

Andreas Kerkemeyer

## Europarechtliche Bedenken gegen das CETA-Abkommen

*TTIP und CETA, die beiden geplanten Freihandelsabkommen zwischen der EU und den USA bzw. der EU und Kanada, stehen seit Monaten in der Kritik. In der zivilgesellschaftlichen Debatte wird vor allem die Befürchtung der Absenkung verbraucher- und umweltrechtlicher Standards laut sowie Kritik an Investor-Staat-Schiedsgerichten geäußert. Mittlerweile hat auch die rechtswissenschaftliche Debatte an Fahrt aufgenommen. Diese beschränkt sich bislang, da das TTIP-Abkommen noch nicht ausverhandelt ist, auf das von der EU und Kanada ausverhandelte CETA-Abkommen. Der Beitrag geht der Frage nach, welche europarechtlichen Probleme in Bezug auf das CETA-Abkommen bestehen.*

### A. Einleitung

Handels- und Investitionsschutzabkommen werden in den seltensten Fällen in der breiten Öffentlichkeit kontrovers diskutiert. Das ist bei dem geplanten Freihandelsabkommen zwischen der EU und den USA, der *Transatlantic Trade and Investment Partnership*, kurz TTIP, und dem geplanten Freihandelsabkommen zwischen der EU und Kanada, dem *Comprehensive Economic and Trade Agreement*, kurz CETA,<sup>1</sup> anders. Schon lange vor der Veröffentlichung des ausgehandelten Vertragstextes von CETA wurden insbesondere die dort vorgesehenen Investor-Staat-Schiedsverfahren, die ein exklusives Klagerecht ausländischer InvestorInnen vor *ad hoc* eingerichteten Schiedsgerichten gegen die Empfangsstaaten einer Investition statuieren, scharf kritisiert. Die öffentliche Meinung scheint zumindest in Großbritannien, der Bundesrepublik und Österreich den Abkommen vor allem kritisch gegenüber zu stehen.<sup>2</sup>

Es ist bei Freihandelsabkommen mittlerweile zu einem festen Ritual geworden, dass schon deutlich bevor sie ausverhandelt sind Studien veröffentlicht werden, die die ökonomischen Auswirkungen der Abkommen untersuchen. Regelmäßig entbrennt ein wahrer „Gutachtenkrieg“, der in der öffentlichen Auseinandersetzung um die Abkommen eine wichtige Rolle spielt. Sowohl in Bezug auf CETA als auch in Bezug auf TTIP sind bereits diverse Studien veröffentlicht worden.

Eine Studie der *Bertelsmann Stiftung* kam zu dem Ergebnis, dass vom TTIP-Abkommen in den USA und allen Mitgliedstaaten der EU vor allem positive Effekte in den Bereichen reale Pro-Kopf-Einkommen und Entwicklung des Arbeitsmarktes ausgehen wer-

1 Alle Angaben hinsichtlich des geplanten CETA-Abkommens beziehen sich auf den Verhandlungsstand vom 1. August 2014. Das Dokument ist unter [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/sepember/tradoc\\_152806.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/sepember/tradoc_152806.pdf) (Stand aller Links: 10. Juni 2015) abrufbar.

2 Überwältigende Mehrheit gegen Schiedsgerichte, FAZ online v. 13. Januar 2015.

den. Im Falle einer „tiefen Liberalisierung“, d.h. einer Handelsliberalisierung, die auch nichttarifäre Handelshemmnisse, also nicht nur den Abbau von Zöllen, umfasst, soll das reale Pro-Kopf-Einkommen in der Bundesrepublik um 4,7%, in Griechenland um 4,8%, in Finnland um 6,2%, in Großbritannien um 9,7% und in den USA um 13,4% steigen.<sup>3</sup> Ferner wird davon ausgegangen, dass die Arbeitslosenquote in den EU-Mitgliedstaaten aufgrund des Abkommens sinken wird.<sup>4</sup> Eine Studie, die am *Global Development and Environment Institute* der US-amerikanischen *Tufts University* erstellt wurde, ist hingegen deutlich skeptischer und prognostiziert im Falle eines Freihandelsabkommens zwischen der EU und den USA in der EU den Verlust von rund 600.000 Arbeitsplätzen innerhalb von zehn Jahren.<sup>5</sup> Es ist also umstritten, ob TTIP überhaupt Wohlstandsgewinne bringt.

Es gibt demnach eine breite politische und wirtschaftswissenschaftliche Diskussion über die Vor- und Nachteile der geplanten Freihandelsabkommen TTIP und CETA. Die juristische Debatte hat mittlerweile auch begonnen, beschränkt sich allerdings bislang weitgehend auf das CETA-Abkommen. Dieses Abkommen wirft diverse europarechtliche Fragen auf. Das CETA-Abkommen stellt ein „gemischtes Abkommen“ dar (B. I.) und verstößt in einigen wichtigen Punkten gegen materielles Unionsrecht (B. II.).

## B. Vereinbarkeit des CETA-Abkommens mit Unionsrecht

### I. CETA als „gemischtes Abkommen“

Nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigungen, das sowohl in Art. 5 Abs. 1 EUV festgelegt ist als auch ein Prinzip des deutschen Verfassungsrechts darstellt,<sup>6</sup> kommt der Union keine Kompetenz-Kompetenz zu. Vielmehr besteht seitens der Union nur dann eine Kompetenz, wenn ihr diese im Primärrecht zugewiesen worden ist. Das gilt nicht nur für Handlungen der Union gegenüber den Mitgliedstaaten, sondern auch für das auswärtige Handeln der Union.<sup>7</sup>

Es stellt sich die Frage, ob das CETA-Abkommen als „reines EU-Abkommen“ nur von der EU oder aber als „gemischtes Abkommen“ sowohl von der Union als auch von allen Mitgliedstaaten zu ratifizieren ist. Diese Frage ist von erheblicher praktischer Relevanz, da im Falle einer Ratifikation durch alle Mitgliedstaaten der Ratifikationsprozess deutlich länger dauern dürfte als ursprünglich anvisiert worden war und die Chance eines Scheiterns des Abkommens steigt.

Unter „gemischtem Abkommen“ sind völkerrechtliche Verträge mit Drittstaaten zu verstehen, bei denen sowohl die Zustimmung der EU als auch die durch die Mitgliedstaat-

3 Bertelsmann Stiftung, Die Transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft (THIP), Wem nutzt ein transatlantisches Freihandelsabkommen?, 2013, abrufbar unter: [http://www.ged-project.de/wp-content/uploads/2013/02/study\\_transatlantisches\\_freihandelabkommen\\_de\\_01.pdf](http://www.ged-project.de/wp-content/uploads/2013/02/study_transatlantisches_freihandelabkommen_de_01.pdf), S. 30.

4 Bertelsmann Stiftung (Fn. 3), S. 39.

5 Capaldo, The Trans-Atlantic Trade and Investment Partnership: European Disintegration, Unemployment and Instability, 2014, abrufbar unter: <http://www.ase.tufts.edu/gdae/Pubs/wp/14-03CapaldoTTIP.pdf>, S. 4, 11, 15.

6 BVerfGE 123, 269 (350).

7 Fischer-Lescano/Horst, Europa- und verfassungsrechtliche Vorgaben für das Comprehensive Economic and Trade Agreement der EU und Kanada, Gutachten für attac/München, 2014, S. 5.

ten erforderlich ist.<sup>8</sup> Es ist immer dann ein „gemischtes Abkommen“ abzuschließen, wenn die Zuständigkeit der Union durch den (alleinigen) Abschluss überschritten würde.<sup>9</sup> Dabei gilt der Grundsatz, dass schon bei einzelnen Teilaspekten eines Abkommens, für die die Union keine Kompetenz besitzt, ein gemischtes Abkommen abzuschließen ist.<sup>10</sup>

Bei Rechtsakten, die, wie das CETA-Abkommen, eine Vielzahl an unterschiedlichen Regelungsmaterien beinhalten, stellt sich regelmäßig die Frage, wie die einschlägige Rechtsgrundlage zu ermitteln ist. Nach der EuGH-Rechtsprechung sind die unterschiedlichen Regelungen, die ein Abkommen enthält, auf eine einheitliche Rechtsgrundlage zu stützen, wenn im Rechtsakt eine Komponente gegenüber den anderen als überwiegend oder wesentlich zu klassifizieren ist.<sup>11</sup> Etwas anderes gilt nur dann, wenn ausnahmsweise unterschiedliche Ziele mit einem Rechtsakt verbunden sind und keines der Ziele gegenüber den anderen vorrangig ist.<sup>12</sup> Es ist also eine Schwerpunkt Betrachtung anzustellen.<sup>13</sup>

Zwar werden mit dem CETA-Abkommen verschiedene Regelungsziele verfolgt. Dominant dürften aber die Ziele „Freihandel“ und „Investitionsschutz“ sein, da mit dem CETA-Abkommen Handelshemmnisse abgebaut und Investitionen unter ein besonderes Schutzregime gestellt werden. Dies wird auch daran deutlich, dass die Regelungen in den Bereichen „Umwelt“ und „Soziales“ nur als Ausnahmen von den Bestimmungen über Freihandel und Investitionsschutz konzipiert sind. Freihandel und Investitionsschutz fallen am ehesten unter die Bestimmungen des Art. 207 AEUV, der die Gemeinsame Handelspolitik (GHP) der Union regelt, und der Art. 63 ff. AEUV, die Regelungen zum Kapitalverkehr in der Union und mit Drittstaaten enthalten. Aufgrund dieses Schwerpunkts des Abkommens sind weitere mögliche Rechtsgrundlagen – etwa im Bereich „Verkehr“ – nicht zu prüfen.<sup>14</sup>

#### 1. Keine ausschließliche Außenkompetenz nach Art. 207 Abs. 1 Satz 1 AEUV

Die GHP fällt nach Art. 3 Abs. 1 lit. e) AEUV in die ausschließliche Zuständigkeit der Union. Dies bedeutet, dass allein die EU Maßnahmen im Bereich der GHP treffen darf. Art. 207 Abs. 1 Satz 1 AEUV regelt die Reichweite der Kompetenzen der Union für den Bereich der GHP. Diese betrifft unter anderem die Änderung der Zollsätze, den Abschluss von Zoll- und Handelsabkommen und die Vereinheitlichung der Liberalisierungsmaßnahmen. Die Schaffung eines Investor-Staat-Schiedsmechanismus dürfte von dieser Kompetenz aber nicht umfasst sein.

8 *Kaiser*, Gemischte Abkommen im Lichte bundesstaatlicher Erfahrungen, 2009, S. 35.

9 *Schwarze/Terhechte*, EU-Kommentar, 3. Aufl., 2012, Art. 216 AEUV Rn. 10.

10 *Mayer*, Rechtsgutachten für das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, 28. August 2014, abrufbar unter: <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/C-D/ceta-gutachten-einstufung-als-gemischtes-abkommen,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf>, S. 8 f. mit Verweis auf GA *Kokott*, Rs. C-13/07, ECLI:EU:C:2009:190, Rn. 121 – *Kommission/Rat (Vietnam)*.

11 EuGH, Rs. C-281/01, ECLI:EU:C:2002:761, Rn. 34 – *Kommission/Rat*.

12 EuGH, Rs. C-281/01, ECLI:EU:C:2002:761, Rn. 35 – *Kommission/Rat*.

13 A. A. *Mayer* (Fn. 10), S. 7, der argumentiert, dass eine Schwerpunkt Betrachtung im Bereich der Außenkompetenzen nur dann in Betracht komme, wenn die Zuständigkeit der Union an sich unbestritten sei.

14 A. A. *Mayer/Ermes*, ZRP 2014, 237 (239).

Das Investor-Staat-Schiedsverfahren ist im 10. Kapitel des CETA-Abkommens (Investment) geregelt. Die Regelungen zum Investitionsschutz schaffen ein exklusives Klagerecht von ausländischen InvestorInnen bei Verstößen gegen die im Abkommen festgelegten *standards of investment protection*<sup>15</sup> – das sind vor allem die Verbote der direkten oder indirekten entschädigungslosen Enteignung sowie der „Fair and Equitable Treatment“-Standard – vor Investor-Staat-Schiedsgerichten. Klagen können immer nur InvestorInnen; verklagt werden können sowohl die EU und Kanada als auch die EU-Mitgliedstaaten. Die Schiedsgerichte (panels), die über Klagen auf der Grundlage von CETA befinden, werden im Falle einer Klage *ad hoc* gebildet und bestehen aus insgesamt drei SchiedsrichterInnen (arbitrators). Jede Partei muss eineN SchiedsrichterIn selbst bestimmen. Auf den/die dritteN SchiedsrichterIn, die/der den Vorsitz führt, müssen sich die Parteien verständigen oder er/sie wird von einem Dritten ernannt. Die Entscheidungen der Schiedsgerichte sind bindend und lösen im Erfolgsfall eine Zahlungspflicht der verurteilten Staaten oder der EU aus. Die Rechtskraft der Schiedssprüche ist auf die Verurteilung zu Schadensersatz beschränkt. Seitens der Schiedsgerichte besteht keine Vorlagepflicht an den EuGH, auch sind sie nicht an die EuGH-Rechtsprechung gebunden.

Investor-Staat-Schiedsgerichte werden nicht erst durch das CETA-Abkommen ins Leben gerufen, sie sind vielmehr bereits in einer Fülle internationaler Investitionsschutzabkommen vorgesehen.<sup>16</sup> Die EU selbst beginnt, da ihre Kompetenz im Bereich der GHP erst mit dem Vertrag von Lissabon signifikant ausgeweitet worden ist, allerdings gerade erst mit dem Abschluss von internationalen Investitionsschutzabkommen. Die Implementierung von Investor-Staat-Schiedsgerichten in EU-Abkommen ist deshalb bislang noch keine allgemeine Vertragspraxis. Es werden verschiedene Argumente ins Feld geführt, um Investor-Staat-Schiedsgerichte zu rechtfertigen. Kern der Argumentation scheint aber regelmäßig zu sein, dass Gerichte der Empfangsstaaten von Investitionen in derartigen Auseinandersetzungen nicht immer die notwendige Neutralität aufwiesen.<sup>17</sup> Auf diese Rechtfertigung wird zurückzukommen sein.

Das CETA-Abkommen enthält Regelungen, die von der Kompetenzgrundlage des Art. 207 Abs. 1 Satz 1 AEUV nicht gedeckt sind. Denn sowohl der Investitionsbegriff im CETA-Abkommen (a) als auch die Einrichtung eines Investor-Staat-Schiedsmechanismus (b) dürften über die Kompetenz nach Art. 207 Abs. 1 Satz 1 AEUV hinausgehen.

a) Keine Kompetenz für Regelungen in Bezug auf Portfolioinvestitionen nach Art. 207 Abs. 1 Satz 1 AEUV

Art. 207 Abs. 1 Satz 1 AEUV bestimmt, dass insbesondere ausländische Direktinvestitionen von der Kompetenz der Union im Bereich der GHP umfasst sind. Portfolioinvestitionen hingegen werden in der Bestimmung nicht genannt.

Im Unionsrecht wird allgemein zwischen Direkt- und Portfolioinvestitionen unterschieden.<sup>18</sup> Während die Rechtsprechung Direktinvestitionen als diejenigen Investitionen in eine Gesellschaft betrachtet, mit denen seitens des Erwerbers die Möglichkeit erlangt

15 Diehl, *The Core Standard of International Investment Protection*, 2012, S. 8.

16 Siehe *United Nations Conference on Trade and Development*, *Investor-State Dispute Settlement*, 2014, abrufbar unter: [unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaeia2013d2\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaeia2013d2_en.pdf), S. 18.

17 Siehe etwa *Dugan/Wallace/Rubins/Sababi*, *Investor-State Arbitration*, 2011, S. 13.

18 Grabitz/Hilf/Nettesheim/Weiß, *Das Recht der Europäischen Union*, 43. EL (2011), Art. 207 AEUV Rn. 46: „tradierte[n] Unterscheidung von Portfolio- und Direktinvestitionen“.

wird, eine effektive Kontrolle über die Tätigkeit des Unternehmens zu erlangen,<sup>19</sup> versteht sie unter Portfolioinvestitionen den Erwerb von Anteilen an Gesellschaften, mit dem keine Einflussnahmemöglichkeiten auf die Tätigkeiten der Gesellschaft verbunden sind.<sup>20</sup> Entscheidend ist also, ob aus der Höhe der Investition in das Kapital eines Unternehmens eine Einflussmöglichkeit auf die Geschäftstätigkeit des Unternehmens folgt oder nicht. Die Unterscheidung spielt bei der Abgrenzung der Kapitalverkehrs- von der Niederlassungsfreiheit eine gewichtige Rolle.<sup>21</sup> Es ist nicht ersichtlich, warum diese bewährte Form der Abgrenzung nicht auch im Anwendungsbereich von Art. 207 Abs. 1 Satz 1 AEUV zur Anwendung kommen sollte. Dafür spricht schon der Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung. Nicht zuletzt hat auch das Bundesverfassungsgericht im Lissabon-Urteil betont, dass vieles dafür spreche, dass unter dem Begriff „ausländische Direktinvestitionen“ in Art. 207 Abs. 1 AEUV nur der Erwerb von Kontrollbeteiligungen zu verstehen sei.<sup>22</sup>

Ferner spricht für diese Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs der Direktinvestitionen in Art. 207 Abs. 1 Satz 1 AEUV auch die Verwendung desselben Begriffs in Art. 64 Abs. 2 AEUV.<sup>23</sup> Dort ist die Möglichkeit der Union vorgesehen, weitere Liberalisierungsmaßnahmen im Bereich des Kapitalverkehrs mit Drittstaaten zu beschließen. Diese Möglichkeit besteht aber nur in den dort enumerativ aufgezählten Bereichen, zu denen auch Direktinvestitionen, nicht aber Portfolioinvestitionen, gehören. Diese Regelung zeigt, dass im AEU-Vertrag sehr genau zwischen Portfolio- und Direktinvestitionen unterschieden wird.

Das CETA-Abkommen beinhaltet einen weiten Investitionsbegriff. Art. X.3 des 10. Kapitels sieht vor, dass Investitionen alle Vermögenswerte eines Investors sind, die dieser „[...] owns or controls, directly or indirectly, that has the characteristics of an investment, which includes a certain duration and other characteristics such as the commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, or the assumption of risk.“

Es handelt sich demnach um einen Investitionsbegriff, der *nicht* an die Höhe einer Beteiligung anknüpft und damit auch Portfolioinvestitionen umfasst. Deshalb geht das CETA-Abkommen über die Kompetenzgrundlage des Art. 207 Abs. 1 Satz 1 AEUV hinaus.

#### b) Keine ausschließliche Kompetenz zur Schaffung eines Investor-Staat-Schiedsmechanismus nach Art. 207 Abs. 1 Satz 1 AEUV

Aus Art. 207 Abs. 1 Satz 1 AEUV folgt auch keine ausschließliche Kompetenz der Union zur Schaffung eines Investor-Staat-Schiedsmechanismus'. Dafür, dass die Schaffung eines Investor-Staat-Schiedsmechanismus' nicht von Art. 207 Abs. 1 Satz 1 AEUV umfasst ist, spricht, dass in Art. 206 AEUV in Bezug auf Direktinvestitionen nur von einer Liberalisierung die Rede ist.<sup>24</sup> Dagegen ist vorgebracht worden, dass Art. 206 AEUV nur die Ziele der GHP regele und fehlender Investitionsschutz eine Einschränkung von ausländi-

19 EuGH, Rs. C-112/05, ECLI:EU:C:2007:623, Rn. 13 – *Kommission/Deutschland* (VW Gesetz).

20 EuGH, Rs. C-182/08, ECLI:EU:C:2009:559, Rn. 40 – *Glaxo Wellcome*.

21 Näher dazu *Hindelang*, IStR 2013, 77.

22 BVerfGE 123, 267 (421).

23 Calliess/Ruffert/*Hahn*, EUV/AEUV, 4. Aufl., 2011, Art. 207 AEUV Rn. 19.

24 So *Johannsen*, Kompetenz der EU für ausländische Direktinvestitionen, S. 16.

schen Investitionstätigkeiten darstelle.<sup>25</sup> Dem zuletzt genannten Argument ist allerdings entgegenzuhalten, dass ausländische Investitionen schon nach bestehender Rechtslage vielfach geschützt sind. Ferner spricht Art. 206 AEUV, in dessen Licht Art. 207 AEUV auszulegen ist, von der Beseitigung bestehender Beschränkungen und nicht von der Privilegierung ausländischer Investitionen, wie dies etwa durch die Schaffung exklusiver Klagerechte durch die Etablierung eines Investor-Staat-Schiedsmechanismus geschieht. Zudem sprechen auch die Verhandlungen im Verfassungskonvent gegen die These, dass Art. 207 Abs. 1 Satz 1 AEUV die Einrichtung eines Investor-Staat-Schiedsmechanismus umfasst.<sup>26</sup>

Außerdem ist argumentiert worden, dass jede Übertragung der Judikativfunktion eine Übertragung von Hoheitsrechten darstellt und deshalb einer speziellen Kompetenzgrundlage bedarf.<sup>27</sup> Dies wäre in der Tat problematisch, da dann eine weitere Kompetenzübertragung stattfindet, die nicht von den Zustimmungsgesetzen zu den primärrechtlichen Verträgen gedeckt ist. Bislang existiert im Unionsrecht jedenfalls keine spezielle Kompetenzgrundlage zur Unterwerfung unter einen Investor-Staat-Schiedsmechanismus.

## 2. Keine implizite Außenkompetenz aus Art. 63 ff. AEUV i.V.m. Art. 216 Abs. 1 AEUV

Auch aus Art. 63 ff. AEUV i.V.m. Art. 216 Abs. 1 AEUV folgt keine implizite Außenkompetenz der Union für den Abschluss des CETA-Abkommens. Art. 63 Abs. 1 AEUV bestimmt, dass der Kapitalverkehr zwischen den Mitgliedstaaten sowie zwischen den Mitgliedstaaten und Drittstaaten, nicht beschränkt werden darf und statuiert damit die Grundfreiheit des Kapitalverkehrs. In Art. 64 und 65 AEUV finden sich Bestimmungen, die Ausnahmen von diesem Grundsatz ermöglichen, oder aber den Erlass von Sekundärrechtsakten regeln. In Art. 216 Abs. 1 AEUV ist mit dem Vertrag von Lissabon die AETR-Rechtsprechung<sup>28</sup> zu den impliziten Außenkompetenzen der Union weitgehend kodifiziert worden.<sup>29</sup> Das Urteil in der Rechtssache AETR betraf die Frage, ob die damalige Gemeinschaft oder die Mitgliedstaaten das AETR-Abkommen, das Regelungen zum Arbeitsschutz von im internationalen Straßenverkehr Beschäftigten zum Gegenstand hatte, abschließen durften. Der EuGH befand damals, dass die Gemeinschaft, obwohl ihre Kompetenz im Bereich der Verkehrspolitik nicht explizit Abkommen mit Drittstaaten umfasste, hierfür allein zuständig sei. Er begründete dies vor allem damit, dass die Gemeinschaft bereits Regelungen im Bereich der „Sozialvorschriften im Straßenverkehr“ erlassen hatte und ein Abkommen der Mitgliedstaaten mit Drittstaaten in diesem Bereich die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts gefährde.

Gemäß Art. 216 Abs. 1 AEUV besteht seitens der Union eine implizite Kompetenz für den Abschluss internationaler Übereinkünfte in den folgenden drei Fällen: Entweder der Abschluss der internationalen Übereinkünfte ist in einem Gesetzgebungsakt der Union vorgesehen, oder er ist notwendig, damit die Union eine interne Zuständigkeit ausüben

25 Grabitz/Hilf/Nettesheim/Weiß, Das Recht der Europäischen Union, 54. EL (2014), Art. 207 AEUV Rn. 42.

26 Krajewski, CMLRev. 2005, 91 (114).

27 Fischer-Lescano/Horst (Fn. 7), S. 8.

28 EuGH, Rs. 22/70, ECLI:EU:C:1971:32 – AETR.

29 Lenz/Borchardt/Müller-Ibold, EUV/AEUV/GRCh, 6. Aufl., 2012, Art. 216 AEUV Rn. 10.

kann, oder aber er könnte gemeinsame Regeln beeinträchtigen oder deren Tragweite verändern. Die redaktionelle Fassung der letzten Variante ist als missglückt zu bezeichnen, da es in der AETR-Rechtsprechung nicht darum ging, Beeinträchtigungen durch die Union, sondern Beeinträchtigungen des Unionsrechts durch von den Mitgliedstaaten abgeschlossene Abkommen zu verhindern.<sup>30</sup> Insofern ist, da sie sonst leerliefe, die letzte Variante dahingehend berichtigend auszulegen, dass Abkommen der Mitgliedstaaten das Unionsrecht beeinträchtigen würden.<sup>31</sup> So soll verhindert werden, dass die Mitgliedstaaten über völkerrechtliche Verträge ihre unionsrechtlichen Pflichten unterlaufen.

Eine Kompetenz der Union zum Abschluss des CETA-Abkommens könnte aus Art. 63 ff. AEUV i.V.m. Art. 216 Abs. 1 AEUV nur hergeleitet werden, wenn die Union bereits im Bereich des freien Kapitalverkehrs ihre interne Kompetenz ausgeübt hätte. Betroffen wäre die Variante der „Notwendigkeit der Ausübung der Außenkompetenz“ in Art. 216 Abs. 1 AEUV.<sup>32</sup> Die Kommission scheint dieser Ansicht zu sein.<sup>33</sup>

Der EuGH hat aber betont, dass eine implizite Außenkompetenz nur dann in Frage kommt, wenn die Union in allen Bereichen, die das Abkommen umfasst, bereits Regelungen erlassen hat.<sup>34</sup> Jedenfalls im Bereich der Portfolioinvestitionen ist die Kompetenz der EU aber von vornherein begrenzt. Denn die Art. 63 ff. AEUV beinhalten kaum Ermächtigungen der EU zum Erlass von Sekundärrecht im Bereich der Portfolioinvestitionen.<sup>35</sup> Von daher konnte die EU bislang keine abschließenden Regeln in Bezug auf Portfolioinvestitionen erlassen.

## II. Materielle Verstöße gegen Unionsrecht durch die Etablierung von Investor-Staat-Schiedsverfahren

Hinsichtlich der Investor-Staat-Schiedsverfahren bestehen sowohl Bedenken in Bezug auf den Grundsatz der Autonomie des Unionsrechts (1.) als auch auf den allgemeinen Rechtsgrundsatz der Rechtssicherheit (2.).<sup>36</sup>

### 1. Verletzung des Grundsatzes der Autonomie der Unionsrechtsordnung

Mit der Etablierung eines Investor-Staat-Schiedsverfahrensmechanismus durch das CETA-Abkommen dürfte ein Verstoß gegen den Grundsatz der Autonomie der Unionsrechtsordnung verbunden sein.<sup>37</sup> Dieser Grundsatz besagt, dass es sich beim Unions-

30 Streinz/Mögele, EUV/AEUV, 2. Aufl., 2012, Art. 216 AEUV, Rn. 36.

31 Streinz/Mögele, EUV/AEUV, 2. Aufl., 2012, Art. 216 AEUV, Rn. 36.

32 So allgemein und mit Verweis auf die Bestimmung des Art. 3 Abs. 2 AEUV, die Art. 216 Abs. 1 AEUV weitgehend entspricht, Grabitz/Hilf/Nettesheim/Weiß, Das Recht der Europäischen Union, 54. EL (2014), Art. 207 AEUV Rn. 46.

33 Mitteilung „Auf dem Weg zu einer umfassenden europäischen Auslandsinvestitionspolitik“, DOK KOM (2010) 343, S. 8.

34 EuGH, Gutachten 2/92, ECLI:EU:C:1995:83, Rn. 34 – OECD.

35 Grabitz/Hilf/Nettesheim/Weiß, Das Recht der Europäischen Union, 54. EL (2014), Art. 207 AEUV Rn. 46.

36 Nicht eingegangen wird an dieser Stelle auf mögliche Verstöße gegen Art. 10 EUV, der die demokratische Legitimierung der Union regelt. Denn diesem kommt nach h.M. nicht die gleiche materielle Reichweite wie dem grundgesetzlichen Demokratieprinzip nach Art. 20 Abs. 1 GG zu. Siehe nur Streinz/Huber, EUV/AEUV, 2. Aufl., 2012, Art. 10 EUV Rn. 10.

37 So im Ergebnis auch Obler, JZ 2015, 337 (345 f.).

recht, obwohl seine Grundlagen völkervertraglicher Natur sind, um eine eigene Rechtsordnung handelt.<sup>38</sup> Diesen Aspekt hat der EuGH erstmals in der *Costa./ENEL*-Entscheidung genannt, in der er mit Blick auf das damalige Gemeinschaftsrecht von „aus einer autonomen Rechtsquelle fließendem Recht“<sup>39</sup> spricht.

Der EuGH stellt bei der Herleitung dieses Grundsatzes vor allem auf den institutionellen Rahmen der Rechtsordnung ab.<sup>40</sup> Der innere Grund für die Autonomie der Unionsrechtsordnung dürfte indes in dem Ziel der einheitlichen Auslegung und Anwendung des Unionsrechts liegen, da eine solche nur gewährleistet werden kann, wenn das Unionsrecht nicht von anderen Rechtsordnungen beeinflusst wird.<sup>41</sup>

Der Autonomie der Unionsrechtsordnung kommt auf zwei Ebenen Bedeutung zu. Zum einen geht es um das Verhältnis des Unionsrechts zum nationalen Recht der Mitgliedstaaten, zum anderen aber zunehmend auch um das Verhältnis des Unionsrechts zum Völkerrecht.<sup>42</sup> Im Bereich des Verhältnisses des Unionsrechts zu völkerrechtlich geschaffenen Streitbeilegungsmechanismen lassen sich zwei Fallgruppen identifizieren, die mit Blick auf die Autonomie des Unionsrechts problematisch sein können: Zum einen Auswirkungen von geschaffenen Streitbeilegungsmechanismen auf die Auslegung des Unionsrechts und zum anderen die drohende Verfälschung der Zuständigkeiten der Union und ihrer Organe.<sup>43</sup>

Die einheitliche Auslegung des Unionsrechts wird vom EuGH als grundlegend für die Autonomie des Unionsrechts angesehen.<sup>44</sup> Als Gefahr für die einheitliche Auslegung des Unionsrechts sieht er Abkommen an, deren Bestimmungen mit denen des primären Unionsrechts recht ähnlich sind, sofern in den Abkommen eine einheitliche Auslegung dieser Bestimmungen vorgesehen ist.<sup>45</sup> Verhindern möchte der EuGH insbesondere, dass der Union eine bestimmte Auslegung von unionsrechtlichen Bestimmungen vorgeschrieben wird.<sup>46</sup> Diese Gefahr bestand nach Ansicht des EuGH beim EWR-Abkommen, weil die Urteile des nach diesem zu bildenden EWR-Gerichtshof auch Auswirkungen auf die Auslegung der gleichlautenden Bestimmungen des Unionsrechts gehabt hätten.<sup>47</sup>

Die materiellen Bestimmungen des CETA-Abkommens, die die Pflichten der Empfangsstaaten von Investitionen regeln, also vor allem die Pflicht zur Entschädigung bei direkten oder indirekten Enteignungen und der „Fair and Equitable Treatment“-Standard, sind zwar vom Wortlaut her nicht mit Bestimmungen des primären Unionsrechts vergleichbar. Dennoch besteht die Gefahr, dass es zu einem grundlegenden Konflikt zwischen schiedsgerichtlichen Urteilen in Investor-Staat-Schiedsverfahren und Bestimmungen des Unionsrechts kommt; etwa, wenn eine unionsrechtswidrige Beihilfe von einem Mitgliedstaat zurückgefordert werden muss, der betroffene ausländische Investor aber

38 Grabitz/Hilf/Nettesheim, *Recht der Europäischen Union*, 54. EL (2014), Art. 1 AEUV Rn. 60.

39 EuGH, Rs. 6/64, Slg. 1964, 1251, Rn. 12 – *Costa./ENEL*.

40 Müller, *Das Rechtsprechungsmonopol des EuGH im Kontext völkerrechtlicher Verträge*, 2012, S. 41 f.

41 Müller (Fn. 40), S. 29.

42 Hindelang, in: *Bungenberg/Herrmann* (Hrsg.), *Die gemeinsame Handelspolitik der Europäischen Union nach Lissabon*, 2011, S. 157 (168 f.).

43 EuGH, Gutachten 1/00, ECLI:EU:C:2002:231, Rn. 6 – GELR; Hindelang (Fn. 42), S. 157 (169 ff.).

44 EuGH, Gutachten 1/00, ECLI:EU:C:2002:231, Rn. 6 – GELR.

45 EuGH, Gutachten 1/00, ECLI:EU:C:2002:231, Rn. 5 – GELR.

46 EuGH, Gutachten 1/00, ECLI:EU:C:2002:231, Rn. 11, 13 – GELR.

47 EuGH, Gutachten 1/91, ECLI:EU:C:1991:490, Rn. 45 f. – EWR I.

wegen dieser Rückforderung von einem Investor-Staat-Schiedsgericht Schadensersatz zugesprochen bekommt („spill over effect“).<sup>48</sup>

Dieses Problem zeigt eindrucksvoll der Fall *Micula v. Romania*.<sup>49</sup> In diesem erstritten die Brüder *Ioan* und *Viorel Micula* vor einem Investor-Staat-Schiedsgericht Schadensersatz von Rumänien. Die Brüder *Micula*, zwei schwedische Staatsangehörige, hatten in Rumänien in verschiedene Unternehmen investiert, für die sie steuerliche Vergünstigungen erhielten, die ursprünglich bis 2009 bestehen sollten. Diese wurden aber im Zuge des Beitrittsprozesses zur EU wieder aufgehoben, um nicht mit dem unionsrechtlichen Beihilfenverbot in Konflikt zu geraten. Eine Folge hiervon war, dass die Unternehmen der Brüder *Micula* nicht mehr in den Genuss der steuerlichen Vergünstigungen kamen. Aufgrund dessen verklagten sie Rumänien auf der Grundlage des schwedisch-rumänischen Investitionsschutzabkommens vor einem ICSID<sup>50</sup>-Schiedsgericht auf Schadensersatz.

Die EU-Kommission ist der Ansicht, dass die Zahlung des schiedsgerichtlich zuerkannten Schadensersatzes eine Beihilfe darstelle und diese materiell nicht im Einklang mit Unionsrecht stehe.<sup>51</sup> Allerdings gibt es gegen ICSID-Schiedssprüche nur sehr eingeschränkte Berufungsmöglichkeiten, und die Möglichkeit, die Vollstreckung eines Schiedsspruchs aus *ordre public*-Gründen zu verweigern, ist in der ICSID-Konvention auch nicht vorgesehen.<sup>52</sup> Rumänien darf also die Zahlung des Schadensersatzes gar nicht verweigern. Hier wird deutlich, dass derartige Fälle regelmäßig dazu führen, dass der *effet utile* des Unionsrechts beeinträchtigt wird, denn die unionsrechtlich geforderte Beihilfenrückzahlung wird durch den Schiedsspruch konterkariert.

Eine Beeinträchtigung der Autonomie des Unionsrechts kann sich auch dadurch ergeben, dass die Zuständigkeiten der Union und ihrer Organe, wie sie in den Verträgen geregelt sind, verfälscht werden.<sup>53</sup> So stellte der EuGH in einem Gutachtenverfahren fest, dass das Unionsrecht zwar der Einrichtung eines europäischen Patentgerichts nicht grundsätzlich im Wege stehe,<sup>54</sup> gleichwohl eine Übertragung der ausschließlichen Gerichtsbarkeit auf das europäische Patentgericht unzulässig sei, da so der in Art. 267 AEUV vorgesehene Vorabentscheidungsmechanismus umgangen werde.<sup>55</sup> Zentral für die Argumentation des EuGH ist also das Zusammenspiel von EuGH und nationalen Gerichten bei der Anwendung des Unionsrechts im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens. Diese Rechtsprechungslinie hat der EuGH jüngst in seinem zweiten EMRK-Gutachten bestätigt. In diesem kam er zu dem Schluss, dass der Union, trotz der mittler-

48 *Hindelang* (Fn. 42), S. 157 (177 ff.).

49 *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food, S.A. & S.C. Multipack S.R.L. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/20, Award, December 11, 2013.

50 Das *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID) in Washington D.C. ist das wichtigste Forum für Investor-Staat-Schiedsverfahren; es basiert auf der ICSID-Konvention von 1965.

51 EU-Kommission, Dokument C (2014) 6848 vom 1. Oktober 2014, abrufbar unter: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4066.pdf>, Rn. 71.

52 *Tietje/Wackernagel*, *Outlawing Compliance? – The Enforcement of intra-EU Investment Awards and EU State Aid Law*, Policy Papers on Transnational Economic Law, No. 41, June 2014, S. 9, abrufbar unter: [http://tietje.jura.uni-halle.de/sites/default/files/PolicyPaper/PolicyPaper\\_No41.pdf](http://tietje.jura.uni-halle.de/sites/default/files/PolicyPaper/PolicyPaper_No41.pdf).

53 EuGH, Gutachten 1/00, ECLI:EU:C:2002:231, Rn. 12 – GELR.

54 EuGH, Gutachten 1/09, ECLI:EU:C:2011:123, Rn. 60 ff. – Patentgerichtssystem.

55 EuGH, Gutachten 1/09, ECLI:EU:C:2011:123, Rn. 83 ff. – Patentgerichtssystem.

weile in Art. 6 Abs. 2 Satz 1 EUV geschaffenen Beitrittsklausel zur EMRK, die Möglichkeit versperrt sei, dieser beizutreten, da so die Autonomie des Unionsrechts gefährdet sei.<sup>56</sup> Für die Frage, ob Investor-Staat-Schiedsgerichte mit dem Grundsatz der Autonomie des Unionsrechts vereinbar sind, ist das zweite EMRK-Gutachten vor allem deshalb interessant, weil der Beitritt zur EMRK, anders als der zu einem Abkommen, das Investor-Staat-Schiedsgerichte vorsieht, primärrechtlich geregelt ist. Da im CETA-Abkommen keine Vorlagepflicht an den EuGH vorgesehen ist, dürfte dies eine unzulässige Zuständigkeitsverfälschung darstellen. Auch die nunmehr gemachten Vorschläge, Investor-Staat-Schiedsgerichte durch ein ständiges internationales Investitionsschiedsgericht zu ersetzen,<sup>57</sup> können dieses Problem nicht lösen, weil auch diese keine Vorlagepflicht an den EuGH vorsehen.

## 2. Verletzung des rechtsstaatlichen Grundsatzes der Rechtssicherheit

Zudem dürfte durch die vorgesehenen Investor-Staat-Schiedsverfahren der unionsrechtlich anerkannte Grundsatz der Rechtssicherheit verletzt sein. Anders als das GG verfügt das Primärrecht nicht über ein allgemeines Rechtsstaatsprinzip. Dennoch ist dieses fester Bestandteil der Union als Rechtsgemeinschaft.<sup>58</sup>

Der EuGH hat im Laufe seiner Rechtsprechung verschiedene rechtsstaatliche Aspekte anerkannt, an die die Organe sowie die Mitgliedstaaten, soweit sie Unionsrecht anwenden, gebunden sind. Dazu gehört auch der Grundsatz der Rechtssicherheit.<sup>59</sup> Dieser besagt (unter anderem), dass eine Regelung, die den Umfang der Verpflichtungen auf Seiten der RechtsadressatInnen nicht erkennen lässt, nicht zu rechtfertigen ist.<sup>60</sup>

Von der Eingehung eines Investor-Staat-Schiedsmechanismus' geht *an sich* keine Gefahr für die Rechtssicherheit aus. Allerdings können durch schiedsgerichtliche Urteile, die auch die Auslegung und Anwendung von Unionsrecht beeinflussen, demselben Adressaten einander widersprechende Handlungspflichten auferlegt werden. Genau diese Gefahr besteht bei der Etablierung von Investor-Staat-Schiedsverfahren, wie der oben angeführte *Micula*-Fall deutlich zeigt.<sup>61</sup> Wenn schon Normen, die eine unklare Handlungspflicht statuieren, gegen den Grundsatz der Rechtssicherheit verstoßen, müssen Normen, aufgrund derer die Gefahr besteht, dass demselben Adressaten konträre Handlungspflichten auferlegt werden, erst Recht gegen diesen Grundsatz verstoßen.

## C. Ergebnisse und Ausblick

Das CETA-Abkommen verstößt bislang in einigen wichtigen Punkten gegen Unionsrecht. Es kann nur als „gemischtes Abkommen“ und mit grundlegenden Modifikationen

56 EuGH, Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, Rn. 179 – 200 – EMRK II.

57 *Krajewski*, Modell-Investitionsschutzvertrag mit Investor-Staat-Schiedsverfahren für Industriestaaten unter Berücksichtigung der USA, 2015, 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%E2%80%8B>.

58 EuGH, Gutachten 1/91, ECLI:EU:C:1991:490, Rn. 21 – EWR; aus der Literatur siehe etwa *Zulleeg*, NJW 1995, 545.

59 EuGH, Rs. C-80/86, ECLI:EU:C:1987:431, Rn. 13 – *Kolpinghuis Nijmegen*.

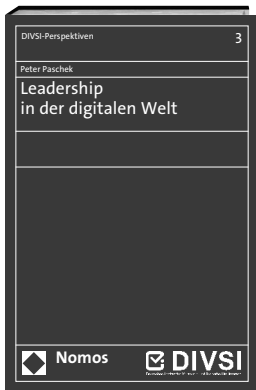
60 EuGH, Rs. C-463/00, ECLI:EU:C:2003:272, Rn. 75 – *Kommission/Spanien*; EuGH, Rs. C-255/02,.

61 Vgl. B. II. 1.

der Regelungen in Bezug auf das vorgesehene Investor-Staat-Schiedsverfahren verabschiedet werden.

Da die Autonomie des Unionsrechts und der allgemeine Grundsatz der Rechtssicherheit Investor-Staat-Schiedsgerichten, wie sie im CETA-Abkommen vorgesehen sind, entgegenstehen, solange keine Vorlagepflicht an den EuGH statuiert wird, gerät auch die Legitimation dieser Spruchkörper – die im Wesentlichen in der Unabhängigkeit der Schiedsgerichte von den Empfangsstaaten der Investition gesehen wird –<sup>62</sup> ins Wanken. Das gilt auch, wenn die bisherigen Investor-Staat-Schiedsgerichte, die *ad hoc* eingerichtet werden, durch ein ständiges internationales Investitionsschiedsgericht ersetzt werden. Denn auch in diesem Fall müsste eine Vorlagepflicht an den EuGH verankert werden, was aber die Legitimation des internationalen Investitionsschiedsgericht in Frage stellen würde. Von daher sollte im CETA-Abkommen grundsätzlich auf Investor-Staat-Schiedsverfahren verzichtet werden. Selbiges gilt, da das CETA-Abkommen mit dem TTIP-Abkommen in diesem Punkt weitgehend vergleichbar sein dürfte, auch für das TTIP-Abkommen.

## Leadership in der digitalen Welt



### Leadership in der digitalen Welt

Von Peter Paschek

2015, 92 S., brosch., 24,- €

ISBN 978-3-8487-2060-6

(DIVSI-Perspektiven, Bd. 3)

[www.nomos-shop.de/24510](http://www.nomos-shop.de/24510)

Geht uns im digitalen Zeitalter die Fähigkeit zum humanen Miteinander über die Milieugrenzen hinweg gänzlich verloren? Werden Solidarität, Mitgefühl und Toleranz zu Werten von gestern? Versagt die Wirtschaftselite in ihrer gesellschaftlichen Verantwortung gerade an dieser Stelle? Welche Möglichkeiten haben wir im Internetzeitalter gegenzusteuern? Fragen auf die Peter Paschek versucht erste Antworten zu finden und neue Fragen zu stellen.

Geht uns im digitalen Zeitalter die Fähigkeit zum humanen Miteinander über die Milieugrenzen hinweg gänzlich verloren? Werden Solidarität, Mitgefühl und Toleranz zu Werten von gestern? Versagt die Wirtschaftselite in ihrer gesellschaftlichen Verantwortung gerade an dieser Stelle? Welche Möglichkeiten haben wir im Internetzeitalter gegenzusteuern? Fragen auf die Peter Paschek versucht erste Antworten zu finden und neue Fragen zu stellen.

Portofreie Buch-Bestellungen unter

[www.nomos-shop.de](http://www.nomos-shop.de)

Alle Preise inkl. Mehrwertsteuer



**Nomos**