

Simon Kase

Nach Achmea ist vor CETA

Zur Möglichkeit der Integration des Investitionsschutzes in die bestehenden Menschenrechts-Regimes

A. *Achmea und das CETA-Investitionsgericht*

I. Einleitung

Obwohl die großen Massenproteste gegen EU-Freihandelsabkommen schon eine Weile zurückliegen,¹ bleiben diese ein hoch umstrittenes Unterfangen. Nicht zuletzt am Investitionsschutz, also besonderen Schutzvorschriften exklusiv für ausländische Investoren, entzündet sich die Kritik. Insbesondere die damit verbundenen Investor-Staat-Streitbelegungsmechanismen (Investor State Dispute Settlement, ISDS), die es Investoren ermöglichen – regelmäßig vor privaten Schiedsgerichten abseits der staatlichen Gerichtsordnung –, Entschädigungen geltend zu machen,² werden als „Schattenjustiz“³ mit erheblichen demokratischen Legitimationsdefiziten⁴ zur „rechtlichen Zementierung der Herrschaft des Kapitals“⁵ heftig kritisiert.

Und obwohl das „Umfassende Wirtschafts- und Handelsabkommen zwischen Kanada einerseits und der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten andererseits“ (CETA) nach Abschluss der Verhandlungen unter anderem in dieser Hinsicht überarbeitet wurde⁶ und die Kommission eine „klare Abkehr vom gegenwärtigen ISDS“ proklamierte,⁷ sehen die Art. 8.18 ff. dennoch ISDS vor.⁸

1 Vgl. Zeit Online, Zehntausende demonstrieren gegen TTIP und Ceta, 17.9.2016, <http://www.zeit.de/wirtschaft/2016-09/ttip-ceta-demonstrationen-freihandelsabkommen-sigmar-gabriel>.

2 Claus D. Classen, Der EuGH und die Schiedsgerichtsbarkeit in Investitionsschutzabkommen, EuR 2012, 611-628 (613 f.).

3 Vgl. Sebastian Wuschka, Investitionsschiedsverfahren: Individualrechtsschutz oder „anti-demokratische Herrschaft der Konzerne“?, in: Buszewski/Martini/Rathke (Hrsg.), *Freihandel vs. Demokratie*, Baden-Baden 2016, 15-35 (16).

4 Justus von Daniels, Recht im globalen Nebel – Investitionsschutz und demokratische Legitimation, *Leviathan* 2015, 113-127 (125).

5 Matthias Kumm, *Ein Weltreich des Kapitals?*, *Leviathan* 2015, 464-475, 474.

6 Patricia S. Stöbener de Mora, Investitionsschutzrecht: Änderungen an CETA zur Einführung eines Investitionsgerichtshofs, *EuZW* 2016, 203.

7 Europäische Kommission – CETA: EU and Canada agree on new approach on investment in trade agreement, 29.2.2016, <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1468>, Übersetzung des Verfassers.

8 CETA-Vertragstext: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?qid=1499592844512&uri=C_ELEX:22017A0114\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?qid=1499592844512&uri=C_ELEX:22017A0114(01)).

DOI: 10.5771/0023-4834-2018-4-431

Dies wirft nicht nur politische, sondern auch rechtliche Fragen auf. Ob ISDS mit Europarecht überhaupt vereinbar ist, ist noch unklar.⁹ Diese Diskussion wurde erneut entfacht,¹⁰ als der EuGH im Fall Achmea ISDS in bilateralen Investitionsschutzabkommen (BIT) zwischen EU-Mitgliedstaaten für europarechtswidrig erklärt hat.¹¹

Inwieweit sich diese Wertung auf CETA übertragen lässt, ist ungeklärt.¹² Ein entsprechendes Gutachten durch den EuGH wurde von Belgien beantragt,¹³ steht aber noch aus. Zu untersuchen ist also erstens ob und inwiefern sich CETA und der Fall Achmea unterscheiden und ob dies Auswirkungen auf die Unionsrechtmäßigkeit von CETA hat, zweitens, ob und wie das CETA-Investitionsgericht gegebenenfalls angepasst werden kann, um seine Unionsrechtmäßigkeit zu sichern, und drittens, ob und welche Alternativen zum Investitionsgericht denkbar und sinnvoll sind.

II. Der Fall Achmea

Am 6.3.2018 entschied die große Kammer des EuGH aufgrund eines Vorabentscheidungsersuchens des Bundesgerichtshofs (BGH) gem. Art. 267 AEUV über die Vereinbarkeit einer ISDS-Klausel im Rahmen eines zwischen den Niederlanden und der Slowakischen Republik geltenden BIT mit dem Unionsrecht.¹⁴

Sie kam zu dem Ergebnis, dass Art. 344 AEUV und Art. 267 AEUV einer Regelung wie der fraglichen Schiedsklausel entgegenstehen.¹⁵

Ausgangspunkt der Bewertung durch den EuGH ist die durch die Verträge festgelegte Zuständigkeitsordnung innerhalb der EU, insb. der Grundsatz der Autonomie der Unionsrechtsordnung. Diese dürfe durch eine völkerrechtliche Übereinkunft der Mitgliedstaaten nicht verletzt werden.¹⁶

Besondere Bedeutung misst der EuGH dem gemeinsamen Gerichtssystem der Union, dessen „Schlüsselement“ das Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV sei, bei. Dieses ermögliche die Einheitlichkeit der Auslegung des Unionsrechts durch einen Dialog zwischen den mitgliedstaatlichen Gerichten und dem EuGH und damit die „Sicherstellung seiner Kohärenz, seiner vollen Geltung und seiner Autonomie“.¹⁷

Eine Verletzung des Grundsatzes der Autonomie der Unionsrechtsordnung liege vor, wenn die Gefahr bestehe, dass das Unionsrecht von einem Rechtsprechungsorgan abweichend von der Rechtsprechung des EuGH ausgelegt werde und es keine hinreichende Möglichkeit gebe, dass die jeweiligen das Unionsrecht betreffenden Fragen dem EuGH im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens vorgelegt werden.¹⁸

9 Vgl. EuGH, Gutachten vom 16.5.2017 – C-2/15 (Freihandelsabkommen mit Singapur), ECLI:EU:C:2017:376, Rn. 300 ff.

10 Andrej Lang, Autonomie „über alles“: Eine Kritik des Achmea-Urteils des EuGH, 16.3.2018, <https://www.juwiss.de/24-2018/>.

11 EuGH, Urteil vom 6.3.2018 – C-284/16 (Achmea), ECLI:EU:C:2018:158, Rn. 60.

12 Robert Klages, Autonomie sticht Schiedsklausel, EuZW 2018, 217-218 (218).

13 Stephan W. Schill, Investitionsschutz in EU-Freihandelsabkommen: Erosion gesetzgeberischer Gestaltungsmacht?, ZaöRV 2018, 33-92 (39).

14 EuGH, Urteil vom 6.3.2018 – C-284/16 (Achmea), ECLI:EU:C:2018:158, Rn. 1 ff.

15 Ebd., Rn. 60 f.

16 Ebd., Rn. 32.

17 Ebd., Rn. 35ff.

18 Ebd., Rn. 50, 56, 58.

Im Fall Achmea sah das BIT vor, dass der Prüfungsmaßstab etwaiger Schiedsgerichte auch das innerstaatliche Recht der Vertragsparteien und damit auch das Unionsrecht umfasst.¹⁹ Die Schiedsgerichte sind aber keine mitgliedstaatlichen Gerichte im Sinne des Art. 267 AEUV, sondern ihrem Sinn und Zweck nach als vom Gaststaat unabhängige Ausnahmegerichtsbarkeit gerade aus dem System der nationalen Gerichtsbarkeit herausgelöste Einrichtungen. Damit sind sie auch nicht zur Vorlage zum EuGH berechtigt.²⁰ Zudem konnte das Schiedsgericht seinen Sitz und damit das auf die Überprüfung seines Schiedsspruchs anwendbare Recht selbst wählen. Im Falle Achmea das deutsche Recht, das nur eine eingeschränkte Überprüfung erlaubte.²¹ Dies führe zu einer Situation, in der ein Schiedsgericht verbindlich über die Auslegung des Unionsrechts entscheiden könnte, ohne dass diese Entscheidung durch den EuGH überprüft werden kann. Dadurch seien die europäische Zuständigkeitsordnung, der besondere Charakter des Unionsrechts und der Grundsatz gegenseitigen Vertrauens infrage gestellt. Dies beeinträchtige die volle Wirksamkeit und Autonomie des Unionsrechts, so dass die Schiedsklausel unvereinbar mit Art. 344, 267 AEUV sei.²²

III. Gemeinsamkeiten und Unterschiede zum CETA-Investitionsgericht und ihre unionsrechtlichen Implikationen

Auch in CETA ist ein vergleichbarer ISDS-Mechanismus vorgesehen. Im Vorabentscheidungsverfahren wird aber nur über die konkrete Vorlagefrage verbindlich entschieden. Es kann mithin von Achmea nicht unmittelbar auf die Unionsrechtswidrigkeit auch anderer ISDS-Mechanismen geschlossen werden.²³ Insbesondere im Fall CETA wird zunächst das Gutachten des EuGH abzuwarten sein.

Zuletzt hatte der EuGH die Frage nach der Vereinbarkeit von ISDS mit der Autonomie der Unionsrechtsordnung im Gutachten zum Freihandelsabkommen mit Singapur ausdrücklich (und ungefragt) offen gelassen,²⁴ was man durchaus als Ausdruck einer grundlegenden Skepsis lesen kann.²⁵

Zwischen dem ISDS in CETA und im BIT im Fall Achmea gibt es einige Unterschiede, die eine abweichende Bewertung rechtfertigen könnten. Dennoch spricht vieles dafür, dass auch CETA den unionsrechtlichen Anforderungen nicht standhalten wird.²⁶

19 Ebd., Rn. 40 ff.

20 Ebd., Rn. 43 ff.

21 Ebd., Rn. 51 ff.

22 Ebd., Rn. 55 ff.

23 Klages (Fn. 12), 218.

24 EuGH, Gutachten vom 16.5.2017 – C-2/15 (Freihandelsabkommen mit Singapur), ECLI:EU:C:2017:376, Rn. 300 ff.; vgl. Cristina Contartese, *The Autonomy of the EU Legal Order in the ECJ's External Relations Case Law: From the „Essential“ to the „Specific Characteristics“ of the Union and Back Again*, CML Rev. 2017, 1627-1672, 1662 f.

25 Vgl. Contartese (Fn. 24), 1668.

26 Daniel Thym, *Todesstoß für autonome Investitionsschutzgerichte*, 8.3.2018, <https://verfassungsblog.de/todesstoß-fuer-autonome-investitionsschutzgerichte/>.

1. Ausschluss des Unionsrechts vom Prüfungsmaßstab

Zwar schließt CETA gem. Art. 8.31 – im Gegensatz zum BIT im Fall Achmea²⁷ – zumindest formell die Anwendung und Auslegung des innerstaatlichen Rechts und des Unionsrechts aus. Um eine mittelbare Auslegung wird das Investitionsgericht aber nicht herumkommen, z.B. wenn es prüft, ob Unionsrecht gegen Investorenrechte aus CETA verstößt.²⁸ Dies festzustellen, dürfte ohne die Auslegung des entsprechenden Unionsrechts regelmäßig unmöglich sein. CETA verweist in bestimmten Ausnahmeregelungen sogar unmittelbar auf das Unionsrecht.²⁹ Ob diese Ausnahmen einschlägig sind, lässt sich nicht ohne die Auslegung der in Bezug genommenen Unionsregelungen feststellen.³⁰

Zwar soll gem. Art. 8.31 Abs. 2 Satz 3 CETA das Unionsrecht als „Tatsache“ behandelt und u.a. anhand der „herrschende[n] Auslegung [...] durch die Gerichte der [...] Vertragspartei“ festgestellt werden. Der EuGH hat aber bereits klargestellt, dass schon die Entscheidung eines externen Spruchkörpers, ob bestimmte unionsrechtliche Fragen durch den EuGH geklärt worden sind oder nicht, seine Zuständigkeit und damit die Autonomie der Unionsrechtsordnung verletzen.³¹

Problematisch können auch sogenannte „Spillover-Effekte“ sein, die sich aufgrund tatsächlicher Auswirkungen der Entscheidungen des CETA-Gerichts auf die Unionsrechtsordnung ergeben, unabhängig davon, ob sie eine formelle Bindungswirkung entfalten.³²

Wenn z.B. ein Investor aufgrund eines Kommissionsbeschlusses eine unionsrechtswidrige Beihilfe zurückzahlen muss, könnte das Investitionsgericht ihm eine Entschädigung zusprechen, falls es seine Investorenrechte verletzt sieht. Dann stünde der Investor so, als ob es die Rückforderung nie gegeben hätte – der Kommissionsbeschluss wäre faktisch außer Kraft gesetzt, was die ausschließliche Aufhebungskompetenz des EuGH und damit die Autonomie der Unionsrechtsordnung verletzt.³³ Art. 8.9 Abs. 4 CETA soll zwar genau dies verhindern und verweist insofern auf Art. 108 AEUV. Es besteht aber ein Dilemma: Soweit ein Konflikt mit dem EU-Beihilfenrecht ausgeschlossen werden soll, müssten die Tatbestandsmerkmale parallel zum in Bezug genommenen Unionsrecht ausgelegt werden, was eine faktisch verbindliche Auslegung des Unionsrechts erfordern und damit in die ausschließliche Auslegungskompetenz des EuGH eingreifen würde. Legte man sie dagegen abkommensautonom aus, wären Divergenzen zum Beihilfenrecht nicht auszuschließen und der Verweis ungeeignet, die Aufhebungshoheit des EuGH zu wahren. Beide Alternativen verletzen die Autonomie der Unionsrechtsordnung.

27 EuGH, Urteil vom 6.3.2018 – C-284/16 (Achmea), ECLI:EU:C:2018:158, Rn. 40 f.

28 Vgl. Thym (Fn. 26).

29 Vgl. <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10973-2016-ADD-11/de/pdf> und <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10973-2016-ADD-14/de/pdf>.

30 Vgl. Andrej Lang, Der Europäische Gerichtshof und die Investor-Staat-Streitbeilegung in TTIP und CETA: Zwischen Konfrontation, Konstitutionalisierung und Zurückhaltung, in: Buszewski/Martini/Rathke (Hrsg.), Freihandel vs. Demokratie, Baden-Baden 2016, 83-110 (92 f.).

31 EuGH, Gutachten vom 18.12.2014 – 2/13 (EMRK), ECLI:EU:C:2014:2454, Rn. 239 ff.

32 Lang (Fn. 30), 89 f.

33 Steffen Hindelang, The Autonomy of the European Legal Order, in: Bungenberg/Herrmann (Hrsg.), Common Commercial Policy after Lisbon, Berlin/Heidelberg 2013, 187-198 (194).

2. Drittstaatsabkommen unter Beteiligung der EU

Dass es sich bei CETA jedoch nicht um ein bilaterales Abkommen handelt, wie im Fall Achmea,³⁴ sondern um ein Drittstaatenabkommen zwischen der EU und ihren Mitgliedstaaten einerseits und Kanada andererseits, könnte Auswirkungen auf die Unionsrechtsmäßigkeit haben.³⁵ Auffällig ist die Hervorhebung durch den EuGH,³⁶ dass das BIT im Fall Achmea „nicht von der Union, sondern von den Mitgliedstaaten geschlossen wurde.“³⁷

Der EuGH bezieht sich aber mehrfach auf die Gutachten zum Beitritt der EU zur EMRK³⁸ und zum einheitlichen Patentgerichtssystem³⁹ sowie auf sein Urteil zu den europäischen Schulen,⁴⁰ in denen es sowohl um Abkommen unter Beteiligung der EU (bzw. der EG) ging als auch um Abkommen mit Drittstaaten. Allein der Fakt, dass bei CETA auch die EU beteiligt ist, dürfte also nicht zu wesentlich abweichenden Anforderungen führen.⁴¹

IV. Fehlende Vorlageberechtigung

Auch ist das Investitionsgericht kein mitgliedstaatliches Gericht und damit nicht vorlageberechtigt im Sinne des Art. 267 AEUV. Trotz etwaiger organisatorischer Unterschiede steht es wie im Fall Achmea schon seinem Zweck nach außerhalb der mitgliedstaatlichen Gerichtsordnung.⁴² Den bisherigen Maßstäben des EuGH folgend, verletzt somit auch der ISDS-Mechanismus in CETA den Grundsatz der Autonomie.

B. Mögliche Anpassungen des CETA-Investitionsgerichts

Es gibt allerdings verschiedene Möglichkeiten, über die Einbeziehung des EuGH dessen Kompetenzen und damit die Autonomie der Unionsrechtsordnung zu wahren.

34 EuGH, Urteil vom 6.3.2018 – C-284/16 (Achmea), ECLI:EU:C:2018:158, Rn. 3.

35 Klages (Fn. 12), 218.

36 Quentin Declève/Isabelle van Damme, Achmea: Potential Consequences for CETA, Multilateral Investment Court and Brexit, 13.3.2018, <http://international-litigation-blog.com/achmea-consequences-ceta-mic-brexit/>.

37 EuGH, Urteil vom 6.3.2018 – C-284/16 (Achmea), ECLI:EU:C:2018:158, Rn. 58.

38 Ebd., Rn. 33 ff., 57.

39 Ebd., Rn. 36.

40 Ebd., Rn. 48.

41 Thym (Fn. 26); a.A.: Andrej Lang, Die Autonomie des Unionsrechts und die Zukunft der Investor-Staat-Streitbeilegung in Europa nach Achmea, Beiträge zum transnationalen Wirtschaftsrecht 156 (2018), 45-47.

42 Vgl. EuGH, Urteil vom 6.3.2018 – C-284/16 (Achmea), ECLI:EU:C:2018:158, Rn. 45.

I. Möglichkeiten

Spätestens seit Achmea steht trotz aller anderslautender argumentativer Bemühungen⁴³ fest, dass Investitionsgerichte nicht am Vorabentscheidungsverfahren des Art. 267 AEUV partizipieren können. Hierfür wäre eine Primärrechtsänderung erforderlich.⁴⁴

Denkbar wäre aber, ein funktionsäquivalentes Vorlageverfahren bzw. eine Vorabfassung des EuGH direkt in CETA selbst festzulegen.⁴⁵ Man könnte auch das Erfordernis einer Erschöpfung des mitgliedstaatlichen Rechtsweges in CETA verankern.⁴⁶ Mitgliedstaatliche Gerichte könnten dann unionsrechtlich relevante Fragen gem. Art. 267 AEUV dem EuGH vorlegen. Diese wären dann bereits vor Anrufung des Investitionsgerichts hinreichend geklärt.⁴⁷ Schließlich erscheint es auch vorstellbar, den Schiedsspruch des CETA-Gerichts der nachträglichen Kontrolle durch die mitgliedstaatlichen Gerichte zu unterstellen.⁴⁸ Dies müsste eine vollumfängliche Kontrolle anhand des Maßstabs des Unionsrechts ermöglichen.⁴⁹ Die innerstaatlichen Gerichte wären dann zur Vorlage an den EuGH berechtigt.⁵⁰ Dafür müsste allerdings Art. 8.41 Abs. 6 CETA gestrichen oder angepasst werden.⁵¹ Dieser erlaubt es, ICSID-Schiedssprüche,⁵² die als letztinstanzliches Urteil gelten sollen und von den Gerichten deshalb nicht mehr ohne Weiteres überprüfbar sind,⁵³ zu bewirken. Dies gilt entsprechend für Schiedssprüche nach dem New Yor-

43 Vgl. Konstanze von Papp, Clash of „Autonomous Legal Orders“: Can EU Member State Courts Bridge the Jurisdictional Divide between Investment Tribunals and the ECJ?, CML Rev. 2013, 1039-1082 (1065 ff.).

44 Nikolaos Lavranos, Designing an International Investor-to-State Arbitration System After Opinion 1/09, in: Bungenberg/Herrmann (Hrsg.), Common Commercial Policy after Lisbon, Berlin/Heidelberg 2013, 199-219 (216); Peter-Tobias Stoll/Till P. Holterhus/Henner Gött, Investitionsschutz und Verfassung, Tübingen 2017, 149; Andreas Fischer-Lescano/Johan Horst, Europa- und verfassungsrechtliche Vorgaben für das Comprehensive Economics and Trade Agreement der EU und Kanada (CETA) – Juristisches Kurzgutachten im Auftrag von attac/München, 2014, http://www.attac-muenchen.org/uploads/media/CETA-Rechtsgutachten_Oktober_2014_Fischer-Lescano_Uni_Bremen.pdf, 14.

45 Vgl. Sophie L. Bings, Neuordnung der Außenhandelskompetenzen der Europäischen Union durch den Reformvertrag von Lissabon, Baden-Baden 2014, 120.

46 Steffen Hindelang, Repellent Forces: The CJEU and Investor-State Dispute Settlement, AVR 2015, 68-89 (86).

47 Ingolf Pernice, Study on International Investment Protection Agreements and EU Law, in: Investor-State Dispute Settlement (ISDS) Provisions in the EU'S International Investment Agreements – Volume 2 – Studies, Studie im Auftrag des Europäischen Parlamentes, September 2014, 132-168, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2014/534979/EXPO_STU\(2014\)534979\(ANN01\)_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2014/534979/EXPO_STU(2014)534979(ANN01)_EN.pdf), 159.

48 Vgl. EuGH, Urteil vom 6.3.2018 – C-284/16 (Achmea), ECLI:EU:C:2018:158, Rn. 50.

49 Thym (Fn. 26).

50 EuGH, Urteil vom 6.3.2018 – C-284/16 (Achmea), ECLI:EU:C:2018:158, Rn. 43.

51 Vgl. Daniel Engel, Das Investor-Staat-Streitbeilegungssystem auf dem unionsrechtlichen Prüfstand, SchiedsVZ 2017, 291-299 (298).

52 Das International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) hat ein Set von Verfahrensregeln für ISDS entwickelt, die in entsprechenden Investitionsschutzabkommen für anwendbar erklärt werden können.

53 Vgl. Konstanze von Papp, Clash of „Autonomous Legal Orders“: Can EU Member State Courts Bridge the Jurisdictional Divide between Investment Tribunals and the ECJ?, CML Rev. 2013, 1039-1082 (1057 f.).

ker Übereinkommen gem. Art. 8.41 Abs. 5 CETA, die in Drittstaaten vollstreckt werden sollen.⁵⁴

II. Bewertung

Eine Einbeziehung des EuGH, gleich in welcher Weise, widerspricht allerdings der Zielsetzung von ISDS. Grundgedanke von ISDS ist unter anderem, ein von den beteiligten Parteien losgelöstes, unabhängiges Gericht zu befassen.⁵⁵ Wäre der EuGH beteiligt, wäre das Investitionsgericht nicht mehr vollständig unabhängig.⁵⁶ Er kann zwar im innereuropäischen Verhältnis als neutrale Instanz betrachtet werden, aus Sicht Kanadas stellt er sich aber als europäisches und damit nicht notwendig unvoreingenommenes Organ dar.⁵⁷ Letztlich wird zur Wahrung der Autonomie ein Kompromiss aber unausweichlich sein. Zu bedenken ist auch der völkerrechtliche Grundsatz der Reziprozität.⁵⁸ Möchte die EU bestimmte Rechte für sich im Rahmen des Investitionsschutzes beanspruchen, muss sie dies auch ihren Vertragspartnern zugestehen.⁵⁹ Kanada dürfte kaum bereit sein, einseitig der EU entgegenzukommen.⁶⁰ Die EU müsste wohl den Gerichten Kanadas einen entsprechenden Einfluss gewähren.⁶¹

C. Alternativen

Bereits aus diesen Gründen, aber auch aufgrund der erheblichen Kritik an ISDS in CETA, sollten Alternativen in Betracht gezogen werden. Selbst wenn der EuGH entgegen seiner bisherigen Rechtsprechung CETA nicht für unionsrechtswidrig erklären wird, wäre es wünschenswert, das überkommene ISDS-System zu überarbeiten und zu verbessern.

I. Diplomatischer Schutz statt ISDS

Es wäre grundsätzlich denkbar, auf ISDS in CETA ganz zu verzichten. Schon die Erforderlichkeit von Investitionsschutz wird im Verhältnis zwischen Kanada und der EU angezweifelt. Historisch betrachtet sei ISDS vor allem auf Beziehungen zwischen entwickelten Industriestaaten und Entwicklungsländern zugeschnitten.⁶² In diesem

54 Classen (Fn. 2), 620 f. Das New Yorker Übereinkommen betrifft die Durchsetzung und Anerkennung von Schiedssprüchen.

55 Stephan W. Schill, *Opinion 2/13 – The End for Dispute Settlements in EU Trade and Investment Agreements?*, JWIT 2015, 379-388 (386).

56 Hindelang (Fn. 33), 196.

57 Von Papp (Fn. 53), 1080.

58 Vgl. Deutscher Bundestag – Wissenschaftlicher Dienst, *Unionsrechtliche Zulässigkeit von Investor-Staat-Schiedsverfahren in Freihandelsabkommen der Europäischen Union (EU)*, <https://www.bundestag.de/blob/405232/bbfc8baddada4255025531d7ecbd1dae/pe-6-025-15-pdf-data.pdf>, 34.

59 Stephan W. Schill, *Internationaler Investitionsschutz und Verfassungsrecht*, 14.5.2014, <https://verfassungsblog.de/internationaler-investitionsschutz-und-verfassungsrecht/>.

60 Wissenschaftlicher Dienst (Fn. 58), 31.

61 Schill (Fn. 55), 386.

62 Kumm (Fn. 5), 465.

Verhältnis sei einerseits ein Rechtsschutzdefizit in den Entwicklungsländern wahrgenommen worden, das auf Korruption und dysfunktionale Institutionen sowie politische Systeme im teilweise revolutionären Umbruch zurückgeführt worden sei und die Inanspruchnahme innerstaatlichen Rechtsschutzes unzumutbar erscheinen ließ.⁶³ Zudem sollten entsprechende Mechanismen Investitionskapital anziehen, indem sie dessen Interessen – auch im Hinblick auf noch zu vollziehende, aber nicht aus eigener Kraft zu stehende Entwicklungsschritte – Vorrang vor anderen öffentlichen Belangen einräumten.⁶⁴ Ob diese Motivationsgründe aber im Verhältnis zwischen entwickelten, liberalen Demokratien wie Kanada und der EU eine Rolle spielen können, erscheine mehr als fraglich.⁶⁵ In der EU wird ISDS zudem von weiten Teilen der Bevölkerung abgelehnt. Als die Kommission in der Verhandlungsphase von TTIP ein Konsultationsverfahren anstrebte, sprachen sich 97% der Eingaben aus der Bevölkerung gegen Investitionsschutz aus.⁶⁶ Auch das Problem des sogenannten „chilling effect“ wird immer wieder angeführt. Danach bestehe die Gefahr, dass Staaten legitime Regulierungsmaßnahmen unterlassen, wenn daraus die Gefahr etwaiger Entschädigungsklagen durch Investoren erwächst.⁶⁷ CETA trifft in Art. 8.9 (Right to Regulate) zwar Regelungen zum Schutz des staatlichen Regulierungsspielraums. Ob diese aber ausreichend sind oder ob sie letztlich nur unverbindliche Absichtsbekundungen im Gewand bloß vorgeblich verbindlicher Regelungen bleiben werden, ist schon angesichts des vagen Wortlautes – das Regulierungsrecht wird lediglich „bekräftigt“, nicht aber z.B. „garantiert“ – mehr als fraglich.⁶⁸ Nicht von der Hand zu weisen ist allerdings der Einwand, dass völkerrechtliche Verpflichtungen – somit auch Freihandelsabkommen und ISDS – ja gerade darauf abzielen, staatliche Souveränität zum Schutz anderer, im Einzelfall vorrangiger Interessen zu beschränken. Maßgebend dürfte damit eher die Frage sein, welche Interessen konkret vorrangig sind.⁶⁹ Verzichtete man auf ISDS in CETA, wäre ein Investor im Fall einer Abkommensverletzung auf diplomatischen Schutz angewiesen.⁷⁰ Dieser umfasst Schutzmaßnahmen des Heimatstaates gegenüber einer fremden Hoheitsmacht aufgrund einer völkerrechtswidrigen Handlung gegenüber einem seiner Staatsbürger.⁷¹ Jedoch stünde es gänzlich im Ermessen des Heimatstaates, ob und wie er überhaupt im Wege des diplomatischen Schutzes die Rechte des Investors geltend machen will. Ein verlässliches rechtliches Verfahren stellt dies nicht dar.⁷² Wenn Investitionsschutz gewollt ist, muss er auch effektiv durchgesetzt werden, wofür ein Streitbeilegungsmechanismus erforderlich ist.⁷³ ISDS wird zudem eine friedensstiftende Wirkung nachgesagt. Das Investitionsgericht sorge für eine „Entpolitisierung“, indem der unmittelbare Einfluss der beteiligten Staaten

63 Ebd., 465 f.

64 Ebd., 466 f.

65 Ebd., 465.

66 Von Daniels (Fn. 4), 124.

67 Ebd., 113.

68 Markus Krajewski, Investitionsschutz in den neuen EU-Handelsabkommen am Beispiel des CETA, in: Kadelbach (Hrsg.), Die Welt und Wir, Baden-Baden 2017, 117-132 (122 ff.).

69 Vgl. Wuschka (Fn. 3), 34 f.

70 Daniel Engel, Investitionsschutzstreitigkeiten in der Europäischen Union, SchiedsVZ 2015, 218-225 (219.).

71 Knut Ipsen, Völkerrecht, München 2014, § 5 Rn. 115.

72 Lang (Fn. 30), 84.

73 Vgl. Lavranos (Fn. 44), 201.

und ihrer politischen Interessen auf den Streitausgang minimiert wird.⁷⁴ Dies erscheint insofern relevant, als dass auch innerhalb der EU teilweise erhebliche rechtsstaatliche Defizite bestehen.⁷⁵ Ineffizienz, Korruption und Diskriminierung werden als Probleme vor allem mittel- und osteuropäischer Gerichte wahrgenommen.⁷⁶ In Polen besteht der Kommission zufolge eine „eindeutige Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der Rechtsstaatlichkeit“.⁷⁷ Gleiches gilt dem Europäischen Parlament zufolge in Ungarn.⁷⁸ Im Hinblick auf Deutschland bezeichnete der EGMR die teilweise überlangen Verfahren vor den Verwaltungsgerichten schon als „systematisches Problem“.⁷⁹ Die großen Freihandelsabkommen der EU können zudem eine Vorbildfunktion für weitere Abkommen haben.⁸⁰ Es besteht nicht nur die Gefahr der „inneren Landnahme“ mit Mitteln „marktschaffender Entpolitisierung“ zulasten der Demokratie,⁸¹ sondern auch die Chance, gegenüber den klassischen Ansätzen verbesserte Entwürfe umzusetzen, die „Rechtsschutz für Investoren mit dem Schutz von Demokratie und Menschenrechten in Einklang zu bringen“ vermögen.⁸² Durchsetzungsmechanismen für völkerrechtliche Verpflichtung zu erschaffen, sollte nicht per se als „verwerflich“ abgetan,⁸³ sondern interessengerecht durchgeführt werden. Es erscheint also nicht sinnvoll, diese Chance ungenutzt zu lassen, indem man Investitionsschutz gar nicht anspricht.

II. Betrauung des EuGH mit der Investitionsgerichtsbarkeit

Eine wirkliche Alternative zum CETA-Investitionsgericht könnte der EuGH selbst darstellen, wenn man ihm die Investitionsgerichtsbarkeit der Art. 8.18 ff. CETA übertrüge.⁸⁴ Eine Zuweisung erscheint denkbar in Form einer Schiedsklausel gem. Art. 272 AEUV⁸⁵ in einem von der Union oder für ihre Rechnung abgeschlossener Vertrag.⁸⁶ Dabei kann es sich auch um völkerrechtliche Verträge mit Drittstaaten⁸⁷ wie CETA handeln, wenn – wie hier – die EU selbst Vertragspartei ist.⁸⁸

74 Ebd.

75 Ferdinand Weber, Investitionsschutz in der Union: Wie die EU-Kommission den Mitgliedstaaten das Völkerrecht austreibt, DÖV 2016, 603-607 (606).

76 Patricia S. Stöbener de Mora, Investitionsschutz: Gefährdet der Rechtsstandort Europa sich selbst?, EuZW 2017, 873-874 (874).

77 Europäische Kommission – Begründeter Vorschlag nach Artikel 7 Absatz 1 des Vertrags über die europäische Union zur Rechtsstaatlichkeit in Polen, 20.12.2017, COM(2017) 835 final.

78 Europäisches Parlament, Die Lage in Ungarn, 12.9.2018, P8_TA-PROV(2018)0 340.

79 Schill (Fn. 59).

80 Vgl. Peter-Tobias Stoll/Till P. Holterhus, The „Generalization“ of International Investment Law in Constitutional Perspective, in: Hindelang/Krajewski (Hrsg.), Shifting Paradigms in International Investment Law – More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified, New York 2016, 339-356 (356).

81 Daniel Seikel, Verrechtlichung und Entpolitisierung marktschaffender Politik als politikfeldübergreifender Trend in der EU, Leviathan 2017, 335-356 (350 ff.).

82 Schill (Fn. 59).

83 Wuschka (Fn. 3), 15, 29.

84 Bings (Fn. 45), 118.

85 Ebd.

86 Charlotte Gaitanides in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, Baden-Baden 2015, Art. 272 AEUV Rn. 6.

87 Ebd., Rn. 7.

88 Vgl. ebd., Rn. 8.

Besondere Formerfordernisse gelten nicht,⁸⁹ so dass eine Verankerung in CETA selbst möglich ist.⁹⁰ Um die Zuständigkeit des EuGH nicht zu verfälschen, muss er die einzige oder letzte Instanz darstellen und seine Anrufung obligatorisch sein.⁹¹

Doch selbst außerhalb von Art. 272 AEUV würde der EuGH eine Zuweisung auch aufgrund von CETA selbst akzeptieren, soweit er zur verbindlichen Entscheidung berufen wäre. Aus europarechtlicher Sicht spricht somit nichts gegen eine in CETA selbst verankerte Betrauung des EuGH.

Würde der EuGH die Investitionsstreitigkeiten selbst übernehmen, wäre die Autonomie der Unionsrechtsordnung gesichert.⁹²

Als dauerhaftes Gericht hätte er zudem spezifische Vorteile gegenüber Ad-hoc-Schiedsgerichten, denen eine inhärente Parteilichkeit nachgesagt wird.⁹³ Die Bezahlung der Schiedsrichter*innen nur für einzelne Verfahren könne einen Anreiz bieten, die Verfahrenszahl zu maximieren und zu diesem Zweck investorenfreundlich zu entscheiden.⁹⁴ Diese Gefahr dürfte jedoch aufgrund der Institutionalisierung des CETA-Investitionsgerichtshofes, insb. durch die Ernennung ständiger Richter*innen, die eine Grundvergütung oder sogar ein ständiges Gehalt bekommen, sowie der „Trennung der anwaltlichen und richterlichen Tätigkeit“ (Art. 8.27 CETA) ohnehin weitgehend in den Hintergrund treten.⁹⁵

Problematisch bleibt allerdings eine zu erwartende Voreingenommenheit aufgrund der Ausrichtung an ökonomischen Gesichtspunkten. Gem. Art. 8.27 Abs. 4 CETA sollen vor allem im investitionsrechtlichen Umfeld verwurzelte Richter*innen berufen werden. Erfahrungsgemäß spielt aber die Sozialisierung der Richter*innen eine entscheidende Rolle. So haben in der Vergangenheit Investitionsschiedsrichter*innen z.B. regelmäßig Menschenrechtsaspekten verhältnismäßig wenig Bedeutung beigemessen,⁹⁶ was wohl auch auf ihre Wahrnehmung der Investor-Staat-Beziehung als reziprok und quasi-privatrechtlich zurückgeführt werden kann, in der gegenseitige Verpflichtungen und nicht Belange der Allgemeinheit zentral sind.⁹⁷ ISDS dient aber nicht der Streitbeilegung unter privaten, gleichgestellten Handelspartnern. Sie ist, vergleichbar mit einem verwaltungsgerichtlichen Verfahren, gerichtet auf die Verteidigung gegen Hoheitsakte und muss nicht zuletzt auch aufgrund der Einseitigkeit der Klagemöglichkeit – nur für private Investoren – eher im öffentlich-rechtlichen Kontext verortet werden.⁹⁸ Insofern wird zwar angemerkt, die „Gewinnquote“ von Investoren liege deutlich unter 50%, was gegen eine Voreingenom-

89 Ebd., Rn. 13.

90 Vgl. Bings (Fn. 45), 119.

91 Gaitanides (Fn. 86), Rn. 12.

92 Bings (Fn. 45), 119.

93 Malte Marwedel, „Reformierter“ Investitionsschutz in TTIP: Zwei Schritte voran – und gegen die Wand, 3.12.2015, <https://verfassungsblog.de/reformierter-investitionsschutz-in-ttip-zwei-schritte-voran-und-gegen-die-wand/>.

94 A. A. Wuschka (Fn. 3), 27 f.

95 Vgl. Ludwig Gramlich/Claudia Conen, Investor-Staat-Streitbeilegung – Suche nach alternativen Lösungsansätzen und wegen, *integration* 2016, 30-45 (35 f.); ähnlich aber zurückhaltender: Krajewski (Fn. 68), 126 f. (129).

96 Moshe Hirsch, *Investment Tribunals and Human Rights Treaties: A Sociological Perspective*, in: Baetens (Hrsg.), *Investment Law within International Law – Integrationist Perspectives*, New York 2013, 85-105 (104).

97 Hirsch (Fn. 96), 96 ff.; Eingeschränkt auch: Schill (Fn. 13), 35.

98 Von Daniels (Fn. 4), 117.

menheit spreche;⁹⁹ dies ist aber immer noch deutlich höher als man in öffentlich-rechtlichen Verfahren erwarten dürfte.¹⁰⁰ Dieses Problem könnte durch die Befassung von anders sozialisierten Richter*innen, hier eben solchen des EuGH, entschärft werden.¹⁰¹

Aus kanadischer Sicht könnte aber gerade die Besetzung des Gerichts unter dem Gesichtspunkt der Neutralität und Reziprozität erheblich defizitär erscheinen, da ausschließlich europäische und keinerlei Richter*innen aus Kanada oder Drittstaaten entscheiden würden. Der EuGH ist eben ein (EU-)europäisches und kein unabhängiges Gericht. Ein neutrales und objektives Forum wäre bei Zuweisung der Kompetenz an den EuGH nicht mehr gegeben.¹⁰²

Die Zuweisung der Gerichtsbarkeit zum EuGH würde damit aus europäischer Sicht alle Autonomieprobleme lösen und hätte einige weitere Vorteile, dürfte aber aus kanadischer Sicht nicht tragbar sein. Zudem widerspricht sie der Idee des Investitionsschutzes.

III. Betrauung von Menschenrechtsgerichten, insbesondere des EGMR

Eine weitere Alternative zum CETA-Investitionsgericht könnte eine Übertragung der Rechtsprechung an völkerrechtliche Menschenrechtsgerichte wie den EGMR darstellen. Einerseits könnte man den EGMR als neutrales Schiedsgericht im Sinne einer „Quasi-Organleihe“ anrufen, um den Investitionsschutz, den CETA bieten soll, zu gewährleisten. Andererseits muss Investitionsschutz nicht notwendig als isoliertes System gesehen werden, sondern kann aus konstitutionalistischer Perspektive auch in einem allgemeineren menschenrechtlichen Kontext verortet werden.¹⁰³ Fraglich ist, ob es bereits jetzt einen adäquaten Investitionsschutz unter der EMRK gibt,¹⁰⁴ den man gegebenenfalls erweitern und in den man Kanada einbeziehen könnte.

1. Bestehender Schutz von Investitionen durch die EMRK

Eine explizite Erwähnung findet Investitionsschutz in der EMRK nicht. Normativer Anknüpfungspunkt eines Investitionsschutzes kann der Eigentumsschutz¹⁰⁵ gem. Art. 1 des Ersten Zusatzprotokolls zur EMRK (ZP-1) sein, der prozessual durch die Individualbeschwerde gem. Art. 34 EMRK iVm Art. 5 ZP-1 abgesichert wird. Diese steht natürlichen und juristischen Personen offen,¹⁰⁶ und zwar grundsätzlich unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit.¹⁰⁷

⁹⁹ Wuschka (Fn. 3), 27.

¹⁰⁰ Kumm (Fn. 5), 469.

¹⁰¹ Vgl. ebd., 468 f.

¹⁰² Bings (Fn. 45), 119.

¹⁰³ Stoll/Holterhus (Fn. 80), 353.

¹⁰⁴ Vgl. Dominik Kneer, Investitionsschutz und Menschenrechte, Baden-Baden 2012, 90 f.

¹⁰⁵ Stoll/Holterhus (Fn. 80), 353.

¹⁰⁶ Christian Tomuschat, The European Court of Human Rights and Investment Protection, in: Binder/Kriebaum/Reinisch/Wittich (Hrsg.), International Investment Law for the 21st Century, New York 2009, 636-656 (641).

¹⁰⁷ Jens Meyer-Ladewig/Martin Nettesheim in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer (Hrsg.), EMRK Handkommentar, Baden-Baden 2017, Art. 1 EMRK Rn. 22.

a. Investitionen als geschütztes Eigentum

Individualbeschwerden im Hinblick auf Art. 1 ZP-1 wurden vielfach in grenzüberschreitenden Konstellationen angestrengt, die typischerweise Gegenstand von Investitionsstreitigkeiten sind.¹⁰⁸

Investitionen sind gem. Art. 8.1 CETA „Vermögenswerte jeder Art, die direkt oder indirekt im Eigentum oder unter der Kontrolle eines Investors stehen und die Merkmale einer Investition aufweisen; hierzu gehören eine gewisse Dauer und andere Merkmale wie die Bindung von Kapital oder anderen Ressourcen, die Erwartung von Wertzuwachs oder Gewinn oder die Übernahme von Risiken.“

Der Eigentumsbegriff der EMRK umfasst nicht nur Sacheigentum, sondern eine Vielzahl vermögenswerter Rechte und Interessen und sogar zukünftige Gewinne, sofern bereits ein entsprechender Anspruch besteht.¹⁰⁹ Zudem sind sogar Goodwill, staatliche Konzessionen und Lizenzen geschützt.¹¹⁰ Insofern bestehen zwar Unterschiede im Detail, jedoch auch sehr weitgehende Übereinstimmungen mit dem Begriff der geschützten Investition, so dass ein Großteil der relevanten Fälle, die von Investitionsschutzabkommen umfasst sind, auch von Art. 1 ZP-1 umfasst sein dürften.¹¹¹

b. Investitionsschutz vs. Enteignungsschutz

Einige Unterschiede zwischen EMRK und CETA ergeben sich jedoch hinsichtlich der Qualifikation eines staatlichen Handelns als Verletzung der Eigentums- bzw. Investorenrechte und der entsprechenden Rechtsfolgen.¹¹²

Die wichtigsten Garantien, deren Verletzung vor dem CETA-Investitionsgericht gem. Art. 8.18 Abs. 1 CETA geltend gemacht werden kann, sind eine gerechte und billige Behandlung (FET) (Art. 8.10 CETA), der Schutz vor entschädigungsloser oder unrechtmäßiger Enteignung (Art. 8.12 CETA), ungehinderter Kapitaltransfer bzw. Gewinnmitnahme (Art. 8.13 CETA) sowie Inländergleichbehandlung und Meistbegünstigung (Art. 8.6 f. CETA). Stellt das Gericht einen Verstoß dar, erkennt es auf vollen Ersatz des Schadens in Geld oder volle Rückerstattung entzogener Vermögenspositionen (Art. 8.39 Abs. 1 CETA).

Art. 1 ZP-1 schützt vor ungerechtfertigter Enteignung, Nutzungsbeschränkungen und sonstigen Beeinträchtigungen, die weder Enteignung noch Nutzungsbeschränkung sind.¹¹³ Inländergleichbehandlung und Meistbegünstigung nennt Art. 1 ZP-1 nicht explizit. Liegt aber ein Eingriff in das Eigentum vor, kann dieser nur gerechtfertigt sein, wenn er, dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit folgend, einen angemessenen Ausgleich zwischen den Interessen des Staates und des Eigentümers findet. Dies wiederum kann ausgeschlossen sein, wenn der Eigentümer gegenüber Dritten diskriminiert wird.¹¹⁴ Im Übr-

108 Tomuschat (Fn. 106), 642 ff.

109 Meyer-Ladewig/von Raumer (Fn. 107), Art. 1 ZP-1 Rn. 9 ff.

110 Kneer (Fn. 104), 97.

111 Ebd.

112 Vgl. Ursula Kriebaum, Is the European Court of Human Rights an Alternative to Investor-State Arbitration?, in: Dupuy/Francioni/Petersmann (Hrsg.), Human Rights in International Investment Law and Arbitration, New York 2009, 219-245 (235 ff.).

113 Meyer-Ladewig/von Raumer (Fn. 107), Art. 1 ZP-1 Rn. 27, 51.

114 Ebd., Rn. 40 f.

gen verbietet Art. 14 EMRK im Anwendungsbereich von Art. 1 ZP-1 eine ungerechtfertigte Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit.¹¹⁵ Während also CETA – unbeschadet des sehr weiten Anwendungsbereichs von FET – einen abschließenden Katalog möglicher entschädigungspflichtiger Beeinträchtigungen der Investition enthält, umfasst Art. 1 ZP-1 grundsätzlich jede Beeinträchtigung des Eigentums,¹¹⁶ bietet aber keinen Anspruch auf Meistbegünstigung.

c. Verhältnismäßigkeit und Enteignungsentschädigung

Eine Eigentumsverletzung nach Art. 1 ZP-1 liegt erst dann vor, wenn der Eingriff nicht gerechtfertigt ist. Gerechtfertigt ist er, wenn er gesetzlich vorgesehen ist, im öffentlichen Interesse geschieht und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügt.¹¹⁷ Das bedeutet, dass der EGMR eine umfassende Abwägung aller öffentlichen und privaten Interessen vornimmt.¹¹⁸ Regelmäßig ist ein gerechter Ausgleich nur dann gefunden, wenn der Staat dem Betroffenen eine angemessene Entschädigung für den Eingriff gewährt,¹¹⁹ auch in Fällen von Nutzungsbeschränkungen oder sonstigen Eingriffen.¹²⁰ Ausgangspunkt für die Berechnung der Höhe der angemessenen Entschädigung ist die wertmäßige Wiederherstellung des status quo ante.¹²¹ Der EGMR berücksichtigt aber die besonderen Umstände des Eingriffs, das öffentliche Interesse und die Verhältnismäßigkeit und wird somit nicht notwendigerweise verlangen, dass der volle Marktwert ersetzt wird.¹²² Ausländern bürdet er dabei regelmäßig weniger Belastung auf bzw. gesteht ihnen eine höhere Entschädigung zu, da diese weniger Einfluss auf die inländische Politik haben.¹²³ Dies entspricht bis zu einem gewissen Grad dem besonderen Schutz, den ausländische Investoren unter klassischen Investitionsschutzabkommen genießen. Stellt der EGMR eine Verletzung von Art. 1 ZP-1 fest, kann er gem. Art. 41 EMRK selbst eine Entschädigung zusprechen.¹²⁴

CETA wiederum kennt diese Verhältnismäßigkeitsprüfung zumindest nicht unmittelbar. Elemente finden sich in den Tatbeständen der Vertragspflichten, z.B. dem Verbot entschädigungsloser Enteignung (Art. 8.12 Abs. 1 lit. d CETA), dem Schikane- und Willkürverbot (Art. 8.10 Abs. 2 lit. c und e CETA) oder auch beim Right to Regulate in Art. 8.9 CETA. Eine Verhältnismäßigkeitsprüfung fehlt jedoch bezüglich der Rechtsfolge Entschädigung,¹²⁵ so dass, wird ein Eingriff festgestellt, immer voller Schadensersatz zu leisten ist. Im Ergebnis dürfte die Entschädigung nach CETA aus diesen Gründen regelmäßig höher ausfallen.¹²⁶

115 Meyer-Ladewig/Lehner (Fn. 107), Art. 14 EMRK Rn. 5 ff., 29.

116 Vgl. Kriebaum (Fn. 112), 238.

117 Meyer-Ladewig/von Raumer (Fn. 107), Art. 1 ZP-1 Rn. 4.

118 Ebd., Rn. 41.

119 Ebd., Rn. 43.

120 Kriebaum (Fn. 112), 243.

121 Ebd.

122 Tomuschat (Fn. 106), 652 f.

123 Kriebaum (Fn. 112), 241 f.

124 Meyer-Ladewig/Brunozzi (Fn. 107), Art. 41 EMRK Rn. 1.

125 Vgl. Kriebaum (Fn. 112), 239 ff.

126 Vgl. ebd., 241 f.

d. Ausreichender Schutz für Kapitaleigner?

Ein ganz erheblicher Unterschied besteht beim Schutzniveau für bloße Kapitalanteileigner. Gem. Art. 8.1 CETA sind vom Investitionsbegriff in CETA auch bloße Kapitalanteile umfasst. Somit könnte z.B. auch ein Aktionär eigene Ansprüche geltend machen, wenn Maßnahmen nur gegen die Gesellschaft ergriffen werden, die zu einer bloß mittelbaren Beeinträchtigung des Wertes seiner Beteiligung führen. Dieses weite Verständnis ist in Investitionsschutzabkommen anerkannt, da transnationale Investitionen regelmäßig über Beteiligungen an im Gaststaat niedergelassenen Gesellschaften getätigt werden, jedoch nur die ausländische Investition, nicht aber eine inländische Gesellschaft in den Schutzbereich des Investitionsschutzabkommens fällt.¹²⁷ Nach der EMRK sind Kapitalanteile zwar auch vom Eigentumsschutz umfasst, aber der Anteilseigner wird – wenn es um Rechte der Gesellschaft selbst geht – nur subsidiär zu der Gesellschaft geschützt. Vorrangig muss sich die Gesellschaft selbst zur Wehr setzen. Ausnahmen können sich nur ergeben, wenn die Gesellschaft selbst nicht Beschwerde erheben kann.¹²⁸ Der Schutz von Anteilseignern unter CETA geht somit erheblich weiter als nach der EMRK.

e. Vorbehalte zur EMRK

Einige Mitgliedstaaten der EU haben zudem Vorbehalte zu Art. 1 ZP-1 EMRK eingelegt, von denen allerdings die meisten historisch überholt sind.¹²⁹ Der spanische Vorbehalt allerdings scheint geeignet, die Effektivität des Investitionsschutzes zu schmälern. Dieser postuliert eine Sozialbindung des Eigentums und ermöglicht eine Enteignung, soweit ein öffentlicher Belang dies erforderlich macht und eine angemessene Entschädigung gewährt wird. Problematisch erscheint, dass diese Enteignungsmöglichkeit über die auch vom EGMR anerkannten Eingriffsmöglichkeiten hinaus in Übereinstimmung mit Art. 33 der spanischen Verfassung vom „Gesetz“ abhängig sein soll, womit nur spanische Gesetze gemeint sein können. Ein solch allgemeiner Vorbehalt wäre aber nach Art. 5 ZP-1 iVm Art. 57 Abs. 1 Satz 2 EMRK schon inhaltlich nicht zulässig¹³⁰ und auch aufgrund seiner Unbestimmtheit unwirksam.¹³¹ Letztlich wird man die Erklärung Spaniens also nicht so auslegen können, dass sie wirksam die Verpflichtungen aus Art. 1 ZP-1 über das Maß der ohnehin vorhandenen konventionsimmanenten Eingriffsmöglichkeiten beschränkt.¹³²

2. Bewertung und Übertragbarkeit im Hinblick auf CETA

Zusammenfassend wird deutlich, dass auch Art. 1 ZP-1 ausländische Investitionen schützt, jedoch der Höhe nach und im Bereich des Schutzes von Anteilseignern sowie in Bezug auf Meistbegünstigung deutlich hinter CETA zurück bleibt. Um einen Gleichlauf zum Schutzgehalt des Investitionsschutzes, insb. beim Schutz von Anteilseignern, zu gewährleisten, müsste Art. 1 ZP-1 möglicherweise ergänzt werden.

127 Vgl. ebd., 222 ff.

128 Meyer-Ladewig/Kulick (Fn. 107), Art. 34 EMRK Rn. 29.

129 Alle Vorbehalte: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/009/declarations>.

130 Ebd., Rn. 6.

131 Ebd., Rn. 7.

132 Vgl. Ebd., Rn. 8.

Im Gegenzug bietet das EMRK-Regime auch Vorteile, insbesondere die Möglichkeit, im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung öffentliche Belange und die besonderen Umstände des Einzelfalls adäquat zu berücksichtigen. Auch das Fehlen einer Meistbegünstigungsklausel könnte als Vorteil anzusehen sein, weil eine solche ein Einfallstor für ungeplante und damit unberechenbare Begünstigungen von Investoren auf Kosten der Allgemeinheit sein kann.¹³³ Und schließlich ist der Gegensatz zwischen Investitionsschutz und Menschenrechten gar nicht so groß wie er zunächst scheinen mag. Betont man die individualschützende Dimension des Investitionsschutzes,¹³⁴ verortet ihn also in Nachbarschaft der Menschen- und Grundrechte, wäre eine Zusammenführung unter einem einheitlichen Menschenrechtsregime folgerichtig¹³⁵ und würde den Vorwurf der Sondergerichtsbarkeit für Konzerne¹³⁶ entkräften helfen. Überhaupt würden Diskriminierungsprobleme, auch im Bereich der Inländerdiskriminierung, durch diesen Ansatz minimiert werden.¹³⁷

Auch die bereits angesprochenen Bedenken bezüglich der Sozialisierung der CETA-Richter*innen würden – ebenso wie bei einer Betrauung des EuGH – entschärft sein. Zudem böte die ausdifferenzierte Rechtsprechung des EGMR zu Art. 1 ZP-1¹³⁸ eine gewisse Vorhersehbarkeit, während sich Vergleichbares zu CETA erst noch entwickeln müsste. Trotz einiger Konkretisierungen gegenüber klassischen BITs basiert CETA im Wesentlichen auf offenen – und damit noch weiter konkretisierungsbedürftigen – Rechtsbegriffen. Diese mangelnde Konkretisierung hat in der Vergangenheit wiederholt zu überraschend weitgehenden Ansprüchen von Investoren geführt.¹³⁹

Ein ganz erheblicher Vorteil des EGMR gegenüber dem EuGH wäre seine offenkundige Überparteilichkeit. Er ist weder der EU noch Kanada unmittelbar zugeordnet. Dies würde den Grundanliegen der Entnationalisierung und Entpolitisierung der Investitionsgerichtsbarkeit gerecht werden und Reziprozitätsprobleme vermeiden.

Den Schutz der EMRK in Anspruch nehmen können aber de lege lata nur Investoren, die in Europa investiert haben. Beschwerdegegner der Individualbeschwerde kann nur ein Konventionsstaat sein.¹⁴⁰ Dies umfasst zwar alle EU-Staaten, nicht jedoch Kanada, das lediglich Beobachterstatus hat, oder die EU selbst.¹⁴¹ Mithin stünde dieser Weg bisher nur Investoren im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten zur Verfügung, nicht aber europäischen Investoren in Kanada oder kanadischen gegenüber der EU. Europaratmitglied könnte Kanada als nicht europäischer Staat wohl nur schwerlich werden (vgl. Art. 4 der Satzung des Europarates). Sollte die EMRK dennoch auf Kanada ausgedehnt werden sollen, würde dies eine von allen 47 Konventionsstaaten ratifizierte Änderung von Art. 59 EMRK erfordern.¹⁴² Zuletzt geschah dies aufgrund des 14. Zusatzprotokolls, um den

133 Kumm (Fn. 5), 467 f.

134 Pernice (Fn. 47), 133; Wuschka (Fn. 3), 35.

135 Stoll/Holterhus (Fn. 80), 353 ff.; vgl. Kumm (Fn. 5), 472 f.

136 Gramlich/Conen (Fn. 95), 31 f.

137 Stoll/Holterhus (Fn. 80), 355.

138 Vgl. Tomuschat (Fn. 106), 642 ff.

139 Von Daniels (Fn. 4), 122.

140 Meyer-Ladewig/Kulick (Fn. 107), Art. 34 EMRK Rn. 17.

141 <https://www.coe.int/de/web/portal/47-members-states>.

142 Meyer-Ladewig/Nettesheim (Fn. 107), Einleitung Rn. 7.

Beitritt der EU zu ermöglichen. Ob und wie die EU jemals Mitglied der EMRK werden wird, ist allerdings aktuell noch ungewiss.¹⁴³

Aus Investorensicht erscheint das zeitraubende Erfordernis der Rechtswegerschöpfung in Art. 35 Abs. 1 Satz 1 EMRK als Nachteil.¹⁴⁴ Wie gezeigt, könnte dieses aber zur Sicherung der Autonomie der Unionsrechtsordnung beitragen und entspräche ohnehin der allgemein üblichen Funktionsweise internationaler Individualbeschwerdemechanismen.¹⁴⁵ Ungelöst bleibt damit das Problem der Verfahrensdauer beim EGMR.¹⁴⁶ Ende 2017 waren dort über 56.000 Anträge anhängig, während im gleichen Jahr nur knappe 16.000 bearbeitet wurden.¹⁴⁷ Ohne einen Ausbau der Kapazitäten könnte die Übertragung weiterer Aufgaben die Funktionsfähigkeit des EGMR gefährden. Insofern müsste gegebenenfalls Art. 38 Abs. 2 Europaratssatzung angepasst werden, da sich die anderen EMRK-Staaten wohl weigern würden, eine bloß EU-Interessen dienende Erweiterung zu finanzieren.

Ein weiterer erheblicher Nachteil besteht hinsichtlich der Vollstreckbarkeit eines EGMR-Urteils. Während CETA-Schiedssprüche auch in Drittstaaten entweder nach ICSID-Regeln wie ein letztinstanzliches Urteil vollstreckbar sind oder zumindest nach den Regeln des New Yorker Übereinkommens für vollstreckbar erklärt werden können, sind EGMR-Urteile zwar gem. Art. 46 EMRK für die Vertragsstaaten bindend, jedoch nicht ohne Weiteres vollstreckbar.¹⁴⁸ Dies stellt ein grundsätzliches Defizit dar, weshalb es eine Überlegung wert ist, auch für Urteile des EGMR die Fiktion eines ICSID-Schiedsspruchs wie in CETA geplant einzuführen.

Freilich blieben die Probleme mit der Autonomie der Unionsrechtsordnung bestehen.¹⁴⁹ Die angedachten Lösungen, insb. die Beteiligung des EuGH, müssten dennoch umgesetzt werden.

3. Modell der „Organleihe“

Die Alternative der Organleihe des EGMR wäre auch nicht ohne Weiteres möglich. Eine Parallelvorschrift zu Art. 272 AEUV gibt es nicht. Neue Kompetenzen können grundsätzlich über ein Fakultativprotokoll zur EMRK eingeführt werden, das nicht notwendigerweise von allen Konventionsstaaten ratifiziert werden müsste.¹⁵⁰ Vergleichbares ist zuletzt geschehen mit dem 16. Zusatzprotokoll,¹⁵¹ das eine Art Vorabentscheidungsverfahren zum EGMR ermöglicht. Eine Zuweisung für Jurisdiktion über ein Investitionsschutzabkommen würde aber nicht mehr im Einklang mit Art. 19 Satz 1 EMRK stehen, der die Zuständigkeit des EGMR auf die EMRK beschränkt. Auch diese Lösung erfordert mithin wohl eine explizite Konventionsanpassung.

Vor allem spricht aber gegen das bloße „Organleihemodell“, dass es die größten Vorteile der EMRK verschenken würde: Die Unterstellung des Investitionsschutzes unter die

143 Meyer-Ladewig/Renger (Fn. 107), Art. 59 EMRK Rn. 2.

144 Vgl. Tomuschat (Fn. 106), 641.

145 Kumm (Fn. 5), 473.

146 Vgl. Tomuschat (Fn. 106), 642.

147 Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, The ECHR in Facts and Figures 2017, https://www.echr.coe.int/Documents/Facts_Figures_2017_ENG.pdf, 3, 6.

148 Tomuschat (Fn. 106), 655.

149 Vgl. insgesamt EuGH, Gutachten vom 18.12.2014 – 2/13 (EMRK), ECLI:EU:C:2014:2454.

150 Vgl. Meyer-Ladewig/Nettesheim (Fn. 107), Einleitung Rn. 7.

151 <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680084832>.

EMRK entspräche seinem öffentlich-rechtlichen Charakter und könnte eine umfassende Berücksichtigung öffentlicher Belange und Einzelfallumstände erreichen, die CETA schon materiell so nicht vorsieht. Der EGMR würde durch diese Lösung bloß genau die Aufgabe übernehmen, die jetzt das CETA-Investitionsgericht übernimmt. Dies hätte zwar die schon beschriebenen Vorteile im Hinblick auf die Besetzung, wäre aber im Vergleich zur Implementierung des Investitionsschutzes im Menschenrechtsregime eine halbherzige Lösung.

4. Komplementäre Lösung unter Einbeziehung verschiedener regionaler Menschenrechtsabkommen

Die Probleme eines kanadischen Beitritts umgehen könnte eine komplementäre Lösung im Rahmen der jeweilig vorhandenen regionalen Menschenrechtsabkommen.

Die Amerikanische Konvention über Menschenrechte (AMRK) ist ein der EMRK vergleichbares Abkommen, das in Art. 21 AMRK auch den Schutz des Eigentums garantiert.¹⁵² Es wäre insofern denkbar, europäische bzw. mitgliedstaatliche Akte der – möglicherweise zu erweiternden – investitionsschutzrechtlichen Kontrolle durch den EGMR zu unterwerfen und kanadische Akte der Kontrolle durch den Inter-Amerikanischen Gerichtshof für Menschenrechte (IAGMR).

Der sachliche Schutzbereich der Eigentumsgarantie in Art. 21 AMRK umfasst ohne Weiteres alle vermögenswerten Rechte. Eingriffe sind entschädigungspflichtig.¹⁵³ Prozessual abgesichert wird dieses Recht durch ein zweistufiges Verfahren, das zunächst eine Individualbeschwerde vor der Inter-Amerikanischen Kommission für Menschenrechte gem. Art. 44 AMRK erfordert, die dann nach Abschluss eines Vorverfahrens vor dem IAGMR gem. Art. 61 Abs. 1 AMRK Klage erheben kann.¹⁵⁴

Zwar hat Kanada die AMRK bisher nicht unterzeichnet oder ratifiziert,¹⁵⁵ dies wäre aber gem. Art. 71 Abs. 1 AMRK möglich.

Allerdings bietet die AMRK (noch) keinen adäquaten Schutz ausländischer Investitionen. Der Klageweg steht nur der Menschenrechtskommission, nicht aber dem Investor selbst unmittelbar offen. Er kann lediglich einen Antrag auf Erhebung der Klage stellen.¹⁵⁶ Das Verfahren vor der Kommission kann dabei schon deshalb nicht als eine Art erste Instanz angesehen werden, weil sie keine rechtsverbindliche Entscheidung treffen, sondern nur unverbindliche Stellungnahmen abgeben kann.¹⁵⁷ Gänzlich ausgeschlossen sind nach Art. 1 Abs. 2 AMRK aber juristische Personen. Diese Einschränkung macht die AMRK im investitionsschutzrechtlichen Kontext letztlich unbrauchbar.¹⁵⁸

Im Ergebnis wäre eine komplementäre Betrauung der jeweiligen regionalen Menschenrechtsgerichte zwar eine wünschenswerte Alternative zum CETA-Investitionsgericht. Hierfür wären allerdings erhebliche politische und diplomatische Schritte notwendig, und das AMRK-System müsste in einem Maße erweitert und umgebaut werden, das wenig realistisch erscheint.

152 Kneer (Fn. 104), 100.

153 Ebd., 101.

154 Ebd., 102.

155 http://www.oas.org/dil/treaties_B-32_American_Convention_on_Human_Rights_sign.htm.

156 Kneer (Fn. 104), 102.

157 Ebd.

158 Ebd., 102 f.

5. UN-Menschenrechtsabkommen

Während die UN-Menschenrechtsabkommen, insbesondere der Pakt über bürgerliche und politische Rechte und der Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte als wünschenswertes Fernziel die Perspektive einer umfassenden Konsolidierung und Konstitutionalisierung von Investitionsschutz als Menschenrecht bieten, ist beiden Abkommen gemein, dass sie bisher keinen adäquaten materiellen Eigentumsschutz und auch keinen Individualbeschwerdemechanismus mit rechtlich verbindlichen Entscheidungen bieten und deshalb (noch) ungeeignet sind.¹⁵⁹ Die politischen Schwierigkeiten, die eine Erweiterung mit sich brächte, dürften die im Hinblick auf regionale Menschenrechtsabkommen noch übertreffen.

IV. Ständiges internationales Investitionsgericht

Vielversprechender scheint demgegenüber ein Blick auf das geplante Internationale Investitionsgericht (Multilateral Investment Court, MIC). Das MIC wurde von der Kommission im Zusammenhang mit den Verhandlungen zu TTIP ins Gespräch gebracht.¹⁶⁰ Eine entsprechende Öffnungsklausel ist auch bereits in Art. 8.29 CETA verankert.¹⁶¹ Der Vorschlag der Kommission baut aber auf dem Entwurf des Streitbeilegungsmechanismus in CETA auf¹⁶² und zielt – nach bisherigem Stand – auf im Wesentlichen gleiche Regelungen ab.¹⁶³ Man kann mithin noch nicht von einer wirklichen Alternative sprechen. Allerdings ist die Planungs- und Verhandlungsphase noch nicht abgeschlossen. Es wäre also durchaus denkbar, sowohl hinsichtlich der Besetzung des Gerichtshofes Verbesserungen vorzunehmen als auch Allgemeinwohlbelange als Abwägungskriterium gegenüber Investoreninteressen in der Entscheidungsfindung zu verankern. Aus gesellschaftlicher Sicht würde diese Herangehensweise zumindest eine Verbesserung darstellen und die größten Schwächen des gegenwärtigen Systems überwinden helfen. Im Gegensatz zur Betrauung von EuGH oder EGMR erscheint dieser Ansatz auch weniger unrealistisch. Jedoch darf man nicht aus den Augen verlieren, dass es der Kommission zumindest aktuell explizit nicht darum geht, die Implikationen des Investitionsschutzes in dieser Form zu entschärfen – die Richter*innen sollen weiterhin vor allem im Investitionsschutzrecht spezialisiert sein,¹⁶⁴ und Allgemeinwohl- und Menschenrechtsbelangen soll zunächst keine weitere Bedeutung beigemessen werden. Stattdessen sollen ausschließlich prozessrechtliche Fragen angegangen werden.¹⁶⁵

159 Kneer (Fn. 104), 91 ff.

160 Steffen Hindelang/Stephan Wernicke, Realpolitik statt Pseudo-Revolution: Aktuelle Reformvorschläge im Investitionsschutzrecht, *EuZW* 2015, 809-810 (809).

161 Patricia S. Stöbener de Mora, Investitionsschutzrecht: Kommissionsvorschläge zu künftigem Vorgehen und Verhandlungsmandat für multilateralen Gerichtshof, *EuZW* 2017, 787-788 (787).

162 Ebd.

163 Europäische Kommission – Factsheet – Ein künftiger multilateraler Investitionsgerichtshof, 13.12.2016, http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-4350_de.htm.

164 Europäische Kommission – Inception Impact Assessment – Establishment of a Multilateral Investment Court for investment dispute resolution, 6, http://ec.europa.eu/smart-regulation/road-maps/docs/2016_trade_024_court_on_investment_en.pdf.

165 Europäische Kommission – Recommendation for a COUNCIL DECISION authorising the opening of negotiations for a Convention establishing a multilateral court for the settlement of investment disputes – COM(2017) 493 final.

D. Fazit

In seiner aktuellen Form ist das CETA-Investitionsgericht nicht mit dem Unionsrecht vereinbar. Eine Anpassung wäre nur möglich, indem dem EuGH eine zentrale Rolle bei der Anwendung und Auslegung des Unionsrechts gesichert würde, was wiederum im Widerspruch zum Grundanliegen von ISDS, eine neutrale und von den Vertragsparteien losgelöste Streitbelegungsinstanz zu schaffen, stehen würde.

Eine Alternative wäre, den ISDS-Mechanismus in CETA ganz zu streichen. Auch könnten – unter der Voraussetzung einer Beteiligung des EuGH in unionsrechtlichen Fragen – andere Spruchkörper mit der entsprechenden Jurisdiktion betraut werden. Der EGMR, ggf. ergänzt durch den IAGMR, wäre aktuell das zu bevorzugende Forum. Dies brächte aber erhebliche Umsetzungsschwierigkeiten mit sich. Kanada und die EU müssten hier eine absolute Pionierrolle übernehmen.¹⁶⁶ Auch die Schaffung eines neuen unabhängigen und umfassend abwägenden Gerichts wäre grundsätzlich geeignet.¹⁶⁷ Dies könnte – eine ambitionierte Weiterentwicklung vorausgesetzt – letztlich auch das von der Kommission geplante MIC sein.

Ziel sollte es sein, einerseits die Konzentration auf ökonomische Aspekte zu reduzieren und weitere Allgemeininteressen mit in den Fokus zu rücken und andererseits Investitionsschutz im Kontext allgemeiner Individualisierung völkerrechtlicher Schutzvorschriften zu denken. Langfristig erstrebenswert wäre eine Konsolidierung von Investitionsschutz, Menschenrechtsschutz und anderen öffentlichen Belangen unter einem gemeinsamen Regime,¹⁶⁸ zum Beispiel der EMRK.

Das Investitionsschutzrecht kann eine Vorbildfunktion im Hinblick auf die Fortentwicklung völkerrechtlichen Individualschutzes auch in anderen Bereichen haben.¹⁶⁹ Gerade angesichts einer sich abzeichnenden Neuordnung des globalen Handelssystems¹⁷⁰ und der möglichen Vorbildfunktion von CETA wäre insofern eine kreativere und vielseitiger engagierte Rolle der EU wünschenswert, die über die Reproduktion althergebrachter Ansätze und ihre Reform im Detail hinaus geht.

166 Stoll/Holterhus (Fn. 80), 355.

167 Von Daniels (Fn. 4), 118 f.

168 So auch: Stoll/Holterhus (Fn. 80), 355 ff.

169 Matthias C. Kettemann, Investitionsschutzrecht als Inspirationsquelle: Ein Beitrag zur Debatte um die Stellung des Individuums im Völkerrecht, in: Knahr/Reinisch (Hrsg.), Aktuelle Probleme und Entwicklungen im Internationalen Investitionsschutzrecht, Stuttgart/München/Hannover/Berlin/Weimar/Dresden 2007, 105-123 (122 f.).

170 Von Daniels (Fn. 4), 120.