

Auswirkungen der Bestimmungen zum Investitionsschutz und zu den Investor-Staat-Schiedsverfahren im Entwurf des Freihandelsabkommens zwischen der EU und Kanada (CETA) auf den Handlungsspielraum des Gesetzgebers (Kurzgutachten)

*Dr. Stephan Schill. LL.M. (NYU)**

Kurzzusammenfassung

Durch die in CETA niedergelegten völkerrechtlichen Bestimmungen zum Schutz von Investitionen kanadischer Investoren wird der Gesetzgeber rechtlichen Bindungen unterworfen, die vom deutschen Verfassungs- und Staatshaftungsrechts und den Vorgaben des Unionsrechts unabhängig sind. CETA sieht dabei – vorbehaltlich umfangreicher Ausnahmeregelungen – Marktzugangsregelungen, Inländergleichbehandlung und Meistbegünstigung für kanadische Investoren vor, schützt den Bestand getätigter Investitionen gegen eng umgrenzte gesetzgeberische Eingriffe (v.a. entschädigungslose Enteignungen und enteignungsgleiche Eingriffe, Verletzungen des Grundsatzes gerechter und billiger Behandlung und Anspruch auf vollen Schutz und Sicherheit) und enthält Vorschriften zur Sicherstellung des freien Kapitalverkehrs. Die Verletzung dieser Vorschriften kann in zwischenstaatlichen Schiedsverfahren und, vorbehaltlich wichtiger Einschränkungen bei Marktzugangsregelungen, im Bereich der Finanzmarktregulierung und im Steuerwesen, in Investor-Staats-Schiedsverfahren geltend gemacht werden.

Der Handlungsspielraum des Gesetzgebers wird durch CETA im Vergleich zum existierenden Verfassungs- und Unionsrecht allerdings kaum zusätzlichen materiell-rechtlichen Bindungen unterworfen. Einzig der Anspruch auf Inländergleichbehandlung und Meistbegünstigung führt, soweit keine der zahlreichen Ausnahmen einschlägig ist, zu einer substantiellen Aufwertung der Rechte von kanadischen Investoren. Ihnen wird durch CETA ein Status eingeräumt, der dem Schutz inländischer Investoren aus den Grundrechten bzw. dem Schutz von EU-Investoren aus den unionsrechtlichen Grundfreiheiten und Grundrechten bei Marktzugang und Bestandsschutz entspricht. Der gesetzgeberische Handlungsspielraum ist dadurch insofern reduziert als Schlechterbehandlungen aufgrund der kanadischen Staatsangehörigkeit eines Investors unzulässig werden. Allerdings schmälern die zahlreichen Ausnahmen den Anspruch auf umfassende Gleichbehandlung sowohl von kanadischen Investoren in Deutschland, als auch von deutschen (und anderen europäischen) Investoren in Kanada substantiell.

* Der Autor ist Senior Research Fellow am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht in Heidelberg und Principal Investigator eines durch den European Research Council geförderten Projekts zu “Transnational Public-Private Arbitration as Global Regulatory Governance”. Er ist als Rechtsanwalt in Deutschland und als Attorney-in-Law im Bundesstaat New York zugelassen. Er ist Mitglied der Schlichterliste (List of Conciliators) des International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) und Herausgeber des Journal of World Investment and Trade. Nähere Informationen über wissenschaftlichen Werdegang und Veröffentlichungen sind erhältlich unter http://www.mpil.de/de/pub/organisation/wiss_bereich/sschill.cfm (26 August 2014).

Im Hinblick auf den Bestandsschutz getätigter Investitionen gegen gesetzgeberische Eingriffe bleibt CETA auf materiell-inhaltlicher Ebene hinter dem deutschen Verfassungs- und Unionsrecht signifikant zurück. Der Anspruch auf gerechte und billige Behandlung ist im Verhältnis zum Gesetzgeber im Wesentlichen auf ein Verbot offensichtlich willkürlicher Maßnahmen und ein Mindestmaß an Vertrauensschutz reduziert. Der Schutz durch das verfassungsrechtliche Rechtsstaatsprinzip und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sind umfassender. Auch die CETA-Vorschriften zum Schutz gegen Enteignungen und einer Enteignung gleichstehende Eingriffe gehen in ihren Tatbestandsvoraussetzungen nicht über verfassungsrechtliche Vorgaben hinaus. Außerdem ist der gesetzgeberische Handlungsspielraum durch eine Vielzahl von Ausnahmevorschriften, einschließlich solcher zum Schutz der nationalen Sicherheit, der Umwelt oder der öffentlichen Gesundheit, sowie Ausnahmen für das Steuerwesen und die Regulierung der Finanzmärkte gegen CETA-bedingte Beschränkungen geschützt.

Unterschiede zwischen Verfassungs- und Unionsrechts einerseits und CETA-Investitionsschutzvorschriften andererseits ergeben sich bei den Rechtsfolgen. Diese sind jedoch im Wesentlichen rechtssystematischer Natur. Anders als unter Verfassungs- und Unionsrecht sind nach CETA die Rechtsfolgen auf Entschädigungs- und Schadensersatzzahlungen beschränkt. Die Aufhebung oder der Erlass gesetzgeberischer Maßnahmen kann nicht verlangt werden. Als Ersatz für den fehlenden Anspruch eines Investors auf Herstellung eines CETA-konformen Rechtszustandes ermöglicht CETA die unmittelbare Geltendmachung von Entschädigungs- und Schadensersatzzahlungen und weicht insofern vom verfassungsrechtlichen Grundsatz des Vorranges des Primärrechtsschutzes mit den korrespondierenden engen Staatshaftungstatbeständen ab. Da die Anforderungen für die Rechtswidrigkeit gesetzgeberischen Handelns unter CETA jedoch höher sind als nach nationalem und Unionsrecht ist das Haftungsrisiko überschaubar. Auch der Umfang von Entschädigungs- und Schadensersatzzahlungen, sowie die Berechnung von Zinsen weichen von den Vorgaben des deutschen Staatshaftungsrechts nur in geringem Umfang ab. Höher als vor staatlichen Gerichten ist ggf. das Kostenrisiko der Rechtsverfolgung in Investor-Staats-Schiedsverfahren.

Einen wichtigen Unterschied zwischen CETA und dem Verfassungs- bzw. Unionsrecht stellt der Durchsetzungsmechanismus vor Investor-Staats-Schiedsgerichten dar. Allerdings sind hier hohe Zugangshürden und erhebliche Beschränkungen der Anspruchsgrundlagen vorhanden. Gefahren der Rechtsfortbildung durch CETA-Schiedsgerichte, durch die eine Haftungserweiterung erfolgen könnte, sind durch institutionelle Mechanismen abgefedert. Eine Einschränkung des gesetzgeberischen Handlungsspielraums, die über Verfassungs- und Unionsrecht hinausgeht, lässt sich darin nicht erblicken.

Insgesamt enthält CETA damit keine wesentlich über bestehende verfassungs- oder unionsrechtliche Vorgaben hinausgehende Bindungen des Gesetzgebers. Im Gegenteil, CETA bleibt in Kernpunkten hinter dem verfassungs- und unionsrechtlich erreichten Schutz von Investitionen zurück. Bedenken gegen die investitionsschutzrechtlichen Bestimmungen in CETA im Hinblick auf Haftungsrisiken der Bundesrepublik Deutschland oder die Einschränkung des gesetzgeberischen Handlungsspielraumes sind daher zu vernachlässigen. Vielmehr stellt das vergleichsweise geringe Maß an völkerrechtlichem Investitionsschutz den Wert des Investitionskapitels für den Schutz deutscher und europäischer Investoren in Kanada in Frage.

Gliederung

Vorbemerkungen	1
A. Umfang des Sachverständigenauftrags.....	1
B. Verwendetes Material zu CETA	2
C. Vergleichsansatz und Aufbau des Kurzgutachtens	2
I. Primärrechtlicher Umfang des Investitionsschutzes nach deutschem Verfassungs- und Unionsrecht	3
A. Investitionsschutz nach deutschem Verfassungsrecht	3
1. Grundrechtsschutz und Rechtsstaatsprinzip.....	3
2. Grenzen von Grundrechtsberechtigung und Anspruch auf Gleichbehandlung	4
3. Zwischenergebnis.....	5
B. Investitionsschutz durch Unionsrecht	6
1. Anspruch auf Nicht-Diskriminierung und Marktzugang	6
2. Bestandsschutz.....	7
3. Zwischenergebnis.....	8
II. Investitionsschutzrechtliche Bestimmungen in CETA.....	8
A. Verbot bestimmter Marktzugangsvorschriften	9
B. Anspruch auf Gleichbehandlung (Inländergleichbehandlung, Meistbegünstigung)	9
C. Bestandsschutz getätigter Investitionen	11
1. Grundsatz gerechter und billiger Behandlung	11
2. Voller Schutz und Sicherheit.....	15
3. Entschädigung für Verluste durch Krieg, Notstand u.ä.....	15
4. Schutz gegen Enteignungen und enteignungsgleiche Maßnahmen.....	16
D. Freier Kapitaltransfer	18
E. Schutz des Handlungsspielraumes des Gesetzgebers	19
1. Präambel.....	19
2. Allgemeine Ausnahmenvorschriften	19
3. Schutz des Steuerwesens	20
4. Sonderregelungen für Finanzdienstleistungen.....	20
F. Zugang zur Investor-Staats-Schiedsgerichtsbarkeit.....	21
G. Mögliche Haftungserweiterungen.....	22
H. Ergebnis des Vergleichs im Hinblick auf Rechtmäßigkeitsanforderungen.....	23
III. Vergleich der Rechtsfolgenregime	24
A. Grundsätze der Staatshaftung nach dt. Recht und Unionsrecht	24
B. Rechtsfolgen nach CETA.....	26
C. Berechnung von Entschädigung und Schadensersatz im Vergleich	27
1. Entschädigung für rechtmäßige Enteignung und enteignungsgleiche Maßnahmen	27
2. Schadensersatz für rechtswidrige Handlungen	29
3. Zinsen.....	29
4. Kosten der Rechtsverfolgung	29
D. Ergebnis des Vergleichs der Rechtsfolgen	30
Zusammenfassung der Ergebnisse.....	30

Inhalt des Kurzgutachtens

Vorbemerkungen

A. Umfang des Sachverständigenauftrags

Aufgrund Sachverständigenauftrags des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (BMWi) vom 21. August 2014 (Projekt-Nr.: 92/14) bin ich beauftragt worden, im Rahmen einer Kurzexpertise zu den Auswirkungen der Bestimmungen zum Investitionsschutz und zu den Investor-Staat-Schiedsverfahren im Entwurf des Freihandelsabkommens zwischen der EU und Kanada (CETA) auf den Handlungsspielraum des Gesetzgebers, sowie Gegenstand und Rechtsfolgen etwaiger Schiedssprüche gutachterlich Stellung zu nehmen. Das nachfolgende Kurzgutachten geht insofern auf folgende Fragestellungen ein:

- 1) Wird der Handlungsspielraum des Gesetzgebers in Deutschland (sog. „right to regulate“) durch das Investitionskapitel des zwischen der EU und Kanada verhandelten Freihandelsabkommens (CETA) weitergehend eingeschränkt als durch nationales Recht und Unionsrecht?
- 2) Sind die Rechtsfolgen für Verletzungen von CETA durch den Gesetzgeber, insbesondere die Berechnung von Schadensersatz- und Entschädigungszahlungen zugunsten kanadischer Investoren weitergehend als vergleichbare Ersatzzahlungen nach nationalem Recht?
- 3) Welche Rechtsfolgen außer Schadensersatz könnte ein Schiedsurteil wegen Verletzung von CETA vorsehen?

Das Kurzgutachten betrifft die Auswirkungen der Kapitel 10 („Investment“), 15 („Financial Services“) und 32 („Exceptions“) auf den Handlungsspielraum des Gesetzgebers.¹ Nicht im Detail wird dabei auf die umfangreichen Annexe zur Aufrechterhaltung bestehender und zur Einführung neuer nicht-konformer Maßnahmen eingegangen.² Zudem beschränkt sich das Kurzgutachten auf eine Analyse der einschlägigen Grundsätze der Investitionsschutzbestimmungen in CETA und vergleicht diese mit den Rechtsprinzipien, an die der Deutsche Bundestag aufgrund des Verfassungs- und Staatshaftungsrechts sowie des Unionsrechts gebunden ist.³ Nicht bewertet werden die Auswirkungen des Investitionsschutzes in CETA auf Maßnahmen von Exekutive und Judikative. Aufgrund des Charakters als Kurzgutachten ist die Darstellung der nachfolgenden Ausführungen zudem not-

¹ Angaben von Vorschriften ohne Angabe eines Kapitels beziehen sich dabei auf Kapitel 10 zu Investitionen.

² Dies sind insbesondere Annexe I „Reservations for Existing Measures and Liberalisation Commitments“ und Annexe II „Reservations for Future Measures“.

³ Der Fokus auf Rechtsprinzipien ist für ein Kurzgutachten der vorliegenden Art der einzig praktikable Weg, da Zeit- und Umfangvorgaben Detailanalysen verbieten. Rechtsprinzipien erhalten zwar je nach Kontext in verschiedenen Rechtsordnungen unterschiedliche Ausformungen und Anwendungen auf den Einzelfall, nicht zuletzt, da unterschiedliche Streitbeilegungsmechanismen Prinzipien unterschiedlich ausformen, unterschiedliche Wertungen des Sachverhalts vornehmen, oder relevante Aspekte unterschiedlich gewichten. Gleichwohl ist der Vergleich von Rechtsprinzipien sinnvoll und aussagekräftig, um Strukturunterschiede und -gemeinsamkeiten zwischen nationalem, unionalem und Investitionsrecht in CETA im Hinblick auf den Handlungsspielraum des Gesetzgebers aufzuzeigen.

wendig verkürzt. Stellenweise wurde auf umfangreiche Rechtsprechungs- und Literaturnachweise verzichtet.

B. Verwendetes Material zu CETA

Grundlage dieses Kurzgutachtens ist der Text des Entwurfes von CETA vom 1. August 2014. Dieser wurde vom BMWi zur Verfügung gestellt.⁴ Systematische wissenschaftliche Analysen sind zu diesem Vertragstext noch nicht vorhanden. Auch Vorversionen des CETA-Textes, die während der Verhandlungen in die Öffentlichkeit gelangten, sind bisher wissenschaftlich nicht umfassend aufgearbeitet. Die ausführlichste Diskussion enthält eine frisch erschienene Spezialausgabe des Journal of World Investment and Trade vom August 2014;⁵ sie basiert allerdings nicht auf dem nunmehr vorgelegten Abkommensentwurf, ist bisher aber die ergiebigste wissenschaftliche Analyse der Bestimmungen in EU Investitionsabkommen. Da der Wortlaut von CETA einige Neuerungen gegenüber bisher abgeschlossenen Investitionsschutzabkommen enthält, fehlen aber verlässliche Anhaltspunkte darüber, wie die Vorschriften in der Schiedspraxis in Zukunft tatsächlich ausgelegt und angewendet werden. Aussagen in diesem Kurzgutachten über den Inhalt der Bestimmungen von CETA beruhen daher maßgeblich auf einer Einschätzung, wie Schiedsrechtsprechung zu existierenden Abkommen unter Berücksichtigung des (im Vergleich zur bisherigen Praxis teils erheblich modifizierten) Wortlauts von CETA voraussichtlich übertragen werden wird.

C. Vergleichsansatz und Aufbau des Kurzgutachtens

Der Vergleich zwischen verfassungs-, unions- und investitionsrechtlichen Beschränkungen für gesetzgeberisches Handeln kann aus zwei Perspektiven angegangen werden. Entweder man vergleicht unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang die verschiedenen Rechtsregime Sekundäransprüche in Form von Entschädigung und Schadensersatz für legislatives Handeln und Unterlassen vorsehen oder man fokussiert auf die primärrechtlichen Anforderungen, die die verschiedenen Rechtsordnungen an rechtmäßiges Handeln des Gesetzgebers richten. Führt man lediglich einen Vergleich der Haftungsfolgen durch, gelangt man wegen der sehr restriktiven dt. und unionsrechtlichen Haftung für legislatives Unrecht schnell zu dem Ergebnis, dass investitionsschutzrechtliche Bestimmungen deutlich über das Staatshaftungsrecht hinausgehen. Ein derartiger auf Rechtsfolgen limitierter Vergleich würde jedoch zu einem verzerrten Bild führen, da das deutsche Verfassungs- und Eigentumsschutzrecht vom Vorrang des Primärrechtsschutzes gekennzeichnet ist, während das Investitionsschutzrecht (in CETA, aber auch allgemein) einen solchen Grundsatz nicht kennt und sich von den Rechtsfolgen her schwerpunktmäßig an Ersatzleistungen in Geld orientiert. Allerdings sind hier wiederum die materiell-rechtlichen Beschränkungen des Gesetzgebers andere als unter Verfassungs- und Unionsrecht. Insofern ist erforderlich, dass primärrechtliche Ebene (Anforderungen an Rechtmäßigkeit) und sekundärrechtliche Ebene (Rechtsfolgenregime) insgesamt miteinander verglichen werden.

Das Kurzgutachten gliedert sich dementsprechend wie folgt: In Teil I erfolgt ein Überblick über die primärrechtlichen Grundsätze des Schutzes ausländischer Investitionen gegen gesetzgeberische Eingriffe nach Verfassungs- und Unionsrecht. Teil II analysiert die investitionsschutzrechtli-

⁴ Der Text ist auch erhältlich unter <http://www.tagesschau.de/download/ceta-111.zip> (25.8.2014).

⁵ Marc Bungenberg/August Reinisch, Special Issue: The Anatomy of the (Invisible) EU Model BIT, Journal of World Investment & Trade, Bd. 15 (2014), S. 375-704.

chen Regelungen in CETA im Vergleich zum Verfassungs- und Unionsrecht. Teil III widmet sich dem Vergleich der Rechtsfolgenregime.

I. Primärrechtlicher Umfang des Investitionsschutzes nach deutschem Verfassungs- und Unionsrecht

Bevor ein Vergleich zwischen nationalen, unionsrechtlichen und den investitionsschutzrechtlichen Vorschriften in CETA vorgenommen werden kann, ist eine notwendigerweise knappe Übersicht über die Rechtsgrundsätze des nationalen und unionsrechtlichen Schutzes ausländischer Investitionen zu geben.⁶ Zum Investitionsschutz im weiteren Sinne gehören dabei Fragen des Marktzugangs, also die Möglichkeit, Auslandsinvestitionen zu tätigen, ebenso wie der Bestandsschutz bereits getätigter Investitionen. Zu unterscheiden ist des Weiteren zwischen relativen Schutzstandards, die Diskriminierungen zwischen Ausländern und Inländern bzw. zwischen Ausländern verschiedener Nationalität unterbinden, und absoluten Schutzstandards, die unabhängig von der Inländergleichbehandlung ein Mindestmaß an Schutz für Auslandsinvestitionen garantieren.

A. Investitionsschutz nach deutschem Verfassungsrecht

Das deutsche Recht ist im Hinblick auf den Schutz von Auslandsinvestitionen durchgängig vom Grundsatz der Investitionsfreiheit geprägt. Einfachgesetzlich ist die deutsche Rechtsordnung im Hinblick auf die wirtschaftliche Betätigung durchgehend freiheitlich ausgestaltet und vom Grundsatz der Inländergleichbehandlung geprägt. Was den Bestandsschutz angeht, so sind ausländische Investoren und ihre Investitionen durchgängig nach dem auch auf Deutsche anwendbaren Bürgerlichen, Straf- und Verwaltungsrecht und den entsprechenden verfahrensrechtlichen Vorschriften zu behandeln. Auch beim Marktzugang kann man von einem an der Inländergleichbehandlung orientierten Grundsatz der Investitionsfreiheit sprechen.⁷ Staatsangehörigkeitsbezogene Schranken gewerblicher Betätigung oder Beschränkungen des Außenwirtschaftsverkehrs sind hingegen nur in wenigen Bereichen vorhanden.⁸ Insgesamt ist damit festzuhalten, dass Bestandsschutz und Marktzugang von Auslandsinvestitionen in Deutschland einfachgesetzlich mit nur punktuellen Ausnahmen auf Basis der Inländergleichbehandlung gesichert sind.

1. Grundrechtsschutz und Rechtsstaatsprinzip

Die Investitionsfreiheit ist aber auch verfassungsrechtlich gegen bestimmte Eingriffe des Gesetzgebers geschützt.⁹ Grundrechtsschutz und Rechtsstaatsprinzip spannen dabei den Rahmen, innerhalb

⁶ Die folgenden Ausführungen stützen sich unter teilweiser wörtlicher Übernahme auf die Ausführungen in *S. Schill*, Der Schutz von Auslandsinvestitionen in Deutschland im Mehrebenensystem: deutsches, europäisches und internationales Recht, Archiv des öffentlichen Rechts Bd. 135 (2010), 498, 503-522.

⁷ Der Grundsatz als solcher ist zwar gesetzlich nicht verankert, ergibt sich aber aus dem Zusammenspiel verschiedener Regelungen, die die unternehmerischen Einzelakte schützen, die zur Tätigkeit von Investitionen erforderlich sind. Siehe insbesondere § 1 Abs. 1 GewO (Gewerbefreiheit), § 1 Abs. 1 VereinsG (Recht zur Gründung von Personen- und Kapitalgesellschaften) und § 1 Abs. 1 AWG (Außenwirtschaftsfreiheit).

⁸ Dazu zählen aufenthaltsrechtlichen Regelungen, Regelungen im Kriegswaffenkontrollrecht, im Sprengstoffrecht und im Waffenrecht, die Gewerbeuntersagung gegenüber ausländischen juristischen Personen, deren Rechtsfähigkeit im Inland nicht anerkannt ist (§ 15 Abs. 2 S. 2 GewO) und außenwirtschaftsrechtliche Eingriffs- und Kontrollbefugnisse bei Auslandsinvestitionen nach §§ 4 ff. AWG.

⁹ Umfassend dazu auch *V. Epping*, Die Außenwirtschaftsfreiheit, 1998.

dessen Interessen von Investoren und Allgemeinwohlinteressen zueinander in Bezug gesetzt werden. Grundrechtlich sind vor allem die Vereinigungsfreiheit in Art. 9 Abs. 1 GG, die Berufsfreiheit in Art. 12 Abs. 1 GG, der Eigentumsschutz in Art. 14 GG und subsidiär Art. 2 Abs. 1 GG als Ausdruck der allgemeinen wirtschaftlichen Handlungsfreiheit von Bedeutung.¹⁰ Bestandsschutz für Investitionen wird vor allem durch Art. 14 GG vermittelt, der nicht nur gegen entschädigungslose Enteignungen (Art. 14 Abs. 3 GG), sondern auch gegen andere unverhältnismäßige Eingriffe in das Eigentum schützt (Art. 14 Abs. 1 GG).¹¹ Das Rechtsstaatsprinzip, das unter anderem Rechtssicherheit und Vertrauensschutz gegenüber staatlichem Handeln vermittelt¹² und dessen Verletzung über Art. 2 Abs. 1 GG auch per Verfassungsbeschwerde gerügt werden kann,¹³ komplementiert das Bild. Gemeinsam schaffen Grundrechte und Rechtsstaatsprinzip die Basis für die freiheitliche deutsche Wirtschaftsverfassung.¹⁴

Zum Teil enthalten die genannten Grundrechte und Staatsorganisationsprinzipien absolute Schranken für staatliche Eingriffe in Investitionen, wie etwa den Schutz vor entschädigungslosen Enteignungen in Art. 14 Abs. 3 GG oder die Rechtsweggarantie in Art. 19 Abs. 4 GG. Zumeist sind aber die Freiheitsrechte und auch der durch das Rechtsstaatsprinzip vermittelte Schutz nur relativer Natur, da Eingriffe zum Schutz bestimmter privater und öffentlicher Belange zulässig sind. So können etwa die meisten Freiheitsrechte eingeschränkt werden, allerdings nur im Rahmen der jeweiligen Schrankenregelung und gebunden an das Verhältnismäßigkeitsprinzip. Insofern entfalten auch die nicht absolut geschützten Freiheitsrechte ein objektives Mindestmaß an Investitionsschutz. So ist insbesondere das Eigentum auch jenseits des Titelentzugs gegen unverhältnismäßige gesetzgeberische Eingriffe geschützt¹⁵ und auch die durch die Berufsfreiheit geschützte unternehmerische Betätigung kann nicht in unverhältnismäßiger Weise beschränkt werden.¹⁶ Überhaupt ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Dreh- und Angelpunkt nicht nur im Hinblick auf den Schutz von Investoren, sondern auch bezogen auf die Möglichkeiten des Staates, öffentlichen Belangen Wirkungsmacht gegenüber wirtschaftlichen Interessen zu verleihen.

2. Grenzen von Grundrechtsberechtigung und Anspruch auf Gleichbehandlung

Signifikante verfassungsrechtliche Beschränkungen bestehen allerdings bei der Grundrechtsberechtigung von ausländischen Investoren und bei der verfassungsrechtlichen Gleichbehandlung mit Inländern. So können sich natürliche Personen, die nicht über die deutsche Staatsangehörigkeit ver-

¹⁰ Zu Art. 2 Abs. 1 als Schutzrecht für den wirtschaftlichen Bereich siehe *H. Jarass/B. Pieroth*, Grundgesetz, 11. Aufl., 2011, Art. 2 Rn. 4 f.

¹¹ Zum Schutz des Eigentums gegenüber Inhalts- und Schrankenbestimmungen und sonstigen Beeinträchtigungen siehe *Jarass/Pieroth* (Fn. 10), Art. 14 Rn. 35 ff.

¹² *H. Schulze-Fielitz*, in: Dreier, Grundgesetz, Bd. II, 2. Aufl., 2006, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 66 ff.

¹³ *Jarass/Pieroth* (Fn. 10), Art. 2 Rn. 23 f.

¹⁴ Gleichwohl wird im verfassungsrechtlichen Schrifttum und der verfassungsgerichtlichen Judikatur stets die wirtschaftspolitische Neutralität des Grundgesetzes betont. Siehe *R. Scholz*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 12 Rn. 85 f.

¹⁵ Siehe oben Fn. 11.

¹⁶ Das BVerfG hat im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung von Eingriffen in Art. 12 Abs. 1 GG die sog. Dreistufentheorie entwickelt, nach der Eingriffe je nach Eingriffsart unterschiedlichen Rechtfertigungsanforderungen unterliegen. Siehe *Scholz*, in: Maunz/Dürig (Fn. 14), Art. 12 Rn. 300 ff.

fügen, nicht auf die Deutschengrundrechte in Art. 9 Abs. 1 GG und Art. 12 Abs. 1 GG berufen.¹⁷ Dramatischer ist hingegen die fast vollständig fehlende Grundrechtsberechtigung „ausländischer“ juristische Personen aufgrund von Art. 19 Abs. 3 GG.¹⁸ Ihnen gegenüber besteht verfassungsrechtlich weder eine Verpflichtung zum Bestandsschutz von Investitionen noch ein Recht auf Marktzugang.¹⁹

Einschränkungen sind darüber hinaus auch beim Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG vorhanden. Zwar können sich auch natürliche Personen ohne deutsche Staatsangehörigkeit auf Art. 3 Abs. 1 GG berufen,²⁰ jedoch sind staatsangehörigkeitsbezogene Differenzierung nicht grundsätzlich unzulässig. Insbesondere fallen sie nicht unter die nach Art. 3 Abs. 3 GG unzulässigen Diskriminierungen.²¹ Art. 3 Abs. 1 GG verlangt nur, dass für eine unterschiedliche Behandlung von Investitionen ausländischer Staatsangehöriger ein sachlicher Grund vorliegt und die Differenzierung nicht willkürlich bzw. unverhältnismäßig ist.²² Dabei legt das BVerfG strengere Maßstäbe an, wenn personenbezogene Differenzierungen in Frage stehen, wohingegen es bei sachbezogenen Differenzierungen dem Gesetzgeber einen weitergehenden Beurteilungsspielraum zusteht.²³ Ausreichend sind bei der Differenzierung zwischen Auslands- und Inlandsinvestitionen, insbesondere beim Marktzugang, insofern häufig wohl schon rein wirtschaftspolitische Gründe.

3. Zwischenergebnis

Insgesamt zeigt sich somit, dass der verfassungsrechtliche Schutz von Auslandsinvestitionen in Deutschland im Vergleich zum Schutz von Inlandsinvestitionen deutlich vermindert ist. So sind be-

¹⁷ Im Bereich der Deutschengrundrechte sind Ausländer allerdings nicht schutzlos gestellt. Siehe *M. Heintzen*, Ausländer als Grundrechtsträger, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. II, § 50 Rn. 47 ff.; *H. Quaritsch*, Der grundrechtliche Status der Ausländer, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, 2. Aufl., Bd. V, 2000, § 120 Rn. 130 ff. Denn nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG greift insofern die allgemeine Handlungsfreiheit in Art. 2 Abs. 1 GG als Auffanggrundrecht. Vgl. hierzu BVerfGE 35, 382, 399; 49, 168, 180 f.; 78, 179, 196 f.

¹⁸ Art. 19 Abs 3 GG erstreckt die Grundrechtsberechtigung nur auf „inländische juristische Personen“ und verweigert Grundrechtsberechtigung „ausländischer“ juristische Personen grundrechtlichen Schutz. BVerfGE 21, 207, 208 f.; 23, 229, 236; 100, 313, 364; NVwZ 2008, 670; BGHZ 76, 387, 395 f.; 76, 375, 383 f.; BFH NJW 2001, 2199; *B. Remmert*, in: Maunz/Dürig (Fn. 14), Art. 19 Abs. 3 Rn. 88 ff.; *Jarass/Piero* (Fn. 10), Art. 19 Rn. 20; *P. M. Huber*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Band I, 6. Aufl., 2010, Art. 19 Rn. 296. Ausnahmen sind nur die Justizgrundrechte in Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG und Art. 103 Abs. 1 GG. Siehe BVerfGE 12, 6, 8; 18, 441, 447; 64, 1, 11. S. dazu *Quaritsch* (Fn. 17) Rn. 41 ff.

¹⁹ Die grundrechtliche Schutzlücke für ausländische juristische Personen kann jedoch dadurch erheblich verringert, wenn nicht gar geschlossen werden, dass für die Implementierung einer Auslandsinvestition eine deutsche Tochtergesellschaft gegründet wird, die dann als Träger des Gewerbes oder Unternehmens, also der Investition, fungiert. Diese Gesellschaft ist dann als inländische juristische Person grundrechtsfähig. Allerdings ist z. B. im Rahmen von Enteignungen zu beachten, dass sich zwar ausländische juristische Personen nicht auf Art. 14 Abs. 3 GG berufen können, wohl aber die hinter diesen stehenden Anteilseigner. *Hofmann*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, Grundgesetz – Kommentar, 12. Aufl., 2011, Art. 14 Rn. 3; *R. Wendt*, in: Sachs, Grundgesetz, 6. Aufl., 2011, Art. 14 Rn. 16.

²⁰ BVerfGE 51, 1.

²¹ BVerfGE 51, 1, 30; 90, 27, 37; *C. Starck*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 18), Art. 3 Rn. 395; *G. Dürig/R. Scholz*, in: Maunz/Dürig (Fn. 14), Art. 3 Abs. 3 Rn. 27, 80; a.A. *M. Zuleeg*, Zur staatsrechtlichen Stellung der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland, DÖV 1973, 361, 363 f.; *M. Gubelt*, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, Band 1, 5. Aufl., 2000, Art. 3 Rn. 99.

²² BVerfGE 55, 72, 88. Siehe auch *C. Kannengießer*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf (Fn. 19), Art. 3 Rn. 17 (m.w.N. zur Rspr.).

²³ Ebda.

reits bei der Grundrechtsberechtigung in Art. 12 Abs. 1 GG, Art. 9 Abs. 1 GG und Art. 19 Abs. 3 GG Beschränkungen zulasten von ausländischen Investoren vorhanden. Darüber hinaus sind im Rahmen des Gleichheitssatzes Differenzierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit möglich. Dies gilt vor allem im Hinblick auf den Marktzugang von Auslandsinvestitionen. Das Grundgesetz sichert somit zwar die Investitionsfreiheit verfassungsrechtlich ab, ist aber so ausgestaltet, dass Abschottungen des deutschen Marktes gegenüber Auslandsinvestitionen weitgehend möglich wären.

B. Investitionsschutz durch Unionsrecht

1. Anspruch auf Nicht-Diskriminierung und Marktzugang

Einen verglichen zum deutschen Verfassungsrecht erhöhten Schutz des Marktzugangs für Auslandsinvestitionen enthält das Unionsrecht. Insbesondere verlangt es auf Grundlage der unionsrechtlichen Grundfreiheiten gegenüber Investoren aus den EU-Mitgliedstaaten, abgesehen von geringfügigen Ausnahmen, umfangreiche Inländergleichbehandlung. Besondere Bedeutung kommt dabei der Niederlassungsfreiheit und der Kapitalverkehrsfreiheit zu. Art. 49 AEUV verbietet Beschränkungen der freien Niederlassung von Staatsangehörigen eines anderen Mitgliedstaates zur Ausübung selbständiger gewerblicher und unternehmerischer Tätigkeiten, einschließlich der Gründung von Agenturen, Zweigniederlassungen und Tochtergesellschaften. Die Niederlassungsfreiheit schützt natürliche Personen ebenso wie Gesellschaften, die ihren Sitz innerhalb der Union haben, Art. 54 AEUV. Art. 49 AEUV garantiert damit den Zugang von Auslandsinvestitionen im Bereich gewerblicher und unternehmerischer Tätigkeit, etwa durch Gründung oder Erwerb eines inländischen Unternehmens. Geschützt werden Angehörige von Mitgliedstaaten vor Diskriminierungen gegenüber Inländern, z. B. in Bezug auf Tätigkeitsverbote, spezielle Genehmigungserfordernisse oder die Auferlegung zusätzlicher Bedingungen für die Aufnahme oder Ausübung einer selbständigen oder unternehmerischen Tätigkeit.²⁴ Daneben enthält Art. 49 AEUV auch ein Beschränkungsverbot, das darauf abzielt, jenseits von Diskriminierungen, die Niederlassungsfreiheit zu fördern.²⁵

Soweit der Marktzugang von Auslandsinvestitionen eine Niederlassung in Deutschland darstellt, sind Diskriminierungen gegenüber EU-Ausländern grundsätzlich unzulässig. Nach Art. 52 Abs. 1 AEUV sind Sonderregelungen für Ausländer allein aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit möglich. Dieser Vorbehalt wird vom EuGH als Ausnahmeregelung allerdings eng ausgelegt.²⁶ Zwar haben die Mitgliedstaaten bei der Bestimmung des Begriffs der öffentlichen Ordnung und Sicherheit einen gewissen Ermessensspielraum, dieser ist aber durch die Bedeutung und Tragweite des Freizügigkeitsgrundsatzes beschränkt.²⁷ Insbesondere fallen unter den Begriff der öffentlichen Ordnung und Sicherheit keine wirtschaftspolitisch motivierten und damit protektionistischen Diskriminierungen.²⁸ Zudem verlangt der EuGH das Vorliegen einer „tatsächlichen

²⁴ M. Kotzur, in: Geiger/Khan/Kotzur (Fn. 38), Art. 49 AEUV Rn. 8 ff.; P.-C. Müller-Graff, in: Streinz (Fn. 38), Art. 49 AEUV Rn. 40 ff.

²⁵ M. Kotzur, in: Geiger/Khan/Kotzur (Fn. 38), Art. 49 AEUV Rn. 15 ff.; Müller-Graff, in: Streinz (Fn. 38), Art. 49 AEUV Rn. 57 ff.

²⁶ EuGH, Rs. C-348/96, *Calfa*, Slg. 1999, I-11 Rn. 23. Siehe auch J. Bröhmer, in: Callies/Ruffert (Fn. 37), Art. 52 AEUV Rn. 1; Müller-Graff, in: Streinz (Fn. 38), Art. 52 AEUV Rn. 2 (jeweils m.w.N.).

²⁷ Müller-Graff, in: Streinz (Fn. 38), Art. 52 AEUV Rn. 8 (m.w.N.).

²⁸ EuGH, Rs. C-17/92, *Fedicine*, Slg. 1993, I-2239 Rn. 16; vgl. auch Rs. C-484/93, *Svensson*, Slg. 1995, I-3955 Rn. 15.

und hinreichend schweren Gefährdung, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt²⁹ und misst eventuelle Diskriminierungen am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.³⁰

Investitionsschützend wirkt auch die Kapitalverkehrsfreiheit. Dabei verbietet Art. 63 AEUV Beschränkungen des Kapitalverkehrs nicht nur im Verhältnis der Mitgliedstaaten untereinander, sondern auch gegenüber Drittstaaten.³¹ Zum Kapitalverkehr gehören nach der vom EuGH als Auslegungshilfe herangezogenen Kapitalverkehrsrichtlinie 88/361/EG insbesondere Direktinvestitionen, Darlehen und Finanzkredite und Geschäfte mit Wertpapieren.³² Art. 63 AEUV erfasst daher grundsätzlich alle Direkt- und Portfolioinvestitionen in Deutschland, einschließlich des Erwerbs von Unternehmensbeteiligungen, unabhängig von ihrer Herkunft und schützt sie gegen Diskriminierungen und sonstige Beschränkungen.³³

Ähnlich wie im Rahmen von Art. 52 AEUV sind diskriminierende Beschränkungen aber zum Schutz der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit möglich, Art. 65 Abs. 1 lit. b) AEUV. Die Anforderungen an eine Rechtfertigung sind insofern ähnlich wie unter Art. 52 Abs. 1 AEUV. Zum einen ist eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung erforderlich, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt.³⁴ Zum anderen ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu wahren.³⁵ Außerdem dürfen Beschränkungen weder ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung des freien Kapital- und Zahlungsverkehrs darstellen, Art. 65 Abs. 3 AEUV. Auch hat der EuGH immer wieder betont, dass Beschränkungen des Kapitalverkehrs nach objektiven und klar umschriebenen Merkmalen erfolgen müssen, die den Betroffenen verdeutlichen, unter welchen Umständen Beschränkungen erfolgen können.³⁶

2. Bestandsschutz

Nach Art. 345 AEUV lassen die unionsrechtlichen Vorschriften die Bestimmungen der mitgliedstaatlichen Eigentumsordnungen unberührt. Diese entscheiden daher über Inhalt und Grenzen des Privateigentums³⁷ und über Voraussetzungen und Modalitäten von Enteignungen.³⁸ Der Bestands-

²⁹ EuGH, Rs. 30/77, *Bouchereau*, Slg. 1977, 1999 Rn. 35; C-100/01, *Olazabal*, Slg. 2002, I-10981 Rn. 39. Siehe auch *Bröhmer*, in: Callies/Ruffert (Fn. 37), Art. 52 AEUV Rn. 1; *Müller-Graff*, in: Streinz (Fn. 38), Art. 52 AEUV Rn. 9 (jeweils m.w.N.).

³⁰ *Müller-Graff*, in: Streinz (Fn. 38), Art. 52 AEUV Rn. 16 ff. (m.w.N.).

³¹ *M. Sedlaczek/M. Zeiger*, in: Streinz (Fn. 38), Art. 63 AEUV Rn. 26 f.; *G. Ress/J. Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 63 AEUV Rn. 109 ff. Insofern kritisch *Bröhmer*, in: Callies/Ruffert (Fn. 37), Art. 56 EGV Rn. 7. Ausführlich zur Kapitalverkehrsfreiheit mit Drittstaaten *S. Hindelang*, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment, 2009; *ders.*, Direktinvestitionen und die Europäische Kapitalverkehrsfreiheit im Drittstaatenverhältnis, JZ 2009, 829.

³² 4. Richtlinie des Rates zur Liberalisierung des Kapitalverkehrs, Nr. 88/361 vom 24. 6. 1988, ABl. 1988, Nr. L 178/15, Anhang I. Zum Begriff des Kapitalverkehr siehe auch *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 31), Art. 63 AEUV Rn. 126 ff.

³³ Zum Begriff der Beschränkung ausführlich *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 31), Art. 63 AEUV Rn. 161 ff.

³⁴ *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 31), Art. 65 AEUV Rn. 56 (m.w.N. zur Rspr.).

³⁵ Ebda., Rn. 33.

³⁶ EuGH, Rs. C-54/99, *Église de scientologie*, Slg. 2000, I-1335 Rn. 21 ff.; siehe auch *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 31), Art. 65 AEUV Rn. 56.

³⁷ *T. Kingreen*, in: Callies/Ruffert, EUV/EGV, 4. Aufl., 2011, Art. 345 AEUV Rn. 2.

³⁸ *D.-E. Khan*, in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, 5. Aufl., 2010, Art. 345 AEUV Rn. 1. Siehe zum Meinungsstand auch *J. Kühling*, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl., 2012, Art. 345 AEUV Rn. 5 ff.

schutz von Auslandsinvestitionen ist somit in erster Linie am nationalen Recht zu messen. Dies bedeutet allerdings nicht, dass das Unionsrecht im Bereich des tatsächlichen Schutzes von Investitionen bedeutungslos ist. Im Gegenteil, Art. 345 AEUV schließt nicht die Beachtung anderer unionsrechtlicher Bestimmungen aus, insbesondere nicht die Anwendung der Grundfreiheiten und des Diskriminierungsverbotes in Art. 18 Abs. 1 AEUV.³⁹ Der Schutz getätigter Investitionen von EU-Investoren unterliegt damit insbesondere dem unionsrechtlichen Diskriminierungsverbot, ist aber auch an den Beschränkungsverboten der Grundfreiheiten zu messen. Daneben enthalten im Anwendungsbereich des Unionsrechts auch die Grundrechtecharta (sowie die Europäischen Menschenrechtskonvention) Bindungen gesetzgeberischen Handelns, insbesondere im Hinblick auf den Bestandsschutz getätigter Investitionen.⁴⁰

3. Zwischenergebnis

Insgesamt ist damit festzuhalten, dass das Unionsrecht den Handlungsspielraum des Gesetzgebers im Hinblick auf den Schutz von Auslandsinvestitionen jenseits verfassungsrechtlicher Vorgaben beschränkt. Anknüpfungspunkt des Unionsrechts ist dabei in erster Linie die Inländergleichbehandlung als Voraussetzung für eine unionsweite Wettbewerbsordnung, in der herkunftsunabhängig gleiche Marktzugangs- und Operationsbedingungen herrschen. Nicht-EU-Angehörige haben hingegen keinen Anspruch auf Niederlassung. Im Drittstaatenkontext einschlägig ist aber die Kapitalverkehrsfreiheit. Beim Bestandsschutz für ausländische Investitionen geht das Unionsrecht abgesehen vom Grundsatz der Inländergleichbehandlung aber nicht über den Schutz des Verfassungsrechts hinaus.

II. Investitionsschutzrechtliche Bestimmungen in CETA

CETA enthält eine Reihe investitionsschutzrechtlicher Bestimmungen, deren Auswirkungen als Rechtmäßigkeitsanforderungen auf den gesetzgeberischen Handlungsspielraum im Folgenden mit den verfassungs- und unionsrechtlichen Rechtsgrundsätzen zum Schutz von Auslandsinvestitionen verglichen werden. Dabei ist insbesondere einzugehen auf absolute Marktzugangsregelungen, den Anspruch auf Nichtdiskriminierung (Inländergleichbehandlung und Meistbegünstigung) für kanadische Investoren, den Bestandsschutz gegen gesetzgeberische Eingriffe (Verletzungen des Grundsatzes gerechter und billiger Behandlung, Anspruch auf vollen Schutz und Sicherheit, Entschädigung für Verluste bei Krieg, Notstand, etc. und entschädigungslose Enteignungen und enteignungs-gleiche Eingriffe) und die Bestimmungen zum freien Kapitalverkehr.

Darüber hinaus weist CETA verschiedene Vorschriften auf, die die gesetzgeberische Handlungsfreiheit ausdrücklich vor Beschränkungen schützen möchten; diese sind teilweise allgemeiner Natur, teilweise beziehen sie sich auf spezifische Wirtschaftsbereiche (insbesondere Finanzdienstleistungen) oder bestimmte Bereiche hoheitlicher Tätigkeit (wie das Steuerwesen). Schließlich ist kurz auf die Auswirkungen der Investor-Staats-Schiedsgerichtsbarkeit und sonstige mögliche

³⁹ *D.-E. Khan*, in: Geiger/Khan/Kotzur (Fn. 38), Art. 345 AEUV Rn. 2 f.; *Kingreen*, in: Callies/Ruffert (Fn. 37), Art. 345 AEUV Rn. 8.

⁴⁰ Zu einem umfassenden Vergleich zwischen Europäischer Menschenrechtskonvention und völkerrechtlichem Investitionsschutz siehe *U. Kriebaum*, Eigentumsschutz im Völkerrecht, 2008. Zum Schutz des Eigentums unter der Grundrechtecharta siehe *H.D. Jarass*, Charta der Grundrechte, 2. Aufl., 2013, Art. 17.

Gründe für eine Haftungsausweitung jenseits des jetzt vorgelegten Abkommenstextes von CETA einzugehen. Dieser Abschnitt beschränkt sich auf die primärrechtlichen Anforderungen, die CETA gegenüber gesetzgeberischen Maßnahmen aufstellt. Eine Analyse der Rechtsfolgen, einschließlich der Berechnung von Entschädigung und Schadensersatz, erfolgt in Teil III.

A. Verbot bestimmter Marktzugangsvorschriften

Abschnitt 2 des Investitionskapitels in CETA enthält Bestimmungen, nach denen bestimmte absolute, das heißt nicht von der Behandlung inländischer Investoren abhängige, Marktzugangsbeschränkungen für unzulässig erklärt werden. Hierzu zählen sog. „Performance Requirements“ (Art. X.5 CETA), die größtenteils parallel zu dem Abkommen über handelsrelevante Investitionsmaßnahmen (Agreement on Trade-Related Investment Measures - TRIMs) verlaufen,⁴¹ und andere wettbewerbsbeschränkende Marktzugangsschranken (Art. X.4 CETA). Diese Vorschriften schränken den Handlungsspielraum des Gesetzgebers stärker ein als die verfassungs- und unionsrechtlichen Vorgaben, da sie kanadischen Investoren Recht einräumen, die Ihnen anderweitig nicht zustehen würden. Allerdings ist auch zu beachten, dass die Geltendmachung einer Verletzung dieser Vorschriften in Abschnitt 2 des Investitionskapitels im Rahmen eines Investor-Staats-Schiedsverfahrens ausgeschlossen ist (Art. X.1 Abs. 4 Satz 2 CETA). Ein mögliches Haftungsrisiko ist damit eher gering. Zudem sind die Einschränkungen in Abschnitt 2 in der Sache wohl nicht umfangreicher als die Vorgaben der unionsrechtlichen Wettbewerbsordnung.

B. Anspruch auf Gleichbehandlung (Inländergleichbehandlung, Meistbegünstigung)

CETA enthält, ähnlich wie auch das Unionsrecht einen im Grundsatz weitreichenden Anspruch kanadischer Investoren auf Gleichbehandlung mit inländischen Investoren (Grundsatz der Inländergleichbehandlung, Art. X.6 CETA) und Investoren aus Drittstaaten, einschließlich von Investoren aus anderen EU-Mitgliedstaaten (Meistbegünstigung, Art. X.7 CETA).⁴² Sachlich bezieht sich der Anspruch auf Gleichbehandlung auf die Niederlassung und den Erwerb einer Investition, also den Marktzugang, sowie auf die Erweiterung, den Betrieb, Erhalt und Disposition der Investition. Sowohl Marktzugang als auch Bestandsschutz unterliegen damit dem Anspruch kanadischer Investoren auf Gleichbehandlung.

Gleichzeitig ist ein Anspruch auf Gleichbehandlung davon abhängig, dass sich der fragliche ausländische Investor in einer vergleichbaren Situation befindet wie der inländische („like situations“). Dies soll Auslegungen verhindern wie sie durch das Schiedsgericht im Fall *OPEC v. Ecuador* vorkamen, in dem eine Verletzung der Inländergleichbehandlung angenommen wurde, weil ein In-

⁴¹ Agreement on Trade-Related Investment Measures vom 15. April 1994, 1868 UNTS 186.

⁴² Anders als bisher in Investitionsschutzabkommen der Mitgliedstaaten üblich, ist in CETA keine sog. REIO-Klausel (Regional Economic Integration Organisation-Klausel) vorhanden, die die Ausdehnung von Vorteilen von EU-Investoren auf Drittstaatsinvestoren vom Anwendungsbereich der Meistbegünstigungsklausel ausschließen. Dies ist folgerichtig, denn es handelt sich vorliegend um EU-Investitionsschutzabkommen, die durch Inländergleichbehandlung und Meistbegünstigung gleiche Wettbewerbsbedingungen für Investoren aus Europa und Investoren aus Kanada schaffen wollen. Die Vorteile aus manchen Abkommen zwischen der EU (bzw. ihrer Mitgliedstaaten) und Drittstaaten sind allerdings in den Ausnahme-Annexen von einer Multilateralisierung geschützt.

vestor in der Ölindustrie bei der Erhebung einer Steuer für die Ausfuhr von Produkten anders behandelt wurde als ein Investor im Markt für Blumen.⁴³

Außerdem ist der Anspruch auf Nicht-Diskriminierung in CETA insbesondere im Hinblick auf den Meistbegünstigungsgrundsatz sehr viel beschränkter als in herkömmlichen Investitionschutzabkommen. Insbesondere erlaubt CETA keine Multilateralisierung von vorteilhafteren Behandlungsstandards aus Drittabkommen (Art. X.7 Abs. 4 Satz 2 CETA). Klargestellt ist auch, dass prozessuale Rechte im Rahmen von Investor-Staats-Schiedsverfahren nicht über den Grundsatz der Meistbegünstigung unter CETA geschützten Investoren zugutekommen (Art. X.7 Abs. 4 Satz 1 CETA).

Insgesamt führt der Anspruch auf Gleichbehandlung unter CETA zu einer substantiellen Aufwertung der Rechte von kanadischen Investoren. Ihnen wird durch CETA ein Status eingeräumt, der dem Schutz inländischer Investoren aus den Grundrechten bzw. dem Schutz von EU-Investoren aus den unionalen Grundfreiheiten und Grundrechten bei Marktzugang und Bestandsschutz entspricht. Der gesetzgeberische Handlungsspielraum ist dadurch insofern reduziert als Schlechterbehandlungen aufgrund der kanadischen Staatsangehörigkeit eines Investors unzulässig werden.

Allerdings unterliegt der Anspruch auf Gleichbehandlung einer Vielzahl an Ausnahmen, die wenig übersichtlich über das Investitionskapitel und andere Kapitel in CETA verstreut vorhanden sind. Diese beinhalten unter anderem:

- Sektorspezifische Ausnahmen (beidseitig z.B. für bestimmte Dienstleistungen im Luftverkehrsbereich, Art. X.1 Abs. 2 lit. b) CETA, oder einseitig z.B. für audiovisuelle Dienstleistungen für die EU und die Kulturindustrie für Kanada, Art. X.1 Abs. 3 CETA);
- Ausnahmen für bestimmte Bereiche staatlicher Tätigkeit (z.B. Vergaberecht, Art. X.1 Abs. 2 lit c) CETA und Art. X.14 Abs. 5 lit. a) CETA und Subventionen, Art. X.14 Abs. 2 lit. b) CETA);
- Beschränkungen beim Zugang zur Investor-Staats-Schiedsgerichtsbarkeit für Ansprüche wegen Verletzung der Nicht-Diskriminierungsvorschriften beim Marktzugang (Art. X.1 Abs. 4 Satz 3: „establishment and acquisition“ bei CETA; wiederholt nochmals in Art. X.17 Abs. 1 CETA);
- die Immunität gegen in Annex I gelistete, diskriminierende Maßnahmen (sog. „existing non-conforming measures“), deren Ersatz oder Ergänzung (Art. X.14 Abs. 1 lit. a) and b) CETA);
- Ausnahmen für künftige Einschränkungen der Gleichbehandlung (Art. X.14 Abs. 2 CETA i.V.m. Annex II) mit einer Rückausnahme für den Schutz bestehender Investitionen (Art. X.14 Abs. 3 CETA);
- eine Ausnahme für Entscheidungen unter dem Investment Canada Act (Annex X.43.1);
- eine allgemeine Ausnahme, die sich an GATT Art. XX anlehnt (Kapitel 32 Art. X.02 Abs. 1 CETA) und Einschränkungen des Nicht-Diskriminierungsgrundsatzes zum Schutz bestimmter öffentlicher Güter oder Rechte Dritter erlaubt;

⁴³ *Occidental v. Ecuador*, LCIA No. UN 3467, Final Award, 1. Juli 2004, Rn. 173–176. Dazu *A. Tzanakopoulos*, National Treatment and MFN in the (Invisible) EU Model BIT, *Journal of World Investment and Trade*, Bd. 15 (2014), 484, 491-492.

- eine weitere allgemeine Ausnahme, die das Nicht-Diskriminierungsgebot ähnlich GATT Art. XX⁴⁴ für notwendige Maßnahmen zum Schutz bestimmter Interessen einschränkt, wie den Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung,⁴⁵ der öffentlichen Moral, dem Schutz von Gesundheit, Tieren oder Pflanzen, etc. (Kapitel 32 Art. X.02 Abs. 2 CETA).

Im Grundsatz schließen die Nicht-Diskriminierungsvorschriften in CETA eine Lücke, die durch die nur begrenzte Grundrechtsberechtigung ausländischer Investoren und die Differenzierungsmöglichkeiten zwischen ausländischen und inländischen Investoren durch Verfassungsrecht ermöglicht werden. Dies reduziert den Handlungsspielraum des Gesetzgebers für den Erlass diskriminierender Maßnahme. Zugleich sind die Ausnahmen vom Grundsatz der Nicht-Diskriminierung für bestehende und die Einführung neuer Differenzierungen aber so umfangreich, dass der Grundsatz der Nicht-Diskriminierung in CETA eher an einen Schweizer Käse erinnert, in den Mäuse immer größere Löcher fressen dürfen. Die zahlreichen Ausnahmen schmälern den Anspruch auf umfassende Gleichbehandlung sowohl von kanadischen Investoren in Deutschland, als auch von deutschen (und anderen europäischen) Investoren in Kanada substantiell.

C. Bestandsschutz getätigter Investitionen

Bestandsschutz für getätigte Investitionen in CETA wird vor allem über folgende Schutzstandards gewährt: den Grundsatz gerechter und billiger Behandlung (*fair and equitable treatment*), den Anspruch auf vollen Schutz und Sicherheit (*full protection and security*), den Anspruch auf Entschädigung bei Verlusten aufgrund kriegerischer Handlungen, Notstand, etc. (*compensation for losses*) und den Schutz gegen Enteignungen und einer Enteignung gleichkommende Eingriffe (*direct and indirect expropriation*). Nach all diesen Schutzstandards ist die Beschränkung des gesetzgeberischen Handlungsspielraums eng umgrenzt und bleibt erheblich hinter vergleichbaren verfassungs- und unionsrechtlichen Bindungen zurück.

1. Grundsatz gerechter und billiger Behandlung

Beschränkung des gesetzgeberischen Handlungsspielraumes können sich zunächst aus dem Grundsatz gerechter und billiger Behandlung ergeben, wie er in Art. X.9 CETA niedergelegt ist. In der Schiedsrechtsprechung zu anderen Abkommen wird der dort regelmäßig generalklauselartig formulierte Schutzstandard als umfassender Anspruch ausländischer Investoren auf Behandlung nach rechtsstaatlichen Grundsätzen verstanden.⁴⁶ Der Grundsatz billiger und gerechter Behandlung enthält so das Prinzip der Rechtssicherheit im Sinne der Beständigkeit rechtlicher Normen und der Vorhersehbarkeit staatlichen Handelns, die Verpflichtung zu Konsistenz staatlichen Handelns, das Prinzip der Rechtmäßigkeit, den Grundsatz des Vertrauensschutzes, das Verbot der Rechtsverwei-

⁴⁴ Allerdings ohne den für GATT Art. XX charakteristischen Chapeau, der eine differenziertere Abwägung erfordert.

⁴⁵ Der Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ist dabei restriktiv auszulegen (Art. X.02 Abs. 2 lit. x) CETA).

⁴⁶ Siehe S. Schill, Fair and Equitable Treatment as an Embodiment of the Rule of Law, in Hofmann/Tams (Hg.), The International Convention for the Settlement of Investment Disputes (ICSID): Taking Stock After 40 Years, 2007, S. 31, 40. Eine erweiterte und mit der aktuellen Schiedsrechtsprechung versehene Fassung dieses Aufsatzes erscheint demnächst in Ko-Autorenschaft mit Marc Jacob in M. Bungenberg/J. Griebel/S. Hobe/A. Reinisch (Hg.), International Investment Law (Beck/Hart/Nomos, 2014). Speziell zu CETA siehe auch U. Kriebaum, FET and Expropriation in the (Invisible) EU Model BIT, Journal of World Investment and Trade, Bd. 15 (2014), 454-483.

gerung, Anforderungen an die Ausgestaltung von Gerichts- und Verwaltungsverfahren, das Verbot willkürlichen und diskriminierenden und das Erfordernis transparenten staatlichen Handelns, sowie das Verhältnismäßigkeitsprinzip.⁴⁷

Relativ unabhängig von seiner konkreten Formulierung und unabhängig davon, ob er an den völkergewohnheitsrechtlichen Minimumstandard angekoppelt ist, wie unter NAFTA, oder nicht, wird der Grundsatz billiger und gerechter Behandlung in bisherigen Abkommen dabei dem deutschen Rechtsstaatsprinzip entsprechend als alle staatliche Gewalt bindender Grundsatz verstanden. Insbesondere ist anerkannt, dass dieser Schutzstandard auch auf Maßnahmen des Gesetzgebers anwendbar ist.⁴⁸ Dies bringt auch CETA klar zum Ausdruck, denn es spricht pauschal von „measure“ als Anknüpfungspunkt (Art. X.9 Abs. 2 CETA); dies umfasst gesetzgeberisches Handeln und Unterlassen.

Relevant als Grenze gesetzgeberischer Handlungsfreiheit ist vor allem der im Grundsatz gerechter und billiger Behandlung niedergelegte Vertrauensschutz. Maßnahmen des Gesetzgebers, die unter Aspekten des Vertrauensschutzes in der Vergangenheit als Verletzung des Grundsatzes gerechter und billiger Behandlung betrachtet wurden, waren etwa ein argentinisches Gesetz, das den regulatorischen Rahmen für den zuvor privatisierten Gasversorgungssektor und die darin enthaltenen Tarifgarantien grundlegend änderte.⁴⁹ Allerdings wird der Vertrauensschutz gegenüber Gesetzänderungen in der Schiedsrechtsprechung nie verabsolutiert.⁵⁰ So ließ die Schiedsrechtsprechung im Hinblick auf den Grundsatz gerechter und billiger Behandlung von je her verhältnismäßige Änderungen zur Verfolgen von Zwecken des Allgemeinwohles zu; kritisch ist unter dem Grundsatz des *fair and equitable treatment* somit allerhöchstens das Wie einer Änderungen, nicht das Ob.⁵¹ Striktere Vorgaben für Änderungen von Gesetzen bestehen hingegen bei rückwirkenden Ge-

⁴⁷ Schill (Fn. 46), S. 41 ff.

⁴⁸ Vgl. *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. Mongolia*, UNCITRAL, Award on Jurisdiction and Liability, 28. April 2011, Rn. 298: “Actions by legislative assemblies are not beyond the reach of bilateral investment treaties. A State is not immune from claims by foreign investors in connection with legislation passed by its legislative body, unless a specific exemption is included in the relevant treaty.”

⁴⁹ Siehe etwa *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12. Mai 2005, Rn. 266 ff.; *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, 3. Okt. 2006, Rn. 119 ff.; *Enron Corp. and Ponderosa Assets LP v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, 22. Mai 2007, Rn. 251–268; *Sempra Energy International v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, 28. Sept. 2007, Rn. 290–304; *BG Group plc v. Argentina*, UNCITRAL, Final Award, 24. Dez. 2007, Rn. 289–310; *National Grid plc v. Argentina*, UNCITRAL, Award, 3. Nov. 2008, Rn. 167–180; *Total SA v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/04/1, Decision on Liability, 27 December 2010, Rn. 99 ff., 305 ff., 412 ff.; *EDF International S.A., SAUR International S.A., and León Participaciones Argentinas S.A. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/23, Award, 11. Juni 2012, Rn. 994 ff.

⁵⁰ Vertrauensschutz nach dem Grundsatz gerechter und billiger Behandlung knüpft zudem an objektive Vertrauenstatbestände an; rein subjektive Erwartungen eines Investors begründen kein schützenswertes Vertrauen. Siehe *LG&E v. Argentina* (Fn. 49) Rn. 130; *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil SA v. Ecuador*, ICSID Case No. ARB/04/19, Award, 18. Aug. 2008, Rn. 347; *Continental Casualty Co. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/9, Award, 5. Sept. 2008, Rn. 261; *Parkerings-Compagniet AS v. Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, Award, 11. Sept. 2007, Rn. 331.

⁵¹ Siehe z.B. *CMS v. Argentina* (Fn. 49) Rn. 277; *Saluka Investments BV v. Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award, 17. März 2006, Rn. 305. *Parkerings-Compagniet v. Lithuania* (Fn. 50) Rn. 332–333 (“[i]t is each State’s undeniable right and privilege to exercise its sovereign legislative power. A State has the right to enact,

setzen,⁵² sowie dann, wenn spezifische Vertrauenstatbestände begründet werden, insbesondere gesetzgeberische Zusagen gemacht werden, die darauf gerichtet sind, dass Dispositionen von Investoren getroffen werden, die darauf angewiesen sind, und der Staat dies bezweckte, dass die zugrundeliegende Rechtslage andauert. Derartige Vertrauenstatbestände können nicht kompensationslos rückgängig gemacht werden.

Im Wesentlichen entspricht die Schiedsrechtsprechung, die zu dem durch den Grundsatz der gerechten und billigen Behandlung niedergelegten Vertrauensschutz ergangen ist, denjenigen Kriterien und Überlegungen, die auch das BVerfG zum Vertrauensschutz als Teil des verfassungsrechtlichen Rechtsstaatsprinzip entwickelt hat.⁵³ Danach wird unterschieden zwischen echter Rückwirkung (oder Rückbewirkung von Rechtsfolgen), die im Grundsatz unzulässig ist, außer zwingende Gründe des Allgemeinwohls verlangen eine Durchbrechung des Vertrauens des Einzelnen, und unechter Rückwirkung (oder tatbestandliche Rückanknüpfung), die im Grundsatz zulässig ist, außer das Vertrauen der Gesetzesadressaten hat ausnahmsweise Vorrang. Ggf. verlangt der Vertrauensschutz auch das Vorsehen gesetzlicher Übergangsregelungen. Insofern ist davon auszugehen, dass bereits im Hinblick auf die bisher üblichen Formulierungen in der Abkommenspraxis der Handlungsspielraum des Gesetzgebers durch Investitionsschutzabkommen nicht stärker beschränkt wurde also nach dem Rechtsstaatsprinzip in Art. 20 Abs. 3 GG.

Zu beachten ist allerdings, dass die Formulierung des Grundsatzes gerechter und billiger Behandlung in CETA maßgeblich von der Formulierung in bisherigen Investitionsschutzabkommen abweicht. Wohingegen in anderen Abkommen der Grundsatz gerechter und billiger Behandlung entweder als vertragsautonomer und generalklauselartiger Standard ohne nähere Konkretisierung und Beschränkung garantiert oder an den ebenfalls wenig konkreten, völkergewohnheitsrechtlichen Minimumstandard angekoppelt wird, ist der Grundsatz in Art. X.9 CETA nochmals wesentlich

modify or cancel a law at its own discretion. Save for the existence of an agreement, in the form of a stabilization clause or otherwise, there is nothing objectionable about the amendment brought to the regulatory framework existing at the time an investor made its investment.’); *BG v. Argentina* (Fn. 49) Rn. 298; *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/20, Award, 11. Dez. 2013, Rn. 529 (‘the correct position is that the state may always change its legislation, being aware and thus taking into consideration that : (i) an investor’s legitimate expectations must be protected; (ii) the state’s conduct must be substantively proper (e.g., not arbitrary and discriminatory); and (iii) the state’s conduct must be procedurally proper (e.g., in compliance with due process and fair administration.’). Siehe auch UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment: A Sequel* (United Nations, 2012) 77 (‘investors must anticipate and accept that the regulatory and legislative environment may change over time. In light of the FET standard, investors can expect, however, that such changes will be implemented in good faith and in a non-abusive manner and that public-interest arguments will not be used as a disguise for arbitrary and discriminatory measures.’).

⁵² Im Grundsatz ist auch der Schutz gegen rückwirkende Gesetzgebung in den meisten innerstaatlichen Verfassungsordnungen anerkannt. Siehe z. B. *H. Schulze-Fielitz*, in Dreier, *Grundgesetz* 2006, Bd. II, Art. 20, Rn. 151 ff.; *R. Hofmann*, Die Bindung staatlicher Gewalt, in R. Hofmann et al. (Hg.), *Rechtsstaatlichkeit in Europa*, 1996, S. 3, 16–17 (zur Situation in Deutschland, Österreich, Spanien, Polen, Slovenien, der Tschechischen und Slowakischen Republik). Zum Unionsrecht siehe *T. von Danwitz*, *Europäisches Verwaltungsrecht* (2008) 218; *T. Tridimas*, *The General Principles of EU Law*, 2006, S. 252–273; *K. Lasok/T. Millett/A. Howard*, *Judicial Control in the EU*, 2004. Zum US-amerikanischen Recht *A. C. Weiler*, Has Due Process Struck Out? The Judicial Rubberstamping of Retroactive Economic Laws, *Duke L. J.*, Bd. 42 (1993), 1069–1140.

⁵³ Vgl. etwa *Schulze-Fielitz* (Fn. 52), Art. 20 (Rechtsstaat), Rn. 146 ff.; *M. Sachs*, in *Sachs* (Fn. 19), Rn. 131 ff.

restriktiver. Eine Verletzung von Art. X.9 Abs. 1 CETA ist, vorbehaltlich der Regelung in Abs. 3 (dazu unten Teil II.G.), nur möglich, wenn einer der in Abs. 2 näher konkretisierten Tatbestände verletzt wurde.

Für den Gesetzgeber sind hier nur eine grundlegende Verletzung rechtsstaatlicher Grundsätze („fundamental breach of due process“), offenkundige Willkür („manifest arbitrariness“), gezielte Diskriminierung von Investoren auf offensichtlich unrechtmäßiger Grundlage, wie Geschlecht, Rasse oder Glaube („targetted discrimination on manifestly wrongful grounds, such as gender, race or religious belief“) oder missbräuchliche Behandlung von Investoren, wie Nötigung, Zwang oder Belästigung („abusive treatment of investors, such as coercion, duress and harassment“) relevant. Zwar ist derzeit nicht absehbar, wie diese Tatbestände in der Schiedsrechtsprechung anlässlich konkreter Fälle in Zukunft verstanden und angewendet werden; die Formulierungen deuten jedoch auf einen Prüfungsmaßstab hin, der gegenüber staatlichen Handlungen extrem zurückhaltend und souveränitätsschonend sein wird und im Schutzzumfang hinter bisher verwendeten Formulierungen des Grundsatzes gerechter und billiger Behandlung zurückbleibt. Die in Art. X.9 Abs. 2 CETA verbotenen Handlungen verstoßen ganz offenkundig auch gegen geltendes Verfassungsrecht, insbesondere Art. 2 Abs. 1, 3 Abs. 1 und 3 und 20 Abs. 3 GG. Eine Einschränkung des gesetzgeberischen Handlungsspielraums gegenüber Bindungen durch das deutsche Verfassungsrecht stehen aufgrund von Art. X.9 CETA demnach keinesfalls zu befürchten.

Das Gegenteil wird der Fall sein: der Bestandsschutz für Auslandsinvestitionen durch Art. X.9 CETA bleibt hinter dem bisherigen Stand von Investitionsschutzabkommen und auch hinter dem durch die dt. Verfassung materiell gewährten Schutz von Investitionen zurück. Anders als bei der Auslegung von Klauseln in anderen Investitionsschutzabkommen, die gerechte und billige Behandlung verlangen, fehlt in Art. X.9 CETA das Erfordernis, dass Investitionen nach Recht und Gesetz (Legalitätsprinzip) behandelt werden müssen und dass gerechte und billige Behandlung Rechtssicherheit im Sinne der Beständigkeit rechtlicher Normen, Vorhersehbarkeit staatlichen Handelns, und Konsistenz staatlichen Handelns verlangt. Vertrauensschutz ist als eigenständiger Tatbestand ebenfalls nicht genannt, sondern klingt nur noch in Art. X.9 Abs. 4 CETA an, wenn als Kriterium für die Anwendung des Grundsatzes gerechter und billiger Behandlung spezifische, durch staatliche Stellen gemachte Zusagen, die anschließend nicht eingehalten oder nicht aufrechterhalten werden, „berücksichtigt werden können“ („may take into account“).

Die in CETA fehlenden Inhalte des Grundsatzes gerechter und billiger Behandlung (wie Rechtssicherheit, Legalitätsgrundsatz) sind jedoch Anforderungen, denen der Gesetzgeber nach verfassungsrechtlichen Vorgaben unterliegt. Mehr noch: Ganz allgemein gehen die Bindungen des Gesetzgebers nach dem deutschen Verfassungsrecht im Hinblick auf die Achtung von schützenswerten Interessen von Investoren weiter als nach CETA gefordert. Verlangt ist nach dem Grundgesetz nicht nur ein Absehen von grundlegenden oder schweren Verletzungen rechtsstaatlicher Grundsätze, von offenkundiger Willkür, gezielter Diskriminierung von Investoren oder Belästigung ausländischer Investoren, sondern eine Behandlung entsprechend der verfassungsmäßigen Ordnung, insbesondere gemäß den Vorgaben des Rechtsstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 3 GG). Die Formulierung des Grundsatzes gerechter und billiger Behandlung in Art. X.9 CETA bleibt damit nicht nur

gegenüber dem Standard bisheriger deutscher Investitionsschutzabkommen, sondern auch gegenüber verfassungsrechtlichen Vorgaben erheblich zurück.

2. Voller Schutz und Sicherheit

Des Weiteren enthält Art X.9 Abs. 1 CETA die Verpflichtung, kanadischen Investitionen vollen Schutz und Sicherheit (*full protection and security*) zu gewähren. Dies garantiert Schutz gegen Eingriffe in das Substrat ausländischer Investitionen, mithin also faktische Eingriffe durch Behörden und Private. Als verletzt wurde dieser Grundsatz in der Schiedsrechtsprechung etwa betrachtet, wenn der Staat keinen ausreichenden Polizeischutz gegen randalierende Demonstranten bietet,⁵⁴ oder wenn das Militär Betriebsstätten eines Unternehmens rechtswidrig zerstört.⁵⁵ Die Verpflichtung, den vollen Schutz und die Sicherheit ausländischer Investitionen zu gewährleisten wurde unter anderen Abkommen in der Schiedsrechtsprechung darüber hinaus zunehmend auch als Schutzpflicht des Staates verstanden, im Wege der Rechtsetzung Regelungen und Rechtsdurchsetzungsmechanismen bereit zu stellen, damit Investoren nicht nur auf völkerrechtlicher, sondern auch auf nationaler Ebene den notwendigen Schutz gegenüber staatlichen und privaten Eingriffen genießen, etwa durch die Einrichtung entsprechender Rechtsdurchsetzungsmechanismen.⁵⁶ Dieser letztgenannten Schiedsrechtsprechung wird in Art. X.9 Abs. 5 CETA durch die Feststellung eine klare Absage erteilt, dass vom Anspruch auf vollen Schutz und Sicherheit nur die „physische Sicherheit“ („physical security“) umfasst ist.

Gleichwohl ist der Gesetzgeber durch den Schutzstandard des *full protection and security* angesprochen. Denn um der Schutzpflicht aus Art. X.9 Abs. 5 CETA nachzukommen, ist der Gesetzgeber wegen des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung in Art. 20 Abs. 3 GG gefragt, entsprechende Rechtsgrundlagen zu schaffen, damit die physische Sicherheit ausländischer Investitionen und Investoren durch die Exekutive geschützt werden kann. Verpflichtungen, die über bestehende verfassungsrechtliche verankerte Schutzpflichten hinausgehen, sind mit der Verpflichtung aus Art. X.9 Abs. 5 allerdings, soweit ersichtlich, nicht verbunden.⁵⁷

3. Entschädigung für Verluste durch Krieg, Notstand u.ä.

Art. X.10 CETA sieht eine in Investitionsschutzabkommen standardmäßig vorhandene, aber selten zur Anwendung kommende Klausel vor, die ausländischen Investitionen Inländergleichbehandlung und Meistbegünstigung zusagt bei der Durchführung von Entschädigungen, Eigentumsrückgabe und Ausgleichszahlungen für Verluste, die auf außergewöhnlichen Krisensituationen, wie bewaffneten Auseinandersetzungen, Bürgerkrieg, Naturkatastrophen oder Notstandssituationen beruhen (*compensation for losses*). Inwieweit diese Vorschrift den Handlungsspielraum des Gesetzgebers

⁵⁴ Vgl. dazu H. Zeitler, *The Guarantee of "Full Protection and Security" in Investment Treaties Regarding Harm Caused by Private Actors*, Stockholm Int'l Arb. Rev. 2005, 1.

⁵⁵ *American Manufacturing & Trading, Inc. v. Republic of Zaire*, ICSID Case No. ARB/93/1, Award, 21. Feb. 1997, Rn. 6.04 ff.; *Asian Agricultural Products Ltd v. Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/87/3, Final Award, 27. Juni 1990, Rn. 45 ff.

⁵⁶ *Azurix Corp v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Award, 14. Juli 2006, Rn. 408; *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Award, 6. Februar 2007, Rn. 303; *National Grid* (Fn. 49) Rn. 189.

⁵⁷ Zu staatlichen Schutzpflichten aus den Grundrechten siehe etwa D. Murswiek, in Sachs (Fn. 19), Art. 2 Rn. 24 ff.

rechtlich einschränkt, inwieweit also aufgrund Verfassungsrechts Entschädigungen in den fraglichen Fällen zwischen Ausländern und Inländern differenzieren dürfen, ist schwer absehbar, da es insofern an relevanter verfassungsrechtlicher Praxis fehlt.⁵⁸ In jedem Fall beinhaltet die Klausel keinen absoluten Schutz für kanadische Investoren, der durch den Gesetzgeber beachtet werden müsste. Zudem ist das Haftungsrisiko rein faktisch gering.

4. Schutz gegen Enteignungen und enteignungsgleiche Maßnahmen

Art. X.11 CETA bietet Schutz für getätigte Investitionen gegen Nationalisierungen, Enteignungen und Maßnahmen, die einen einer Enteignung oder Nationalisierung gleichwertigen Effekt haben. Die Rechtmäßigkeit direkter Enteignungen, also der Entzug und die Übertragung des Eigentumstitels,⁵⁹ ist dabei an das Vorliegen eines öffentlichen Ziels („public purpose“), eines rechtsstaatlichen Verfahrens („due process“), dem Fehlen von Diskriminierungen zwischen Inländern und Ausländern („non-discriminatory manner“) und der Zahlung unverzüglicher, adäquater und effektiver Entschädigung geknüpft.⁶⁰ Außerdem ist Zugang zu Rechtsschutz erforderlich (Art. X.11 Abs. 4 CETA).

Die meisten dieser Voraussetzungen sieht auch Art. 14 Abs. 3 GG vor, insbesondere was die Zielsetzung einer Enteignung („nur zum Wohle der Allgemeinheit“), die gesetzliche Grundlage und Zugang zu den Gerichten zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit und das Erfordernis einer Entschädigung angeht. Nicht genannt ist hingegen die Gleichbehandlung ausländischer und inländischer Eigentümer.⁶¹ Auch hier zeigt sich wiederum, dass der Enteignungsschutz in CETA Auswirkungen auf die Gleichstellung kanadischer Investoren hat, ohne allerdings andere Rechtmäßigkeitsanforderungen für ihre Enteignung zu stellen. Mögliche Unterschiede bei der Entschädigungshöhe werden in Teil III im Zusammenhang mit den Rechtsfolgen besprochen.

Weitaus interessanter als die Regelungen zur direkten Enteignung sind die Beschränkungen, die das Verbot entschädigungsloser, enteignungsgleicher Maßnahmen in Art. X.11 Abs. 1 CETA dem Gesetzgeber auferlegt. Erfasst sind vom Enteignungsschutz in Investitionsschutzabkommen nicht nur direkte, sondern auch sog. indirekte, schleichende oder *de facto*-Enteignungen, also Maßnahmen, die zwar den Eigentumstitel unberührt lassen, aber die Nutzungs- und Verfügungsbefugnis derart einschränken, dass der Kernbereich des Eigentumsrechts betroffen ist.⁶² Als indirekte Enteignungen wurden etwa der Entzug der Kontrolle von Unternehmen durch die Ernennung von Zwangsverwaltern oder Zwangsgeschäftsführern betrachtet,⁶³ oder der Entzug bzw. die Nichtver-

⁵⁸ Nähere Ausführungen zu den einfachgesetzlichen Ausgestaltungen von Entschädigungs- und Ausgleichsansprüchen finden sich bei A. Reinisch/C. Binder, *Economic Emergency Powers*, in S. Schill (Hg.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, 2010, S. 503, 524 ff.

⁵⁹ Das Abstellen auf den Titelentzug und dessen Übertragung als Abgrenzung zu Maßnahmen gleicher Wirkung ergibt sich aus Annex X.11 Abs. 1 lit. a) CETA.

⁶⁰ Dies schließt Ratenzahlung aus und erfordert wertangemessene Entschädigung in einer konvertiblen Währung. Siehe insofern auch Art. X.11 Abs. 3 CETA.

⁶¹ Eine Enteignung nur von Ausländern wäre danach verfassungsrechtlich wohl zulässig, allerdings wäre sie am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG zu messen und hier als personenbezogene Differenzierung erhöhten Rechtmäßigkeitsanforderungen zu unterwerfen.

⁶² Siehe dazu im Kontext von CETA mit weiterführenden Nachweisen zu Literatur und internationaler (Schieds-)Rechtsprechung Kriebaum (Fn. 46), S. 456-468.

⁶³ C. N. Brower/J. Brueschke, *The Iran-United States Claims Tribunal*, 1998, S. 377 ff., 394 ff.

längerung von Betriebsgenehmigungen für unternehmerische Tätigkeit.⁶⁴ Aber auch gesetzgeberische Maßnahmen, die den Kernbereich des Eigentumsrechts einschränken, etwa übermäßige Besteuerung oder unverhältnismäßige Maßnahmen des Umweltschutzes können als indirekte Enteignungen Entschädigungs- oder Schadensersatzpflichten auslösen.⁶⁵ Bisher sind knapp mehr als ein Dutzend Fälle bekannt geworden, in denen Schiedsgerichte das Vorliegen einer indirekten Enteignung bejahten; kein einziger davon betraf allerdings eine gesetzgeberische Maßnahme, die zum Schutz von Gemeinwohlinteressen erlassen wurde.⁶⁶

Die Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen für eine entschädigungsgleiche Maßnahme entsprechen denen einer direkten Enteignung. Kritisch ist insofern jedoch die Abgrenzung zwischen entschädigungspflichtiger indirekter Enteignung und entschädigungsloser Regulierung von Eigentum, die sich an der vorgelagerten Frage aufhängt, wann ein Eingriff in Eigentum überhaupt die Schwelle überschreitet, an der er eine Wirkung zeitigt, die mit einer direkten Enteignung vergleichbar ist. Schiedsgerichte legen hier im allgemeinen hohe Maßstäbe an und verlangen den totalen oder einen substantiellen Entzug derjenigen Nutzungsmöglichkeiten, die mit dem Eigentumsrecht üblicherweise verbunden sind; dieser Entzug muss darüber hinaus von Dauer, d.h. nicht nur vorübergehend sein.⁶⁷ Bereits hieran fehlt es im Falle vieler gesetzgeberischer Maßnahmen. Darüber hinaus tendieren Schiedsgerichte aber auch bei Überschreitung der erforderlichen Eingriffsschwelle zunehmend dazu, eine Verhältnismäßigkeitsprüfung durchzuführen, in der Interessen der betroffenen Investoren und Interessen Dritter bzw. der Allgemeinheit gegeneinander abgewogen werden. Solange die in Frage stehende Maßnahme nicht zwischen In- und Ausländern diskriminiert und darüber hinaus einen angemessenen Ausgleich zwischen den widerstreitenden Interessen schafft, tritt keine Entschädigungs- oder Schadensersatzpflicht ein.⁶⁸

Unter CETA werden diese Kriterien nun, ähnlich wie schon zuvor in Abkommen auf der Grundlage der US-amerikanischen und kanadischen Musterabkommen von 2004, durch Annex X.11 CETA in Textform gegossen. Eine indirekte Enteignung setzt nach dem Annex einen substantiellen Entzug der grundlegenden Eigenschaften von Eigentum des Investors, einschließlich der Nutzungs- und Verfügungsbefugnis ohne Titeltransfer voraus (Annex X.11 Abs. 1 lit. b) CETA). Die Abgrenzung zwischen entschädigungspflichtiger indirekter Enteignung und entschädigungsloser Regulierung hat sich anschließend am konkreten Fall zu orientieren und folgende Faktoren in Betracht zu ziehen: die wirtschaftliche Auswirkung der Maßnahme oder Maßnahmen, deren Dauer, deren Eingriff

⁶⁴ Vgl. dazu *S. Schill*, Völkerrechtlicher Investitions- und Eigentumsschutz in der ICSID-Entscheidung TECMED, RIW 2005, 330.

⁶⁵ Vgl. *T. Wälde/A. Kolo*, Environmental Regulation, Investment Protection and "Regulatory Taking" in International Law, Int'l & Comp. L. Q. Bd. 50 (2001), 811 (zum Spannungsfeld von Eigentums- und Umweltschutz); *dies.*, Investor-State Disputes: The Interface Between Treaty-Based International Investment Protection and Fiscal Sovereignty, Intertax Bd. 35 (2007), 424 (zum Verhältnis zwischen Eigentumsschutz und Steuerrecht).

⁶⁶ *Kriebaum* (Fn. 46), S. 458-459 (mit umfangreichen Nachweisen zur Schiedsrechtsprechung).

⁶⁷ Ebda. 458 (mit Nachweisen zur Schiedsrechtsprechung).

⁶⁸ Vgl. etwa *Técnicas Medioambientales Tecmed SA v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29. Mai 2003, Rn. 115 ff.; similarly *Methanex Corp v. USA*, UNCITRAL (NAFTA), Final Award, 3. Aug. 2005, Part IV, Chapter D, Rn. 7; *El Paso Energy International Company v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, 31. Okt. 2011, Rn. 233 ff.; vgl. auch mit weiteren Nachweisen zur Schiedsrechtsprechung R. Dolzer/C. Schreuer, Principles of International Investment Law, 2. Aufl. 2012, S. 120 ff.

in berechtigtes Vertrauen des fraglichen Investors, und den Charakter der Maßnahme, insbesondere deren Sinn und Zweck und Zusammenhang. Annex X.11 Abs. 3 CETA bestimmt zudem, dass allgemein und nicht-diskriminierend anwendbare Maßnahmen, die zum Schutz von Interessen der Allgemeinheit, wie Gesundheit, Sicherheit oder Umwelt erlassen werden, nur in Ausnahmefällen eine entschädigungspflichtige indirekte Enteignung darstellen, insbesondere wenn ihre Auswirkungen im Vergleich zu dem verfolgten gesetzgeberischen Ziel offensichtlich unverhältnismäßig („manifestly excessive“) sind. Entschädigungspflichten kommen dementsprechend nur in Betracht, wenn die fragliche Maßnahme einen ausländischen Investor ungleich belastet, mithin also ein Sonderopfer darstellt, oder aber, ohne Differenzierung offensichtlich unverhältnismäßig ist.⁶⁹

Diese in Art. X.11 Abs. 1 CETA niedergelegten Kriterien orientieren sich dem Wortlaut nach zwar an der Rechtsprechung des US Supreme Court zur Abgrenzung zwischen indirekter Enteignungen und entschädigungslos hinzunehmender Regulierung, finden sich aber in ähnlicher Weise auch in der Rechtsprechung des BVerfG zur Rechtsfigur der ausgleichspflichtigen Inhalts- und Schrankenbestimmung.⁷⁰ Auch hier folgt aus dem grundgesetzlichen Eigentumsschutz die Pflicht, für Sonderopfer besonders Betroffener eine Entschädigung vorzusehen.⁷¹ Außerdem sind auch hier ähnliche Kriterien wie Zielsetzung, Schwere des Eingriffs und Bedeutung des gesetzgeberischen Ziels in einer Verhältnismäßigkeitsprüfung abzuwägen, die ggf. dazu führen kann, dass bestimmte Eingriffe nur gegen Entschädigung verhältnismäßig sind. Allerdings ist das Grundgesetz strenger als Art. X.11 Abs. 3 CETA, da es nicht nur offensichtliche Unverhältnismäßigkeit sanktioniert, sondern jegliche ‚einfache‘ Unverhältnismäßigkeit und damit nicht wie CETA dem Gesetzgeber einen weiten Einschätzungsspielraum zugesteht.

Insofern bleibt der Schutz durch CETA gegen Maßnahmen des Gesetzgebers, die in Eigentum ohne Titelentzug eingreifen hinter den Anforderungen in Art. 14 Abs. 1 GG zurück. Strukturell gibt es damit keine Anzeichen für die Annahme, dass der gesetzgeberische Handlungsspielraum für Eingriffe in Eigentum, die keine Enteignung darstellen, nach Art. X.11 Abs. 1 CETA weitergehend beschränkt ist als nach dem Grundgesetz, insbesondere im Hinblick auf die Rechtsfigur der ausgleichspflichtigen Inhalts- und Schrankenbestimmung. Der Hauptunterschied zwischen investitionsschutzrechtlichem und verfassungsrechtlichen Enteignungs- und Eigentumsschutz liegt vielmehr in Verhältnis von Primär- und Sekundärrechtsschutz (dazu unten Teil III).

D. Freier Kapitaltransfer

Art. X.12 CETA sieht das Verbot von Beschränkungen des Kapitalverkehrs im Hinblick auf getätigte Investitionen vor. Bei diesem Verbot handelt es sich um eine in Investitionsschutzabkommen standardmäßig aufgenommene Klausel. In der Schiedspraxis ist ihre Anwendung allerdings selten.⁷² Bestimmte Kapitaltransferklauseln in Investitionsschutzabkommen der Mitgliedstaaten wurden

⁶⁹ Nebenbei ist darauf hinzuweisen, dass Maßnahmen zur Ausgabe von Zwangslizenzen für gewerbliche Schutzrechte explizit vom Anwendungsbereich des Enteignungsschutzes ausgenommen sind, soweit diese mit dem TRIPS-Abkommen in Einklang stehen (Art. X.11 Abs. 5 CETA). Auch bei der Schaffung, Begrenzung oder der Rücknahme gewerblicher Schutzrechte im Einklang mit TRIPS oder dem Kapitel zum gewerblichen Rechtsschutz in CETA entfällt eine direkte oder indirekte Enteignung (Art. X.11 Abs. 6 CETA).

⁷⁰ Ausführlich dazu *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl., 2013, S. 212 ff.

⁷¹ BVerfGE 58, 137, 148 ff.

⁷² Siehe aber *Continental Casualty* (Fn. 50), Rn. 237 ff.

allerdings vom EuGH wegen Verstoßes gegen die Kapitalverkehrsfreiheit, insbesondere die Eingriffstatbestände in Art. 64 ff. AEUV im Verhältnis zu Drittstaaten gerügt.⁷³ Dementsprechend sind in CETA im Kapitel über Ausnahmen (Kapitel 32: „Exceptions“) Vorschriften vorhanden, die Einschränkungen des Kapitalverkehrs erlauben, insbesondere bei Problemen mit der staatlichen Zahlungsbilanz (Kapitel 32 Art. X.03 CETA und Art. X.04 CETA). Diese Vorschriften spiegeln u.a. den Wortlaut der Art. 64 ff. AEUV wider. Insofern erfolgt durch die Vorschriften zum freien Zahlungsverkehr im Grundsatz keine weitergehende Einschränkung des gesetzgeberischen Handlungsspielraumes als durch das Unionsrecht.

E. Schutz des Handlungsspielraumes des Gesetzgebers

CETA enthält aber nicht nur Vorschriften, die dem Schutz kanadischer Investoren gegen Eingriffe dienen. Das Abkommen enthält vielmehr auch eine Reihe an Vorschriften, die die gesetzgeberische Handlungsfreiheit ausdrücklich vor Beschränkungen durch die Investitionsschutzvorschriften des Abkommens schützen, also ausdrücklich den Handlungsspielraum des Gesetzgebers anerkennen; diese sind teilweise allgemeiner Natur, teilweise beziehen sie sich auf bestimmte Bereiche hoheitlicher Tätigkeit (insbesondere das Steuerwesen) oder spezifische Wirtschafts- und Regulierungsbereiche (Finanzdienstleistungen).

1. Präambel

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang zunächst auf die Präambel von CETA. Sie erwähnt in einem der Beweggründe ausdrücklich das Verständnis der Vertragsparteien, dass durch CETA, einschließlich seines Investitionskapitels das „right to regulate“ zur Verfolgung legitimer Ziele, wie Gesundheitsschutz, Umweltschutz, öffentlicher Sicherheit und Ordnung und zur Förderung und dem Schutz kultureller Diversität nicht beeinträchtigt werden solle.⁷⁴ Dies ist für die Auslegung der Bestimmungen des Investitionskapitels unter Art. 31 Abs. 1 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge als relevanter Kontext und als Ausdruck von Ziel und Zweck bedeutsam.

2. Allgemeine Ausnahmenvorschriften

Darüber hinaus enthält CETA eine Reihe allgemeiner Ausnahmenvorschriften, die ebenfalls den gesetzgeberischen Handlungsspielraum schützen. Zu nennen sind hier insbesondere:

- Art. X.15 CETA, der wirtschaftliche Sanktionen zur Durchsetzung von Maßnahmen der kollektiven Sicherheit (wie EU oder UN-Sanktionen) zulässt;
- Kapitel 32 Art. X.02 Abs. 1 CETA, der eine allgemeine Ausnahme enthält, die sich an GATT Art. XX anlehnt und Einschränkung von Nicht-Diskriminierung zum Schutz bestimmter öffentlicher Güter oder Rechte Dritter erlaubt;
- Kapitel 32 Art. X.02 Abs. 2 CETA, der eine weitere allgemeine Ausnahme enthält, die das Nicht-Diskriminierungsgebot ähnlich GATT Art. XX (allerdings ohne den für GATT Art. XX charakteristischen Chapeau, der eine differenziertere Abwägung erfordert) für notwendige Maßnahmen zum Schutz bestimmter Interessen einschränkt, wie den Schutz der öffentli-

⁷³ Siehe EuGH, C-249/06 – Kommission/Schweden, Slg. 2009, I-1335; C-205/06 – Kommission/Österreich, Slg. 2009, I-1301; C-118/07 – Kommission/Finnland, Slg. 2009, I-10889.

⁷⁴ Vgl. Beweggrund Nr. 10 der Präambel.

chen Sicherheit und Ordnung, öffentliche Moral, Schutz von Gesundheit, Tieren oder Pflanzen, etc.;

- Kapitel 32 Art. X.05 CETA, der eine Ausnahme für bestimmte Maßnahmen enthält, die zum Schutze der nationalen Sicherheit als erforderlich angesehen werden; sie entspricht in Teilen der Vorschrift in Art. 346 AEUV entspricht.

3. Schutz des Steuerwesens

In Kapitel 32 Art. X.06 enthält CETA zudem Sondervorschriften, die im Bereich des Steuerwesens den Handlungsspielraum des Gesetzgebers in weiterem Umfang schützen als in anderen Bereichen der Eingriffsverwaltung. Klargestellt wird hier vor allem, dass bestimmte unterschiedliche Anknüpfungen bei der Besteuerung nicht als Verstoß gegen Nicht-Diskriminierungsvorschriften oder den Grundsatz gerechter und billiger Behandlung angesehen werden können. So ist insbesondere, in Anlehnung an Art. 65 Abs. 1 AEUV gesichert, dass eine unterschiedliche Anknüpfung der Besteuerung an bestimmte personenrelevante Merkmale, wie den gewöhnlichen Aufenthalts oder den Investitionsort zulässig ist (Abs. 1), ebenso wie Maßnahmen gegen Steuerumgehung und Steuerhinterziehung (Abs. 2) oder Steuervergünstigungen aufgrund der Gesellschafterstruktur (Abs. 4). Abs. 3 und 6 bestätigen zudem den Vorrang von Doppelbesteuerungsabkommen. Gesichert wird der Handlungsspielraum im Bereich des Steuerwesens prozessual zudem durch einen speziellen intergouvernementalen Konsultationsmechanismus, der mit Bindungswirkung für Investor-Staats-Schiedsgerichte darüber entscheiden kann, ob die fragliche Maßnahme in den Bereich des Steuerwesens fällt und ob sie gegen die Grundsätze der Nicht-Diskriminierung oder den Bestandsschutz getätigter Investitionen verstößt (Kapitel 32 Art. X.06 Abs. 7 CETA). Auch dies schützt den Handlungsspielraum des Gesetzgebers im Steuerwesen zusätzlich.

4. Sonderregelungen für Finanzdienstleistungen

Sonderregelungen sieht CETA auch für den Bereich der Finanzdienstleistungen („financial services“) und deren Regulierung vor.⁷⁵ Der gesetzgeberische Handlungsspielraum wird insofern vor allem, und stärker als im Hinblick auf andere Wirtschaftssektoren, durch die Regelung in Kapitel 15 Art. 15 CETA zum sog. „Prudential Carve-Out“ geschützt. Diese Vorschrift erlaubt umfangreiche Eingriffe in den Finanzdienstleistungssektor zur Schutz von Anlegern, zur Regulierung des Zahlungsverkehrs und grenzüberschreitender Finanzdienstleistungen, zur Regulierung und Haftung von Finanzinstitutionen, und zur Sicherstellung der Integrität und Stabilität des Finanzsystems als Ganzes.

Prozessual ist Kapitel 15 Art. 15 CETA nochmals dadurch abgesichert, dass die Entscheidung über die Anwendbarkeit der Vorschrift auf Verlangen des beklagten Staates mit bindender

⁷⁵ Das Investitionskapitel ist hier nicht direkt (siehe Art. X.2 Abs. 1 CETA), sondern nur über den den Verweis in Kapitel 15 Art. 1 Abs. 3 und 4 CETA anwendbar. Danach sind der Schutz gegen Enteignung, der Grundsatz gerechter und billiger Behandlung, die Kapitaltransferfreiheit, die Vorschriften zur Entschädigung bei Krieg, Notstand etc. in das Finanzdienstleistungskapitel integriert. Für den Schutz vor Nichtdiskriminierung gelten eigene Vorschriften im Finanzdienstleistungskapitel (siehe Kapitel 15 Art. 3 und 4 CETA). Zugang zur Investor-Staats-Schiedsgerichtsbarkeit besteht für die Verletzung aller anwendbarer Vorschriften, nicht jedoch für Fragen des Marktzugangs (Kapitel 15 Art. 1 Abs. 4 CETA). Auch hier sind wieder zahlreiche Ausnahmen vom Nicht-Diskriminierungsschutz vorgesehen (Kapitel 15 Art. 9 CETA iVm mit den entsprechenden Annexen).

Wirkung für ein Investor-Staat-Schiedsgericht durch das Financial Services Committee erfolgen kann (Kapitel 15 Art. 20 Abs. 3 und 4 CETA). Details zur Beurteilung, ob die fragliche Maßnahme unter Art. 15 CETA fällt sind in einem Annex enthalten (Kapitel 15 Annex XX of the Financial Services Chapter). Dieser verpflichtet das Committee in weitem Umfang den Beurteilungsspielraum der beklagten Partei zu achten. Letztlich ist danach eine Ablehnung der Berufung auf Kapitel 15 Art. 15 CETA durch den Beklagten (Staat oder Union) nur möglich, wenn die Maßnahme entweder nicht dem vorgegebenen Ziel dient oder offensichtlich unverhältnismäßig ist (vgl. Kapitel 15 Annex XX, High Level Principles Abs. 4). Auch insofern kann man davon ausgehen, dass die Vorschriften in CETA den gesetzgeberischen Handlungsspielraum nicht stärker einschränken als das Verfassungs- oder Unionsrecht.

F. Zugang zur Investor-Staats-Schiedsgerichtsbarkeit

Bei der Bewertung, inwieweit durch die investitionsschutzrechtlichen Bestimmungen in CETA der gesetzgeberische Handlungsspielraum beschränkt wird, ist auch der Durchsetzungsmechanismus von Bedeutung. Zentral geht es insofern um den Anwendungsbereich der Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit. Dieser ist unter CETA im Vergleich zum sonst in Investitionsschutzabkommen üblicherweise vereinbarten Zugang zu Investor-Staats-Schiedsverfahren erheblich reduziert.

So ist insbesondere die Breite der im Rahmen von Investor-Staats-Schiedsverfahren geltend zu machenden Ansprüche beschränkt auf Verletzungen von Abschnitten 3 (Inländergleichbehandlung und Meistbegünstigung mit Ausnahme von Marktzugangsbeschränkungen) und 4 (Bestandsschutz und Kapitaltransfer) (siehe Art. X.17 Abs. 1 CETA). Nicht geltend gemacht werden können insbesondere Ansprüche nach nationalem Recht oder unter Verträgen zwischen Investoren und Staaten. Außerdem sieht CETA vereinfachte Möglichkeiten der Klageabweisung bei offenkundig unbegründeten Klagen und unschlüssigem Sachvortrag vor (Art. X.29 und X.30 CETA) und enthält umfangreiche Transparenzvorschriften (Art. X.33 CETA).⁷⁶

Zudem sieht CETA institutionelle Mechanismen vor, mithilfe derer die Vertragsstaaten die Auslegung des Abkommens durch Schiedsgerichte kontrollieren und steuern können, insbesondere durch bindende Interpretationen des Abkommens durch das CETA Trade Committee (Art. X.27 Abs. 2 CETA).⁷⁷ Des Weiteren sind Kompetenzen des CETA Committees on Services and Investment zur Konsultation über die Einführung einer Berufungsinstanz (Art. X.42 Abs. 1 lit. c) CETA), die Aufstellung von Schiedsrichterlisten und die Erarbeitung eines Verhaltenskodexes für Schiedsrichter (Art. X.42 Abs. 2 lit. a) und b) CETA) vorgesehen. All dies sind sinnvolle Schritte der stärkeren Regulierung von Investor-Staats-Schiedsgerichten, um sicherzustellen, dass diese Streitigkeiten zwischen ausländischen Investoren und Staaten rechtsstaatlich-demokratischen Grundsätzen entsprechend beilegen und Rechtsfortbildung durch Schiedsgerichte besser durch die Vertragsstaaten kontrollierbar ist.

⁷⁶ Wie Art. X.23 CETA bestimmt, sind Investor-Staats-Schiedsverfahren zudem auszusetzen, solange parallele Fälle vor anderen internationalen Gerichten oder Schiedsgerichten im Hinblick auf die gleiche Maßnahme anhängig sind und diese Verfahren Einfluss auf die Entschädigungshöhe oder die Lösung des zugrunde liegenden Falles haben. Dies träfe insbesondere wohl auf Verfahren vor dem EGMR zu.

⁷⁷ Dessen Interpretationen können nach dem Abkommenstext womöglich sogar (gleichsam rückwirkend) auf bereits anhängige Verfahren wirken; vgl. Art. X.27 Abs. 2 Satz 3 CETA.

Die weitreichendste Einschränkung beim Zugang zur Investor-Staats-Schiedsgerichtsbarkeit ist jedoch in Art. X.21 Abs. 1 lit. f) und g) CETA enthalten. Diese Vorschrift führt faktisch ein Erfordernis der nationalen Rechtswegerschöpfung ein. Denn anhängig gemacht werden können in der Investor-Staats-Schiedsgerichtsbarkeit nur Ansprüche auf Schadensersatz wegen Verletzungen von Abschnitten 3 (mit Ausnahme von Nicht-Diskriminierungen beim Marktzugang) und 4, nicht hingegen Ansprüche wegen der Verletzung einfachen nationalen Rechts. Gleichzeitig muss aber zur Einleitung eines Schiedsverfahrens ein Verzicht auf die Geltendmachung von vergleichbaren Ansprüchen auf Entschädigung oder Schadensersatz vor nationalen Gerichten erklärt werden, soweit nationale Gerichte mit dem Fall noch nicht betraut waren, oder eine Erklärung abgegeben werden, das ein eingeleitetes nationales Verfahren nicht weiterbetrieben wird. Dies schließt die Geltendmachung von Ansprüchen nach nationalem Recht mit ein. Die Wahl eines internationalen Schiedsverfahrens würde damit faktisch einen Verzicht auf die Geltendmachung eines Verstoßes gegen nationales Recht bedeuten.

Es bleibt wohl zwar die Möglichkeit, parallel vor nationalen Gerichten Primärrechtsschutz wegen Verstoßes gegen nationales Recht geltend zu machen und vor internationalen Schiedsgerichten auf Entschädigung oder Schadensersatz zu klagen; in der Praxis wird diese Aufspaltung aber in aller Regel, gerade für kleinere und mittelständische Unternehmen, wenig praktikabel sein. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass sequentiell vorgegangen werden wird, d.h. zunächst die Geltendmachung von Primär- und Sekundärrechtsschutz auf nationaler Ebene wegen Verletzung nationalen Rechts und anschließend auf internationaler Ebene die Geltendmachung von Sekundärrechten wegen Verletzung der investitionsschutzrechtlichen Bestimmungen von CETA. Diese Regelung weicht signifikant von der bisherigen Praxis in Investitionsschutzabkommen der EU-Mitgliedstaaten ab und reduziert die Effektivität der Investor-Staats-Schiedsgerichtsbarkeit als Rechtsschutzinstrument erheblich. Aus Sicht des Gaststaates ist die Reduktion in der Durchsetzbarkeit von Verpflichtungen aus CETA mit einem größeren Maß an Handlungsspielraum verbunden.

G. Mögliche Haftungserweiterungen

Eine Analyse der möglichen Einschränkungen des gesetzgeberischen Handlungsspielraumes darf sich jedoch nicht auf den derzeitigen Wortlaut von CETA beschränken. Vielmehr sind folgende Faktoren bei der Bewertung einer künftigen Haftungserweiterung miteinzubeziehen.

Zunächst kann eine Haftungserweiterung unter CETA durch eine Reinterpretation der investitionsschutzrechtlichen Bestimmungen durch das CETA Trade Committee nach Art. X.27 Abs. 2 CETA erfolgen. Angelegt ist diese Vorschrift zwar wohl vornehmlich zur einschränkenden Reaktion auf Schiedsrechtsprechung, die die CETA-Vorschriften zu weit auslegen. Das Gegenteil, also eine erweiternde Reinterpretation, ist jedoch ebenso möglich. Der dadurch begründeten Gefahr einer Haftungserweiterung ist durch eine entsprechende Beteiligung der Mitgliedstaaten bei der Entscheidungsvorbereitung und -findung im CETA Trade Committee Rechnung zu tragen.

In ähnlicher Weise kann eine Haftungserweiterung auch durch eine, ausdrücklich vorgesehene, nachträgliche Erweiterung des Verständnisses des Grundsatzes gerechter und billiger Behandlung durch das CETA Trade Committee gem. Art. X.9 Abs. 3 CETA erfolgen. Auch dem wäre

durch eine entsprechende Beteiligung der Mitgliedstaaten bei der Entscheidungsvorbereitung und -findung Rechnung zu tragen.

Des Weiteren kann eine Haftungserweiterung durch rechtsfortbildende Auslegung der investitionsschutzrechtlichen Standards durch Schiedsgerichte erfolgen. Diese Gefahr ist nicht zu vernachlässigen, haben Investor-Staats-Schiedsgerichte doch in der Vergangenheit maßgeblich zur Ausformung und Fortentwicklung des Investitionsrechts beigetragen und sind deswegen in die Kritik geraten. CETA enthält aber, wie unter F. dargestellt, institutionelle Mechanismen, die es den Vertragsparteien erlauben, Rechtsfortbildung durch Schiedsgerichte effektiv zu kontrollieren.

Schließlich sollte auch bedacht werden, dass es mittelbar zu einer Ausweitung der Haftung für EU-Mitgliedstaaten durch die Regelungen zur Beklagtenstellung in CETA in Art. X.20 CETA kommen kann.⁷⁸ So sind theoretisch Konstellationen denkbar, in denen die Union im Außenverhältnis Beklagte und damit auch Schuldnerin eines Schiedsspruches wird, für den im Innenverhältnis jedoch allein ein Mitgliedstaat finanziell verantwortlich ist. Wenn Rückgriffsansprüche der Union gegen den im Innenverhältnis verantwortlichen Mitgliedstaat, z.B. wegen Zahlungsschwierigkeiten, fehlschlagen, könnte dies negative Auswirkungen auf den Haushalt der Union haben; Haushaltsdefizite müssten dann ggf. wiederum durch andere Mitgliedstaaten auszugleichen sein. Selbst wenn es zu keiner Haftung im rechtstechnischen Sinne kommt, könnte dies faktisch einer Haftungsübernahme für finanzielle Verpflichtungen anderer Mitgliedstaaten gleichkommen. Bei extrem hohen Schadensersatzzahlungen, z.B. für Staatsanleihen, könnte dies vor dem Hintergrund von Art. 125 Abs. 1 S. 2 AEUV und der verfassungsrechtlich gesicherten Haushaltsautonomie und Haushaltsverantwortung problematisch werden.⁷⁹ Diesem Problem zu begegnen ist jedoch vor allem eine Frage der unionsinternen Regelungen zur Bestimmung des Beklagten in Investor-Staats-Schiedsverfahren, weniger Folge der Regelungen in CETA.

H. Ergebnis des Vergleichs im Hinblick auf Rechtmäßigkeitsanforderungen

Insgesamt wird der Handlungsspielraum des Gesetzgebers durch CETA im Vergleich zum bestehenden Verfassungs- und Unionsrecht kaum zusätzlichen materiell-rechtlichen Bindungen unterworfen. Einzig der Anspruch auf Inländergleichbehandlung und Meistbegünstigung führt, soweit keine der vielzähligen Ausnahmen einschlägig ist, zu einer substantiellen Aufwertung der Rechte von kanadischen Investoren. Ihnen wird durch CETA ein Status eingeräumt, der dem Schutz inländischer Investoren aus den Grundrechten bzw. dem Schutz von EU-Investoren aus den unionsrechtlichen Grundfreiheiten und Grundrechten bei Marktzugang und Bestandsschutz entspricht. Schlechterbehandlungen aufgrund der kanadischen Staatsangehörigkeit eines Investors sind damit, soweit keine Ausnahme einschlägig ist, unzulässig.

⁷⁸ Das Innenverhältnis zwischen EU und Mitgliedstaaten wird geregelt durch Verordnung (EU) Nr. 912/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Juli 2014 zur Schaffung der Rahmenbedingungen für die Regelung der finanziellen Verantwortung bei Investor-Staat-Streitigkeiten vor Schiedsgerichten, welche durch internationale Übereinkünfte eingesetzt wurden, bei denen die Europäische Union Vertragspartei ist, Abl. L 257 vom 28. August 2014, S. 121.

⁷⁹ BVerfGE 129, 124, 177 ff.; 2 BvR 1390/12 vom 12. 9. 2012, Absatz-Nr. 208 ff., <http://www.bverfg.de>. Zur haushaltspolitischen Gesamtverantwortung auch BVerfG, 2 BvE 4/11 vom 19. 6. 2012, Absatz-Nr. 114 u. 145, <http://www.bverfg.de>.

Im Hinblick auf den Bestandsschutz getätigter Investitionen gegen gesetzgeberische Eingriffe bleibt CETA auf materiell-inhaltlicher Ebene hingegen hinter dem deutschen Verfassungs- und Unionsrecht signifikant zurück. Der Anspruch auf gerechte und billige Behandlung ist im Verhältnis zum Gesetzgeber im Wesentlichen auf ein Verbot offensichtlich willkürlicher Maßnahmen und ein Mindestmaß an Vertrauensschutz reduziert. Der Schutz durch das verfassungsrechtliche Rechtsstaatsprinzip und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sind umfassender. Auch die CETA-Vorschriften zum Schutz gegen Enteignungen und einer Enteignung gleichstehende Eingriffe gehen in ihren Tatbestandsvoraussetzungen nicht über verfassungsrechtliche Vorgaben hinaus. Vielmehr ist der gesetzgeberische Handlungsspielraum durch eine Vielzahl von Ausnahmvorschriften und Sonderregelungen für das Steuerwesen und die Regulierung der Finanzmärkte geschützt. Schließlich ist zu beachten, dass die Investor-Staats-Schiedsgerichtsbarkeit in CETA erheblichen Einschränkungen unterliegt, die sie als Instrument des Rechtsschutzes in ihrer Effektivität im Vergleich zu bisher üblichen Investitionsschutzabkommen erheblich schwächt.

III. Vergleich der Rechtsfolgenregime

Nachdem im vorangegangenen Teil die Rechtmäßigkeitsanforderungen verglichen wurden, die Verfassungs- und Unionsrecht einerseits und CETA andererseits an gesetzgeberisches Handeln stellen, widmet sich dieser Teil einem Vergleich der Rechtsfolgen. Dabei werden zunächst in gebotener Knappheit die Grundsätze des dt. und unionsrechtlichen Haftungsrechts dargestellt, bevor anschließend auf das Rechtsfolgensystem von CETA eingegangen wird. Anschließend widmet sich dieser Teil einem Vergleich der Berechnung von Entschädigung und Schadensersatz unter CETA und dem dt. Staatshaftungsrecht.

A. Grundsätze der Staatshaftung nach dt. Recht und Unionsrecht

Das dt. Staatshaftungsrecht im Allgemeinen und das Recht des Eigentumsschutzes im Besonderen gehen vom Grundsatz des Vorranges des Primärrechtsschutzes aus. Dies schließt die vormalig in der Rechtsprechung der Zivilgerichte praktizierte Möglichkeit aus, einen rechtswidrigen Zustand zu dulden und anschließend im Wege einer Haftungsklage Schadensersatz geltend zu machen. Einem solchen „dulde und liquidiere“ hat das BVerfG im Bereich des Eigentumsschutzes im Nassauerkiesungsbeschluss eine klare Absage erteilt.⁸⁰ Vielmehr ist erforderlich, dass zunächst die Rechtmäßigkeit der fraglichen staatlichen Maßnahme durch die zuständigen Gerichte überprüft wird. Im Falle der Rechtswidrigkeit ist die Maßnahme aufzuheben und ein rechtmäßiger Zustand herzustellen. Dies gilt sowohl für den Bereich des Eigentumsschutzes als auch für Ansprüche auf Amtshaftung.⁸¹ Schadensersatzansprüche kommen damit im Bereich rechtswidrigen Handelns nur für nicht-wiederherstellbare oder durch Primärrechtsschutz nicht vermeidbare Folgen eines rechts-

⁸⁰ BVerfGE 58, 300, 324: „Wer von den ihm durch das Grundgesetz eingeräumten Möglichkeiten, sein Recht auf Herstellung des verfassungsmäßigen Zustandes zu wahren, keinen Gebrauch macht, kann wegen eines etwaigen, von ihm selbst herbeigeführten Rechtsverlustes nicht anschließend von der öffentlichen Hand Geldersatz verlangen.“

⁸¹ Siehe § 839 Abs. 3 BGB.

widrigen Eingriffs in Betracht; als Rechtsgrundlage kommen die Amtshaftung oder das Rechtsinstitut des enteignungsgleichen Eingriffs in Betracht.⁸²

Rechtmäßiges Handeln des Staates hingegen zieht im Grundsatz keinerlei monetäre Ausgleichspflichten nach sich. Wichtige Ausnahmen sind hier allerdings die Entschädigung für rechtmäßige Enteignungen nach Art. 14 Abs. 3 GG, sowie für ausgleichspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmungen, die ohne Entschädigung des Betroffenen rechtswidrig wären, da sie ein Sonderopfer begründen oder aber unverhältnismäßig wären.⁸³ Schließlich kennt das dt. Staatshaftungsrecht noch Entschädigungspflichten aufgrund der Rechtsfigur des enteignenden Eingriffs für atypische und unvorhergesehene schädigende Nebenfolgen rechtmäßiger hoheitlicher Maßnahmen.⁸⁴

Bei gesetzgeberischen Maßnahmen sind alle zuvor genannten Anspruchsgrundlagen für Entschädigung oder Schadensersatz jedoch praktisch nahezu ohne Anwendungsbereich. Amtshaftungsansprüche wegen legislativen Unrechts scheitern üblicherweise daran, dass es an einer drittbezogenen Amtspflicht gegenüber den von einer Maßnahme betroffenen Investoren, jedenfalls aber an einem Verschulden der Abgeordneten fehlt.⁸⁵ Einen Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff wegen legislativen Unrechts lehnt die Rechtsprechung ebenfalls ab.⁸⁶ Schließlich steht der BGH auch der Möglichkeit, bei gesetzgeberischen Maßnahmen einen Anspruch auf die Rechtsfigur des enteignenden Eingriffs zu stützen, „sehr zurückhaltend gegenüber“.⁸⁷ An Entschädigungsansprüchen bleiben damit bei gesetzgeberischen Maßnahmen nach dt. Staatshaftungsrecht im Wesentlichen nur Ansprüche wegen einer ausgleichspflichtigen Inhalts- und Schrankenbestimmung oder einer rechtmäßigen Enteignung. Allerdings muss der Gesetzgeber hier die Ausgleichs- bzw. Entschädigungspflicht bereits in dem Gesetz, das den Eingriff in Eigentum begründet, niederlegen, da dieses sonst rechtswidrig ist und im Wege des Primärrechtsschutzes aufgehoben werden muss.⁸⁸

Weniger zurückhaltend als das dt. Staatshaftungsrecht im Hinblick auf die Haftung für legislatives Unrecht war seit jeher die unionsrechtliche Staatshaftung, also die Haftung der Mitgliedstaaten für Verletzungen des Unionsrechts.⁸⁹ Diese findet auch Anwendung, wenn es sich um gesetzgeberische Maßnahmen handelt. Allerdings setzt sie einen „hinreichend qualifizierten Rechtsverstoß“ voraus, was die Haftung für legislatives Unrecht wiederum beschränkt. Soweit es nicht um die unterlassene, nicht rechtzeitige oder anderweitig offenkundig unrichtige Umsetzung von Richtlinien geht, wird ein Anspruch auf unionsrechtliche Staatshaftung nur bei evidenten Verstößen in Betracht kommen. Auch dies schränkt die Staatshaftung für legislatives Unrecht stark ein.

Insgesamt muss man daher zu dem Ergebnis kommen, dass Sekundäransprüche auf Schadensersatz wegen rechtswidrigen Handelns oder Entschädigung bzw. Ausgleich wegen rechtmäßigem Handeln (außer in gesetzlich ausdrücklich vorgesehenen Fällen) wegen gesetzgeberischer

⁸² *Ossenbühl/Cornils* (Fn. 70), S. 274.

⁸³ Ebda. S. 212 ff.

⁸⁴ Ebda. S. 337.

⁸⁵ Ausführlich ebda. S. 104 ff.

⁸⁶ Ebda. S. 281 ff. (kritisch unter Hinweis auf die einschlägige Rechtsprechung des BGH).

⁸⁷ BGH, NJW 2005, 1363. Siehe ferne *Ossenbühl/Cornils* (Fn. 70), S. 338.

⁸⁸ Vgl. insofern die Junktimklausel in Art. 14 Abs. 3 S. 2 GG zur Enteignung und *Ossenbühl/Cornils* (Fn. 82), S. 213 zur ausgleichspflichtigen Inhalts- und Schrankenbestimmung.

⁸⁹ Dazu *Ossenbühl/Cornils* (Fn. 70), S. 610-612.

Maßnahmen nur in äußerst eng beschränktem Umfang in Betracht kommt. Entsprechend ist der Handlungsspielraum des Gesetzgebers durch die Haftungsfolgen des Staatshaftungsrechts nur minimal beschränkt.

B. Rechtsfolgen nach CETA

Eine gänzlich andere Situation findet sich im internationalen Investitionsschutzrecht. Hier sind Ansprüche auf Schadensersatz wegen rechtswidrigen staatlichen Handelns, insbesondere rechtswidriger Enteignungen und Verletzungen des Grundsatzes gerechter und billiger Behandlung, und Ansprüche auf Entschädigung für rechtmäßiges Handeln, insbesondere rechtmäßige Enteignungen, die von Investoren vorrangig geltend gemachten Rechtsfolgen. Zudem folgt eine Haftung aus jeglicher Verletzung des Abkommens, soweit dadurch ein Schaden entsteht. Die engen Haftungsvoraussetzungen der dt. und unionsrechtlichen Staatshaftung, wie Drittbezogenheit der Verpflichtungen, Verschulden des handelnden Organs oder das Vorliegen eines hinreichend qualifizierten Verstoßes sind nicht vorgesehen. Im Hinblick auf die Tatbestandsvoraussetzungen für eine Haftung in Geld geht das internationale Investitionsrecht damit weiter als die dt. und unionsrechtliche Staatshaftung.

Inwieweit Ansprüche auf Geld die einzig möglichen Rechtsfolgen aus Investitionsabkommen sind, ergibt sich aus einem Zusammenspiel der völkergewohnheitsrechtlichen Regelungen und dem Abkommen (vorliegend CETA). Im Grundsatz richten sich die Rechtsfolgen wegen Verletzung investitionsschutzrechtlicher Bestimmungen in CETA, da es sich um völkerrechtliche Verpflichtungen handelt, nach den Vorschriften der völkerrechtlichen Staatenverantwortlichkeit. Diese sind Teil des Völkergewohnheitsrecht und in den Artikeln zur Staatenverantwortlichkeit der Völkerrechtskommission (ILC ASR) niedergelegt. Danach sind völkerrechtswidrig handelnde Staaten grundsätzlich verpflichtet, einen völkerrechtmäßigen Zustand herzustellen, also ihr Handeln in Einklang mit den völkerrechtlichen Primärpflichten zu bringen.⁹⁰ Die Pflicht zur Einhaltung der Primärpflichten umfasst die Wiedergutmachung (Art. 31 ILC ASR) in Form der Wiederherstellung des Zustandes, der ohne die völkerrechtswidrige Handlung bestehen würde (Art. 34, 35 ILC ASR - sog. *restitutio in integrum*). Für denjenigen Schaden, der nicht durch Wiederherstellung wiedergutmacht worden ist, schuldet der Staat Schadensersatz (Art. 34, 36 ILC ASR), einschließlich Zinsen (Art. 38 ILC ASR).

Aus dem Zusammenspiel zwischen Art. 34 und 35 ILC ASR könnte man insofern einen Vorrang der Wiederherstellung gegenüber der Leistung von Schadensersatz konstruieren, ähnlich dem Vorrang des Primärrechtsschutzes im deutschen Enteignungsrechts.⁹¹ Für die Verletzung von CETA durch Maßnahmen des Gesetzgebers könnte dies wiederum resultieren in einem Anspruch kanadischer Investoren, und einer entsprechenden Kompetenz von Investor-Staats-Schiedsgerichten, auf die Aufhebung CETA-widriger Gesetze bzw. auf den Erlass gesetzgeberischer Maßnahmen und die Rückgabe von CETA-widrig enteignetem Eigentum.

Inwieweit auf Grundlage des Völkergewohnheitsrecht ein entsprechender Anspruch auf Aufhebung bzw. Erlass gesetzgeberischer Maßnahmen oder Rückgabe von Eigentum als Form der

⁹⁰ Siehe insbesondere Artikel 29, 30 lit. a) und 35 der ILC ASR.

⁹¹ Dazu unter Hinweis auf die relevante (Schieds-)Rechtsprechung *S. Ripinsky/K. Williams*, Damages in International Investment Law, 2008, S. 55-56.

Wiederherstellung konstruiert werden kann, kann für das Investitionskapitel von CETA allerdings dahinstehen. Denn CETA enthält Vorschriften, die einen Vorrang des Primärrechtsschutzes für die Verletzung des Investitionskapitels ausdrücklich ausschließen. So bestimmt Art. X.36 Abs. 1 CETA, dass Investor-Staats-Schiedsgerichte nur („only“) Schadensersatz in Geld einschließlich Zinsen („monetary damages and any applicable interest“) zusprechen dürfen; zulässig ist darüber hinaus, im Falle einer Enteignung die Rückgabe von Eigentum anzuordnen, allerdings nur wenn dem Staat gleichzeitig ein Wahlrecht eingeräumt wird, die Verpflichtung zur Eigentumsrückgabe mit der Zahlung von Enteignungsentschädigung zu substituieren (Art. X.36 Abs. 1 lit. a) und b) CETA). Die Einhaltung von Primärpflichten steht damit im Belieben des Gaststaates; sie kann durch betroffene Investoren nicht verlangt, von Schiedstribunalen nicht ausgesprochen und somit nicht durchgesetzt werden.

Auch im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes können Schiedsgerichte dem Beklagten gegenüber nicht die Aussetzung gesetzgeberischer Maßnahmen oder Sicherungsanordnung in Bezug auf möglicherweise CETA-widrig behandelte Investitionen anordnen (Art. X.31 Satz 2 CETA). CETA ist damit umfassend nach dem Grundsatz ausgestaltet, dass es in der Hand der Gaststaaten liegt, ob CETA-widrige Handlungen andere Folgen als die Zahlung von Schadensersatz zeitigen. Auch dies kann als Ausdruck des Grundsatzes gesehen werden, dass der Handlungsspielraum der Gaststaaten, einschließlich des Gesetzgebers, nur durch Geldzahlungen, nicht aber durch Primärpflichten eingeschränkt ist.

Insgesamt ist damit festzuhalten, dass CETA den Rechtsanwendungsbefehl deutscher Gesetze nicht modifiziert. Es weicht aber verglichen mit dem Verfassungsrecht vom Grundsatz des Vorranges des Primärrechtsschutzes ab und hat weniger restriktive Haftungsvoraussetzungen als die dt. und unionsrechtliche Staatshaftung. CETA ermöglicht damit die unmittelbare Geltendmachung von Entschädigungs- und Schadensersatzzahlungen, ohne dass die Investitionswidrigkeit der zugrundeliegende Maßnahme beseitigt werden müsste. Allerdings sind die Unterschiede zwischen dem Haftungssystem im internationalen Investitionsrecht und dem dt. Staatshaftungsrecht insofern rechtstechnischer Natur als CETA als Ersatz für den fehlenden Anspruch eines Investors auf Herstellung eines CETA-konformen Rechtszustandes die Staatshaftung in Geld ausweitet. Zudem sind die Anforderungen an die Rechtswidrigkeit einer Maßnahme unter CETA, wie in Teil II dargestellt, höher als die Anforderungen nach dt. Verfassungs- und Unionsrecht.

C. Berechnung von Entschädigung und Schadensersatz im Vergleich

Bei der Berechnung der Höhe von Geldzahlungen als Rechtsfolge ist sowohl im internationalen Investitionsrecht als auch nach dt. Staatshaftungsrecht zwischen Schadensersatz für rechtswidrige Maßnahmen und Entschädigung für rechtmäßige Maßnahmen zu unterscheiden. In Bezug auf die Prinzipien, die auf die Berechnung beider Positionen anzuwenden sind, ergeben sich zwischen dt. Staatshaftungsrecht und internationalem Investitionsrecht allerdings nur unwesentliche Unterschiede. Divergenzen bestehen aber in Bezug auf Zinsen und die Kosten der Rechtsverfolgung.

1. Entschädigung für rechtmäßige Enteignung und enteignungsgleiche Maßnahmen

Nach dt. Enteignungsrecht bedeutet Entschädigung „nicht Schadensersatz im Sinne des BGB, der alle Vermögenseinbußen des Betroffenen in Gegenwart und Zukunft umfasst, sondern (nur) „Aus-

gleich für die auferlegte Vermögenseinbuße'.⁹² Der Enteignete soll in die Lage versetzt werden, eine Sache gleicher Art und Güte zu erwerben. Dementsprechend richtet sich die Höhe der Entschädigung in der Praxis nach dem Wiederbeschaffungswert der Sache.⁹³ Die hypothetische Weiterentwicklung der Nutzung der enteigneten Sache wird hingegen nicht berücksichtigt; dies schließt insbesondere die Entschädigung für entgangenen Gewinn aus.⁹⁴ Andererseits erkennt die Rechtsprechung aber auch die Kompensation zahlreicher Folgeschäden an, wie z.B. die Verlegungskosten bei Gewerbebetrieben, Reisekosten anlässlich der Verlegung, oder die Entschädigung für den Verlust von Kundenkreisen.⁹⁵ Auch wenn damit in der einfachgesetzlichen Praxis der Wert einer enteigneten Sache voll entschädigt wird, ist verfassungsrechtlich nach Art. 14 Abs. 3 GG bei der Enteignungsentschädigung eine Abwägung zwischen Interessen der Allgemeinheit und Interessen der betroffenen Eigentümer möglich.⁹⁶

Die gleichen Grundsätze gelten nach dt. Recht auch für enteignungsgleiche Eingriffe, obwohl hier Nebenfolgen von rechtswidrigen Maßnahmen in Frage stehen.⁹⁷ Es wird Entschädigung geschuldet, nicht Schadensersatz.⁹⁸ Insofern soll nicht der Zustand wiederhergestellt werden, der bestehen würde, wenn das schädigende Ereignis nicht eingetreten wäre, sondern Ausgleich für ein Sonderopfer erbracht werden. Vom Grundsatz her wäre damit entgangener Gewinn ausgeschlossen.⁹⁹ Bei der Berechnung der Entschädigung für enteignungsgleiche Eingriff in Gewerbebetriebe verschwimmt die klare Grenze zwischen Substanzwert und entgangenem Gewinn allerdings; denn die künftigen Ertragsaussichten werden von der Rechtsprechung als Teil des Substanzwertes, ihr Fehlen als Ausdruck des Substanzverlustes betrachtet.¹⁰⁰

Die Grundsätze der Berechnung von Entschädigung für rechtmäßige Enteignung nach dem Völkergewohnheitsrecht sind ähnlich. Danach ist, wie auch in Art. X.11 Abs. 1 lit. d) CETA niedergelegt, unverzügliche, adäquate und effektive Entschädigung zu leisten. Dies bezieht sich, ganz ähnlich wie nach der Enteignungsentschädigung nach dt. Recht auf den Marktwert, mithin also den Wiederbeschaffungswert der enteigneten Sache (Art. X.11 Abs. 2 CETA: „fair market value“).¹⁰¹ Entgangener Gewinn ist darin nicht enthalten; dieser wird nur im Falle rechtswidriger Enteignungen geschuldet.¹⁰² Eine Abwägung wie bei Art. 14 Abs. 3 GG ist in Art. X.11 Abs. 2 CETA allerdings nicht vorgesehen, so dass insofern der Umfang der Entschädigungspflicht nach CETA weitergeht als der durch Verfassungsrecht geforderte Standard; allerdings wird das verfassungsrechtlich gebotene

⁹² *Ossenbühl/Cornils* (Fn. 70), S. 249 (unter Zitat von BGHZ 6, 270, 295).

⁹³ Edba.

⁹⁴ Edba., S. 252-253.

⁹⁵ Edba., S. 255.

⁹⁶ BVerfGE 24, 367, 421; 100, 289 Rn. 47; vgl. dazu *Ossenbühl/Cornils* (Fn. 70), S. 250.

⁹⁷ *Ossenbühl/Cornils* (Fn. 70), S. 319.

⁹⁸ Edba.

⁹⁹ Edba., S. 320.

¹⁰⁰ Siehe *Ossenbühl/Cornils* (Fn. 70), S. 320-321 (unter Verweis auf BGH, NJW 1972, 1574, 1575; NJW 1977, 1817).

¹⁰¹ Zur Rechtsprechung internationaler Gerichte und Schiedsgerichte ausführlich *Ripinsky/Williams* (Fn. 91), S. 71 ff.

¹⁰² *Amoco International Finance v. Iran*, Award, 14. Juli 1987, 15 Iran-US CTR 189, 246-253, paras 191-205. Vertieft auch zur Diskussion um den Unterschied zwischen rechtmäßiger und unrechtmäßiger Enteignung *Ripinsky/Williams* (Fn. 91), S. 86 ff.

Maß einfachgesetzlich regelmäßig überschritten, da üblicherweise der Wiederbeschaffungswert angesetzt wird.

2. Schadensersatz für rechtswidrige Handlungen

Für rechtswidrige Handlungen, insbesondere aufgrund Amtshaftung, wird nach dt. Staatshaftungsrecht Schadensersatz geschuldet. Dessen Berechnung richtet sich den §§ 249 ff. BGB.¹⁰³ In der Regel wird er auf Schadensersatz in Geld gerichtet sein. Im Unterschied zur Entschädigung ist hier entgangener Gewinn geschuldet (§ 252 BGB); bei Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit auch immaterieller Schadensersatz (§ 253 BGB).

Nach CETA wird für rechtswidrige Maßnahmen ebenfalls Schadensersatz geschuldet. Allerdings bestimmt Art. X.36 Abs. 3 CETA, dass der Schadensersatz nicht größer sein dürfe, als der Verlust des Investors („the loss suffered by the investor“). Dies könnte so verstanden werden, dass dadurch entgangener Gewinn gerade nicht zu ersetzen ist. Zur Klärung dieser Frage wäre eventuell auf die Abkommensmaterialien zurückzugreifen. Strafschadensersatz ist in jedem Fall ausgeschlossen (Art. X.36 Abs.4 CETA). Insofern geht die Berechnung der Schadenshöhe in jedem Fall nicht über dt. Staatshaftungsrecht hinaus.

3. Zinsen

Wie auch nach deutschem Recht (vgl. §§ 288 BGB, § 104 Abs. 1 S. 2 ZPO) sind Ansprüche auf Entschädigung und Schadensersatz im Investitionsschutzrecht zu verzinsen.¹⁰⁴ Dies bringt auch Art. X.36 Abs. 1 lit a) zum Ausdruck. Zinsbeginn ist dabei üblicherweise der Tag, an dem die fragliche Summe hätte gezahlt werden müssen, etwa der Tag der Enteignung oder des schädigenden Ereignisses. Die Zinshöhe variiert in der Praxis nicht unerheblich. CETA verlangt insofern Zinsen nach gängigen wirtschaftlichen Vorgaben (Art. X.11 Abs. 3 CETA „normal commercial rate“). Der größte Unterschied zum deutschen Recht liegt darin, dass in Investor-Staats-Schiedsverfahren zunehmend nicht nur Zins, sondern auch Zinseszins zugesprochen wird.¹⁰⁵

4. Kosten der Rechtsverfolgung

Im weiteren Sinne zu den Rechtsfolgen gehören auch die Kosten eines Rechtsstreits (Gebühren für Gericht bzw. Schiedsgericht und Anwaltsgebühren). Im Einklang mit dem allgemeinen Grundsatz des deutschen Prozessrechts (vgl. § 91 ZPO) richtet sich die Pflicht zur Kostentragung in Investor-Staats-Schiedsverfahren unter CETA nach dem jeweiligen Obsiegen bzw. Unterliegen der Parteien (siehe Art. X.36 Abs. 5 CETA).¹⁰⁶ Die unterliegende Partei hat insofern die Kosten des Schiedsverfahrens sowie Kosten für die Rechtsverfolgung, insbesondere Kosten für die anwaltliche Vertretung, in angemessener Höhe zu tragen. Allerdings sieht Art. X.36 Abs. 5 CETA im Vergleich zu staatlichen Gerichten ein weitergehendes Ermessen des Schiedsgerichts bei der Kostenverteilung vor. Dies kann im ungünstigsten Fall dazu führen, dass Kosten auf den beklagten Staat verlagert werden. Im Hinblick auf die grundsätzliche Kostentragungspflicht besteht aber kein Unterschied zwischen Investor-Staats-Schiedsverfahren unter CETA und Verfahren gegen gesetzgeberische Maßnahmen

¹⁰³ Dazu *Ossenbühl/Cornils* (Fn. 70), S. 111.

¹⁰⁴ Ausführlich dazu *Ripinsky/Williams* (Fn. 91), S. 361 ff.

¹⁰⁵ Vgl. ebda. 379-387. Im dt. Recht ist dies im Grundsatz unzulässig. Vgl. etwa §§ 248, 289 BGB.

¹⁰⁶ Im Verfahren der Verfassungsbeschwerde vor dem BVerfGG ist ebenfalls ein Kostenersatz bei erfolgreicher Verfassungsbeschwerde vorgesehen (§ 34a Abs. 2 BVerfGG).

vor deutschen Gerichten. Zu beachten ist allerdings, dass die Kosten eines Schiedsverfahrens über den Kosten eines staatlichen Gerichtsverfahrens liegen können (jedoch nicht müssen).¹⁰⁷ Zudem ist Ersatz der Anwaltskosten nicht wie vor deutschen Gerichten auf die gesetzlich vorgesehenen Gebühren von Anwälten nach dem Rechtsanwaltsvergütungsgesetz beschränkt, sondern kann erheblich darüber liegen. Dies kann zur Folge haben, dass Investor-Staats-Schiedsverfahren für beklagte Staaten im Falle ihres Unterliegens höhere Kosten verursachen als vergleichbare Verfahren vor nationalen Gerichten. Umgekehrt ist aber auch nicht sichergestellt, dass im Obsiegensfall alle angefallenen Kosten des Rechtsstreites ersetzt werden.

D. Ergebnis des Vergleichs der Rechtsfolgen

Bei den Rechtsfolgen ergeben sich Unterschiede zwischen Verfassungs- und Unionsrechts einerseits und CETA-Investitionsschutzvorschriften andererseits. Diese sind jedoch im Wesentlichen rechtssystematischer Natur. Anders als durch Verfassungs- und Unionsrecht bestimmt, sind die Rechtsfolgen einer Verletzung von CETA auf Entschädigungs- und Schadensersatzzahlungen beschränkt. Die Aufhebung oder der Erlass gesetzgeberischer Maßnahmen kann nicht verlangt werden. CETA modifiziert damit nicht den Rechtsanwendungsbefehl deutscher Gesetze, wie er im Grundgesetz niedergelegt ist, weicht dafür aber im Vergleich zum Verfassungsrecht vom Grundsatz des Vorranges des Primärrechtsschutzes und den korrespondierenden engen Haftungstatbeständen ab. Da die Voraussetzungen für die Rechtswidrigkeit gesetzgeberischen Handelns unter CETA jedoch höher sind als nach nationalem ist das insofern erhöhte Haftungsrisiko überschaubar. Der Umfang von Entschädigungs- und Schadensersatzzahlungen, sowie die Berechnung von Zinsen weichen von den Vorgaben des deutschen Staatshaftungsrechts nur in geringem Umfang ab. Höher als vor staatlichen Gerichten ist wohl das Kostenrisiko bei der Durchführung von Investor-Staats-Schiedsverfahren.

Zusammenfassung der Ergebnisse

Durch die in CETA niedergelegten völkerrechtlichen Bestimmungen zum Schutz von Investitionen kanadischer Investoren wird der Gesetzgeber rechtlichen Bindungen unterworfen, die unabhängig vom deutschen Verfassungs- und Staatshaftungsrechts und den Vorgaben des Unionsrechts zu beachten sind. CETA sieht dabei – vorbehaltlich umfangreicher Ausnahmeregelungen – Marktzugangsregelungen, Inländergleichbehandlung und Meistbegünstigung für kanadische Investoren vor, schützt den Bestand getätigter Investitionen gegen eng umgrenzte gesetzgeberische Eingriffe und enthält Vorschriften zur Sicherstellung des freien Kapitalverkehrs im Hinblick auf kanadische Investitionen. Die Verletzung dieser Vorschriften kann sowohl in zwischenstaatlichen Schiedsverfahren als auch, allerdings mit wichtigen Einschränkungen vor allem bei Marktzugangsregelungen, im Bereich der Finanzmarktregulierung und im Steuerwesen, in Investor-Staats-Schiedsverfahren geltend gemacht werden.

Der Handlungsspielraum des Gesetzgebers wird durch CETA im Vergleich zum existierenden Verfassungs- und Unionsrecht allerdings kaum zusätzlichen materiell-rechtlichen Bindungen unterworfen. Einzig der Anspruch auf Inländergleichbehandlung und Meistbegünstigung führt, so-

¹⁰⁷ Dies ist am Klarsten der Fall im Hinblick auf die Verfassungsbeschwerde, die kostenfrei ist (§ 34 Abs. 1 BVerfGG).

weit keine der zahlreichen Ausnahmen einschlägig ist, zu einer substantiellen Aufwertung der Rechte von kanadischen Investoren. Ihnen wird durch CETA ein Status eingeräumt, der dem Schutz inländischer Investoren aus den Grundrechten bzw. dem Schutz von EU-Investoren aus den unionsrechtlichen Grundfreiheiten und Grundrechten bei Marktzugang und Bestandsschutz entspricht. Der gesetzgeberische Handlungsspielraum ist dadurch insofern reduziert als Schlechterbehandlungen eines kanadischen Investors aufgrund seiner Staatsangehörigkeit unzulässig sind. Allerdings schmälern die zahlreichen Ausnahmen, einschließlich Bereichsausnahmen für ganze Wirtschaftszweige und bestimmte Bereiche staatlicher Verwaltungstätigkeit, sowie Ausnahmen zur Aufrechterhaltung differenzierender Behandlung und zur Einführung neuer differenzierender Maßnahmen, den Anspruch auf umfassende Gleichbehandlung sowohl von kanadischen Investoren in Deutschland, als auch von deutschen (und anderen europäischen) Investoren in Kanada substantiell.

Im Hinblick auf den Bestandsschutz getätigter Investitionen gegen gesetzgeberische Eingriffe bleibt CETA auf materiell-inhaltlicher Ebene gegenüber dem deutschen Verfassungs- und Unionsrecht signifikant zurück. Der Anspruch auf gerechte und billige Behandlung ist im Verhältnis zum Gesetzgeber im Wesentlichen auf ein Verbot offensichtlich willkürlicher Maßnahmen und ein Mindestmaß an Vertrauensschutz reduziert. Der Schutz durch das verfassungsrechtliche Rechtsstaatsprinzip und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, der Vertrauensschutz im deutschen und europäischen Recht, sowie die Beschränkungsverbote der europäischen Grundfreiheiten sind umfassender. Weder aus dem Grundsatz gerechter und billiger Behandlung noch aus dem Anspruch auf vollen Schutz und Sicherheit folgen Beschränkungen des gesetzgeberischen Handlungsspielraumes, die über verfassungsrechtliche Vorgaben hinausgehen. Auch die CETA-Vorschriften zum Schutz gegen Enteignungen und einer Enteignung gleichstehende Eingriffe gehen in ihren Tatbestandsvoraussetzungen nicht über verfassungsrechtliche Vorgaben hinaus. Außerdem ist der gesetzgeberische Handlungsspielraum durch eine Vielzahl von Ausnahmenvorschriften, einschließlich solcher zum Schutz der nationalen Sicherheit, der Umwelt, der öffentlichen Gesundheit, usw., sowie Ausnahmen für das Steuerwesen und die Regulierung von Finanzdienstleistungen gegen CETA-bedingte Beschränkungen geschützt.

Unterschiede zwischen Verfassungs- und Unionsrechts einerseits und CETA-Investitionsschutzvorschriften andererseits ergeben sich allerdings bei den Rechtsfolgen. Diese sind jedoch im Wesentlichen rechtssystematischer Natur. Anders als unter Verfassungs- und Unionsrecht, sind die Rechtsfolgen einer Verletzung auf Entschädigungs- und Schadensersatzzahlungen beschränkt. Die Aufhebung oder der Erlass gesetzgeberischer Maßnahmen kann nicht verlangt werden. CETA modifiziert damit nicht den Rechtsanwendungsbefehl deutscher Gesetze, wie er im Grundgesetz niedergelegt ist, weicht dafür aber im Vergleich zum Verfassungsrecht vom Grundsatz des Vorranges des Primärrechtsschutzes mit den korrespondierenden engen Voraussetzungen der Staatshaftung für Schadensersatz und Entschädigung ab. CETA ermöglicht vielmehr die unmittelbare Geltendmachung von Entschädigungs- und Schadensersatzzahlungen, ohne dass die Investitionswidrigkeit der zugrundeliegende Maßnahme beseitigt werden müsste; es weitete damit als Ersatz für den fehlenden Anspruch eines Investors auf Herstellung eines CETA-konformen Rechtszustandes die Staatshaftung aus. Da die Voraussetzungen für die Rechtswidrigkeit gesetzgeberischen Handelns unter CETA jedoch höher sind als nach nationalem und Unionsrecht ist das Haftungsrisiko überschaubar. Der Umfang von Entschädigungs- und Schadensersatzzahlungen, sowie die Berechnung von Zinsen weichen von den Vorgaben des deutschen Staatshaftungsrechts in überschau-

barem Umfang ab. Höher als vor staatlichen Gerichten ist das Kostenrisiko bei der Durchführung von Investor-Staats-Schiedsverfahren.

Einen wichtigen Unterschied zwischen CETA und dem Verfassungs- bzw. Unionsrecht stellt schließlich der Durchsetzungsmechanismus dar. Allerdings sind hier hohe Zugangshürden und erhebliche Beschränkungen der Anspruchsgrundlagen vorhanden. Gefahren der Rechtsfortbildung durch CETA-Schiedsgerichte, durch die eine Haftungserweiterung erfolgen könnte, sind durch institutionelle Mechanismen abgedeckt. Eine Einschränkung des gesetzgeberischen Handlungsspielraums, die über Verfassungs- und Unionsrecht hinausgeht, lässt sich darin nicht erblicken.

Insgesamt enthält CETA damit keine wesentlich über bestehende verfassungs- oder unionsrechtliche Vorgaben hinausgehende Bindungen des Gesetzgebers. Im Gegenteil, CETA bleibt in Kernpunkten hinter dem verfassungs- und unionsrechtlich erreichten Schutz von Investitionen zurück. Bedenken gegen die investitionsschutzrechtlichen Bestimmungen in CETA im Hinblick auf Haftungsrisiken der Bundesrepublik Deutschland oder die Einschränkung des gesetzgeberischen Handlungsspielraumes sind daher zu vernachlässigen. Vielmehr stellt das vergleichsweise geringe Maß an völkerrechtlichem Investitionsschutz den Wert des Investitionskapitals für den Schutz deutscher und europäischer Investoren in Kanada in Frage.