

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*