

Anwendungsbereich diese Regelungen haben und ob sich die entsprechenden Disziplinen sowohl auf materielle Standards als auch auf Verfahrensregelungen beziehen.

7. Investitionsschutz

a. Vorbemerkung

Kapitel 10 CETA enthält unter dem Titel *Investment* die zentralen Bestimmungen über Investitionen, Investitionsschutz und das in der Öffentlichkeit besonders intensiv diskutierte Investor-Staat-Streitbeilegungsverfahren (*Investor-State Dispute Settlement, ISDS*).¹³⁶

Kapitel 10 unterteilt sich in sechs Abschnitte und umfasst insgesamt 43 Artikel, drei Annexe, eine Erklärung sowie eine *Joint Declaration*. Abschnitt 1 enthält Bestimmungen zu *Scope and Definitions*, Abschnitt 2 zu *Establishment of Investments*, Abschnitt 3 zu *Non-Discriminatory Treatment*, Abschnitt 4 zu *Investment Protection*, Abschnitt 5 zu *Reservations and Exceptions* und Abschnitt 6 zu *Investor-State Dispute Settlement*.

Bestimmungen zum Thema Investitionen enthalten beispielsweise auch die Kapitel 15 Finanzdienstleistungen (*Financial Services*) oder Kapitel 32 Ausnahmebestimmungen (*Exceptions*).

Die Abschnitte des Investitionskapitels zur Niederlassung bzw. Tätigkeit von Investitionen (*Establishment of Investments*) und zur Nichtdiskriminierung (*Non-Discriminatory Treatment*) wurden bereits oben erörtert.¹³⁷ Eine vertiefte Auseinandersetzung mit dem Investitionsschutzregime des CETA ist nicht Gegenstand des vorliegenden Gutachtens. Wie jedoch schon in der Einleitung dargelegt, sind einige fokussierte Anmerkungen zum Investitionsschutz unumgänglich, wenn die Auswirkungen von CETA auf die Daseinsvorsorge geprüft und eingeschätzt werden sollen. Im Mittelpunkt der Betrachtung stehen dabei im Folgenden die Bestimmungen zum Anwendungsbereich und zum (materiellen) Investitionsschutz.

b. Anwendungsbereich und Definitionen

Abschnitt 1 regelt den Anwendungsbereich des Investitionskapitels und definiert zentrale Begriffe. Das Investitionskapitel ist grundsätzlich auf alle Maßnahmen anwendbar, die von einer Partei in ihrem Gebiet ergriffen, eingeführt oder aufrechterhalten werden und die sich insbesondere auf Investoren der anderen Partei oder erfasste Investitionen (*covered investments*) beziehen (Kap 10 Art X.1 Abs 1 CETA).

Entscheidend für die Reichweite des Investitionskapitels ist die Bedeutung der zentralen Begriffe der „Investition“, der „erfassten Investition“ und des „Investors“ (siehe die Definitionen in Kap 10 Art X.3).

¹³⁶ Statt vieler *P. Eberhardt et al*, Verkaufte Demokratie. Wie die CETA-Regeln zum Schutz von Investoren das Allgemeinwohl in Kanada und der EU bedrohen, AK et al (November 2014).

¹³⁷ S oben II.B.

CETA verwendet einen sogenannten kapitalbasierten Investitionsbegriff, der zu einem weiten Anwendungsbereich führt. Erfasst sind Vermögenswerte jeder Art, die direkt oder indirekt im Eigentum eines Investors stehen bzw von diesem kontrolliert werden und die typische Charakteristika einer Investition aufweisen. Dazu zählen etwa eine relative Dauer, der Einsatz von Kapital oder anderen Ressourcen, Profiterwartungen oder die Übernahme eines gewissen Risikos. Eine indikative Liste zählt mögliche Arten von Vermögenswerten auf, die als Investitionen in Frage kommen. Erfasst sind beispielsweise: Unternehmen als solche; Wertpapiere, Anteilsrechte oder andere Unternehmensbeteiligungen; Schuldverschreibungen; Anleihen; Kredite an ein Unternehmen; Ansprüche, die sich etwa aus Konzessionen, Bauaufträgen oder ähnlichen Verträgen ergeben; jede Form von beweglichem und unbeweglichem Eigentum; geistige Eigentumsrechte; vertragliche Leistungsansprüche etc (Kap 10 Art X.3).

Ein Blick auf die Definition des Unternehmensbegriffs in Kap 10 Art X.3 macht deutlich, dass auch öffentliche Unternehmen vom Investitionsbegriff erfasst sind. Aus Sicht der Daseinsvorsorge könnte dies unter anderem dann problematisch sein, wenn öffentliche Unternehmen als „Vergleichsmaßstab“ für die Nichtdiskriminierung herangezogen werden: Ein kanadischer Investor könnte so etwa einen Verstoß gegen die Inländerbehandlung geltend machen, wenn er findet, weniger günstig behandelt zu werden als ein öffentliches Unternehmen, das Dienstleistungen der Daseinsvorsorge erbringt.¹³⁸ Sollte ein Schiedsgericht eine entsprechende Verletzung feststellen, würde dies letztlich weitreichende Konsequenzen für Organisation und Finanzierung des entsprechenden Daseinsvorsorge-sektors nach sich ziehen.

Eine gewisse Begrenzung des weiten Investitionsbegriffs ergibt sich aus der Definition der „erfassten Investitionen“ (*covered investment*). Darunter sind insbesondere nur rechtmäßig getätigte Investitionen im Gebiet einer Vertragspartei zu verstehen.

Zum Begriff des Investors ist zunächst darauf hinzuweisen, dass der Investorenbegriff Akteure erfasst, die eine Investition beabsichtigen, tätigen oder getätigt haben. Damit wird deutlich, dass sich zwar das Investitionskapitel grundsätzlich sowohl auf die Phase des Marktzugangs (*pre-establishment*), als auch auf die Post-establishment-Phase erstreckt;¹³⁹ die Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit (ISDS) erstreckt sich jedoch nicht auf die *Pre-establishment*-Phase, sondern setzt erst mit der wirtschaftlichen Betätigung (*post establishment*) ein.¹⁴⁰

Die Definition des Investorenbegriffs soll unter anderem verhindern, dass sich Briefkastenfirmen auf den Investitionsschutz und insbesondere auf die Bestimmungen zum ISDS berufen können. Dementsprechend sollen als Investoren unter anderem nur Unternehmen gelten, die im Gebiet „ihrer“ Vertragspartei „*substantial business activities*“

¹³⁸ Beispielsweise ging das Tribunal in *UPS v Canada*, Award on the Merits, vom 24.07.2007, *implizit* davon aus, dass das Staatsunternehmen „*Canada Post*“ eine Investition sei und somit grundsätzlich als Vergleichsmaßstab in Frage kommen könnte (vgl etwa Rz 173 ff). Im Ergebnis lehnte die Mehrheit der Schiedsrichter die Ansprüche, die UPS geltend machte, ab.

¹³⁹ Erfasst ist jeder Akteur „*that seeks to make, is making or has made an investment in the territory of the other Party*“, CETA 2014, 150. Damit wird deutlich, dass sich Kapitel 10 grundsätzlich sowohl auf die *pre-establishment* Phase als auch auf die *post-establishment* Phase erstreckt. S dazu näher oben II.B.2.

¹⁴⁰ Zu den Schwierigkeiten der Grenzziehung siehe oben II.B.2.

entfalten. Was darunter zu verstehen ist, regelt CETA nicht näher und hängt damit letztlich von der Interpretation eines Schiedstribunals ab.¹⁴¹ Die schützende Wirkung dieser Bestimmung ist damit insoweit beschränkt, als in der Schiedspraxis keine besonders hohen Anforderungen an *substantial business activities* gestellt werden.¹⁴²

c. Investitionsschutzstandards

Section 4 des CETA-Investitionskapitels enthält unter dem Titel *Investment Protection* unter anderem die zentralen materiellen Investitionsschutzstandards: das Gebot der gerechten und billigen Behandlung (*fair and equitable treatment*, FET) und den Schutz vor direkter oder indirekter Enteignung.¹⁴³

Die oftmals unbestimmte Formulierung beider Standards hat Schiedstribunalen in der Vergangenheit einen sehr weiten Auslegungs- und Beurteilungsspielraum eingeräumt. Lässt sich die Reichweite eines Standards aber nicht einigermaßen zuverlässig abschätzen, kann sich daraus eine unangemessene Beeinträchtigung der staatlichen Regelungshoheit ergeben.¹⁴⁴ Die mangelnde Vorhersehbarkeit könnte zu einer selbst auferlegten Zurückhaltung (sog. „*regulatory chill*“) führen.¹⁴⁵ Investoren könnten auch versuchen, die staatliche Entscheidungsfindung und Regulierung durch Klagsdrohungen zu ihren Gunsten zu beeinflussen.

Die CETA-Vertragsparteien haben versucht, Schwächen, die sich in der Vergangenheit im Bereich des Investitionsschutzes offenbart haben, punktuell zu beseitigen. So soll beispielsweise durch präzisere Definitionen der gerechten und billigen Behandlung oder der indirekten Enteignung der weite Interpretationsspielraum der Schiedstribunale eingedämmt werden.¹⁴⁶

Vor diesem Hintergrund argumentiert nicht zuletzt die Europäische Kommission immer wieder, dass damit die anerkannten Mängel bestehender ISDS-Mechanismen im Kontext des CETA „behoben“ wurden. An der Wirksamkeit der vorgenommenen „Verbesserungen“ muss jedoch in mehrfacher Hinsicht gezweifelt werden. Aus einer Daseinsvorsorgeperspektive sind insbesondere die folgenden Aspekte kritisch zu hinterfragen:

Ganz allgemein ist zu fragen, wie wirksam die Präzisierungen des FET-Standards sowie der indirekten Enteignung sind, die den Ermessensspielraum der Schiedsgerichte einschränken sollen. Damit hängt außerdem die Frage zusammen, wie wirksam der Import von materiellen Investitionsschutzstandards aus anderen Abkommen ausgeschlossen ist. Die Frage, wie wirksam die Anforderungen sind, die an die Tätigkeit eines Unternehmens gestellt werden (*substantial business activities*), um ein unerwünschtes „*forum shopping*“

¹⁴¹ Vgl auch *Fritz*, Analyse und Bewertung (2015) 9.

¹⁴² Vgl etwa im Rahmen des Energiecharta-Vertrags: *AMTO v Ukraine*, Award, 26.03.2008, §§ 68 f.

¹⁴³ CETA 2014, 158 ff.

¹⁴⁴ Vgl auch Europäische Kommission, Public consultation on modalities for investment protection and ISDS in TTIP (2014) PDF: S 8.

¹⁴⁵ Vgl etwa *P. Eberhardt*, Investment Protection at a Crossroads. The TTIP and the Future of International Investment Law, Friedrich Ebert Stiftung (Juli 2014) 7 f.

¹⁴⁶ S Europäische Kommission, Public consultation (2014) 6; krit etwa *Van Harten*, Comments on the European Commission's Approach to Investor-State Arbitration in TTIP and CETA, Osgoode Hall Law School, Legal Studies Research Paper No. 59 (2014) 5 f.

durch Briefkastenfirmen zu vermeiden, wurde oben bereits behandelt. Dazu zeigte sich, dass in der Praxis keine besonders hohen Anforderungen an das Vorliegen von *substantial business activities* geknüpft werden.

Zunächst zur Präzisierung des FET-Standards: Zur Veranschaulichung der Problematik kann auf die Entscheidung des NAFTA-Schiedstribunals in *Bilcon v Canada* verwiesen werden.¹⁴⁷ Die Entscheidung – es ging um eine Investorenklage aus Anlass der Nichterteilung einer Umweltverträglichkeitsprüfungsgenehmigung für ein Bergbauvorhaben – soll an dieser Stelle nicht vertieft behandelt oder bewertet werden. Im vorliegenden Zusammenhang ist ein Aspekt hervorzuheben: die völlig unterschiedliche Beurteilung der Schiedsrichter, ob Kanada gegen die FET-Verpflichtung aus Art 1105 NAFTA verstoßen hat oder nicht. Dabei ist bemerkenswert, dass alle drei Schiedsrichter von derselben Formulierung des FET-Standards – wie in der Entscheidung *Waste Management*¹⁴⁸ präzisiert – ausgehen:

„the minimum standard of treatment of fair and equitable treatment is infringed by conduct attributable to the State and harmful to the claimant if the conduct is arbitrary, grossly unfair, unjust or idiosyncratic, is discriminatory and exposes the claimant to sectional or racial prejudice, or involves a lack of due process leading to an outcome which offends judicial propriety—as might be the case with a manifest failure of natural justice in judicial proceedings or a complete lack of transparency and candour in an administrative process.“¹⁴⁹

Die Schiedsrichter sind sich auch einig, dass es sich dabei um eine „hohe Schwelle“ handelt, dh dass der FET-Standard einen relativ weiten Regelungsspielraum belässt.¹⁵⁰ Während die Mehrheit der Schiedsrichter auf dieser Grundlage eine Verletzung bejaht, kommt ein Schiedsrichter, *Donald McRae*, zu einem völlig anderen Ergebnis. Nicht nur, dass *McRae* im konkreten Fall eine Verletzung verneint. Nach seiner Ansicht bedeutet die getroffene Entscheidung letztlich, dass eine bloß potentielle innerstaatliche Rechtsverletzung *per se* eine Verletzung des FET-Standards darstellen würde.¹⁵¹ Damit könnte jede (behauptete) innerstaatliche Rechtsverletzung vor einem Schiedstribunal geltend gemacht werden.

Unabhängig davon, welche Auffassung im Einzelfall zutreffen mag: Die Entscheidung verdeutlicht eindrucksvoll, dass auch eine präzisere, strengere Formulierung die enormen Interpretationsspielräume der Schiedsgerichte nicht wirksam beschränkt. Hinzu kommt, dass ein Schiedsgericht bei der Beurteilung der gerechten und billigen Behandlung im Rahmen des CETA auch die „legitimen Erwartungen“ eines Investors berücksichtigen kann (Kap 10 Art X.9 Abs 4). Diese können sich aus „*specific representations*“ seitens des Staates ergeben. Diese äußerst unbestimmte Formulierung erhöht die Unvorhersehbarkeit des FET-Standards.¹⁵²

¹⁴⁷ *Bilcon v Canada*, Award on Jurisdiction and Liability, 17.03.2015. Es handelt sich dabei um ein Schiedsverfahren im Rahmen der NAFTA (Kapitel 11).

¹⁴⁸ *Waste Management Inc. v United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Award, 30.04.2004.

¹⁴⁹ *Ibid* § 98.

¹⁵⁰ *Bilcon v Canada*, Award on Jurisdiction and Liability, §§ 442 ff bzw *Bilcon v Canada*, Dissenting Opinion *Donald Mc Rae*, §§ 2, 32.

¹⁵¹ *Bilcon v Canada*, Dissenting Opinion *Donald Mc Rae*, §§ 34 ff.

¹⁵² Vgl etwa *Bernasconi-Osterwalder*, Reply to the European Commission’s Public Consultation on Investment Protection and Investor-to-State Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP), IISD Report (June 2014) 9; *P. Eberhardt et al*, Verkaufte Demokratie (2014) 14.

Ähnliches gilt auch für die sogenannte „indirekte Enteignung“, die in der Praxis den Hauptanwendungsfall von Enteignungen darstellt: Im CETA werden drei der Kriterien für eine rechtmäßige Enteignung in die Abgrenzung von indirekter Enteignung und zulässiger Regulierungsmaßnahme integriert (Kap 10 Art X.11 bzw Annex X.11 Abs 3): Eine **nicht-diskriminierende Maßnahme**, die der **Verfolgung legitimer staatlicher Ziele** dient und die unter **Einhaltung rechtsstaatlicher Verfahren** zustande gekommen ist, wird **in der Regel** keine Entschädigungspflicht auslösen. Eine klare Abgrenzung ergibt sich daraus aber trotz aller Bemühungen nicht.¹⁵³ Was etwa legitime staatliche Ziele sind, entscheidet ein Schiedsgericht im Einzelfall.¹⁵⁴

Im Zusammenhang mit öffentlichen Dienstleistungen liegt das Konfliktpotenzial von ISDS vor allem darin, dass staatliche Regulierungsmaßnahmen, die im öffentlichen Interesse getroffen werden, aus Sicht von Investoren als substantielle Minderung des Werts ihrer Investition betrachtet werden können. In solchen Konstellationen stellt sich die Frage, ob es sich dabei um eine (entschädigungslos zulässige) Ausübung des „*right to regulate*“ handelt oder ob dadurch in unzulässiger Weise in die Rechte eines Investors eingegriffen wird („*regulatory taking*“¹⁵⁵).

Auswirkungen des Investitionsschutzkapitels auf Mietzinsobergrenzen bzw eine Mietpreisbremse?

Eine Senkung der Mietzinsobergrenzen oder die Einführung einer Mietpreisbremse (nach deutschem Vorbild) können in Konflikt mit den Interessen kanadischer Investoren geraten, die derartige Regelungen als indirekte Enteignung werten könnten.¹⁵⁶ Wie erwähnt enthält das CETA detaillierte Vorgaben, wann von einer indirekten Enteignung auszugehen ist (Kap 10 Annex X.11). Zu beachten ist, dass nachteilige wirtschaftliche Auswirkungen allein nicht die Annahme einer indirekten Enteignung rechtfertigen. Es kommt darauf an, ob sich die fragliche Maßnahme wie eine direkte Enteignung auswirkt („*effect equivalent to direct expropriation*“). Die Grenze zum (entschädigungslos auszuübenden) staatlichen „*Right to regulate*“ ist im Einzelfall auf Grundlage einer faktenbasierten Untersuchung zu ziehen, wobei neben den wirtschaftlichen Auswirkungen etwa auch die Erwartungen des Investors und die Zielsetzung und Absicht des Normsetzers zu berücksichtigen sind. Nichtdiskriminierende Maßnahmen, die der Verfolgung legitimer öffentlicher Ziele dienen, stellen in der Regel keine indirekten Enteignungen dar, wenn nicht ein exzessives Missverhältnis zwischen dem Regelungszweck und den Auswirkungen der Maßnahme besteht. Ob ein Schiedstribunal die Senkung von Wohnkosten als legitimes öffentliches Ziel beurteilen würde, ist fraglich. Vor dem Hintergrund bestehender Unsicherheiten könnte ein Investor gegebenenfalls versuchen, durch die Androhung einer Klage bereits im Rechtsetzungsprozess Druck auszuüben, um die Einführung einer Maßnahme wie einer Mietzinsobergrenze zu verhindern (*regulatory chill*).

¹⁵³ UNCTAD, Expropriation. A Sequel (2012) 91: „*The challenge is old but still unsettled*“.

¹⁵⁴ Jene Kriterien, die zur Prüfung der Rechtmäßigkeit einer direkten Enteignung herangezogen werden (*public purpose, due process, non-discrimination*), werden auch bei der Abgrenzung von zulässigen Regulierungsmaßnahmen und indirekten Enteignungen herangezogen, vgl UNCTAD, Expropriation. A Sequel (2012) 95.

¹⁵⁵ Vgl *Krajewski*, Investment Law and Public Services, in Bungenberg et al (Hrsg), International Investment Law – A Handbook (2015), Rz 21.

¹⁵⁶ Vgl oben II.B.7.c.

Zum Kapitel Subventionen wurde bereits ausgeführt, dass die Gewährung von öffentlichen Zuwendungen im CETA zwar vom Grundsatz der Inländerbehandlung ausgenommen ist, dass CETA für die Frage der Gewährung von staatlichen Beihilfen dennoch nicht folgenlos ist. Das Konfliktpotenzial von ISDS liegt auch im Zusammenhang mit öffentlichen Zuwendungen vor allem darin, dass Änderungen der Zuwendungspraxis oder des rechtlichen Rahmens aus der Sicht von ausländischen Investoren als Verletzung des FET-Standards oder als entschädigungspflichtige indirekte Enteignung angesehen und Klagen ergriffen werden könnten.

Gerade für die adäquate und bedürfnisorientierte Erbringung von öffentlichen Dienstleistungen kann es notwendig sein, im öffentlichen Interesse auf geänderte Rahmenbedingungen zu reagieren und zB Förderrahmen zu verändern oder neue Qualitätsstandards für die Leistungserbringung einzuführen.

Denkbar wäre etwa folgende Konstellation: Ein Bundesland hat die Wohnbauförderung so gestaltet, dass nur gemeinnützige Bauvereinigungen Wohnbauförderungen beziehen können. Dass ein kanadischer (nicht gemeinnütziger) Investor diese Subvention nicht erhält, kann von diesem nicht als Verletzung der Inländerbehandlung geltend gemacht werden. Wenn das Land die Wohnbauförderrichtlinien jedoch ändert und gemeinnützig Bauvereinigungen höhere Zuwendungen gewährt, könnte ein kanadischer Investor, der behauptet, dadurch einen Schaden zu erleiden, jedoch eine Verletzung von Investitionsschutzstandards (FET, indirekte Enteignung) geltend machen und vor einem ISDS-Tribunal klagen.

Zuletzt ist in diesem Zusammenhang auch der Frage nachzugehen, ob der Import von materiellen Investitionsschutzstandards aus anderen Abkommen in CETA wirksam ausgeschlossen ist.¹⁵⁷

In der Literatur wurde auf die Meistbegünstigungsklausel als mögliche Schwachstelle im CETA-Investitionskapitel hingewiesen.¹⁵⁸ Auf der Grundlage des Kap 10 Art X.7 Abs 4 ist zwar ein Import von (aus Investorensicht) günstigeren ISDS-Verfahrensbestimmungen ausgeschlossen; ein Import günstigerer *materieller* Standards ist jedoch nicht von vornherein ausgeschlossen, sondern davon abhängig, ob die fragliche Vertragspartei im Zusammenhang mit derartigen Verpflichtungen *Maßnahmen* gesetzt hat.¹⁵⁹ Der Begriff der Maßnahme ist dabei weit zu verstehen und erfasst gem Kap 10 Art X.3 neben Gesetzen und Verordnungen etwa auch Entscheidungen, Verwaltungshandeln „oder jede andere Form einer Maßnahme einer Vertragspartei“.¹⁶⁰ Inwiefern sich aus Kap 10 Art X.7 Abs 4 eine wirksame Beschränkung eines Imports von Schutzstandards aus anderen Abkommen ergibt, bleibt angesichts dieser wenig aussagekräftigen Regelung weitgehend unklar.

Vor diesem Hintergrund überrascht es auch, dass die CETA-Vertragsparteien die Wirkung des Meistbegünstigungsgrundsatzes nicht wenigstens auf zukünftige Abkommen beschränkt

¹⁵⁷ S dazu auch schon oben II.B.2.

¹⁵⁸ *Tzanakopoulos* JWIT 2014, 501 f; *Van Harten*, Comments (2014) 10 f, 20.

¹⁵⁹ Kap 10 Art X.7 Abs 4: „[...] *absent measures adopted by a Party pursuant to such obligations*“.

¹⁶⁰ CETA 2014, 150.

haben, wie dies etwa im kanadischen *Model BIT* 2004 vorgesehen ist.¹⁶¹ Dabei wird in der Literatur darauf hingewiesen, dass das Fehlen einer derartigen Bestimmung für die EU eine weit größere Gefahr darstellen dürfte als für Kanada, da zahlreiche BITs der Mitgliedstaaten weite, unqualifizierte Standards normieren, die dann über die Meistbegünstigungsklausel auch „importiert“ werden können.¹⁶² Könnten sich kanadische Investoren auf diesem Weg auf einen „günstigeren“ – weil weniger restriktiven – FET- oder Enteignungs-Standard berufen, würden die diesbezüglichen Präzisierungsbemühungen im CETA ins Leere laufen.¹⁶³

8. Das sogenannte „*Right to regulate*“

Eigentlich ist es eine Selbstverständlichkeit, dass souveränen Staaten in ihrem Hoheitsgebiet das Recht zukommt, im öffentlichen Interesse regulierend tätig zu werden. Wie aus einer Stellungnahme der Europäischen Kommission zum CETA-Verhandlungsergebnis hervorgeht, betrachten sowohl die EU als auch Kanada dieses Recht auf Regulierung im öffentlichen Interesse innerhalb ihrer Hoheitsgebiete „als ein wesentliches Grundprinzip des Abkommens“.¹⁶⁴ Nach Ansicht der Europäischen Kommission ist die Gestaltungsfreiheit der Mitgliedstaaten in der Daseinsvorsorge auch durch das in CETA verankerte „*Right to regulate*“ abgesichert. Dem stehen in der öffentlichen Diskussion Befürchtungen gegenüber, dass kanadische Investoren bzw in Kanada niedergelassene Investoren mit substanzieller Geschäftstätigkeit in Kanada zB gegen Umweltschutzstandards vorgehen und diese aushebeln können.

Aus einer rechtlichen Perspektive ist zu differenzieren: Einerseits wird der Begriff des „*Right to regulate*“ an mehreren Stellen im CETA verwendet; andererseits kann das „*Right to regulate*“ unabhängig davon gewissermaßen als Kehrseite der materiellen Investitionsschutzstandards verstanden werden. Letzteres zeigt deutlich den defensiven Charakter eines so verstandenen staatlichen Rechts auf Regulierung: denn dieses Recht reicht nur so weit, wie es die Spruchpraxis der ISDS-Tribunale zulässt. Mit dem Anspruch auf gerechte und billige Behandlung (FET) und dem Gebot zur Entschädigung indirekter Enteignungen stehen diesem „Recht“ des Staates zwei wichtige Schutzstandards für Investoren gegenüber, die durch die Spruchpraxis der ISDS-Schiedsgerichte zu einem ausgesprochen durchschlagskräftigen Instrument entwickelt wurden.¹⁶⁵

Aber auch die positivrechtliche Verankerung des „*Right to regulate*“ hält nicht, was man sich davon verspricht: Zunächst nehmen die Vertragsparteien in der – rechtlich nicht bindenden – Präambel zu CETA auf das „*Right to regulate*“ Bezug.¹⁶⁶ Weiters wird das „*Right to*

¹⁶¹ Vgl Art 9 Abs 3 iVm Annex III Abs 1 Model BIT 2004, verfügbar unter <<http://www.italaw.com/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf>>.

¹⁶² Vgl Tzanakopoulos JWIT 2014, 501 f, der betont, dass insb die älteren BITs der EU-Mitgliedstaaten weite, unqualifizierte Behandlungsstandards enthalten.

¹⁶³ Tzanakopoulos JWIT 2014, 502 bringt das auf den Punkt: „*In any event, the omission of a limitation of retroactive MFN application risks unravelling whatever attempt at modernization [...] the parties thought they had achieved in the CETA investment chapter*“.

¹⁶⁴ Europäische Kommission, Verhandlungsergebnisse (2014) 1.

¹⁶⁵ S dazu oben II.B.7.c.

¹⁶⁶ „*RECOGNIZING that the provisions of this Agreement preserve the right to regulate within their territories and resolving to preserve their flexibility to achieve legitimate policy objectives, such as public*