

Die Bedeutung des Investitionsschutz- rechts in CETA für die Gewährleistung des europäischen Vorsorgeprinzips

Rechtsgutachten im April 2017

Rechtsgutachten, erstellt im Auftrag von foodwatch e. V. von Prof. Dr. iur. Peter-Tobias Stoll
und Dipl. iur. Patrick Abel, MJur. (Oxford) im April 2017.

Rechtsgutachten

Im Auftrag von foodwatch

von

Prof. Dr. iur. Peter-Tobias Stoll

Direktor, Abteilung Internationales Wirtschafts- und
Umweltrecht, Institut für Völker- und Europarecht,
Juristische Fakultät, Georg-August-Universität
Göttingen

und

Dipl. iur. Patrick Abel, MJur. (Oxford)

Wissenschaftlicher Mitarbeiter, Abteilung Internationales
Wirtschafts- und Umweltrecht, Institut für Völker- und
Europarecht, Juristische Fakultät, Georg-August-Universität
Göttingen

April 2017

Inhaltsübersicht

A.	Kurzzusammenfassung (executive summary)	4
B.	Fragestellung	5
C.	Das Spannungsfeld von CETA-Investitionsschutz und Vorsorgeprinzip der EU	6
D.	Gefährdung des Vorsorgeprinzips durch das CETA-Investitionsschutzkapitel	8
I.	Recht auf Regulierung	8
II.	Gefährdung des Vorsorgeprinzips durch das CETA-Investitionsschutzkapitel trotz Eingrenzungen des Investitionsschutzes	9
1.	Das Recht auf gerechte und billige Behandlung	9
2.	Der Schutz vor Enteignung	9
3.	Bewertung der Investitionsschutz- bestimmungen von CETA	10
4.	Einfluss der gemeinsamen interpretativen Erklärung der EU und Kanada und der einseitigen Erklärung der EU zu CETA	11
E.	Beeinträchtigung der Verwirklichung des Vor- sorgeprinzips durch den Kontext des Investitions- schutzkapitels zu anderen Regelungsbereichen von CETA	12

A. Kurzzusammenfassung (executive summary)

1. CETA begründet für kanadische Investoren in der Europäischen Union unter anderem einen Schutz vor Enteignung sowie das Recht auf gerechte und billige Behandlung.
 2. In Kapitel 8 enthält CETA Investitionsschutzvorschriften, welche die Gefahr bergen, die Verwirklichung des Vorsorgeprinzips innerhalb der Europäischen Union zu beeinträchtigen. Im Vergleich zu älteren Investitionsschutzverträgen gibt es zwar einige Verbesserungen, die aber insgesamt nicht ausreichen, um das Vorsorgeprinzip vollumfänglich zu wahren.
 3. Der CETA-Vertrag gefährdet die Umsetzung des Vorsorgeprinzips trotz der stärkeren vertraglichen Konkretisierung der Investitionsschutzrechte und des Verweises auf das sogenannte „right to regulate“. Denn der Vertrag begründet zusätzliche internationale Verpflichtungen der Europäischen Union gegenüber kanadischen Investoren, die zu Investitionsstreitverfahren führen können. Außerdem sind sie geeignet, die Bereitschaft zur Regulierung zur Umsetzung des Vorsorgeprinzips zu mindern, um derartige Klagen zu vermeiden.
 4. Darüber hinaus gibt es unklare Formulierungen in den Investitionsschutzvorschriften. Um diese Vorschriften trotzdem rechtsicher auszulegen, fehlt es jedoch an einer gefestigten Rechtsprechung. Es besteht die Gefahr, dass die Investitionsschutzrechte in der Zukunft durch den CETA-Investitionsgerichtshof in der Art ausgelegt werden, dass sie einem regulatorischen Handeln der Europäischen Union zur Umsetzung des Vorsorgeprinzips entgegenstehen.
 5. Zusätzlich wird die zukünftige Verwirklichung des Vorsorgeprinzips durch das Zusammenspiel des CETA-Investitionsschutzkapitels mit Handelsvorschriften aus anderen CETA-Kapiteln gefährdet. Denn diese enthalten viele Wertungen, die der Verwirklichung des Vorsorgeprinzips entgegenstehen, wie das Gutachten „CETA, TTIP und das europäische Vorsorgeprinzip“ von foodwatch im Juni 2016 festgestellt. Zwar sieht das Investitionskapitel vor, dass bei Streitverfahren nicht ohne weiteres Verstöße gegen diese anderen Teile des Abkommens durchschlagen. Die entsprechende Klausel ist aber nicht umfassend und klar genug.
 6. Es besteht dadurch die Gefahr, dass der Schutz kanadischer Investoren im Lichte der für das Vorsorgeprinzip hochproblematischen CETA-Handelsvorschriften verstanden wird. Dies betreffe eine breite Spanne von bestehenden und künftigen Regulierungen der EU im Gesundheits-, Umwelt- und Verbraucherschutz.
 7. Dadurch könnten Maßnahmen der Europäischen Union zur Verwirklichung des Vorsorgeprinzips Kompensationsansprüche kanadischer Investoren vor dem CETA-Investitionsgerichtshof begründen. Diese Gefahr kann die Europäische Union schon im Vorfeld davon abhalten, vorsorgende Maßnahmen zu treffen.
-

B. Fragestellung

Unter dem Titel "CETA, TTIP und das europäische Vorsorgeprinzip" hat foodwatch im Juni 2016 ein Gutachten¹ veröffentlicht, das mit einem kritischen Ergebnis untersuchte, inwiefern die Regelungen zu gesundheits- und pflanzenschutzrechtlichen Maßnahmen, technischen Handelshemmnissen und der regulatorischen Kooperation nach dem CETA-Abkommen² und nach den EU-Vorschlägen für TTIP³ die weitere Gewährleistung des europäischen Vorsorgeprinzips sicherstellen.

Wie in dem Gutachten bereits vermerkt, kann neben den dort untersuchten Regelungsbereichen aber auch der in beiden Vorhaben vorgesehene Investitionsschutz Auswirkungen auf die Verwirklichung des europäischen Vorsorgeprinzips haben.

Zu dieser Vermutung gibt Anlass, dass die Verwirklichung des Vorsorgeprinzips in besonderem Maße auf eine dynamische Fortentwicklung von Regulierungen angelegt ist, während auf der anderen Seite das internationale Investitionsschutzrecht besonders das Vertrauen des Investors in den Fortbestand der regulatorischen Rahmenbedingungen schützt, die er zum Zeitpunkt seiner Investitionen vorgefunden hat und die ihm möglicherweise sogar zugesichert worden sind.

Dieser Fragestellung soll im Folgenden nachgegangen werden, wobei sich die Betrachtung wesentlich auf den bereits abgeschlossenen Text des europäisch-kanadischen CETA-Abkommens stützt. Für TTIP – die transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft – liegen bisher hauptsächlich einseitige Vorschlagstexte der europäischen Kommission vor⁴, die keine sicheren Aussagen darüber zulassen, wie der endgültige Abkommenstext aussehen wird. Daher ist insoweit Vorsicht geboten, weil die Betrachtung auf den exakten Wortlaut der Rechtstexte angewiesen ist. Es ist aber darauf hinzuweisen, dass jedenfalls nach den öffentlich zugänglichen europäischen Vorschlägen zur Gestaltung des TTIP-Übereinkommens vielfach Parallelen zu den hier herangezogenen Regelungen des europäisch-kanadischen Übereinkommens bestehen.

¹ Stoll/Douma/Sadeleer/Abel, CETA, TTIP, und das europäische Vorsorgeprinzip, Rechtsgutachten im Auftrag von foodwatch e.V., Juni 2016, http://www.foodwatch.org/uploads/media/2016-06-21-_Studie_Vorsorgeprinzip_TTIP_CETA.pdf (letzter Zugriff am 6.12.2016).

² Online verfügbar: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf (letzter Zugriff am 6.12.2016), nachfolgend zitiert als: „CETA“.

³ Online verfügbar: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1230> (letzter Zugriff am 6.12.2016).

⁴ Siehe zuletzt den Vorschlag der Kommission für ein TTIP-Investitionsschutzkapitel vom 15. November 2015, abrufbar unter: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/html/153955.htm> (letzter Zugriff am 11. August 2016).

C. Das Spannungsfeld von CETA-Investitionsschutz und Vorsorgeprinzip der EU

Das CETA-Abkommen enthält in seinem achten Kapitel Regelungen zum Investitionsschutz. Damit verpflichtet sich die EU auf Gegenseitigkeit gegenüber Kanada, kanadischen Investoren einen besonderen zusätzlichen internationalen Schutz zu gewähren. Für die EU, die erst 2009 eine entsprechende Kompetenz übertragen bekam, ist der internationale Investitionsschutz weitgehend Neuland. Bisher unterhielten nur einzelne EU Mitgliedstaaten bilaterale Investitionsschutzverträge mit Kanada. Dies waren Estland, Kroatien, Polen, Rumänien, die Slowakei und Ungarn. Die übrigen EU Mitgliedstaaten haben in ihrer zum Teil lange zurückreichenden und intensiven Praxis des bilateralen Investitionsschutzes nie entsprechende Verträge mit Kanada geschlossen. Dies entsprach der langjährigen Praxis unter OECD-Staaten. Das Investitionskapitel in CETA entspricht in den Strukturen dem Muster dieser älteren bilateralen Investitionsverträge, enthält aber im Detail eine Reihe von Ergänzungen, die der in der Öffentlichkeit zunehmend geäußerten Kritik am System des internationalen Investitionsschutz Rechnung tragen sollen. Insbesondere sieht CETA die Durchsetzung dieser Investitionsschutzrechte durch ein besonderes internationales Streitbeilegungsorgan vor. Während das internationale Investitionsrecht bisher eine Streitbeilegung durch Schiedsgerichte mit jeweils von den Streitparteien im konkreten Fall benannten Schiedsrichtern kennt, sieht CETA einen internationalen Investitionsgerichtshof vor.

In letzter Zeit hat die Zahl der Investitionsschutzstreitfälle und Schiedsgerichtsverfahren deutlich zugenommen⁵. Dabei sind zunehmend auch staatliche Maßnahmen Gegen-

stand solcher Verfahren gewesen, die sich im weitesten Sinne der Regulierung zum Gesundheits-, Umwelt- und Verbraucherschutz zuordnen lassen⁶. Es wird befürchtet, dass Staaten wichtige Regelungen zum Gesundheits-, Umwelt- und Verbraucherschutz unterlassen, um mögliche Investitionsschutzklagen zu vermeiden (sog. regulatory chill). Ebenso wird kritisiert, dass Staaten Gefahr laufen, aufgrund getroffener Maßnahmen zum Schutz der Gesundheit, der Umwelt und der Verbraucher hohe Schadensersatzzahlungen nach Verurteilung durch Investitionsstreitbeilegungsorgane bezahlen zu müssen, die in erheblicher Weise öffentliche Haushalte belasten können⁷.

Dies kann gerade auch Regulierungen betreffen, die zur weiteren Verwirklichung des europäischen Vorsorgeprinzips beitragen sollen. Dieses Prinzip bestimmt, dass zur Gewährleistung eines hohen Niveaus des Gesundheits-, Umwelt- und Verbraucherschutzes die Europäische Union fortlaufend den Stand wissenschaftlicher Erkenntnisse und die wissenschaftliche Unsicherheit verfolgt und ihre Regulierungen daraufhin gegebenenfalls anpasst. Im Wesentlichen besagt das Vorsorgeprinzip, dass die Europäische Union unter Beachtung einer Reihe von Vorgaben auch dann Maßnahmen treffen kann oder sogar muss⁸, wenn die „wissenschaftliche Risikobewertung wegen unzureichender, nicht eindeutiger oder ungenauer Daten keine hinreichend genaue Bestimmung des betreffenden Risikos zulässt“⁹. Diese Maßnahmen können Einbußen für Investoren verursachen und damit das Interesse dieser begründen, die Europäische Union auf Kompensation wegen der Verletzung von CETA-Investitionsschutzrechten zu verklagen.

⁵ UNCTAD, World Investment Report 2016, S. 104 ff.; Dolzer/Schreuer (Fn. 6), S. 9.

⁶ Z.B. Metalclad v. Mexico (Award vom 30. August 2000, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1), betreffend die Versagung einer Genehmigung für eine Mülldeponie wegen Umweltgefahren; Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG v. Federal Republic of Germany (Award vom 11. März 2011, ICSID Case No. ARB/09/6), betreffend Auflagen für ein Kohlekraftwerk; Philip Morris Asia Ltd. v. Australia (Award on Jurisdiction and Admissibility vom 17. Dezember 2015, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12), betreffend plain packaging-Vorschriften für Zigarettenverpackungen. Charanne B.V. and Construction Investments S.A.R.L. v. Spain (Award vom 21. Januar 2016, SCC Arb No. 062/2012), betreffend Maßnahmen im Bereich der Solarenergie.

⁷ Kritisch zu diesem sog. regulatory chill Fischer-Lescano/Horst, Europa- und verfassungsrechtliche Vorgaben für das Comprehensive Economic and Trade Agreement der EU und Kanada (CETA), 2014, 35 f.; BUND, Das Gemeinwohl ist nicht ver(frei)handelbar, 2014, 31 f. Differenzierend und mit besonderer Berücksichtigung des verfassungsrechtlichen Demokratieprinzips Stoll/Douma/de Sadeleer/Abel, Fn. 1, S. 9 ff.

⁸ Näher zum Vorsorgeprinzip Stoll/Douma/de Sadeleer/Abel, Fn. 1, S. 9 ff.

⁹ EU Kommission, Mitteilung der Kommission über die Anwendbarkeit des Vorsorgeprinzips, KOM (2000) 1 endgültig, 5.1.3 und 5.2.

Im aktuellen CETA-Text gibt es eine Reihe von Detailverbesserungen gegenüber dem bisherigen Stand des internationalen Investitionsrechts. Trotzdem kann der in CETA vorgesehene Investitionsschutz die Verwirklichung des europäischen Vorsorgeprinzips beeinträchtigen, weil damit zusätzliche internationale Verpflichtungen der EU zum Schutz kanadischer Investitionen geschaffen werden. Deren Verletzung kann zu Entschädigungspflichten führen, die der Investor in einem internationalen Verfahren gegen die EU einklagen kann (Abschnitt D.). Weiterhin kann sich eine Beeinträchtigung aus dem Zusammenhang des Investitionsschutzkapitels mit anderen Kapiteln und Vorschriften in CETA ergeben (Abschnitt E.).

D. Gefährdung des Vorsorgeprinzips durch das CETA-Investitionsschutzkapitel

Das Investitionsschutzkapitel des CETA begründet unter anderem Verpflichtungen der Europäischen Union gegenüber kanadischen Investitionen in der EU zum Schutz vor Enteignung sowie ungerechter oder unbilliger Behandlung. Wird die Europäische Union zur Verwirklichung des Vorsorgeprinzips zum Schutz der Umwelt, der Gesundheit und der Verbraucher regulatorisch tätig, kann dies die genannten Investitionsschutzrechte der kanadischen Investoren verletzen. Diese können vor dem CETA-Investitionsschutzgerichtshof die Europäische Union auf Zahlung von Schadensersatz verklagen.

CETA enthält jedoch als Reaktion auf die zunehmend kritische Diskussion des internationalen Investitionsschutzrechts einige zum Teil neuartige Vorschriften, die den Vertragsparteien größere Freiräume einräumen sollen, zum Schutz der Gesundheit, Umwelt und Verbraucher regulatorisch tätig zu werden. Allerdings sind diese im Grundsatz durchaus willkommenen Verbesserungen im Ergebnis nicht ausreichend. Die Investitionsschutzregelungen in CETA bergen trotz dieser Verbesserungen weiterhin die Gefahr, Maßnahmen der Europäischen Union zur Umsetzung des Vorsorgeprinzips zu erschweren.

I. Recht auf Regulierung

Die erste der beschriebenen Neuerungen ist die Aufnahme einer Vorschrift in das Investitionsschutzkapitel, die ausdrücklich das Recht auf Regulierung (sog. right to regulate) der CETA-Vertragsparteien festschreibt¹⁰. Bisherige Investitionsschutzverträge enthielten keine ausdrückliche Vorschrift in dieser Hinsicht¹¹. Die Schiedspraxis zu früheren Investitionsabkommen hat überwiegend angenommen, dass ein solches Regulierungsrecht aus der Souveränität

der Staaten und aus den Pflichten der Staaten zum Schutz ihrer Bevölkerung und ihrer Umwelt folgen würde. Die Entscheidungen waren aber uneinheitlich, sodass man nicht von einer „gefestigten Rechtsprechung“ ausgehen konnte. Ebenso war nicht eindeutig geklärt, inwieweit trotz zulässiger Inanspruchnahme eines Regulierungsrechts der entsprechende Gaststaat zu einer Entschädigung verpflichtet ist¹².

Ein solches Recht auf Regulierung kann grundsätzlich auch Maßnahmen auf Grundlage des Vorsorgeprinzips erfassen. Das Recht dürfte die wesentlichen Anliegen des Gesundheits-, Umwelt- und Verbraucherschutzes abdecken und stellt klar, dass die Beeinträchtigung einer Investition oder der Erwartungen eines Investors für sich genommen noch nicht den Regelungen des Investitionsschutzes zuwiderlaufen.

Der rechtssystematische Zusammenhang dieser Vorschrift zu den nachfolgend näher dargestellten Investitionsschutzregelungen ist jedoch nicht ohne weiteres klar zu erkennen. Man könnte sich nämlich einerseits vorstellen, dass das Recht auf Regulierung als eine Art Rechtfertigung greift, wenn eine Verletzung der Verpflichtungen zum Investorenschutz durch eine CETA-Vertragspartei, also etwa die EU, anzunehmen ist. In diesem Fall könnte sich der Investor in einem Investitionsstreitverfahren damit begnügen, zur Geltendmachung seines Anspruches darzulegen, weshalb er eine Pflichtverletzung für gegeben hält. Es wäre dann die Aufgabe des jeweilig beklagten Gaststaates, sich rechtfertigend auf das Regulierungsrecht zu berufen und dies auszuführen.

Andererseits könnte man wegen der systematischen Stellung des Rechts auf Regulierung, das den Investitionsschutz-

¹⁰ Art. 8.9 CETA: „1. Für die Zwecke dieses Kapitels bekräftigen die Vertragsparteien ihr Recht, zur Erreichung legitimer politischer Ziele wie des Schutzes der öffentlichen Gesundheit und Sicherheit, des Schutzes der Umwelt oder der öffentlichen Sittlichkeit, des Sozial- oder Verbraucherschutzes oder der Förderung und des Schutzes der kulturellen Vielfalt in ihrem jeweiligen Gebiet regelnd tätig zu werden.

2. Zur Klarstellung: Die bloße Tatsache, dass eine Vertragspartei – auch durch Änderung ihrer Gesetze – Regelungen in einer Art und Weise trifft, die sich auf eine Investition negativ auswirkt oder die Erwartungen eines Investors, einschließlich seiner Gewinnerwartungen, beeinträchtigt, stellt keinen Verstoß gegen eine Verpflichtung aus diesem Abschnitt dar. [...]“

¹¹ Eine Ausnahme stellt Art. 12 des – freilich nie verwendeten und mittlerweile im Wege einer Überarbeitung modifizierten – norwegischen Model-BIT von 2007 dar.

¹² Eingehend Titi, *The Right to Regulate in International Investment Law*, 2013, passim.

abschnitt einleitet, auch annehmen, dass das Regulierungsrecht mit den dann folgenden Verpflichtungen zum Schutz von Investoren zusammen zu lesen ist und dass die zulässige Inanspruchnahme dieses Rechts überhaupt ausschließen würde, eine Verletzung dieser Verpflichtungen überhaupt in Erwägung zu ziehen. Bei Zugrundelegung dieser Sichtweise müsste ein Investor in einem Investitionsstreitverfahren darlegen, warum die in Rede stehenden Maßnahmen seiner Ansicht nach über das Recht auf Regulierung hinausgehen, um einen Anspruch wegen Verletzung der weiteren Verpflichtungen aus dem Investitionskapitel gelten machen zu können.

Es liegt auf der Hand, dass ein entscheidender Unterschied zwischen den beiden Betrachtungsweisen in der Frage der Darlegungs- und Beweislast liegt. Nach der erstgenannten Sichtweise bestände die rechtliche Wirkung der ausdrücklichen Nennung des Regulierungsrechts darin, den oben ausgeführten Stand des Investitionsrechts explizit im Text des Übereinkommens genannt und seine Voraussetzungen präzisiert zu haben. Im zweiten Fall wäre die Bedeutung der Regelung größer. Sie könnte unter anderem eine wesentliche Beweiserleichterung für die regulierende Partei mit sich bringen. Allerdings ist offen, ob diese zweitgenannte Sichtweise in der Praxis zum Tragen kommen wird. Der Text der Regelung lässt sie zu, ist aber zu wenig eindeutig, um sie als verbindlich ansehen zu können.

II. Gefährdung des Vorsorgeprinzips durch das CETA-Investitionsschutzkapitel trotz Eingrenzungen des Investitionsschutzes

Weiterhin finden sich in CETA im Vergleich zu früheren Investitionsschutzabkommen stärkere Eingrenzungen der Reichweite von Investitionsschutzrechten. Die zentralen Investitionsschutzrechte mit der größten praktischen Be-

deutung sind der Schutz vor Enteignungen und das Recht auf gerechte und billige Behandlung. Beide Investitionsschutzrechte sind auch in CETA gewährleistet¹³.

1. Das Recht auf gerechte und billige Behandlung

Das Recht auf gerechte und billige Behandlung wurde durch Unterabsätze stärker konkretisiert und zusammenfassend auf die Beachtung wesentlicher rechtsstaatlicher Grundsätze hin orientiert. Überdies wird den zuständigen CETA-Vertragsinstitutionen im Sinne eines „living agreements“ die Berechtigung und Pflicht vermittelt, den Inhalt der Verpflichtung zu überprüfen¹⁴.

2. Der Schutz vor Enteignung

Die Vorschrift zum Schutz vor Enteignungen in CETA gibt die Standardformulierung im internationalen Investitionsrecht für Enteignungen wieder und schließt direkte und indirekte Enteignungen ein. CETA nimmt jedoch eine zusätzliche Konkretisierung vor, die sich im Annex 8-A findet. Ziffer 1a des Annexes definiert Formen der direkten Enteignung. Der Annex spricht aber auch indirekte Enteignungen an (Ziffer 1b). Diese werden dahingehend definiert, dass sie eine der direkten Enteignung gleichkommende Wirkung haben, wenn sie dem Investor die wesentlichen Elemente des Eigentums an seinen Investitionen einschließlich der Rechte auf Nutzung und Verfügung nehmen, ohne dass ihm das Eigentumsrecht formal entzogen wird oder es zu einer klaren Beschlagnahme kommt. Weiterhin wird konkretisierend angefügt, dass eine Einzelfallbetrachtung im Hinblick auf die wirtschaftlichen Auswirkungen der Maßnahme, ihre Dauer und das Ausmaß der Enttäuschung vernünftiger Erwartungen stattfinden soll. Dabei soll auch berücksichtigt werden, ob es sich um eine einzige einheitliche Maßnahme oder eine Reihe einzelner Maßnahmen handelt.

¹³ Art. 8.10 CETA enthält das Recht auf gerechte und billige Behandlung, Art. 8.12 den Schutz vor Enteignung.

¹⁴ Durch die Zuordnung dieser Kompetenz an die intergouvernementalen Vertragsausschüsse dürfte man folgern können, dass das Investitionsgericht keine Erweiterungen der Verpflichtung vornehmen darf, etwa durch in der Vergangenheit vorgekommene und kritisierte extensive Auslegung, so etwa Stoll/Holterhus/Gott, Investitionsschutz und Verfassung, im Erscheinen.

In einem weiteren Absatz heißt es an dieser Stelle zur Klarstellung, dass Maßnahmen, die dazu geschaffen worden sind, legitime öffentliche Zwecke wie Gesundheit, Sicherheit und die Umwelt zu schützen, in aller Regel keine indirekte Enteignung darstellen, soweit solche Maßnahmen nicht diskriminieren und nicht ausnahmsweise so schwere Auswirkungen haben, dass sie im Hinblick auf ihren Zweck als offensichtlich unverhältnismäßig gelten müssen.

3. Bewertung der Investitionsschutzbestimmungen von CETA

Mit diesen Bestimmungen wird der Schutz des Investors vor einer Enteignung und dessen Recht auf billige und gerechte Behandlung gegenüber den bisher üblichen Regelungen des Investitionsrechts eingegrenzt. Dies kommt der Verwirklichung des europäischen Vorsorgeprinzips ein Stück weit entgegen.

Jedoch ist hervorzuheben, dass das Übereinkommen einen besonderen völkerrechtlichen Investitionsschutz schafft. Damit stellt es trotz aller Verbesserungen im Detail ein zusätzliches besonderes internationales Recht für ausländische Investoren und ihre Investitionen dar, welches Ansprüche auf eine rechtsstaatliche Behandlung und auf den Schutz der Eigentumsbestandteile von Investitionen aufstellt, die gegen die Vertragsparteien – in diesem Fall die Europäische Union und ihre Mitgliedstaaten – mithilfe eines internationalen Investitionsgerichtsverfahrens durchgesetzt werden können. Trotz der beschriebenen, begrüßenswerten Beschränkungen der Investitionsschutzrechte liegt darin eine zusätzliche Belastung, die die Bereitschaft zur Regulierung auf Basis des Vorsorgeprinzips weiterhin zu mindern geeignet ist.

Diese einschränkende Belastung ist in ihrem Umfang auch nicht gering. Es wird zwar oft darauf hingewiesen, dass der rechtsstaatliche Schutz von Eigentum und Investitionen in Kanada, der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten in seinem Niveau über den jetzt vereinbarten Investitionsschutz hinausgehe¹⁵. Der Investitionsschutz ist aber auch in der fortschrittlichen Form, in der jetzt vereinbart wurde in seinem Umfang immer noch wenig absehbar. Die bisher kaum einheitliche Schiedsrechtsprechung im Investitionsrecht und die völlig offene Auslegung der neuartigen Regelungen durch den erst noch einzusetzenden Gerichtshof bieten hier kaum Orientierung und Rechtssicherheit. Durch die Errichtung eines separaten Investitionsstreitbeilegungsmechanismus neben dem etablierten mitgliedstaatlichen und europäischen Rechtsschutz durch die dazu berufenen allgemeinen Gerichte wird überdies die Gefahr geschaffen, dass inhaltlich ähnliche investitionsschutzrechtliche, europäische und nationale Vorschriften unterschiedlich ausgelegt werden und dass es so zu weiteren Rechtsunsicherheiten kommt. Insgesamt wird deswegen auch der administrative Aufwand bei der Vorbereitung von Regulierungsinitiativen zunehmen, weil die beabsichtigten Regelungen und das Regulierungsverfahren eben zusätzlich unter diesen weniger klar strukturierten internationalen Vorgaben geprüft werden müssen. Zusammengefasst schränken diese Rechtunsicherheiten und der größere administrative Aufwand den Spielraum der Europäischen Union zur fortschreitenden Verwirklichung des Vorsorgeprinzips signifikant ein¹⁶.

Darüber hinaus bleibt ungeklärt, inwieweit sich die Europäische Union zur Rechtfertigung ihrer Maßnahmen auf Grundlage des Vorsorgeprinzips darauf berufen kann, völkerrechtliche Vorgaben aus anderen internationalen Verträgen umsetzen zu wollen¹⁷. Dies könnte etwa das

¹⁵ So etwa Schill, 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, 2014.

¹⁶ Siehe Fn. 7.

¹⁷ Diese Frage ist in der Schiedspraxis nicht geklärt und wird in der Literatur diskutiert, siehe statt mehrerer Prislán/Zandvliet, Labor Provisions in International Investment Agreements: Prospects for Sustainable Development, Yearbook of International Investment Law and Policy 2012/2013, 2013, online als SSRN Paper unter: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2171716 (letzter Zugriff am 25. August 2016); K. Berner, Reconciling Investment Protection and Sustainable Development: A Plea for an Interpretative U-Turn, in Kra-jewski/Hindelang (Hrsg.) Shifting paradigms in International Investment Law, 2016, S. 177 ff. Siehe zur Thematik auch Gött/Holterhus (Fn. 26).

Cartagena Protokoll über die Biologische Sicherheit zur Biodiversitätskonvention¹⁸ betreffen, welches die Europäische Union ratifiziert hat.

Diesen Bedenken kann auch nicht entgegengehalten werden, dass die Bundesrepublik Deutschland aufgrund der von ihr in der Vergangenheit zahlreich geschlossenen Investitionsschutzverträge in ihrer Regulierungstätigkeit auch schon jetzt mit der zusätzlichen Berücksichtigung investitionsschutzrechtlicher Verpflichtungen und ihrer geminderten rechtlichen Sicherheit belastet ist, wie die beiden gegen sie eingeleiteten Schiedsverfahren zeigen. Zunächst einmal gilt dieser Einwand nicht für die Europäische Union, die bisher nur in einzelnen Fällen investitionsschutzrechtliche Verpflichtungen eingegangen ist und die es deswegen jetzt noch in der Hand hat, die Belastung ihre Regulierungstätigkeit mit zusätzlichen und weniger klar vorhersehbaren internationalen Investitionsschutzverpflichtungen zu minimieren. Auf der anderen Seite ist es kaum überzeugend, mit dem Hinweis auf schon bestehende problematische Investitionsschutzverpflichtungen die neuerliche Eingehung solcher Verpflichtungen für unbedenklich zu halten.

4. Einfluss der gemeinsamen interpretativen Erklärung der EU und Kanada und der einseitigen Erklärung der EU zu CETA

Im Vorfeld der Unterzeichnung von CETA haben die EU und Kanada eine gemeinsame interpretative Erklärung, und hat die EU eine zusätzliche einseitige Erklärung zu CETA abgegeben, die Bezüge zum Vorsorgeprinzip enthalten. Beide Erklärungen tragen aber kaum etwas zur Sicherung des Vorsorgeprinzips und seiner weiteren Umsetzung bei. So

werden etwa in der gemeinsamen interpretativen Erklärung lediglich die völkerrechtlichen Verpflichtungen der Vertragsparteien mit Bezug zum Vorsorgeprinzip bestätigt¹⁹. Das Vorsorgeprinzip ist jedoch innerhalb der EU deutlich stärker und viel weitergehend gewährleistet als im Völkerrecht²⁰. Auch die einseitige Erklärung der EU trägt zur Sicherung des Vorsorgeprinzips wenig bei. Sie besagt, dass aus Sicht der EU CETA das Vorsorgeprinzip nicht einschränkt²¹. Abgesehen von dieser wenig eindeutigen Aussage ist unklar und zweifelhaft, ob eine solche einseitige Erklärung gegenüber Kanada rechtliche Bindung entfalten kann.

¹⁸ Art. 1 Cartagena Protokoll über die Biologische Sicherheit zum Übereinkommen über die Biologische Vielfalt, 2226 U.N.T.S. 208.

¹⁹ Rat der Europäischen Union, Vermerk vom 27. Oktober 2016, 13541/16, Nr. 1 lit. d) JII): „[t]he European Union and its Member States and Canada reaffirm the commitments with respect to precaution that they have undertaken in international agreements.“

²⁰ Siehe Stoll/Douma/de Sadeleer/Abel, Fn. 1, S. 9 ff.; Stoll/Gött, Die „Joint Interpretative Declaration“ zum CETA: Einschätzung und Änderungsmöglichkeiten aus Sicht des Verbraucherschutzes, Gutachterliche Stellungnahme vom 14. Oktober 2016, erstellt im Auftrag der Verbraucherzentrale Bundesverband e.V., http://www.vzbv.de/sites/default/files/stellungnahme_ceta_jid_stoll_goett_16-10-17.pdf (letzter Zugriff 12.12.16).

²¹ Rat der Europäischen Union, Vermerk vom 27. Oktober 2016, 13463/1/16, Erkl., Nr. 7. The Commission confirms that CETA preserves the ability of the European Union and its Member States to apply their fundamental principles governing regulatory activities. For the European Union, those principles include those established in the Treaty of the European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union and include, in particular, the precautionary principle as mentioned in Article 191 and reflected in Articles 168(1), 169(1) and (2) of the Treaty on the Functioning of the European Union. Consequently the Commission confirms that nothing in CETA prevents the application of the precautionary principle in the European Union as set out in the Treaty on the Functioning of the European Union.“

E. Beeinträchtigung der Verwirklichung des Vorsorgeprinzips durch den Kontext des Investitionsschutzkapitels zu anderen Regelungsbereichen von CETA

Eine Besonderheit im Hinblick auf die Beurteilung der Auswirkungen des Investitionsschutzkapitels in CETA auf das Vorsorgeprinzip ergibt sich aus dem engen Kontext dieses Kapitels mit weiteren Regelungsbereichen des Übereinkommens. Dieser kann, wie die weiteren Ausführungen zeigen werden, eine zusätzliche Beeinträchtigung der fortschreitenden Verwirklichung des europäischen Vorsorgeprinzips durch das CETA-Investitionsschutzkapitel begründen.

Während bisher Investitionsschutz überwiegend in separaten bilateralen völkerrechtlichen Verträgen vereinbart worden ist, folgt CETA einer zunehmenden Tendenz, solche Regelungen in Handelsabkommen zu integrieren. In CETA und ähnlichen Abkommen finden sich damit umfangreiche Regelungen über Handelsfragen neben einem Investitionsschutzkapitel. Diese unterschiedlichen Teile der Abkommen betreffen ganz verschiedene Sachfragen und sind unterschiedlich gestaltet²².

Gerade in einem für das Vorsorgeprinzip bedeutsamen Bereich könnten sich jedoch engere und problematische Bezüge zwischen diesen unterschiedlichen Teilen des Abkommens ergeben. Im „Handelsteil“ von CETA finden sich nämlich diverse Vorschriften über Regulierungen, die geeignet sind, die Umsetzung des Vorsorgeprinzips zu gefährden, wie Foodwatch im oben erwähnten Gutachten feststellte²³. Solche Vorschriften über Regulierungen verfolgen das Ziel, sogenannte nichttarifäre Handelshemmnisse abzubauen. Neben ihrem Bezug zum Handel ist es aber nicht ausgeschlossen, dass solche Regulierungen auch Auswirkungen auf Investitionen haben.

Denkbar wäre etwa der Fall, dass sich die EU in Umsetzung ihres Vorsorgeprinzips veranlasst sieht, den Einsatz einer bestimmten Substanz als Lebensmittelzusatz wegen möglicher gesundheitsschädlicher Eigenschaften zu verbieten.

Ein solcher Vorgang wäre einerseits – mit Blick auf den Handel mit entsprechenden Produkten – an den Regelungen im Handelsteil von CETA zu messen und könnte möglicherweise gegen diese verstoßen.

Gleichzeitig könnte aber ein solches Verbot auch die Geschäftstätigkeit eines in der EU ansässigen, kanadischen Investors betreffen, der die Substanz selbst oder Produkte, die sie enthalten, importiert, herstellt, weiterverarbeitet oder vermarktet. Es liegt in der Konsequenz des Investitionsschutzes, dass das Unternehmen bzw. der dahinterstehende Investor dann vor dem Investitionsgerichtshof auf Entschädigung klagen könnte und dass die EU sich dort im Hinblick auf die Einhaltung der von ihr übernommenen Investitionsschutzverpflichtungen verantworten muss.

Im Hinblick auf den engen Bezug zwischen Handels- und Investitionsschutzregelungen in CETA stellt sich an dieser Stelle die Frage, ob ein Verstoß gegen die den Handel betreffenden Regelungen zugleich auch als Verstoß gegen die Investitionsschutzverpflichtungen gewertet wird. Für die weitere Verwirklichung des europäischen Vorsorgeprinzips hat dies große Bedeutung. Es hat sich nämlich bei der Begutachtung der im Handelsteil von CETA vorgesehenen Bestimmungen über Regulierungen herausgestellt, dass diese außerordentlich streng und in ihrem Umfang nicht klar sind und dass sie dadurch die weitere Verwirklichung des europäischen Vorsorgeprinzips ernsthaft in Frage stellen²⁴. Wären diese höchst problematischen Regelungen der Maßstab auch für die Investitionsschutzverpflichtungen, dann wären die Aussagen im Investitionsschutzkapitel über ein „right to regulate“ weitgehend konterkariert. Zudem könnte dann der Investitionsschutz und insbesondere drohende Kompensationsansprüche kanadischer Investoren in der EU starke Anreize gegen eine Regulierung zur Umsetzung des Vorsorgeprinzips setzen.

²² So ist etwa für die Regelungen über Handelsfragen eine ganz andere Form der Rechtsdurchsetzung und Streit-schlichtung, nämlich eine rein zwischenstaatliche Streitbeilegung mit möglichen Handelssanktionen nach dem Muster der WTO vorgesehen.

²³ Siehe Stoll/Douma/de Sadeleer/Abel, Fn. 1.

²⁴ Siehe Stoll/Douma/de Sadeleer/Abel, Fn. 1.

Im Investitionsschutzteil von CETA findet sich eine Vorschrift, die zeigt, dass diese Problematik gesehen worden ist und die auf den ersten Blick das Problem zu lösen scheint. In Art. 8.10 CETA, der das Recht des Investors auf eine billige und gerechte Behandlung ausführt, heißt es nämlich in Abs. 6:

„Zur Klarstellung: Ein Verstoß gegen eine andere Bestimmung dieses Abkommens [...] bedeutet nicht, dass ein Verstoß gegen diesen Artikel vorliegt.“

Damit ist klargestellt, dass die EU nicht schon allein deswegen gegen die Pflicht zu fairer und gerechter Behandlung kanadischer Investoren verstößt, weil sie eine Regulierung erlässt, die mit den strengen und nicht klar absehbaren Bestimmungen über Regulierungen aus dem Handelsteil von CETA nicht vereinbar ist.

Allerdings bezieht sich Art. 8.10 Abs. 6 CETA nur auf das Recht der Investoren auf faire und gerechte Behandlung und erfasst damit nicht die weiteren Investitionsschutzverpflichtungen, die CETA enthält. Vor allem gilt dies für die Regelungen über die Enteignung nach Art. 8.12, die keine dem Art. 8.10 Abs. 6 vergleichbare Klarstellung enthalten²⁵. Einschlägig könnten hier vor allem Fälle der indirekten Enteignung sein, in denen dem Investor „in wesentlichem Maße grundlegende Eigentümerrechte an seiner Investition entzogen werden, darunter das Recht, diese zu verwenden, zu nutzen und darüber zu verfügen, ohne dass eine förmliche Eigentumsübertragung oder eine Beschlagnahme erfolgt“²⁶.

Zur näheren Bestimmung des Vorliegens einer solchen indirekten Enteignung kann auch „das Ausmaß“ berücksichtigt werden „in dem die Maßnahme oder Reihe von Maßnahmen den vernünftigen Erwartungen, die mit der Investition verbunden sind, zuwiderläuft, [...]“²⁷. Diese Formulierung kann es dem Investor erlauben, sich auf die Erwartung zu berufen, dass die Vorschriften des CETA und damit auch diejenigen über die Regulierung aus dem handelsbezogenen Teil des Übereinkommens befolgt werden. Die Enttäuschung einer solchen Erwartung kann damit zur Qualifizierung einer Maßnahme als indirekte Enteignung beitragen. Dies bedeutet, dass die handelsbezogenen Vorschriften über Regulierungen an dieser Stelle sehr wohl Maßstabswirkung für das Investitionsrecht und genauer gesagt für das Vorliegen einer indirekten Enteignung haben können. Im Sinne des oben genannten Beispiels des Verbotes eines Lebensmittelzusatzstoffes könnte etwa ein Investor, der eine Produktionsstätte für diesen Stoff in der EU unterhält, geltend machen, dass er mit Blick auf die rigiden Vorschriften über Regulierungen im Handelsteil des CETA darauf vertraut hat, diesen Stoff auch weiter produzieren und vertreiben zu können. Mit diesem Argument könnte dann das Vorliegen einer indirekten Enteignung leichter angenommen werden. Das enttäuschte Vertrauen auf die Einhaltung der im Handelsteil von CETA enthaltenen einschränkenden Vorschriften für Regulierungen kann also die Annahme einer indirekten Enteignung ermöglichen.

²⁵ Siehe Art. 31 Abs. 1 Wiener Vertragsrechtskonvention, welcher die systematische Auslegung von völkerrechtlichen Verträgen als eine von mehreren Auslegungsmethoden vorschreibt. Art. 8.31 Abs. 1 CETA erklärt die Wiener Vertragsrechtskonvention für maßgeblich für die Interpretation von CETA durch ein Investitionsgericht. Einem Umkehrschluss ließe sich womöglich entgegen, dass die Einfügung von Art. 8.10 Abs. 6 CETA allein als Reaktion auf Investitionsschutzschiedssprüche zu verstehen ist, in denen gerade der Tatbestand der gerechten und billigen Behandlung durch das Abstellen auf Investorenerwartungen sehr weit ausgelegt wurde, und deshalb ein Rückschluss auf andere Investitionsschutzrechte nicht beabsichtigt ist. Insoweit relevanter Investitionsschiedsspruch ist insbesondere die Entscheidung *Technicas Medioambientales Tecmed S.A. v. Mexico* (Award vom 29.5.2003, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2), Rn. 154; siehe dazu auch Henckels, *Protecting Regulatory Autonomy through Greater Precision in Investment Treaties: The TPP, CETA, and TTIP*, in *Journal of International Economic Law* 19 (2016), S. 27 ff. (37 ff.). Ob dies die alleinige Intention der CETA-Vertragsparteien war, ist jedoch nicht zweifelsfrei. Zudem hat eine solche entstehungsgeschichtliche Interpretation im Völkervertragsrecht ohnehin nur subsidiäre Bedeutung für die Ermittlung des Inhalts einer Norm, siehe Art. 32 Wiener Vertragsrechtskonvention.

²⁶ CETA, Anhang 8-A, Ziff. 1 b.

²⁷ CETA, Anhang 8-A, Ziff. 2 c.

Auf der anderen Seite enthalten die Vorschriften über die indirekte Enteignung aber auch einschränkende Regeln, die für die hier diskutierten Fälle relevant sind. So heißt es „zur Klarstellung“, dass „diskriminierungsfreie Maßnahmen einer Vertragspartei, die zu dem Zweck konzipiert und angewendet werden, den Schutz berechtigter Gemeinwohlziele wie öffentliche Gesundheit, Sicherheit und Umweltschutz zu gewährleisten, keine indirekte Enteignung darstellen; davon ausgenommen sind die seltenen Fälle, in denen die Auswirkungen einer Maßnahme oder einer Reihe von Maßnahmen unter Berücksichtigung ihres Zweckes so schwerwiegend sind, dass sie offenkundig überzogen erscheinen²⁸.“ Diese Vorschrift soll dem „right to regulate“ Rechnung tragen. Jedoch besteht die Gefahr, dass ihre unbestimmten Rechtsbegriffe ebenfalls am Maßstab der Handelsvorschriften von CETA definiert und konkretisiert werden. Im obigen Beispiel könnte der kanadische Investor etwa geltend machen, dass die EU durch das Verbot eines Lebensmittelzusatzstoffes keine „berechtigten“ Gemeinwohlziele verfolgt, weil die EU durch die Zustimmung zu den restriktiven CETA-Handelsvorschriften gerade die Verpflichtung übernommen hat, eine solche Regelung nicht zu treffen. Hat sich die EU aber derart verpflichtet, ließe sich argumentieren, dass mit einem dieser Verpflichtung widersprechenden Verbot gar kein „berechtigtes“ Gemeinwohlziel im Sinne von CETA verfolgt werden kann. Die zugunsten der Regulierungsspielräume der Vertragsparteien vorgesehene Klausel fände dann gar keine Anwendung.

Deshalb besteht die Gefahr, dass ein Verstoß gegen die den Handel betreffenden CETA-Regelungen zugleich auch als Verstoß gegen die Investitionsschutzverpflichtungen gewertet werden. Insbesondere ist denkbar, dass der CETA-Investitionsgerichtshof in zukünftigen Streitfällen die recht allgemein gehaltenen Regeln zum Schutz von Investoren vor Enteignungen als Maßstab der Handelsvorschriften von CETA versteht und entwickelt, welche die Umsetzung des Vorsorgeprinzips gefährden.

²⁸ CETA, Anhang 8-A, Ziff. 3.