

# Investitionsschutzgerichtsbarkeit in CETA und anderen Freihandelsabkommen der EU: Völkerrecht als Verfassungsverstoß?

Christian Tietje\*

|  |     |
|--|-----|
| Inhalt   |     |
| A. Einleitung  | 421 |
| B. Zur Ratio des völkerrechtlichen Investitionsschutzes als Grundlage der internationalen Investitionsschutzschiedsgerichtsbarkeit | 423 |
| C. Investitionsschutz nach CETA als völkerrechtlicher Investitionsschutz   | 425 |
| D. Haftungsstruktur  | 428 |
| E. Art. 92 GG  | 429 |
| F. Spezielle Rechtsweggarantien  | 431 |
| G. Ausblick  | 432 |

## A. Einleitung

Die Investitionsschutzschiedsgerichtsbarkeit bewegt die Gemüter und bestimmt politische Debatten wie sonst keine andere Sachmaterie aus dem internationalen Wirtschaftsrecht zuvor. Während andere Themen des internationalen Wirtschaftsrechts, wie zum Beispiel die WTO-Doha-Runde,<sup>1</sup> die neue „Policy for Exceptional Access Lending“-Reform des Internationalen Währungsfonds,<sup>2</sup> die im Februar 2016 von Argentinien mit verschiedenen Hedgefonds erzielte Einigung über eine Umschuldung

\* Prof. Dr. Christian Tietje, LL.M. (Michigan) ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Europarecht und Internationales Wirtschaftsrecht sowie Direktor des Instituts für Wirtschaftsrecht und Leiter der Forschungsstelle für Transnationales Wirtschaftsrecht an der Juristischen und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg. Bei dem Beitrag handelt es sich um die schriftliche Fassung eines Vortrages, den der Verfasser am 12.9.2016 auf der Tagung „Endstation Karlsruhe? – Die EU-Handelspolitik unter Kontrolle nationaler Verfassungsgerichte?“ in Berlin und am 14.11.2016 auf dem 12. Jahrestreffen des Gesprächskreises Investitionsrecht und -schiedsgerichtsbarkeit in Frankfurt/Main gehalten hat.

1 Dazu instruktiv Jones, *The Doha blues: institutional crisis and reform in the WTO*, 2010.

2 IWF, *The Fund's Lending Framework and Sovereign Debt – Further Considerations*, 9.4.2015, [www.imf.org/external/np/pp/eng/2015/040915.pdf](http://www.imf.org/external/np/pp/eng/2015/040915.pdf) (23.11.2016); siehe auch IWF, *IMF Reforms Policy for Exceptional Access Lending*, 29.1.2016, [www.imf.org/external/pubs/ft/survey/so/2016/POL012916A.htm](http://www.imf.org/external/pubs/ft/survey/so/2016/POL012916A.htm) (23.11.2016).

von Staatsanleihen<sup>3</sup> oder die Herausforderungen im EU-Antidumpingrecht aufgrund des Übergangs Chinas zu einer Marktwirtschaft<sup>4</sup> von weitaus größerer ökonomischer Relevanz und gesellschaftspolitischer Dimension sind, finden diese Themen letztlich kaum öffentliche Aufmerksamkeit. Sie werden noch nicht einmal parlamentarisch vertiefend diskutiert. Die Investitionsschutzschiedsgerichtsbarkeit hingegen ist der zentrale Kritikpunkt in der öffentlichen Debatte über die geplanten Freihandelsabkommen der Europäischen Union mit Kanada (CETA) und den USA (TTIP). Allerdings beschränkt sich die Debatte zur Investitionsschutzschiedsgerichtsbarkeit auch auf diese beiden geplanten Abkommen; die Freihandelsabkommen mit Singapur und Vietnam, die auch Investitionsschutzschiedsgerichtsbarkeit vorsehen, finden ebenso wenig öffentliche Aufmerksamkeit wie die ca. 1.200 bilateralen Investitionsschutzverträge der EU-Mitgliedstaaten, die in der Mehrzahl auch Investitionsschutzschiedsgerichtsbarkeit ermöglichen. Auch in der wissenschaftlichen Diskussion nimmt die Investitionsschutzschiedsgerichtsbarkeit zwischenzeitlich einen prominenten Platz ein.<sup>5</sup> Neben völkerrechtlichen und allgemein strukturellen Fragen hat dabei in jüngerer Zeit insbesondere Aufmerksamkeit erfahren, ob und gegebenenfalls inwieweit die bestehende Investitionsschutzschiedsgerichtsbarkeit bzw. die in CETA geplante Investitionsschutzschiedsgerichtsbarkeit<sup>6</sup> im Rahmen von Freihandelsabkommen der Europäischen Union mit dem EU-Recht und dem Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland vereinbar sind. Die anhängigen Verfassungsbeschwerdeverfahren vor dem Bundesverfassungsgericht<sup>7</sup> sowie das ebenfalls anhängige Organstreitverfahren<sup>8</sup> betreffen insoweit unter anderem die in CETA vorgesehene Investitionsschutzschiedsgerichtsbarkeit. Sie wird von den Beschwerdeführern als mit zahlreichen Bestimmungen des Grundgesetzes unvereinbar angesehen.

3 *Stevenson/Gilbert*, Argentina Reaches Deal With Hedge Funds Over Debt, New York Times v. 29.2.2016, [www.nytimes.com/2016/03/01/business/dealbook/argentina-reaches-deal-with-hedge-funds-over-debt.html?\\_r=0](http://www.nytimes.com/2016/03/01/business/dealbook/argentina-reaches-deal-with-hedge-funds-over-debt.html?_r=0) (23.11.2016).

4 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EU) 2016/1036 über den Schutz gegen gedumpte Einfuhren aus nicht zur Europäischen Union gehörenden Ländern und der Verordnung (EU) 2016/1037 über den Schutz gegen subventionierte Einfuhren aus nicht zur Europäischen Union gehörenden Ländern, COM (2016) 721 final v. 9.11.2016.

5 Siehe nur *Kumm*, An Empire of Capital?, *Transatlantic Investment Protection as the Institutionalization of Unjustified Privilege*, ESIL Reflections 4 (2015), S. 1 ff.; *von Daniels*, Recht im globalen Nebel: Investitionsschutz und demokratische Legitimation, *Leviathan* 2015, S. 113 ff.; *Venzke*, Investor-State Dispute Settlement in TTIP from the Perspective of a Public Law Theory of International Adjudication, *Journal of World Investment & Trade* 17(2016), S. 374 ff.; *Donath*, Proliferation und Legitimation der internationalen Investitionsschiedsgerichtsbarkeit, 2016.

6 Das in CETA vorgesehene System der Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Investoren und Staaten (Art. 8.18 CETA) ist nicht ohne weiteres als Schiedsgerichtsbarkeit oder Gerichtsbarkeit einzuordnen, es hat vielmehr einen hybriden Charakter. Im Einklang mit dem Vertragswortlaut in CETA wird hier aber von „Gericht“ und „Gerichtsbarkeit“ gesprochen.

7 BVerfG, 2 BvR 1368/16, 2 BvR 1823/16, 2 BvR 1482/16, 2 BvR 1444/16.

8 BVerfG, 2 BvE 3/16.

Struktur, Inhalt und Bedeutung des internationalen Investitionsschutzrechts sind im wissenschaftlichen Schrifttum immer wieder dargestellt und gewürdigt worden.<sup>9</sup> Es ist nicht Ziel des vorliegenden kurzen Beitrages, diese Gesichtspunkte nochmals ausführlich referierend wiederzugeben. Vielmehr soll es im Wesentlichen darum gehen, aus struktureller Perspektive und mit Blick auf konkrete Einzelfragen zu klären, ob die internationale Investitionsschutzschiedsgerichtsbarkeit mit dem Grundgesetz unvereinbar ist bzw. sein kann. In einem ersten Abschnitt soll dabei kurz die allgemeine Ratio des völkerrechtlichen Investitionsschutzes als Grundlage der internationalen Investitionsschutzschiedsgerichtsbarkeit in Erinnerung gerufen werden (B.). Anschließend wird die völkerrechtliche Rechtsstruktur der Investitionsschutzschiedsgerichtsbarkeit dargestellt (C.). Hieran schließen sich Überlegungen zur völkerrechtlichen Haftungsstruktur im Investitionsschutzrechts allgemein sowie spezifisch in CETA an (D.). Vor dem Hintergrund dieser völkerrechtlichen Überlegungen kann sodann eine Bewertung der CETA-Investitionsschutzgerichtsbarkeit im Lichte von Art. 92 GG erfolgen (E.). Überdies werden einige weitere Vorschriften des Grundgesetzes mit Blick auf die internationale Investitionsschutzgerichtsbarkeit diskutiert (F.), bevor ein kurzer Ausblick den Beitrag abschließt (G.).

## **B. Zur Ratio des völkerrechtlichen Investitionsschutzes als Grundlage der internationalen Investitionsschutzschiedsgerichtsbarkeit**

Ohne auf alle Einzelheiten einzugehen, ist zunächst in Erinnerung zu rufen, dass völkerrechtlicher Investitionsschutz seine Grundlage darin findet, dass der Staat aufgrund seiner ihm zustehenden Souveränität jederzeit die innerstaatliche Rechtslage ändern kann. Die Rechtsposition ausländischer Investoren ist damit stets fragil, soweit sich ihre Rechtspositionen aus dem entsprechenden innerstaatlichen Recht ableiten. Ob und inwieweit dabei eine innerstaatliche Verfassung im Einzelnen die Rechtssetzungssouveränität des Staates begrenzt, kann nicht einheitlich bewertet werden. Auch hier entscheidet letztlich der entsprechende Staat souverän. Das kann zum Beispiel dazu führen, dass in Kanada Ausländer unter bestimmten Voraussetzungen entschädigungslos enteignet werden dürfen,<sup>10</sup> während dies in der Bundesrepublik Deutschland nach Art. 14 Abs. 3 GG und Art. 1 des ersten Zusatzprotokolls zur EMRK nicht möglich ist. Die aus der souveränen Rechtsänderungsbefugnis des Staates resultierende Rechtsunsicherheit kann nur durch Völkerrecht eingeschränkt werden. Da das Völkergewohnheitsrecht – abgesehen von begrenzten Ausnahmen im Bereich der sogenannten fremdenrechtlichen Mindeststandards – keine einschlägigen Rechtsnormen vorhält, die dem Rechtsschutz des Investors effektiv dienen, kommt insofern nur die

9 Statt vieler *Dolzer/Schreuer*, Principles of International Investment Law, 2. Aufl. 2012, S. 6 ff., 12 ff., 19 ff.

10 Zu Einzelheiten siehe *de Mestral/Morgan*, Does Canadian Law Provide Remedies Equivalent to NAFTA Chapter 11 Arbitration?, Investor-State Arbitration Series 4/2016, [www.cigionline.org/publications/does-canadian-law-provide-remedies-equivalent-nafta-chapter-11-arbitration](http://www.cigionline.org/publications/does-canadian-law-provide-remedies-equivalent-nafta-chapter-11-arbitration) (23.11.2016).

Möglichkeit eines völkerrechtlichen Vertrages zwischen dem Gaststaat der Investition und dem Heimatstaat des Investors in Betracht.

Die völkerrechtliche Absicherung eines ausländischen Investors ist auch notwendig, um eine Rechtsschutzlücke für ausländische Investoren, die sich inhärent aus der Struktur der Völkerrechtsordnung und der weitaus meisten Verfassungsrechtsordnungen der Staaten dieser Welt ergibt, zu schließen. Das Völkerrecht verbietet grundsätzlich nicht die Diskriminierung von Ausländern, sofern nicht insbesondere eine Rassendiskriminierung vorliegt.<sup>11</sup> Innerstaatliche Verfassungsrechtsordnungen spiegeln diese Völkerrechtslage wider. Das Grundgesetz differenziert zum Beispiel zwischen Deutschen- und Jedermann-Grundrechten, wie in Art. 12 Abs. 1 GG verdeutlicht. Darüber hinaus wird Staatsangehörigkeit nicht von dem besonderen Differenzierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG erfasst.<sup>12</sup> Überdies wird ausländischen juristischen Personen regelmäßig kein Grund- bzw. Menschenrechtsschutz gewährt. Das gilt zunächst völkerrechtlich. Die maßgeblichen menschenrechtlichen Völkerrechtsinstrumente finden – mit Ausnahme der EMRK – auf juristische Personen keine Anwendung.<sup>13</sup> Im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland macht Art. 19 Abs. 3 klar, dass nur „inländische juristische Person“ Grundrechtsschutz genießen.<sup>14</sup> Da Auslandsinvestitionen regelmäßig von juristischen Personen realisiert werden, zeigt sich insofern eine beachtliche Rechtsschutzlücke. Diese setzt sich auf verfahrensrechtlicher Ebene fort. Das klassische Rechtsinstitut des diplomatischen Schutzes taugt kaum, um auf Rechtsschutzdefizite im Hinblick auf Auslandsinvestitionen effektiv zur reagieren.<sup>15</sup> Diplomatischer Schutz bezieht sich zunächst nur auf die Verletzung völkerrechtlicher Schutzstandards im Interesse der jeweiligen ausländischen Person. Investorenrechte, wie zum Beispiel eine Anlagengenehmigung oder eine Konzession, sind hingegen regelmäßig nicht Völkerrecht. Die Beeinträchtigung dieser Rechte durch den Gaststaat einer Investition ist daher im Regelfall auch nicht völkerrechtlich sanktionierbar. Überdies steht die Ausübung diplomatischen Schutzes im politischen Ermessen des Heimatstaates; einen unbedingten Anspruch auf Ausübung diplomatischen Schutzes gibt es weder aus dem Völkerrecht noch aus dem innerstaatlichen Recht.

11 Vgl. *Reinisch*, Internationales Investitionsschutzrecht, in: Tietje (Hrsg.), Internationales Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2015, § 8, Rn. 42.

12 *Kischel*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, 30. Edition, Stand: 1.9.2016, Art. 3 GG, Rn. 132 m.w.N.

13 Ausführlich *Tietje*, Die juristische Person des Privatrechts im allgemeinen Völkerrecht und im internationalen Wirtschaftsrecht – Entwicklungen und rechtliche Herausforderungen, in: Delbrück/Heinz/Odendahl/Matz-Lück/von Arnould (Hrsg.), Aus Kiel in die Welt: Kiel's Contribution to International Law, FS Walther-Schücking-Institut, 2014, S. 671 ff.

14 BVerfGE 21, 207 (208 f.); BVerfGE 100, 313 (364); BVerfG v. 27.12.2007, NVwZ 2008, 670 (670 f.); *Tietje/Wackernagel*, Der rechtliche Schutz ausländischer Investitionen, in: Kronke/Melis/Kuhn (Hrsg.), Handbuch Internationales Wirtschaftsrecht (im Erscheinen), Teil J, Rn. 8; vgl. auch zur Verwehrung des Rechtswegs für ausländische juristische Personen *Sachs*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 7. Aufl. 2014, Art. 19, Rn. 52 f.

15 Hierzu z.B. *Tietje*, Internationaler Investitionsrechtsschutz, in: Ehlers/Schoch (Hrsg.), Rechtsschutz im Öffentlichen Recht, 2009, § 4, Rn. 7 m.w.N.

Schon vor dem Hintergrund dieser kurzen Überlegungen zeigt sich, dass internationaler Investitionsschutz keine „Besserstellung“ von ausländischen Investoren gegenüber Inländern darstellt. Vielmehr geht es zunächst um das Schließen einer materiellrechtlichen und verfahrensrechtlichen Rechtsschutzlücke. Selbst wenn man eine entsprechende „Besserstellung“ annehmen wollte, ist zu beachten, dass insofern ein klassisches Problem der Inländerdiskriminierung vorliegt. Inländerdiskriminierung ist allerdings eine unabwendbare systemische Konsequenz völkerrechtlicher Reziprozität. Völkerrechtliche Verträge sind zumindest im internationalen Wirtschaftsrecht regelmäßig darauf ausgerichtet, ausländischen Waren oder Personen Marktzugang sowie Gleichbehandlung und weitere Schutzstandards zu gewähren. Das geschieht auf der Basis klassischer völkerrechtlicher Reziprozität.<sup>16</sup> Insofern gewähren Staaten im Reziprozitätsverhältnis jeweils nur ausländischen Waren und/oder Personen gewisse materiellrechtliche Rechtsgarantien. Es geht damit nicht um die Gewährung solcher Rechtsgarantien für die eigenen Staatsangehörigen. Bekanntlich sind selbst die Grundfreiheiten im EU-Binnenmarkt von dieser Regulationsstruktur geprägt.<sup>17</sup> Wenn es insofern zu einer „Schlechterstellung“ von Inländern aufgrund völkervertragsrechtlicher Regelungen kommt, ist dies kein systemisches Problem des Völkerrechts, sondern liegt vielmehr in der mangelnden Gewährleistung dieser Rechtsgarantien im innerstaatlichen Recht begründet.

### C. Investitionsschutz nach CETA als völkerrechtlicher Investitionsschutz

Bereits die kurzen Überlegungen zur allgemeinen Ratio des internationalen Investitionsschutzrechts verdeutlichen, dass es sich hier um klassisches Völkerrecht handelt. Das gilt auch für die Investitions(schieds)gerichtsbarkeit, jedenfalls auf CETA bezogen. Die Schiedsgerichtsbarkeit wird durch das anwendbare Recht systemisch geprägt. Hier unterscheidet man herkömmlich zwischen dem anwendbaren Recht im Hinblick auf die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts (*jurisdiction*) sowie mit Blick auf die Begründetheit (*merits*). Überdies ist unter dem Stichwort des anwendbaren Rechts die *lex arbitri* zu beachten. Für diese drei Gesichtspunkte der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit ist jeweils das anwendbare Recht zu bestimmen.

Im Hinblick auf Zuständigkeitsfragen steht zunächst fest, dass sich die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts bzw. CETA-Gerichts aus der maßgeblichen Schiedsvereinbarung ergibt. Im Rahmen des völkerrechtlichen Investitionsschutzes findet die Schiedsvereinbarung ihrerseits regelmäßig ihre Grundlage in dem zugrundeliegenden völkerrechtlichen Investitionsschutzvertrag. Die Regelung des entsprechenden Investitionsschutzvertrages bzw. des Investitionsschutzkapitels eines Freihandelsabkommens wie CETA können dabei mit Blick auf die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts/Gerichts durch andere völkerrechtliche Übereinkommen, die im Vertrag in

16 Grundlegend immer noch *Simma*, Das Reziprozitätselement im Zustandekommen völkerrechtlicher Verträge, 1972.

17 Zur Inländerdiskriminierung im EU-Recht statt vieler *Ehlers*, Allgemein Lehren der Grundfreiheiten, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Aufl. 2014, § 7, Rn. 25 f.

Bezug genommen werden, ergänzt werden. Das gilt insbesondere für die ICSID-Konvention. In diesem Sinne stellte beispielsweise das Schiedsgericht in der Rechts-sache *Daimler Financial Service v. Argentina* fest:

„For purposes of the Tribunal’s jurisdiction [...] the proper law to be applied is the Ger-man-Argentine BIT itself, in concert with the ICSID Convention, as interpreted in the light of general principles of international law.“<sup>18</sup>

Auch für CETA gilt, dass auf die Zuständigkeit des Investitionsgerichts bezogen CETA anwendbares Recht ist. Das ergibt sich aus Art. 8.25 Abs. 1 CETA. Dort heißt es:

„Der Beklagte stimmt einer Beilegung der Streitigkeit durch das Gericht nach dem in diesem Abschnitt beschriebenen Verfahren zu“.

Die Bestimmung des im Rahmen der Begründetheit eines Schiedsgerichtsverfahrens anwendbaren Rechts kann schwieriger sein. Hier hängt es maßgeblich davon ab, welche Regelung der entsprechende völkerrechtliche Investitionsschutzvertrag trifft. Überdies sind Fälle denkbar, in denen die Schiedsvereinbarung nicht aus einem völkerrechtlichen Vertrag, sondern aus einem sogenannten *state contract* oder gar einem innerstaatlichen Gesetz erwächst.<sup>19</sup> Hier kann es zur Gemengelage von Völkerrecht und innerstaatlichem Recht sowie Vertragsrecht kommen. Auf CETA bezogen sind diese Probleme jedenfalls dem Grunde nach nicht gegeben.<sup>20</sup> Der Vertragsentwurf enthält eine klare Aussage zum anwendbaren Recht. In Art. 8.31 CETA heißt es wie folgt:

„1. Das nach diesem Abschnitt errichtete Gericht wendet bei seinen Entscheidungen dieses Abkommen nach den Auslegungsregeln des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge und anderen zwischen den Vertragsparteien geltenden völkerrechtlichen Regeln und Grundsätzen an.  
2. Es fällt nicht in die Zuständigkeit des Gerichts, die Rechtmäßigkeit einer Maßnahme, die angeblich einen Verstoß gegen dieses Abkommen darstellt, nach dem internen Recht einer Vertragspartei zu beurteilen. Zur Klarstellung: Bei seiner Beurteilung, ob eine Maßnahme im Einklang mit diesem Abkommen steht, kann das Gericht das interne Recht einer Vertragspartei, soweit angezeigt, als Tatsache heranziehen. Dabei folgt das Gericht der herrschenden Auslegung des internen Rechts durch die Gerichte und Behörden der betreffenden Vertragspartei, wobei eine etwaige vom Gericht vorgenommene Deutung internen Rechts für die Gerichte und Behörden dieser Vertragspartei nicht bindend ist.“

Damit steht fest, dass ein Investitionsschutzgericht nach CETA nur CETA als völkerrechtlichen Vertrag selbst anwenden darf. Innerstaatliches Recht bzw. das Recht der EU können jedenfalls nicht als Recht herangezogen werden. Dieses kann nur als

18 *Daimler Financial Services v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/05/1, Award v. 22.8.2012, Rn. 50.

19 Allgemein hierzu Tietje, (Fn. 15), § 4, Rn. 11, 22.

20 Im Einzelnen können sich allerdings durchaus komplexe Fragen im Hinblick auf die mögliche Anwendung innerstaatlichen Rechts durch ein CETA-Gericht stellen. Siehe hierzu *Hepburn*, CETA’s New Domestic Law Clause, EJIL: Talk! v. 17.3.2016, [www.ejiltalk.org/cetas-new-domestic-law-clause/](http://www.ejiltalk.org/cetas-new-domestic-law-clause/) (23.11.2016).

Tatsache Berücksichtigung finden. Das entspricht im Übrigen allgemeinen Grundsätzen internationaler Streitbeilegung. Bereits der Ständige Internationale Gerichtshof hat bekanntlich festgestellt, dass innerstaatliches Recht in einem völkerrechtlichen Streitverfahren in der Regel nur als Tatsache gewürdigt werden darf.<sup>21</sup> Indem CETA ausschließlich das Abkommen selbst sowie gegebenenfalls sonstiges zwischen den Vertragsparteien geltendes Völkerrecht als anwendbar erklärt, wird zugleich einem möglichen Konflikt mit dem Rechtsprechungsmonopol des europäischen Gerichtshofes im Hinblick auf die Auslegungsanwendung des EU-Rechts vorgebeugt.<sup>22</sup> Da ein Schiedsgericht nach CETA von vornherein dem Grunde nach EU-Recht nicht als Recht heranziehen kann, sind Beeinträchtigungen der Funktion und Aufgaben des EuGH im Sinne von Art. 19 EUV wenn nicht ausgeschlossen, dann fernliegend.<sup>23</sup>

In der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit findet regelmäßig in Ergänzung zum von den Parteien vereinbarten Verfahrensrecht die *lex arbitri* als innerstaatliches Recht Anwendung.<sup>24</sup> Im Regelfall bestimmt sich das insofern anwendbare, ergänzende Verfahrensrecht nach dem Sitz des Schiedsgerichts (*lex loci arbitri*). Allerdings gibt es auch Schiedsverfahren, bei denen es keine *lex arbitri* als innerstaatliches Recht gibt. Im Investitionsschutzbereich ist dies bislang nur bei ICSID-Verfahren der Fall. ICSID-Verfahren sind ausschließliche völkerrechtliche Verfahren. Das Verfahrensrecht bestimmt sich abschließend und umfassend nach der ICSID-Konvention und den hierzu in Ergänzung ergangenen Regelungen. Eine *lex arbitri* gibt es bei ICSID-Verfahren nicht.<sup>25</sup> Dieses Modell ist auch in CETA vorgesehen. Auch CETA-Verfahren sind ausschließliche völkerrechtliche Verfahren, bei denen es keine *lex arbitri* als innerstaatliches (bzw. EU-)Recht gibt.

Damit zeigt sich insgesamt, dass verfahrensrechtlich und im Hinblick auf den materiellrechtlichen Prüfungsmaßstab Investitionsschiedsverfahren nach CETA ausschließlich völkerrechtliche Verfahren sind. Sie weisen diesbezüglich keine originäre Beziehung zum innerstaatlichen bzw. EU-Recht auf. Innerstaatliches Recht kommt insofern dem Grunde nach nicht zur Anwendung. Eine mögliche Ausnahme diesbezüglich besteht im Hinblick auf die Vollstreckung von Schiedssprüchen, die nach CETA ergangen sind. Während hier für ICSID-Schiedssprüche in CETA klar geregelt

21 StIGH, *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*, Series A, No. 7 (1926), S. 19: „From the standpoint of International Law and of the Court which is its organ, municipal laws are merely facts which express the will and constitute the activities of States, in the same manner as do legal decisions or administrative measures“.

22 Zu diesem Problem z.B. *Schill*, Editorial: Opinion 2/13 – The End for Dispute Settlement in EU Trade and Investment Agreements?, *Journal of World Investment & Trade* 16 (2015), S. 379 ff.

23 Siehe zu den Einzelheiten *Lang*, Der Europäische Gerichtshof und die Investor-Staat-Streitbeilegung in TTIP und CETA: Zwischen Konfrontation, Konstitutionalisierung und Zurückhaltung, *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht* Heft 138, Oktober 2015, S. 8 ff.; *Schill*, (Fn. 22).

24 *Tietje*, (Fn. 15), § 4, Rn. 13 m.w.N.

25 *Ibid.*, Rn. 14.

ist, dass diese aus sich heraus zu vollstrecken sind (Art. 8.41 CETA),<sup>26</sup> ist dies für Schiedssprüche, die nach der UNCITRAL-Schiedsgerichtsordnung ergehen, etwas unklar. Da CETA anordnet, dass Schiedssprüche als Schiedssprüche nach dem New Yorker-Vollstreckungsabkommen<sup>27</sup> gelten, besteht diesbezüglich wohl die Möglichkeit, ein innerstaatliches Aufhebungsverfahren nach Art. V des New Yorker-Vollstreckungsabkommen zu betreiben. Das wird zumindest für alle Verfahren gelten, in denen die EU selbst, also nicht die Mitgliedstaaten, als Streitpartei beteiligt ist. Die EU ist nicht Vertragspartei von ICSID und kann dieses auch nicht werden, da die ICSID-Konvention nur Staaten zur Ratifikation offensteht. Allerdings ändert die mögliche Anwendung des New Yorker Vollstreckungsabkommens im Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren nichts daran, dass das Schiedsverfahren selbst einen reinen völkerrechtlichen Charakter hat. Das gilt, um es nochmals hervorzuheben, insgesamt für alle maßgeblichen Fragen des anwendbaren Rechts.

#### D. Haftungsstruktur

Der ausschließlich völkerrechtliche Charakter eines CETA-Schiedsgerichtsverfahrens entspricht auch der maßgeblichen Haftungsstruktur im Investitionsschutzrecht. Internationales Investitionsschutzrecht, verstanden als völkerrechtliche Rechtsgarantie, begründet völkerrechtliche Haftung. Insofern geht es bei den Investitionsgarantien, die sich in Art. 8.1 ff. CETA finden, und der hierauf bezogenen Verpflichtung der Vertragsparteien, Investoren aus der jeweils anderen Vertragspartei die entsprechenden Rechtsgarantien zu gewährleisten, um Fragen der völkerrechtlichen Staatenverantwortlichkeit. Die maßgeblichen Grundlagen hierfür finden sich bekanntlich bis heute im Urteil des Ständigen Internationalen Gerichtshofes (StIGH) aus dem Jahre 1928 in der Sache *Chorzów-Factory*. Der StIGH führte damals unter anderem aus:

*„It is a principle of international law, and even a general conception of law, that any breach of an engagement involves an obligation to make reparation. [...] [R]eparation must, so far as possible wipe out all the consequences of the illegal act and re-establish the situation which would, in all probability have existed if that act had not been committed. Restitution in kind, or, if this is not possible, payment of a sum corresponding to the value which a restitution in kind would bear [...]“.*<sup>28</sup>

Diese grundlegenden Feststellungen des StIGH sind heute in Art. 1, 30 f. ILC Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts niedergelegt.

26 Das bindet zunächst natürlich nur die Vertragsparteien. Ob die unmittelbare Bindungswirkung auch für Drittstaaten gilt, hängt davon ab, ob CETA-Schiedssprüche als ICSID-Schiedssprüche angesehen werden können. Daran lässt sich aufgrund mehrerer Abweichungen in CETA von der ICSID-Konvention zweifeln.

27 New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche v. 10.6.1958.

28 StIGH, *Chorzów-Factory*, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 17, S. 21.

Die völkerrechtliche Haftungsstruktur der Staatenverantwortlichkeit, die zunächst auf Naturalrestitution und subsidiär auf Schadensersatz abstellt, wird in CETA allerdings modifiziert. In Art. 8.39 CETA heißt es im Einzelnen:

- „1. Erlässt das Gericht einen endgültigen Urteilsspruch gegen den Beklagten, so kann es nur Folgendes – einzeln oder zusammen – zusprechen:
- a) Schadensersatz in Geld, gegebenenfalls zuzüglich aufgelaufener Zinsen
  - b) Rückerstattung von Vermögenswerten, wobei der Urteilsspruch vorsehen muss, dass der Beklagte anstelle der Rückgabe Schadensersatz in Geld leisten kann, und zwar in einer Höhe, die dem im Einklang mit Artikel 8.12 bestimmten Marktwert der Vermögenswerte unmittelbar vor Bekanntwerden der Enteignung oder bevorstehenden Enteignung – je nachdem, welches der frühere Zeitpunkt ist – entspricht, gegebenenfalls zuzüglich aufgelaufener Zinsen.“

Im Ergebnis besteht damit für ein Investitionsgericht nach CETA keine Kassationsbefugnis. Vielmehr beschränkt sich die Haftung der Vertragsparteien nach CETA im Investitionsschutzbereich ausschließlich auf Schadensersatz in Geld. Die CETA-Investitionsgerichtsbarkeit hat damit unter keinen Umständen die Rechtsmacht, in innerstaatliche Rechtsstrukturen einzugreifen. Das entspricht der bereits dargelegten Konzeption zum anwendbaren Recht. Auch durch die Haftungsstrukturen der Begrenzung auf Schadensersatz in Geld bleibt Investitionsgerichtsbarkeit nach CETA ausschließlich auf die völkerrechtliche Ebene beschränkt. CETA ist insofern gleichsam streng dualistisch angelegt. Zugleich ist damit klar, dass es bei der Investitionsgerichtsbarkeit und insgesamt dem Investitionsschutz nach CETA ausschließlich um völkerrechtliche Staatenverantwortlichkeit im klassischen Sinne geht.

### **E. Art. 92 GG**

Ausgehend von dem ausschließlichen völkerrechtlichen Charakter der CETA-Investitionsgerichtsbarkeit lassen sich einige der zentralen verfassungsrechtlichen Bedenken, die zum Teil formuliert werden, bewerten.<sup>29</sup> An erster Stelle geht es dabei um das vermeintliche Rechtsprechungsmonopol des Staates aus Art. 92 GG. Hier steht zur Debatte, ob durch einen völkerrechtlichen Vertrag gerichtliche Strukturen errichtet werden dürfen, die außerhalb der staatlichen Gerichtsorganisation stehen, aber mit Fragen befasst sind, die den Staat und die Gesellschaft insgesamt betreffen. Um diesbezüglich Art. 92 GG als Maßstab heranziehen zu können, müsste es sich bei der Investitionsgerichtsbarkeit nach CETA zunächst überhaupt um „Rechtsprechung“ handeln. Rechtsprechung im Sinne von Art. 92 GG ist allerdings nur Rechtsprechung im territorialen Anwendungsbereich des Grundgesetzes. Es liegt auf der Hand, dass es sich bei „Rechtsprechung“ nach Art. 92 GG nur um bindende Streitentscheidung unter Anwendung deutschen Rechts handeln kann. Andernfalls würde Art. 92 GG

<sup>29</sup> Siehe etwa *Steinbach*, Investor-Staat-Schiedsverfahren und Verfassungsrecht, *RabelsZ* 80 (2016), S. 1 ff.; *Flessner*, Investitionsschutz durch völkerrechtliche Verträge wie TTIP und CETA – ein Fall für das Verfassungsrecht!, *RuP* 2015, S. 149 ff.; *von Frankenberg*, Rechtsstaaten vor privatem Schiedsgericht?, *DRiZ* 2014, S. 238 ff.

Prüfungsmaßstab für jegliche Tätigkeit der Judikative weltweit sein. Art. 92 GG müsste insofern eine inhärente, extraterritoriale, quasi globale Anwendbarkeit in sich tragen. Dafür sind keine Anhaltspunkte gegeben. Insofern kann Art. 92 GG auf ausschließlich völkerrechtliche Streitbeilegung, die im Hinblick auf das anwendbare Recht keine Berührungen zur innerstaatlichen Rechtsordnung aufweist, keine Anwendung finden.

Selbst wenn man Art. 92 GG allerdings auf CETA anwenden würde, bleibt fraglich, ob die Vorschrift überhaupt die Schiedsgerichtsbarkeit insgesamt betrifft. Wenn überhaupt, wird man dies im Hinblick auf Verfahren, an denen der Staat beteiligt ist, nur dann annehmen können, wenn es um Kassationsbefugnisse geht.<sup>30</sup> Andernfalls müsste die Schiedsgerichtsbarkeit im öffentlichen Recht, die unter anderen in den §§ 168 Abs. 1 Nr. 5 und 173 Satz 2 VwGO vorausgesetzt wird, umfassend verfassungswidrig sein. Jedenfalls bleibt es auf CETA bezogen dabei, dass es hier um ausschließliche völkerrechtliche Haftungsstrukturen im Sinne der Staatenverantwortlichkeit geht. Insofern hat es keine Bedeutung, dass tatsächlich in einem entsprechenden Investitionsschutzverfahren gegebenenfalls deutsche Hoheitsakte relevant sind. Diese finden nur als Tatsache, nicht aber als Recht im eigentlichen Sinne Anwendung. Prüfungs- und Bewertungsmaßstab ist insofern ausschließlich das Völkerrecht.

Auch der Umstand, dass Investitionsschiedsgerichtsbarkeit von ihrer Grundidee her ein wie auch immer im einzelnen ausgestaltetes Klagerecht Privater begründet, kann an dieser Bewertung nichts ändern. Zumindest nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts handelt es sich bei der Beilegung von Investitionsstreitigkeiten durch Klagen Privater ausschließlich um ein zwischenstaatliches völkerrechtliches Verfahren. Danach betreibt der private Kläger ein entsprechendes Verfahren ausschließlich in gleichsam Prozessstandschaft für seinen Heimatstaat. Das Bundesverfassungsgericht hat hierzu im Einzelnen folgendes ausgeführt:

„Aus völkerrechtlicher Sicht besteht die Besonderheit der Schlichtung von Streitigkeiten vor dem International Centre for Settlement of Investment Disputes darin, dass Private als Antragsteller die Verletzung eines zwischenstaatlichen, völkerrechtlichen Abkommens rügen können. Inhaltlich wird somit die Verletzung einer Pflicht gerügt, die nicht unmittelbar dem privaten Antragsteller, sondern dessen Heimatstaat gegenüber geschuldet wird, obwohl der Schutzzweck des Abkommens auf die Interessen der privaten Investoren ausgerichtet ist. Rechte und Pflichten des Gegnerstaates ergeben sich in solchen Fallgestaltungen aus einem völkerrechtlichen Vertrag, in dem außerdem regelmäßig eine eigene Notstandsklausel enthalten ist, mithin also aus einem Völkerrechtsverhältnis.“<sup>31</sup>

Der ausschließlich zwischenstaatliche Charakter der Investitionsgerichtsbarkeit nach CETA wird auch dadurch nochmals unterstrichen, dass nach Art. 30.6 Abs. 1 CETA das Abkommen insgesamt keine Individualrechte begründet. Die Vorschrift lautet wie folgt:

30 Zur Diskussion über die Anwendbarkeit von Art. 92 GG auf das Schiedsgerichtswesen siehe statt vieler Möller, *Echte Schiedsgerichtsbarkeit im Verwaltungsrecht*, 2014, S. 65 ff.

31 BVerfGE 118, 124 (140); kritisch hierzu Tietje/Szodrub, *Staatsnotstand bei Staateninsolvenz – Individualrechte und Gemeinwohlbelange im transnationalen Wirtschaftsrecht*, ZBB 2007, S. 498 ff.

„Dieses Abkommen ist nicht dahingehend auszulegen, dass es andere Rechte oder Pflichten für Personen begründet als die zwischen den Vertragsparteien nach dem Völkerrecht geschaffenen Rechte oder Pflichten, noch dass es in den internen Rechtsordnungen der Vertragsparteien unmittelbar geltend gemacht werden kann.“

Durch diese Vorschrift wird nochmals der streng dualistische Ansatz von CETA betont. Berührungspunkte zum innerstaatlichen bzw. EU-Recht sollen durch CETA bewusst vermieden werden.

## F. Spezielle Rechtsweggarantien

Die Überlegung zu Art. 92 GG sind entsprechend auf das Argument zu übertragen, dass Investitionsschiedsgerichtsbarkeit den speziellen Rechtsweggarantien des Art. 19 Abs. 4 GG und Art. 14 Abs. 3 Satz 4 GG widerspreche.<sup>32</sup> Art. 19 Abs. 4 GG ist allerdings schon deshalb nicht einschlägig, weil hier tatbestandlich eine Verletzung in subjektiv-öffentlichen Rechten vorausgesetzt wird. Investitionsschutzgarantien sind hingegen völkerrechtliche Rechtsgarantien auf zwischenstaatlicher Ebene, die jedenfalls in der Ausgestaltung durch CETA keinen Individualrechtscharakter haben sollen. Überdies schreibt Art. 19 Abs. 4 GG auch nicht vor, dass in jedem Fall einer Maßnahme deutscher öffentlicher Gewalt vor deutschen Gerichten bzw. Verwaltungsbehörden Rechtsschutz gesucht werden muss. Art. 19 Abs. 4 GG statuiert ein Recht auf effektiven Rechtsschutz, nicht jedoch eine Pflicht diesen in Deutschland vor deutschen Rechtsschutzinstitutionen wahrzunehmen.

Die Einschlägigkeit von Art. 14 Abs. 3 Satz 4 GG ist schon deshalb nicht gegeben, da es hier ausschließlich um Enteignungen im Rechtssinne des Grundgesetzes geht. Bei der Investitionsgerichtsbarkeit nach CETA ist Prüfungsmaßstab hingegen ausschließlich der in CETA normierte völkerrechtliche Schutz vor entschädigungslosen Enteignungen (Art. 8.12 CETA). Für Entschädigungen bei Enteignungen im völkerrechtlichen Sinne ist Art. 14 GG unbeachtlich. Das gilt im Übrigen auch für die Überlegung, dass mit der Haftungsbeschränkung nach CETA auf Schadensersatz ein Widerspruch zur Unzulässigkeit eines „dulde und liquidiere“, wie es das Bundesverfassungsgericht in der Naßauskiesungsentscheidung postuliert hat,<sup>33</sup> bestehe. Zwar hat das Verfassungsgericht damals einen Vorrang des Primärrechtsschutzes bei Enteignungen festgeschrieben und Schadensersatz in Fällen, in denen nicht zuvor der maßgebliche Eingriffsakt selbst angegriffen wurde, ausgeschlossen.<sup>34</sup> Diese Rechtsaussage bezieht sich allerdings nur auf Art. 14 GG bzw. die deutsche Rechtsordnung. Sofern ausschließlich Völkerrecht Prüfungsmaßstab einer Entschädigungspflicht im Enteignungsfall ist, findet die Naßauskiesungsentscheidung keine Anwendung. Überdies kann die Unzulässigkeit eines „dulde und liquidiere“, wenn überhaupt, nur begründet werden, wenn rechtlich die Möglichkeit für entsprechenden Primärrechtsschutz besteht. Das ist aufgrund von Art. 8.39 CETA allerdings gerade nicht der Fall.

<sup>32</sup> *Flessner*, (Fn. 29), S. 149 ff.

<sup>33</sup> BVerfGE 58, 300.

<sup>34</sup> BVerfGE 58, 300 (324).

Wie bereits hervorgehoben, beschränkt CETA die Haftung auf Schadensersatz in Geld. Das ist völkerrechtlich auch durchaus zulässig, da das Völkerrecht eben keine Naßauskiesungsentscheidung kennt.

Im Einklang mit den zuvor genannten Überlegungen ist es auch, dass Art. 34 Satz 3 GG nicht gegen die völkerrechtliche Investitionsgerichtsbarkeit ins Feld geführt werden kann. Die Rechtswegfestlegung in Art. 34 Satz 3 GG bezieht sich auf die Staatshaftung. Völkerrechtlicher Investitionsschutz und die entsprechende internationale Gerichtsbarkeit hierzu betreffen nicht die Staatshaftung im Sinne des Grundgesetzes. Vielmehr geht es um Staatenverantwortlichkeit nach und auf der Grundlage von Völkerrecht.

### G. Ausblick

Die Bundesrepublik Deutschland ist in Erfüllung des Verfassungsauftrages „dem Frieden der Welt zu dienen“ umfassend in völkerrechtliche Regelungsstrukturen eingebunden. In allen Bereichen, in denen die Bundesrepublik Deutschland völkerrechtliche Pflichten eingegangen ist, ist sie an die Grundsätze der Staatenverantwortlichkeit gebunden. Nach Völkerrecht haftet die Bundesrepublik Deutschland für jegliches Handeln der legislativen, exekutiven und judikativen Staatsgewalt bei einer Verletzung einschlägigen Völkerrechts. Dass ein Staat umfassend für das Handeln seiner Staatsorgane völkerrechtlich haftet, gehört zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen der internationalen Gemeinschaft insgesamt. Das gilt ebenso für die Erkenntnis, dass über die Frage, ob völkerrechtliche Staatenverantwortlichkeit vorliegt, auf der Grundlage einer entsprechenden Rechtsgrundlage tätig werdende internationale Gerichte und Schiedsgerichte urteilen können. Auch die rechtsgebundene internationale Streitbeilegung in Anwendung der Grundsätze der Staatenverantwortlichkeit gehört zu den Verfassungsprinzipien der internationalen Gemeinschaft. Das wird unter anderem durch Art. 33 UN-Charta zum Ausdruck gebracht und in Art. 24 Abs. 3 GG bestätigt. Bei der Diskussion über internationalen Investitionsschutz und Investitionsgerichtsbarkeit sollte man sich diese Strukturprinzipien vergegenwärtigen.