

Die „Goldmarie“ reißt die roten Linien

Zum Investitionsschutz im Wirtschafts- und Handelsabkommen zwischen der Europäischen Union und Kanada (CETA)

von Eberhard Waiz

Neben der „Pechmarie“, dem Transatlantischen Freihandelsabkommen (TTIP) mit den USA, dessen rechtzeitiger Verhandlungsabschluss zum Ende des Jahres fraglich ist, verfügt Frau Holle, die Handelskommissarin der Europäischen Kommission Cecilia Malmström, noch über eine zweite Hilfe, mit der sie die Inhalte transatlantischer Freihandelsabkommen über die Europäische Union schüttern kann: Das Wirtschafts- und Handelsabkommen zwischen der Europäischen Union und Kanada (CETA). Die Verhandlungen endeten im August 2014. Die rechtliche Überprüfung war am 29. Februar 2016 abgeschlossen. Nun wird es in die anderen Amtssprachen der EU und Kanadas übersetzt und soll danach dem Ministerrat und dem Europäischen Parlament zur Billigung vorgelegt werden.¹ Das ist die „Goldmarie“, wenn man einer Pressemitteilung der SPD-Bundestagsfraktion glauben möchte². In diesem Beitrag soll aufgezeigt werden, dass für Begeisterung kein Anlass besteht.

1. Das weitere Verfahren zur Inkraftsetzung

Die Kommission plant, das Abkommen zusammen mit den Beschlussentwürfen über dessen Unterzeichnung und Abschluss im Juli förmlich dem Rat zu übermitteln. In der Regel wird dabei auch vorgeschlagen, das Abkommen vorläufig anzuwenden. Die Kommission übermittelt auch ihre Position im Hinblick darauf, ob es ein gemischtes Abkommen ist (die EU und alle 28 Mitgliedstaaten sind dann Vertragspartner) oder ob es in die alleinige

Zuständigkeit der EU fällt. Die Kommission hat sich noch nicht festgelegt und prüft diese Frage noch.

Mehrere Varianten sind denkbar: Der Rat kann beschließen, die Vorschläge der Kommission hinsichtlich der Rechtsnatur des Abkommens zu ändern, wenn das Abkommen Bereiche umfasst, die nicht in die alleinige Zuständigkeit der Union fallen; oder er kann seine vorläufige Anwendung einstimmig beschließen. Bisher hat der Rat nicht vorgeschlagen, das Abkommen vor Erteilung der Zustimmung des Europäischen Parlamentes vorläufig anzuwenden. Ohne Zustimmung des Europäischen Parlamentes wird es zu keiner vorläufigen Anwendung kommen. Dabei können nur die Teile, die in alleiniger Zuständigkeit der EU sind, vorläufig angewendet werden.

Ist das Abkommen durch beide Vertragsparteien unterzeichnet, übermittelt der Rat das Abkommen zusammen mit dem Beschlussentwurf an das Europäische Parlament. Das ist für das zweite Halbjahr 2016 zu erwarten.

Die Bundesregierung ist, wie alle anderen Mitgliedstaaten und der Juristische Dienst des Rates, der Auffassung, dass es sich bei CETA um ein gemischtes Abkommen handelt. Nach Ansicht der Bundesregierung berühren zentrale Teile des Abkommens die Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten. Dazu zähle auch der Investitionsschutz. Falls die Kommission zu der Auffassung gelangt, es sei ein reines EU-Abkommen, dürfte der Rat dies abändern. Das gemischte Abkommen muss von allen 28 Mitgliedstaaten entsprechend ihrer verfassungs-

¹ European Commission, CETA – Summary of the final negotiating results, S. 1, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/december/tradoc_152982.pdf
² Pressemitteilung vom 1. 3. 2016: CETA-Durchbruch: großer SPD-Erfolg <http://www.spdfraktion.de/presse/pressemitteilungen/ceta-durchbruch-grosser-spd-erfolg>

rechtlichen Grundlagen ratifiziert werden. In Deutschland geschieht dies durch den Bundestag und eventuell den Bundesrat.³

Die SPD will auf einem Parteikonvent im September 2016 über ihre Haltung zu CETA entscheiden. Der Parteivorstand wird eine Synopse vorlegen, in der dargelegt wird, inwieweit die roten Linien des Parteitagsbeschlusses vom 12. Dezember 2015, der auf den Parteikonventsbeschluss vom 20. September 2014 Bezug nimmt, eingehalten sind.

Eine solche Gesamteinschätzung kann hier nicht geleistet werden. Anhand des Investitionsschutzes soll aber exemplarisch die Übereinstimmung mit den roten Linien untersucht werden. Es zeigt sich, dass bei der „Goldmarie“ nicht alles Gold ist, was glänzt, und dass die roten Linien überschritten werden. Neben dem Investitionsschutz weist CETA noch eine Reihe anderer problematischer Bereiche auf. Die Arbeitsgemeinschaft Sozialdemokratischer Juristinnen und Juristen NRW hat sich exemplarisch auch mit der regulatorischen Kooperation, dem Vorsorgeprinzip und der Daseinsvorsorge befasst. Diese Ergebnisse sind in einem Musterantrag dargelegt worden. Auch danach kann CETA nicht zugestimmt werden. Auch eine vorläufige Anwendung scheidet aus.⁴

3 Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Häufig gestellte Fragen zum EU-Wirtschafts- und Handelsabkommen (CETA) <http://www.bmw.de/DE/Themen/Aussenwirtschaft/Freihandelsabkommen/ceta,did=654766.html>

4 Arbeitsgemeinschaft sozialdemokratischer Juristinnen und Juristen NRW, Musterantrag der ASJ zum Freihandelsabkommen zwischen Kanada und der EU – CETA, https://asset02.nrwspd.net/docs/doc_66176_201653105632.pdf; Aufgrund eines Beschlusses des ASJ-Bundesausschusses vom 29. Mai 2016 soll der Antrag auch auf der Startseite der Bundes ASJ eingestellt werden https://www3.spd.de/spd_organisationen/asj/. Zu den weiteren Überschreitungen der roten Linien s. a. den vorstehenden Aufsatz. Die Bundesregierung kommt bei diesen Themen zu anderen Ergebnissen: Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Klaus Ernst u. a. – Drucksache 18/8175, vom 20. 4. 2016, Der CETA-Vertrag nach Abschluss der Rechtsförmlichkeitsprüfung <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/081/1808175.pdf>. Dagegen kritisch zum Investitionsschutzkapitel im CETA auch: Powershift u. a., Kurzanalyse des CETA-Vertragstextes vom 29.02.2016: Massive Ausweitung der Privilegien für Investoren auf beiden Seiten des Atlantiks steht bevor, Berlin 23. 4. 2016 http://power-shift.de/wordpress/wp-content/uploads/2016/05/Powershift-Campact-TTIP_Unfairhandelbar-Analyse-ISDS_CETA_final.pdf und Pia Eberhardt, The Zombie ISDS, Rebranded as ICS, rights for corporations to sue states refuse to die, März 2016, http://corporateurope.org/sites/default/files/attachments/the_zombie_isds_o.pdf deutsche Kurzfassung: http://corporateurope.org/sites/default/files/attachments/zombie-isds-ex-sum-de_o.pdf

2. Investitionsschutz und Investitionsschutzgerichtsbarkeit

Im Parteitagsbeschluss vom 12. Dezember 2015 wird gefordert:

1. Ein öffentlich-rechtlicher Mechanismus muss an die Stelle privater Schiedsgerichte treten, mit von Vertragsparteien ausgewählten Richtern,
2. Investitionsschutzregeln sollen nach rechtstaatlichen Prinzipien ausgestaltet werden,
3. die Verfahren müssen öffentlich und transparent sein,
4. es soll eine Berufungsinstanz geben und
5. präzise formulierte Rechtsbegriffe ohne weiten Interpretationsspielraum,
6. die Einrichtung echter internationaler Handelsgerichtshöfe wird angestrebt.⁵

Die Kommission hat am 12. November 2015 nach einer Konsultation und einem längeren Diskussionsprozess einen Text zum Investitionsschutz vorgestellt, der in die Verhandlungen mit den USA eingebracht wurde.⁶ Der Regelungsgehalt dieses Vorschlags hat nun auch in CETA Eingang gefunden.

5 Ordentlich Bundesparteitag in Berlin vom 10. – 12. Dezember 2015, Beschluss Nr. 27, Globalisierung gestalten - fairen Handel ermöglichen – demokratische Grundsätze gewährleisten, S. 2 f. <https://www.spd.de/aktuelles/bundesparteitag-2015/beschluesse/beschluss-chancen-und-risiken-des-transatlantischen-freihandels/>

6 European Commission, Transatlantic Trade and Investment Partnership, Trade in Services, Investment and E-Commerce, Chapter II, Investment, the European Union's proposal for Investment Protection and Resolution of Investment Disputes http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf; vgl. ausführlich zur Diskussion über die Konsultation und die Reformvorschläge der Kommission zum Investitionsschutz in Europa Eberhard Waiz, Vom Wettlauf zwischen dem Hasen und dem Igel und der Taube auf dem Dach, die Vorschläge der Europäischen Kommission, der sozialdemokratischen Handelsminister und des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie zu Innovationen beim Investitionsschutz und bei den Investor-Staat-Schiedsverfahren im Wirtschafts- und Handelsabkommen zwischen der Europäischen Union und Kanada (CETA) und im Transatlantischen Freihandelsabkommen (TTIP), 2. Juni 2015, https://asset03.nrwspd.net/docs/doc_62788_201582202040.pdf

Von dem Parteitagsbeschluss ist lediglich die Forderung 3 erfüllt. Die Forderungen 4 und 6 scheinen umgesetzt zu sein. Aber es ergeben sich beim Berufungsgericht und dem multilateralen internationalen Handelsgerichtshof weitere Pferdefüße. Eine differenzierte Betrachtung ergibt insgesamt, dass das Investitionsschutzkapitel nach den Grundsätzen des Parteitagsbeschlusses nicht zustimmungsfähig ist:

Zu 1.: Die Unterscheidung zwischen dem nunmehr vorgeschlagenen öffentlichen bilateralen Investitionsgericht und bisherigen privaten Schiedsgerichten hält einer näheren Betrachtung nicht stand. Die neuen „öffentlichen“ Gerichte entsprechen in ihrer Funktionsweise, Anreizstrukturen und wahrscheinlich auch in ihrer Zusammensetzung weitgehend den bisherigen Schiedsgerichten.

Neu ist, dass es nun eine zahlenmäßig begrenzte, von den Vertragsparteien besetzte Richterliste, und nicht mehr Richterlisten der Schiedsorganisationen gibt. Außerdem werden die befristet berufenen Richter für die Spruchkammern nach einem Zufallsmechanismus ausgewählt. Sie dürfen zudem nicht mehr gleichzeitig als Anwalt tätig sein. Aber nach den Zulassungskriterien für die Richter sind Anwälte nicht ausgeschlossen und nach den Qualifikationsanforderungen spricht vieles dafür, dass vor allem der Kreis bisheriger Schiedsrichter in Frage kommt. Faktisch hat sich bislang die Schiedsgerichtsbarkeit auf einen kleinen Kreis von Schiedsrichtern konzentriert, die sich aus einer kleinen Zahl internationaler spezialisierter Anwaltskanzleien rekrutierten.⁷

Die fallweise Besoldung mit Tagessätzen von 3000 US-Dollar bleibt neben einer (in CETA nicht bezifferten, aber im Vorschlag der Kommission vom 12. Dezember 2015 kleinen) monatlichen Grundvergütung erhalten. Damit besteht auch die finanzielle Anreizstruktur zur Generierung hoher Fallzahlen weiter fort. Denn klagen können nur die Unternehmen. Eine feste Richterbesoldung ist lediglich als eine nachträglich mögliche Modifikation vorgesehen. Die Verquickung von Richterfunktion und Einkommensinteressen wird nicht aufgelöst.⁸

Als Sekretariat dient weiterhin die bei der Weltbank angesiedelte Schiedsorganisation ICSID⁹. Auch das ist ein Indiz dafür, dass die Gegenüberstellung von alten privaten Schiedsgerichten und einem neuen öffentlichen bilateralen Investitionsgericht fragwürdig ist. ICSID gilt als nicht ausreichend neutral.¹⁰

Stellung und Funktion der Richter folgt somit noch immer nicht rechtsstaatlichen Grundsätzen. Es fehlt an der erforderlichen Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Richter¹¹. Die Reform ist auf einem Viertel des Weges stecken geblieben.

Zu 2.: Die Investitionsschutzregeln entsprechen nicht rechtsstaatlichen Grundsätzen, da sie noch immer zu unbestimmt sind (s. Nr. 5).

Zu 4.: Im Vorschlag der Europäischen Kommission vom Dezember 2015 war das Berufungsgericht analog zum Gericht der ersten Instanz ausgestaltet.¹² In CETA werden an die

7 Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada, of the One Part, and the European Union [and its Member States] of the Other Part, Art. 8.27 Abs. 4, 7, 12, 14, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/february/tradoc_154329.pdf; Eberhard Waiz, a. a. O., S. 24 f., 27; Markus Krajewski, Rhea Tamara Hoffmann, Der Vorschlag der EU-Kommission zum Investitionsschutz in TTIP, Friedrich-Ebert-Stiftung, S. 14 <http://library.fes.de/pdf-files/wiso/12379.pdf>

8 Vgl. Markus Krajewski, Rhea Tamara Hoffmann, a. a. O. S., 13. f.; Eberhard Waiz, a. a. O., S. 24 f. 27; Deutscher Richterbund, Stellungnahme zur Errichtung eines Investitionsgerichts für TTIP - Vorschlag der Europäischen Kommission vom 16.09.2015 und 12. 11. 2015, Stellungnahme 4/16, Februar 2016, S. 3 f. http://www.drbb.de/fileadmin/docs/Stellungnahmen/2016/DRB_160201_Stn_Nr_04_Europaeisches_Investitionsgericht.pdf

9 CETA, a. a. O., Art. 8.27 Abs. 16

10 Eberhard Waiz, a. a. O., S. 8

11 Malte Marwedel, „Reformierter“ Investitionsschutz in TTIP: Zwei Schritte voran – und gegen die Wand, verfassungsblog.de/reformierter-investitionsschutz-in-ttip-zwei-schritte-voran-und-gegen-die-wand/; Deutscher Richterbund, a. a. O.

12 EuropaenCommission, a. a. O., Art. 10

Berufungsrichter dieselben Qualifikationsanforderungen gestellt wie an das Gericht der ersten Instanz. Die Frage der Besoldung bleibt offen und wird einer Entscheidung des administrativen Gemeinsamen Ausschusses überlassen¹³. Wir kaufen in diesem wichtigen Punkt die Katze im Sack. Der Gemeinsame Ausschuss ernennt auch die Richter.¹⁴ Eine parlamentarische Beteiligung bei der Richterauswahl des Obersten Investitionsschutzgerichts, wie etwa bei den obersten Gerichtshöfen in Deutschland, ist nicht vorgesehen. Es spricht viel dafür, dass es sich, wie auch die erstinstanzlichen Gerichte, an Entwicklungen im internationalen Investitionsschutzrecht orientieren wird, da CETA auf die gleichen Begrifflichkeiten und auch auf Personen mit beruflicher Investitionsschutzsozialisation zurückgreift. Das Berufungsgericht wird große Macht bei der Rechtsauslegung und Rechtsfortentwicklung haben. Anders als im Nationalstaat, wo richterliche Rechtsfortbildung durch das Parlament korrigiert werden kann, sind die Hürden für nachträgliche Modifikationen der vertraglichen Anspruchsgrundlagen für Investoren durch das Parlament rechtlich und faktisch außerordentlich hoch. Die Erfahrungen mit Berufungsgerichten der Welthandelsorganisation zeigen, dass sie auch eine Vermehrung der Zahl der Klagen bewirken können.¹⁵ Das wäre ein völlig unerwünschter Nebeneffekt.

Zu 5.: Die Anspruchsgrundlagen, wie etwa die „Faire und gerechte Behandlung“ und die „Indirekte Enteignung“ sind noch immer zu weit und zu unbestimmt gefasst. Der Versuch einer Eingrenzung und Präzisierung in CETA folgt der immanenten Diskussion im internationalen Investitionsschutzrecht, ist also von den Profiteuren der Investitionsschutzindustrie maßgeblich selbst mitformuliert worden. Dem sinnvollen Vorschlag des Bundeswirtschaftsministers, die Haftung auf den Tatbestand der Inländergleichbehandlung zu be-

schränken, ist die Kommission nicht gefolgt. Es besteht daher nach wie vor ein Parallelrecht, das Abwägungen mit der Sozialpflichtigkeit des Eigentums, wie es in unterschiedlicher Ausprägung in den Rechtsordnungen der EU-Mitgliedsstaaten verankert ist, nicht kennt. Es drohen weiterhin hohe Schadensersatzzahlungen auch für entgangene Gewinne. Die Rückwirkung auf staatliche Regulierungstätigkeit durch Antizipation möglicher Klagen bleibt bestehen (Regulatory Chill). Das eingefügte Recht auf Regulierung schafft keine Abhilfe. Es ist unklar formuliert und ohnehin eine völkerrechtliche Selbstverständlichkeit. Es ist keine Bereichsausnahme oder Schrankenregelung für die Rechte der Investoren, sondern eine schlichte Auslegungshilfe bei der richterlichen Abwägung. Das Recht auf Regulierung gilt zudem nur für „legitime“ Ziele und eröffnet einen Beurteilungsspielraum für die Gerichte, was erlaubte und nicht erlaubte Regulierungen sind. Das Recht auf Regulierung wurde in der Vergangenheit von Schiedsgerichten sehr restriktiv ausgelegt. Erhalten bleibt ebenfalls die Möglichkeit, durch Ausschüsse, darunter dem entscheidenden Gemeinsamen Ausschuss, die mit Beamten des kanadischen Handelsministeriums und der EU-Kommission besetzt werden, verbindliche Interpretationsvorgaben zu formulieren und neue Anspruchsgrundlagen nachträglich einzufügen.¹⁶ Abgesehen davon, dass die Gerichte ohnehin fragwürdig konstruiert sind, gilt: ein Gericht kann nur so gut sein, wie die inhaltlichen Grundlagen, die seiner Tätigkeit zugrunde liegen.

Zu 6.: Das gilt auch für den langfristig angestrebten multilateralen Investitionsgerichtshof. Inländische Unternehmen würden dabei weiterhin materiell rechtlich und verfahrensrechtlich benachteiligt. Er würde nichts daran ändern, dass ausländische Investoren fragwürdige materielle und prozessuale Sonder-

¹³ CETA, a. a. O., Art. 8:28 Abs. 4 und 7

¹⁴ CETA, a. a. O., Art. 8:28, Abs. 3

¹⁵ Eberhard Waiz, a. a. O., S. 27.

¹⁶ Eberhard Waiz, a. a. O., S. 10 f., 15 f., 19, 23, 24, 26 f.; Markus Krajewski, Rhea Tamara Hoffmann, a. a. O., S. 8 f., 11f.; Malte Marwedel, a. a. O., S. 2 f.

rechte erhalten, ohne dass damit zusätzliche Pflichten korrespondieren. Der Schutz sozialer Rechte und der Schutz der Umwelt müssten ebenso gewährleistet (und einklagbar) sein wie der Schutz von Investitionen.

Die Einführung eines Sonderrechtsregimes ist ein Verstoß gegen das grundlegende Prinzip der demokratischen Gleichheit. Soziale Rechte und Belange des Umweltschutzes (und damit sozialdemokratische Positionen) geraten strukturell in die Defensive. Solange der langfristig angestrebte multilaterale Handelshof ebenfalls so einseitig ausgerichtet und auf die o. a. problematischen Anspruchsgrundlagen verpflichtet ist, ist er völlig unzureichend¹⁷.

Allerdings ist internationaler Investitionsschutz und damit auch ein solches Gericht für Verträge zwischen Vertragspartnern mit funktionierenden rechtsstaatlichen Systemen nicht erforderlich. Das war auch noch bis 2014 die Position der Bundesregierung für das Transatlantische Freihandelsabkommen mit den USA, TTIP.¹⁸ Es ist in der EU und in Kanada davon auszugehen, dass der nationale Rechtsweg einen effektiven Investitionsschutz sicherstellt. Eine systematische Verletzung des Investitionsschutzes durch Nationalstaaten im Geltungsbereich von CETA ist bislang nicht vorgetragen worden. Wenn es systematische Mängel im nationalen Rechtsschutz geben sollte, dann wäre der rechtspolitisch vorzuziehende Weg, diese zu beseitigen, weil auch die nationalen Investoren und die nationale Rechtskultur davon profitieren. Internationaler Investitionsschutz wäre sonst ein bequemer Bypass zur Vermeidung notwendiger nationaler Rechtsreformen.¹⁹

17 Vgl. ASJ NRW, a. a. O., S. 5

18 Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft (TTIP) zwischen der EU und den USA, Fakten und Informationen, häufig gestellte Fragen und Antworten, Berlin, April 2014, S. 36

19 Eberhard Waiz, a. a. O. S. 30; ASJ NRW, a. a. O.; Deutscher Richterbund, a. a. O., S. 3

Im Kapitel 23 von CETA, Handel und Arbeit, werden bezeichnenderweise keine internationalen Schiedsgerichte installiert. Die Parteien verpflichten sich, ihre Schutzniveaus in der Arbeitsgesetzgebung nicht aus handelspolitischen Gründen zu reduzieren.²⁰ In diesem Kontext verpflichten sie sich, einfache, kostengünstige, rasche, faire und gerechte rechtliche Instrumente einschließlich von Abhilfemaßnahmen für die Betroffenen vorzusehen, falls Arbeitsgesetze verletzt werden.²¹ Leider sind diese Regeln weder vor Schiedsgerichten noch vor dem zwischenstaatlichen Streitmechanismus einklagbar.²² Die Gefahr, dass hier ein „Papiertiger“ erschaffen wurde, ist groß. Jedoch ließe sich das auch anders regeln.

Die vorgenommene, wenn auch unzureichende Stärkung des nationalen Rechtsweges im Kapitel Handel und Arbeit bekräftigt jedenfalls, dass dies eine realistische Alternative zum internationalen Investitionsschutzregime darstellt. Auch das wirft ein Schlaglicht auf dessen Fragwürdigkeit. ■

☞ Eberhard Waiz ist Mitglied des Landesvorstandes der Arbeitsgemeinschaft Sozialdemokratischer Juristinnen und Juristen NRW und war bis 2013 jahrelang in der Abteilung Europa, Internationale Angelegenheiten und Medien der Staatskanzlei NRW mit Europapolitik befasst. Er lebt in Ratingen.

20 CETA, a. a. O., Art. 23.4. Eine Reduzierung aus anderen Gründen, etwa haushaltspolitischer Art, wird allerdings nicht verhindert. Problematisch wird es, wenn mit anderen Motiven gleichzeitig auch handelspolitische Motive verfolgt werden, vgl. dazu Peter Tobias Stoll, Till Patrik Holterhus, Henner Gött, Die geplante Regulierungszusammenarbeit zwischen der Europäischen Union und Kanada sowie den USA nach den Entwürfen von CETA und TTIP, Göttingen, Juni 2015, S. 20 http://www.abl-ev.de/fileadmin/Dokumente/AbL_ev/Welthandel/2015_Rechtsgutachten_TTIP_CETA_Regulierungszusammenarbeit.pdf

21 CETA, a. a. O., Art. 23.5

22 Bei Streitigkeiten sollen die Parteien eine gegenseitig einvernehmliche Lösung finden. Sie können auch einen Expertenrat anrufen. Harte Durchsetzungsinstrumente, wie die Verhängung von Handelsstrafmaßnahmen sind nicht vorgesehen. CETA, a. a. O., Art. 23.11, Peter Tobias Stoll, Till Patrik Holterhus, Henner Gött, a. a. O.