPP, CETA, and TTIP, JIntEconLaw 2016, S. 27 (38).

⁷⁶ Mit weiteren Beispielen: Charanne v. Spain, SCC Award, Arbitration No: 062/2012, 21. Januar 2016, Rn. 499 ff., abrufbar (auf Englisch [inoffizielle Übersetzung aus dem Spanischen]) unter: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7162.pdf>.

⁷⁷ Kommission, Factsheet on investment protection in CETA S. 2, abrufbar (auf Englisch) unter: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/november/tradoc_151918.pdf.

⁷⁸ Jedenfalls wären unter CETA weniger regulatorische Maßnahmen als in bisherigen Investitionsschutzabkommen angreifbar, meint Ernst, „Fair and equitable treatment“ im CETA – Innovation im Spannungsverhältnis zwischen Investor und Staat, KritV 2015, S. 406 (420).

⁷⁹ Welche Bedeutung dieses *right to regulate* in Art. 8.9 CETA für die Auslegung hat, wird noch gesondert unter 3.5.4. dargelegt werden.

deutung der legitimen Erwartungen für Investitionsschutzklagen in CETA, verglichen mit anderen Investitionsschutzabkommen, verhältnismäßig gering sein wird.⁸⁰ Die legitimen Erwartungen von Investoren dürften in CETA kein erfolgreicher Klagegrund sein, um Schadensersatz allein wegen einer Gesetzesänderung zu verlangen. Vielmehr setzt eine legitime Erwartung eine spezifische Erklärung des Gaststaates gegenüber dem Investor voraus. Es besteht mithin die Möglichkeit für einen Investor, aussichtsreich zu klagen, wenn der Gaststaat ihm gegenüber die Beibehaltung der relevanten Rechtsordnung zum Zeitpunkt der Investition ausdrücklich zugesichert hat und dann ändert.

3.5. Enteignungsschutz in CETA

3.5.1. Definition der Enteignung in CETA

Der Enteignungsschutz ist in Art. 8.12 CETA geregelt. Nach Art. 8.12 Abs. 1 Satz 1 CETA sind direkte und indirekte Enteignungen vom Enteignungsschutz erfasst. Art. 8.12 Abs. 1 Satz 2 CETA verweist für die Auslegung dieser Begriffe auf Anhang 8-A CETA. Nach Anhang 8-A Nr. 1 lit. b CETA liegt eine indirekte Enteignung vor,

wenn die Maßnahme oder Reihe von Maßnahmen einer Vertragspartei eine der direkten Enteignung gleiche Wirkung entfaltet, insofern als dem Investor in wesentlichem Maße grundlegende Eigentümerrechte an seiner Investition entzogen werden, darunter das Recht, diese zu verwenden, zu nutzen und darüber zu verfügen, ohne dass eine förmliche Eigentumsübertragung oder eine Beschlagnahme erfolgt.

Dies wird in Anhang 8-A Nr. 2 und 3 CETA weiter konkretisiert. Nach Nr. 2 erfolgt die Feststellung einer indirekten Enteignung im Einzelfall unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Auswirkungen und der Dauer der Maßnahme, des Ausmaßes, in dem die Maßnahme den vernünftigen Erwartungen, die mit der Investition verbunden sind, zuwiderläuft und der Art der Maßnahme, insbesondere deren Gegenstand, Kontext und Ziel. Nr. 3 des Anhangs 8-A stellt klar, dass

diskriminierungsfreie Maßnahmen einer Vertragspartei, die zu dem Zweck konzipiert und angewendet werden, den Schutz berechtigter Gemeinwohlziele wie öffentliche Gesundheit, Sicherheit und Umweltschutz zu gewährleisten, keine indirekte Enteignung darstellen; davon ausgenommen sind die seltenen Fälle, in denen die Auswirkungen einer Maßnahme oder einer Reihe von Maßnahmen unter Berücksichtigung ihres Zweckes so schwerwiegend sind, dass sie offenkundig überzogen erscheinen.

⁸⁰ In diese Richtung auch *Ernst*, „Fair and equitable treatment“ im CETA – Innovation im Spannungsverhältnis zwischen Investor und Staat, *KritV* 2015, S. 406 (420). Für das hier vergleichbare TTIP sehen eine Absenkung des Investorenschutzes im Hinblick auf legitime Erwartungen auch *Escher/Sliskovic*, Aktuelle Entwicklungen des Investitionsschutzrechts, *RIW* 2016, S. 190 (194). In einem vom BMWi in Auftrag gegebenen Gutachten wird ebenfalls eine Absenkung des FET-Standards im Vergleich zu bisherigen Investitionsschutzabkommen gesehen: *Schill*, Auswirkungen der Bestimmungen zum Investitionsschutz und zu dem Investor-Staat-Schiedsverfahren im Entwurf des Freihandelsabkommens zwischen der EU und Kanada (CETA) auf den Handlungsspielraum des Gesetzgebers (Kurzgutachten), S. 14, abrufbar unter <https://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/C-D/ceta-gutachten-investitionsschutz.property=pdf.bereich=bmwi2012.sprache=de.rwb=true.pdf>.

Nach Ansicht der Kommission stellt die Definition in Nr. 3 sicher, dass regulatorische Maßnahmen mit legitimen Zwecken keine indirekte Enteignung sein können. Auch biete Nr. 2 des Anhangs 8-A aufgrund der detaillierten Definition einer indirekten Enteignung eine größere Rechtssicherheit als bisherige Investitionsschutzabkommen.⁸¹

Nach Anhang 8-A Nr. 2 lit. a CETA kann allein aus der nachteiligen Wirkung einer Maßnahme auf den Investor keine indirekte Enteignung abgeleitet werden. Dies ist nach hiesiger Auffassung eine Absage an den *sole effects*-Ansatz.⁸² Anhang 8-A Nr. 3 Hs. 1 CETA nimmt Maßnahmen, die berechnete Gemeinwohlziele verfolgen, vom Anwendungsbereich der indirekten Enteignung aus. Dies entspricht dem radikalen *police powers*-Ansatz.⁸³ Allerdings ist in Anhang 8-A Nr. 3 Hs. 2 CETA geregelt, dass besonders schwerwiegende Auswirkungen auf den Investor doch eine indirekte Enteignung darstellen können. Damit wird eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vorgegeben, die jedoch gegenüber der Verhältnismäßigkeitsprüfung im gemäßigten *police powers*-Ansatz⁸⁴ abgemildert ist, da nur offenkundig überzogene Maßnahmen eine indirekte Enteignung darstellen.

CETA verfolgt also nach hiesiger Auffassung eine Mittelposition zwischen dem radikalen und dem gemäßigten *police powers*-Ansatz. Dabei wird dem legitimen Zweck einer Maßnahme ein hoher Stellenwert eingeräumt, der im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung hohe Hürden für das Vorliegen einer indirekten Enteignung aufstellt.⁸⁵

3.5.2. Die Rechtsfolgen einer Enteignung in CETA

Die Rechtsfolgen der Enteignung richten sich danach, ob eine rechtmäßige oder eine rechtswidrige Enteignung vorliegt. Gemäß Art. 8.12 Abs. 1 CETA muss eine rechtmäßige Enteignung

- a) zu einem öffentlichen Zweck,
- b) nach einem rechtsstaatlichen Verfahren,
- c) diskriminierungsfrei und
- d) gegen Zahlung einer prompten, adäquaten und effektiven Entschädigung

⁸¹ Kommission, Factsheet on investment protection in CETA, S. 3, abrufbar (auf Englisch) unter: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/november/tradoc_151918.pdf.

⁸² Zum *sole effects*-Ansatz siehe oben unter 2.2.3.2.1.

⁸³ Zum radikalen *police powers*-Ansatz siehe oben unter 2.2.3.2.2.

⁸⁴ Zum gemäßigten *police powers*-Ansatz siehe oben unter 2.2.3.2.2.

⁸⁵ Von einer widerlegbaren Vermutung sprechen *Schöbener/Herbst/Perkams*, Internationales Wirtschaftsrecht 2010, S. 289 f. Diese besprechen den zu Anhang 8-A CETA sehr ähnlichen amerikanischen Modellvertragstext. Die Autoren halten diese Regelung für den bisher differenziertesten Lösungsansatz bei der Regelung indirekter Enteignungen.

erfolgen. Diese Voraussetzungen stimmen mit den auch sonst üblichen Enteignungsvoraussetzungen im Völkerrecht und in Investitionsschutzabkommen überein.⁸⁶ Bei Vorliegen einer Enteignung besteht also Anspruch auf Entschädigung. Liegt keine Enteignung vor, besteht kein Anspruch auf Entschädigung.

Wenn eine Enteignung vorliegt und keine Entschädigung gezahlt wird, ist die Enteignung rechtswidrig, sodass nach allgemeinen Grundsätzen⁸⁷ eine Wiederherstellung des rechtmäßigen Zustandes erfolgen müsste. In Art. 8.39 Abs. 1 lit. b CETA ist geregelt, dass eine Rückerstattung von Vermögenswerten möglich ist, der erstattungspflichtige Staat aber auch Schadensersatz in Höhe des Marktwerts leisten kann.

3.5.3. Zwischenergebnis zum Enteignungsschutz

CETA enthält Vorgaben zur Auslegung des Begriffs der indirekten Enteignung und schafft damit im Vergleich zu anderen Investitionsschutzabkommen ein gesteigertes Maß an Rechtssicherheit. Bei der Beurteilung der Frage, ob wegen enteignender Wirkung von regulatorischen Maßnahmen eine Entschädigung zu zahlen ist, misst CETA nach hiesiger Auffassung dem öffentlichen Interesse am *right to regulate* einen hohen Stellenwert bei, da regulatorische Maßnahmen keine indirekten Enteignungen darstellen, wenn sie dem Schutz berechtigter Gemeinwohlziele dienen und nicht offenkundig überzogen erscheinen. Bei einer diskriminierungsfreien Maßnahme zum Umweltschutz beispielsweise dürfte vom Investitionsgericht nur bei einer offenkundig überzogenen Maßnahme eine indirekte Enteignung festgestellt und dem Investor Schadensersatz zugesprochen werden.⁸⁸ Im Vergleich zu früheren Investitionsschutzabkommen wird damit die Möglichkeit der Investoren, aussichtsreich Klage gegen regulatorische Maßnahmen zu erheben, beschränkt.

3.6. Das *right to regulate* in CETA

Der Anwendungsbereich der Investitionsschutzrechte wurde in CETA beschränkt, weswegen die Regulierungsfreiheit der Vertragsparteien durch CETA insoweit weniger begrenzt wird als durch bisherige Investitionsschutzabkommen. Im Folgenden soll untersucht werden, welche Bedeutung CETA dem *right to regulate* selbst zumisst.

3.6.1. Die Formulierung des *right to regulate* im Vertragstext

Die ausdrückliche Erwähnung des *right to regulate* in CETA ist bemerkenswert, da Investitionsschutzabkommen bislang kaum ausdrückliche Ausnahmen für Regulierungsbedürfnisse enthielten.⁸⁹ In der Präambel von CETA sprechen die Vertragsparteien davon, anzuerkennen,

⁸⁶ Siehe oben unter 2.2.3.3.

⁸⁷ Siehe oben unter 2.2.3.3.

⁸⁸ Vgl. Anhang 8-A Nr. 3 CETA.

⁸⁹ *Hölken*, Legitime Regulierung durch den Staat im Konflikt mit dem Investorenschutz, KSzW 2011, S. 183 (192). So auch *Kommission*, Factsheet on investment protection in CETA, S. 1, abrufbar (auf Englisch) unter: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/november/tradoc_151918.pdf.

dass die Bestimmungen dieses Abkommens den Vertragsparteien das Recht zugestehen, in ihren Hoheitsgebieten regelnd tätig zu werden, und dass sie die Flexibilität der Vertragsparteien wahren, berechnigte Gemeinwohlziele wie öffentliche Gesundheit, Sicherheit, Umweltschutz, öffentliche Sittlichkeit sowie Förderung und Schutz der kulturellen Vielfalt zu verfolgen

und

dass die Bestimmungen dieses Abkommens Investitionen sowie Investoren in Bezug auf ihre Investitionen schützen und eine beiderseitig vorteilhafte Wirtschaftstätigkeit fördern sollen, ohne das Recht der Vertragsparteien zu untergraben, im öffentlichen Interesse innerhalb ihrer Hoheitsgebiete regelnd tätig zu werden [.]

Auch im Vertragstext selbst finden sich Passagen zum *right to regulate*. Im Kapitel 23 von CETA über Handel und Arbeit und im Kapitel 24 von CETA über Handel und Umwelt finden sich Vorschriften zum *right to regulate*. Für den Investitionsschutz entscheidend sind die Vorschriften über das *right to regulate* im Kapitel 8 von CETA.

Art. 8.9 Abs. 1 CETA lautet:

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.

Art. 8.9 Abs. 2 CETA lautet:

Zur Klarstellung: 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, stellt keinen Verstoß gegen eine Verpflichtung aus diesem Abschnitt dar.

Die Absätze 3 und 4 von Art. 8.10 CETA beschäftigen sich mit Subventionen und werden deshalb nicht näher untersucht.

3.6.2. Bedeutung des *right to regulate* nach dem Wortlaut

Die doppelte Erwähnung des *right to regulate* in der Präambel stellt die Bedeutung dieses Prinzips für die Vertragsparteien heraus. Die konkrete Regelung in Art. 8.9 Abs. 1 CETA spricht aber nur von einer Bekräftigung des Prinzips. Dies klingt wie eine unverbindliche Zielvorstellung, die

ebenfalls in der Präambel enthalten sein könnte.⁹⁰ In Art. 2.1 des Kommissionsvorschlags für TTIP⁹¹ ist beispielsweise festgelegt, dass „provisions of this section shall not affect the right of the Parties to regulate [...] to achieve legitimate policy objectives“. Diese Vorschrift ist als eine verbindliche Regelung formuliert und unterscheidet sich von der Bestimmung in CETA. Eine bloße Bekräftigung wie in CETA gibt, so die Kritik in Teilen der Literatur, nicht vor, welche Wirkungen das *right to regulate* tatsächlich haben soll.⁹²

3.6.3. Bedeutung des *right to regulate* unter systematischen Gesichtspunkten

Art. 28.3 Abs. 1 CETA enthält einen Verweis auf Art. XX des Allgemeinen Zoll- und Handelsabkommens von 1994 (WTO-Abkommen – GATT 1994) für die Abschnitte B und C des Kapitels 8 zum Investitionsschutz. Art. XX GATT 1994 lautet:

Unter dem Vorbehalt, daß die folgenden Maßnahmen nicht so angewendet werden, daß sie zu einer willkürlichen und ungerechtfertigten Diskriminierung zwischen Ländern, in denen gleiche Verhältnisse bestehen, oder zu einer verschleierte Beschränkung des internationalen Handels führen, darf keine Bestimmung dieses Abkommens so ausgelegt werden, daß sie eine Vertragspartei daran hindert, folgende Maßnahmen zu beschließen oder durchzuführen.⁹³

Art. XX GATT 1994 bestimmt demnach, dass das Abkommen nicht dergestalt ausgelegt werden dürfe, dass es die Gesetzgebungsbefugnisse der Vertragsparteien in den nachfolgend aufgeführten Bereichen, wie z.B. Maßnahmen zum Schutz der menschlichen, tierischen und pflanzlichen Gesundheit, beschränkt.

In Art. 28.3 Abs. 2 CETA sind zudem für die Abschnitte B und C des Kapitels 8 ebenfalls Ausnahmen vorgesehen, wonach CETA in diesem Bereich nicht dahingehend auszulegen ist, dass es die Annahme oder Durchsetzung von Maßnahmen einer Vertragspartei verhindert, die zum Schutz bestimmter Rechtsgüter erforderlich sind.

⁹⁰ Ernst, „Fair and equitable treatment“ im CETA – Innovation im Spannungsverhältnis zwischen Investor und Staat, KritV 2015, S. 406 (424). Zur geringen rechtlichen Wirkung der Präambel siehe *Krajewski*, Anmerkungen zum Gutachten von Dr. Stephan Schill zu den Auswirkungen der Bestimmungen zum Investitionsschutz und zu den Investor-Staat-Schiedsverfahren im Entwurf des CETA auf den Handlungsspielraum des Gesetzgebers vom 22.9.2014, S. 5, abrufbar unter: https://www.gruene-bundestag.de/fileadmin/media/gruenebundestag_de/themen_az/EU-USA_Freihandelsabkommen/Thesenpapier_Klageprivilegien_in_CETA.PDF.

⁹¹ TTIP, Vorschlag der Kommission, abrufbar (auf Englisch) unter: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/sepember/tradoc_153807.pdf.

⁹² Ernst, „Fair and equitable treatment“ im CETA – Innovation im Spannungsverhältnis zwischen Investor und Staat, KritV 2015, S. 406 (424).

⁹³ Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen 1994 vom 15. April 1994, ABl. Nr. L 336 vom 23. Dezember 1994, S. 11, Gesamtext konsolidiert abrufbar unter: <http://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10006207>. Anmerkung des Verfassers: Das WTO-Abkommen von 1994 inkorporiert das GATT-Abkommen von 1947, sodass hier der (konsolidierte) Wortlaut des Abkommens von 1947 relevant ist.

Die Verweisung in Art. 28.3 Abs. 1 und die Regelung in Art. 28.3 Abs. 2 CETA erfassen gerade nicht die Vorgaben zu FET und Enteignung, da diese Vorschriften in Abschnitt D des Kapitels 8 stehen. Diese Verweisungstechnik legt nach einigen Stimmen in der Literatur nahe, dass anders als in Art. XX GATT 1994 das *right to regulate* der Vertragsparteien in Abschnitt D des Kapitels 8 von CETA nicht abgesichert ist.⁹⁴ Allerdings könnte die Verweisung und Regelung auch nur auf die Abschnitte B und C des 8. Kapitels von CETA beschränkt sein, da diese Abschnitte klassische WTO-Themen, wie die Meistbegünstigung oder die Inländergleichbehandlung, betreffen und in diesem Zusammenhang ein Gleichlauf zwischen der Rechtsprechung in CETA- und WTO-Angelegenheiten sichergestellt werden sollte.

Es gibt zudem andere Stimmen in der Literatur, die in dem fehlenden Verweis der besonderen Ausnahmekataloge in Art. 28.3 CETA auf Abschnitt D des 8. Kapitels, in dem der FET-Standard und der Enteignungsschutz enthalten sind, einen größeren Regulierungsspielraum der Vertragsparteien sehen. Denn während die Ausnahmenvorschriften in Art. 28.3 CETA nur bestimmte Allgemeinwohlinteressen zur Rechtfertigung erlauben, könnte dies im Umkehrschluss bedeuten, dass ohne diesen Verweis alle Allgemeinwohlinteressen eine regulatorische Maßnahme rechtfertigen könnten. Schließlich werde in Art. 8.9 des Abschnitts D das *right to regulate* verankert.⁹⁵

3.6.4. Das *right to regulate* in Bezug auf den FET-Standard

Aus dem Zusammenspiel von Art. 8.9 Abs. 2 CETA (*right to regulate*) und Art. 8.10 Abs. 4 CETA (*legitimate expectations*) dürfte sich ergeben, dass abstrakt-generelle Regelungen wie Gesetze keine spezifische Erklärung i.S.v. Art. 8.10 Abs. 4 CETA sein können. Wenn nach Art. 8.9 Abs. 2 CETA eine Gesetzesänderung „*keinen Verstoß gegen eine Verpflichtung aus diesem Abschnitt [darstellt]*“ (also auch des FET-Standards inklusive legitimer Erwartungen), kann die bestehende

⁹⁴ Ernst, „Fair and equitable treatment“ im CETA – Innovation im Spannungsverhältnis zwischen Investor und Staat, KritV 2015, S. 406 (424 f.). So wohl auch *Krajewski*, Anmerkungen zum Gutachten von Dr. Stephan Schill zu den Auswirkungen der Bestimmungen zum Investitionsschutz und zu den Investor-Staat-Schiedsverfahren im Entwurf des CETA auf den Handlungsspielraum des Gesetzgebers vom 22.9.2014, S. 5, abrufbar unter: https://www.gruene-bundestag.de/fileadmin/media/gruenebundestag_de/themen_az/EU-USA_Freihandelsabkommen/Thesenpapier_Klageprivilegien_in_CETA.PDF. Zu den möglichen negativen Auswirkungen der Verweisung auf die GATT-Vorschriften für die Abschnitte B und C des 8. Abschnitts siehe *Melo Araujo*, The EU Deep Trade Agenda, 2016, S. 128 f.

⁹⁵ *Melo Araujo*, The EU Deep Trade Agenda, 2016, S. 128. So auch: *Holterhus*, Investitionsschutzgericht in CETA: ein Schritt in die richtige Richtung, 8.3.2016, verfassungsblog.de, URL: <http://verfassungsblog.de/investitions-schutzgericht-in-ceta-ein-schritt-in-die-richtige-richtung/>.

Gesetzeslage zum Zeitpunkt der Investition nach hiesiger Auffassung keinen Vertrauenstatbestand in Form einer spezifischen Erklärung begründen,⁹⁶ auf den sich ein Investor im Rahmen einer Fallgruppe des Art. 8.10 Abs. 2 CETA stützen kann.

3.6.5. Das *right to regulate* in Bezug auf den Enteignungsschutz

Wie oben bereits dargelegt⁹⁷ betont bereits die Definition der indirekten Enteignung in Anhang 8-A die Bedeutung legitimer öffentlicher Interessen bei regulatorischen Maßnahmen. Dass den Regelungen zum *right to regulate* darüber hinaus eine besondere Bedeutung zukommt, ist nach hiesiger Auffassung eher unwahrscheinlich, ggf. verstärken sie die Bedeutung der Gemeinwohlziele im Rahmen der ggf. nach Anhang 8-A Nr. 3 erforderlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung.

3.6.6. Zwischenergebnis zum *right to regulate*

Die Bedeutung des in CETA normierten *right to regulate* ist umstritten. Es bleibt die Frage, ob das *right to regulate* lediglich eine deklaratorische Funktion hat oder darüber hinaus eine rechtliche Wirkung entfaltet. In der Literatur wird seine Aufnahme zum Teil als möglicherweise inhaltsleeres, deklaratorisches Zugeständnis an CETA-Kritiker gewertet.⁹⁸ Die Kommission selbst sieht in der Aufnahme des *right to regulate* hingegen eine Klarstellung.⁹⁹ Gleichzeitig sei es eine wichtige Interpretationshilfe für das Investitionsgericht bei der Auslegung der Investitionsvorschriften, so dass Maßnahmen zur Erreichung legitimer Ziele, z.B. Gesundheits- oder Verbraucherschutz, keine Verletzung von Investitionsschutzrechten darstellen würden.¹⁰⁰ Nach hiesiger Auffassung bewirkt das *right to regulate* in Bezug auf den FET-Standard, dass allein die geltende Rechtslage zum Zeitpunkt der Investition keine legitimen Investorenerwartungen begründen kann. In Bezug auf den Enteignungsschutz dürfte das *right to regulate* bereits über die Definition der indirekten Enteignung geschützt sein.

⁹⁶ Da dem Investor die Regulierungsfreiheit des Gaststaates bewusst sein müsse, könne sich ein Investor grundsätzlich nicht allein auf die zur Zeit der Investition geltende Rechtslage berufen, meint auch *Hölken*, Legitime Regulierung durch den Staat im Konflikt mit dem Investorenschutz, KSzW 2011, S. 183 (190 f.). Andere Ansicht wohl *Krajewski*, Anmerkungen zum Gutachten von Dr. Stephan Schill zu den Auswirkungen der Bestimmungen zum Investitionsschutz und zu den Investor-Staat-Schiedsverfahren im Entwurf des CETA auf den Handlungsspielraum des Gesetzgebers vom 22.9.2014, S. 5, abrufbar unter https://www.gruene-bundestag.de/fileadmin/media/gruenebundestag_de/themen_az/EU-USA_Freihandelsabkommen/Thesenpapier_Klageprivilegien_in_CETA.PDF.

⁹⁷ Siehe oben unter 3.5.1.

⁹⁸ *Escher/Sliskovic*, Aktuelle Entwicklungen des Investitionsschutzrechts, RIW 2016, S. 190 (195).

⁹⁹ *Kommission*, TTIP Meeting report, 17. September 2015, S. 3, abrufbar (auf Englisch) unter: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc_153803.pdf.

¹⁰⁰ *Kommission*, Factsheet on investment protection in CETA, S. 2, abrufbar (auf Englisch) unter: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/november/tradoc_151918.pdf.

3.7. Fazit zum Verhältnis des *right to regulate* zum Investitionsschutz in CETA

Im Vergleich zu bisherigen Investitionsschutzabkommen zeichnet sich CETA durch engere Definitionen der Tatbestände der FET-Klausel und der (indirekten) Enteignung aus. Diese Definitionen sollen dazu dienen, die Zahl von Investitionsschutzklagen zu minimieren und das ausdrücklich in CETA normierte *right to regulate* zu schützen. Es kann zum jetzigen Zeitpunkt nicht abschließend festgestellt werden, inwiefern – trotz dieser Änderungen in CETA im Vergleich zu anderen Investitionsschutzabkommen – Klagen von Investoren wegen regulatorischer Maßnahmen erhoben werden. So sind Klagen gegen Gesetzesänderungen beispielsweise in den besonderen Fällen denkbar, in denen dem Investor eine Beibehaltung der Rechtslage spezifisch zugesichert wurde,¹⁰¹ sodass eine Änderung durch regulatorische Maßnahmen ggf. offensichtlich willkürlich ist und den FET-Standard nach Art. 8.10 CETA verletzt oder eine indirekt enteignende Regulation offenkundig überzogen ist. Die Möglichkeit erfolgreicher Klagen allein aufgrund von regulatorischen Maßnahmen scheint im Vergleich zu anderen Abkommen jedoch beschränkt worden zu sein.

– Fachbereich Europa –

¹⁰¹ In diesem Kontext ist fraglich, wer innerstaatlich befugt wäre, dem Investor gegenüber eine spezifische Erklärung zur Beibehaltung der Rechtslage zu geben und inwiefern die nationale Rechtmäßigkeit einer solchen Erklärung entscheidend für den Erfolg der Investitionsschutzklage wäre.