

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*).<sup>136</sup>

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.<sup>137</sup> 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).

---

<sup>136</sup> 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).

<sup>137</sup> 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.<sup>138</sup> 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;<sup>139</sup> die Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit (ISDS) erstreckt sich jedoch nicht auf die *Pre-establishment*-Phase, sondern setzt erst mit der wirtschaftlichen Betätigung (*post establishment*) ein.<sup>140</sup>

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*“

---

<sup>138</sup> 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.

<sup>139</sup> 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.

<sup>140</sup> 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.<sup>141</sup> Die schützende Wirkung dieser Bestimmung ist damit insoweit beschränkt, als in der Schiedspraxis keine besonders hohen Anforderungen an *substantial business activities* gestellt werden.<sup>142</sup>

### 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.<sup>143</sup>

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.<sup>144</sup> Die mangelnde Vorhersehbarkeit könnte zu einer selbst auferlegten Zurückhaltung (sog „*regulatory chill*“) führen.<sup>145</sup> 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.<sup>146</sup>

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*“

---

<sup>141</sup> Vgl auch *Fritz*, Analyse und Bewertung (2015) 9.

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

<sup>143</sup> CETA 2014, 158 ff.

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

<sup>145</sup> 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.

<sup>146</sup> 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.