

Anmerkungen zum Gutachten von Dr. Stephan Schill zu den Auswirkungen der Bestimmungen zum Investitionsschutz und zu den Investor-Staat-Schiedsverfahren im Entwurf des CETA auf den Handlungsspielraum des Gesetzgebers vom 22.9.2014

Am 22. September stellte das Bundeswirtschaftsministerium ein von Dr. Stephan Schill, LL.M. (NYU), Heidelberg, verfasstes Gutachten zu den Auswirkungen des Investitionsschutzkapitels im geplanten Freihandelsabkommen zwischen der EU und Kanada (CETA) vor, in dem untersucht wurde, wie sich die Bestimmungen dieses Abkommens auf den Handlungsspielraum des Gesetzgebers auswirken.¹ Mit diesem Gutachten wollte das Bundeswirtschaftsministerium Bedenken gegen ein Investitionsschutzkapitel mit Investor-Staat-Schiedsverfahren im CETA ausräumen. Entgegen der Darstellungen des Ministeriums gelingt dies jedoch nicht. Zum einen ist bereits die Gutachtenfrage verkürzt und beruht auf einer methodisch angreifbaren Prämisse. Zum anderen beruhen die Grundthesen des Gutachtens auf hypothetischen Überlegungen zu dessen tatsächlicher Anwendung durch Investor-Staat-Schiedsgerichte. Die grundlegenden Bedenken gegen diese Methode der Streitbeilegung und gegen zahlreiche Elemente des Investitionsschutzes wie er im CETA realisiert werden soll, werden nicht entkräftet.

I. Kritik an der Fragestellung

1. Auf legislatives Handeln beschränkte Gutachtenfrage

Die erste und die zweite dem Gutachten zu Grunde liegenden Fragen, die den Rahmen der Untersuchung darstellen, beschränken den Gutachtenauftrag auf den Handlungsspielraum des Gesetzgebers. Entsprechend werden die Auswirkungen des Investitionsschutzes im CETA auf die Exekutive (= Regierung und Verwaltung) ausdrücklich nicht bewertet.² Staatliche Regulierung erschöpft sich jedoch nicht im legislativen Handeln. Vielmehr sind Verwaltungsentscheidungen, insbesondere gesetzesvollziehende Entscheidungen, ein zentrales Element der regulativen Steuerung von wirtschaftlichen Akteuren. Dies betrifft insbesondere den Umweltschutz (z. B. BImSchG, BNatSchG, WHG), die örtliche und überörtliche Bauleit- und Fachplanung aber auch das Abgaben-, Sozial- und Arbeitsschutzrecht.

Tatsächlich zeigt die Praxis der Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit, dass sich die überwiegende Zahl der Verfahren auf Verwaltungs- und Regierungsentscheidungen beziehen. Dass Gesetze direkt angegriffen werden, wie etwa im Fall der Klage Vattenfalls gegen die 13. Novelle des Atomgesetzes³ ist nicht der Regelfall. Beispielhaft sei an die Klage Vattenfalls

¹ Stephan 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 (Kurzgutachten), im Internet unter: <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/C-D/ceta-gutachten-investitionsschutz,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf> (22.9.2014).

² Schill (Fn. 1), S. 1.

³ Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany, ICSID Case No. ARB/12/12.

gegen wasserschutzrechtliche Auflagen beim Bau des Kraftwerks Hamburg-Moorburg erinnert.⁴

Neben der quantitativen Bedeutung der Konstellationen, in denen Investitionsschutzabkommen administratives Handeln beeinträchtigen, ist die Auslassung dieser Konstellation im Gutachten von struktureller Bedeutung. Verwaltungshandlungen sind durch das nationale Recht stärker vorprogrammiert als gesetzgeberisches Handeln. Während letzteres sich lediglich am Rahmen der Verfassung und des EU-Rechts orientieren muss und insofern einer eher grobmaschigen rechtlichen Beschränkung unterliegt, werden Verwaltungsentscheidungen durch detaillierte Vorgaben des Gesetzgebers bestimmt. Die rechtlichen Rahmenbedingungen, die Investitionsschutzabkommen mit ihren allgemeinen Schutzstandards setzen, sind daher strukturell eher mit verfassungsrechtlichen Vorgaben vergleichbar, als die Vorgaben des Gesetzgebers für die Verwaltung. Daher unterscheiden sich Vorgaben des nationalen Rechts für Verwaltungsentscheidungen deutlicher von den Vorgaben von Investitionsschutzverträgen als dies bei gesetzgeberischem Handeln der Fall ist.

2. Vergleichbarkeit der Einschränkungen durch nationales Recht und Investitionsschutzabkommen methodisch angreifbar

Die erste Fragestellung des Gutachtens bezieht sich auf einen Vergleich zwischen den Einschränkungen durch das nationale bzw. EU-Recht mit den Einschränkungen durch das Investitionsschutzkapitel des CETA. Ihr liegt die Hypothese zu Grunde, Einschränkungen seien quantifizierbar und damit vergleichbar. Zur Überprüfung dieser Hypothese fehlt es an methodischen Grundlagen in der Rechtswissenschaft. Das Ausmaß und der Umfang der Einschränkungen eines bestimmten Verhaltens durch Recht sind nicht abstrakt feststellbar. Eine Aussage über unterschiedliche Grade an rechtlichen Einschränkungen lassen sich nur treffen, wenn die Rechtsnormen selbst quantifizierbare Größen wie Schwellenwerte vorgeben. Das ist jedoch weder im Verfassungsrecht noch im Investitionsschutzrecht der Fall. Selbst wenn man die Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit und die Schutzstandards eines Investitionsschutzabkommens für prinzipiell ähnlich hält, hängt der Umfang der Einschränkung des Gesetzgebers von den Umständen des konkreten Einzelfalls ab. Auch dann ist jedoch oft nicht objektiv erkennbar, ob eine konkrete Maßnahme gegen eine bestimmte Rechtsnorm verstößt oder nicht. Vielmehr ist die Anwendung genereller Rechtsprinzipien in hohem Maße von den Wertungen des jeweiligen Rechtsanwenders abhängig. Insofern kann die Rechtswissenschaft auf die Frage, ob das GG oder ein Investitionsschutzabkommen den Gesetzgeber mehr einschränkt, keine methodisch belastbare Antwort geben.

II. Kritik an den Bewertungen des Gutachtens

1. Keine Bewertung des Anwendungsbereichs des Investitionsschutzkapitels des CETA

Das Gutachten unterlässt es, den Anwendungsbereich des Investitionsschutzkapitels im CETA zu untersuchen. Es unterstellt möglicherweise, dass der nationale und der internationale Investitionsschutz den gleichen Umfang haben. Das ist jedoch nicht der Fall. Der Schutzbereich des Art. 14 GG ist enger als die Definition des Begriffs „Investition“ im

⁴ Vattenfall AB u.a. v. Federal Republic of Germany, ICSID Case No. ARB/09/6.

CETA. Insbesondere werden durch Art. 14 GG keine öffentlichen Genehmigungen (Konzessionen) geschützt.⁵ Letzteres ist insbesondere mit Blick auf Genehmigungen für Fracking nicht unbedeutend

2. Gerechte und billige Behandlung

Das Gutachten geht zunächst davon aus, dass die Anwendung des Grundsatzes der gerechten und billigen Behandlung durch die Schiedsrechtsprechung „im Wesentlichen“ denjenigen Kriterien und Überlegungen entspricht, die auch das BVerfG zum Vertrauensschutz angestellt hat.⁶ Ein belastbarer Nachweis dieser These dürfte schwerfallen. Schill zitiert hierzu einige ausgewählte schiedsgerichtliche Entscheidungen und leitet daraus eine Art schiedsgerichtlichen „acquis“ ab. Die Ergebnisse der jeweiligen Entscheidungen und die ihnen zu Grunde liegenden Sachverhalte werden nicht analysiert. So lässt sich nur begrenzt ein allgemeiner Standard ableiten, der mit dem Maßstab des BVerfG vergleichbar wäre. Schill räumt das auch insoweit ein, als er feststellt, dass nicht das „Ob“, sondern das „Wie“ von Änderungen kritisch von den Schiedsgerichten betrachtet worden sei.⁷ Allerdings bestimmt gerade das „Wie“ den konkreten Umfang gesetzgeberischer Gestaltungsfreiheit.

Die Gleichsetzung des investitionsrechtlichen Schutzes legitimer Erwartungen des Investors mit dem verfassungsrechtlichen Grundsatz des Vertrauensschutzes überzeugt ebenfalls nicht. In der schiedsgerichtlichen Praxis spielt es nämlich eine geringere bzw. keine Rolle, ob eine staatliche Maßnahme, die einen Vertrauensschutztatbestand begründet, von der zuständigen Stelle gegeben wurde. Sichert eine offensichtlich unzuständige Behörde dem Investor ein bestimmtes Verhalten (einer anderen Behörde) zu, begründet dies innerstaatlich regelmäßig keinen Vertrauensschutz. In der investitionsrechtlichen Schiedsgerichtspraxis wird hierauf jedoch oft keine Rücksicht genommen.⁸

Schill argumentiert weiter, dass die Konkretisierung des Grundsatzes der gerechten und billigen Behandlung im CETA dessen weiten Anwendungsbereich einschränkt.⁹ Dem ist zuzustimmen. Sodann wird festgestellt, dass ein Verstoß gegen den so konkretisierten Grundsatz auch gegen verfassungsrechtliche Bindungen verstoßen würde. Auch diese Aussage ist nur auf der Ebene der sprachlichen Vergleichbarkeit der allgemeinen Prinzipien richtig. Natürlich sind Maßnahmen, die offensichtlich willkürlich sind oder fundamentale rechtsstaatliche Grundsätze verletzen, auch mit dem GG unvereinbar.

Entscheidend ist jedoch nicht, welche abstrakten Maßstäbe vereinbart werden, sondern wie diese in der konkreten Praxis ausgelegt werden. Hierauf weist Schill auch hin, wenn er ausführt, dass die Anwendung der neuen Tatbestände in der Praxis nicht absehbar ist.¹⁰ Schill vermutet, dass sie zurückhaltend angewendet werden und es spricht viel dafür, dass einige Schiedsgerichte dies auch tun werden. Es kann jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass andere Schiedsgerichte dem nicht folgen und etwa den Standard der offensichtlichen Willkür im Einzelfall weit, ggf. deutlich weiter als es dem verfassungsrechtlichen Verständnis entsprechen würde, auslegen. Ebenso kann nicht ausgeschlossen werden, dass Schiedsgerichte

⁵ Axer, Art. 14, Rn. 62, in: Beck'scher Online-Kommentar GG, 2014.

⁶ Schill (Fn. 1), S. 13.

⁷ Schill (Fn. 1), S. 12.

⁸ Siehe z. B. Metalclad Corp. vs. United Mexican States, ICSID (Additional Facility), ARB(AF)/97/1, Award of the Tribunal 30 August 2000.

⁹ Schill (Fn. 1), S. 14.

¹⁰ Schill (Fn. 1), S. 14. Ähnlich auch S. 23.

sich durch den abgeschwächten Hinweis auf die Erwartungen des Investors im CETA-Text nicht daran gehindert sehen werden, diese Erwartungen gleichwohl in den Mittelpunkt ihrer Überlegungen zu stellen.

Die Gefahr derartigen Entscheidungen – und seien es auch nur Einzelfälle – ist aufgrund der dezentralen und heterogenen Struktur der Schiedsgerichtsbarkeit auch nicht zu vernachlässigen. Anders als im nationalen Recht genügt auch eine einzelne extreme Außenseiterposition eines Schiedsgerichts, um den Handlungsspielraum des Gesetzgebers nachhaltig zu beeinträchtigen, da diese Entscheidung keiner weiteren Kontrolle oder Korrektur unterliegt.

3. Indirekte Enteignungen

Das Gutachten verweist zu Recht auf das Spannungsfeld der Abgrenzung von entschädigungslosen Eigentumsbeschränkungen und entschädigungspflichtigen indirekten Enteignungen.¹¹ Es geht im Kern davon aus, dass der durch das CETA konkretisierte Tatbestand der indirekten Enteignung mit dem Tatbestand der ausgleichspflichtigen Inhalts- und Schrankenbestimmung des Grundgesetzes übereinstimmt. Das ist bemerkenswert, da der CETA-Standard – wie das Gutachten zutreffend bemerkt¹² – genetisch auf der nordamerikanischen Verfassungsdoktrin beruht, die sich dogmatisch jedenfalls von der deutschen Verfassungsdoktrin unterscheidet.

Unabhängig davon ist jedoch der Unterschied zwischen CETA und Verfassungsrecht bezüglich der Rechtsfolgen von entscheidender Bedeutung. Spätestens mit dem sog. Naßauskiesungsbeschluss¹³ des Bundesverfassungsgericht gilt der Grundsatz, dass Unternehmen, die sich in ihrem Eigentumsrecht nach Art. 14 Abs. 1 GG verletzt sehen, nur dann Entschädigung begehren können, wenn eine solche gesetzlich vorgesehen ist. Nach der inzwischen allgemein anerkannten Dogmatik sind Gesetze und Entscheidungen, die gegen das Grundrecht auf Eigentum verstoßen, durch die jeweils zuständigen Gerichte aufzuheben oder soweit zulässig abzuändern. Kompensationszahlungen unter Aufrechterhaltung der betroffenen Maßnahmen sind dagegen nicht mit Art. 14 GG vereinbar. Das Bundesverfassungsgericht hat klargestellt, dass die in ihrem Eigentum verletzte Person die Rechtsverletzung nicht einfach hinnehmen und Entschädigung verlangen kann, sondern dass sie sich an die zuständigen Verwaltungs- und Verfassungsgerichte wenden und die Rechtmäßigkeit staatlichen Handels überprüfen lassen muss. Hintergrund dieser Rechtsprechung ist das Prinzip der Gewaltenteilung: Nicht ein Gericht, sondern der Gesetzgeber soll den Inhalt und die Schranken des Eigentumsrechts festlegen und auch die Höhe einer möglichen Entschädigung bestimmen.¹⁴

Dagegen können ausländische Investoren auf der Grundlage der Klauseln zu indirekten Enteignungen in internationalen Investitionsabkommen vor Investor-Staat-Schiedsgerichten Schiedsgerichten direkt Schadensersatz begehren, ohne dass die betreffende Maßnahme zuvor durch ein staatliches Gericht auf ihre Rechtmäßigkeit überprüft wurde.¹⁵ Dieser Unterschied ist nicht nur ein Unterschied bezüglich des Verhältnisses von Primär- zu

¹¹ Schill (Fn. 1), S. 17.

¹² Schill (Fn. 1), S. 18.

¹³ BVerfG, 15.7.1981, 1 BvL 77/78, BVerfGE 58, 300.

¹⁴ Hufen, Grundrechte, 3. Auf. 2011, § 38, Rn. 24.

¹⁵ So auch Schill (Fn. 1), S. 27.

Sekundärrechtsschutz¹⁶ bzw. lediglich ein Unterschied „rechtstechnischer Natur“.¹⁷ Vielmehr dient das Primat des Primärrechtsschutzes der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers: Der Gesetzgeber soll Entschädigungen in abstrakt-genereller Weise und unter Berücksichtigung und Gewichtung aller betroffenen privaten und öffentlichen Belange festlegen. Die Rechtsprechung soll diese Grundsätze dann im Einzelfall anwenden. Sie soll jedoch gerade nicht selbst das „Ob“ und das „Wie“ der Entschädigung festlegen. Da genau dies jedoch die Kompetenz eines Investor-Staat-Schiedsgerichts ist, wird deutlich, dass der gesetzgeberische Spielraum erheblich eingeschränkt werden kann.

4. Schutz von Regulierungsinteressen

Das Gutachten verweist ferner auf Elemente zum Schutz des Handlungsspielraums des Gesetzgebers.¹⁸ Diese sind jedoch allesamt schwach ausgeprägt. Die Präambelerwägungen sind keine subsumtionsfähigen Teile eines Abkommens und werden in der schiedsgerichtlichen Praxis allenfalls vereinzelt und erratisch wahrgenommen. Die allgemeinen Ausnahmenvorschriften zum Schutz öffentlicher Interessen beziehen sich nur auf die Nichtdiskriminierungsgebote und gelten nicht für die problematischen Standards der gerechten und billigen Behandlung oder der indirektem Enteignung.

5. Investor-Staat-Streitbeilegung (ISDS)

Das CETA enthält bezüglich des ISDS einige Verbesserungen gegenüber bisherigen BITs. Dagegen sind andere problematische Elemente nicht beseitigt worden.¹⁹ Dazu zählt das Verhältnis von ISDS zum nationalen Rechtsschutz. Das Gutachten vertritt die Auffassung, das CETA habe faktisch ein Erfordernis der nationalen Rechtswegerschöpfung eingeführt.²⁰ Dem ist entschieden zu widersprechen: Die genannten Regelungen, die einen Verzicht auf den nationalen Rechtsweg oder dessen Erschöpfung verlangen, betreffen nur die Geltendmachung von Schadensersatz. Eine parallele Amtshaftungsklage und eine Klage vor einem Schiedsgericht werden damit ausgeschlossen. Die Möglichkeit, ein Gesetz oder eine Verwaltungsmaßnahme vor einem nationalen Gericht anzugreifen und vor einem Schiedsgericht gleichzeitig Schadensersatz zu begehren, besteht jedoch weiterhin. Schill räumt dies auch ein, indem er feststellt, dass die Möglichkeit des parallelen Primärrechtsschutzes vor nationalen Gerichten und des Sekundärrechtsschutzes vor Schiedsgerichten bestehen bleibt.²¹ Ob diese Aufspaltung des Rechtsschutzes in der Praxis wenig praktikabel ist, ist eine reine Vermutung. Das Unternehmen Vattenfall ist diesen Weg jedenfalls gegangen und wehrt sich vor dem BVerfG gegen den Atomausstieg mit dem Ziel, diese Maßnahme aufzuheben (Primärrechtsschutz) und vor einem Schiedsgericht mit dem Ziel, Schadensersatz zu verlangen (Sekundärrechtsschutz). Gerade in der deutschen Debatte sollte klar sein, dass das CETA diese Möglichkeit weiter zulässt.

¹⁶ So aber Schill (Fn. 1), S. 18.

¹⁷ So aber Schill (Fn. 1), S. 27

¹⁸ Schill (Fn. 1), S. 19.

¹⁹ Dazu Krajewski, Kurzgutachten zu Investitionsschutz und Investor-Staat-Streitbeilegung im Transatlantischen Handels- und Investitionspartnerschaftsabkommen (TTIP), im Auftrag der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen, https://www.gruene-bundestag.de/fileadmin/media/gruenebundestag_de/Veranstaltungen/140505-TTIP/Kurzgutachten_Investitionsschutz_TTIP_Endfassung_layout.pdf

²⁰ Schill (Fn. 1), S. 22.

²¹ Schill (Fn. 1), S. 22.

Schließlich wird auf institutionelle Mechanismen zur effektiven Kontrolle der Schiedsgerichte durch das CETA Trade Committee hingewiesen.²² Zwar sieht das CETA – dem Vorbild von NAFTA folgend - die Möglichkeit vor, dass die Vertragsparteien die Bestimmungen des Abkommens verbindlich auslegen können. Bei der Bewertung dieses grundsätzlich begrüßenswerten Vorschlags ist jedoch zu berücksichtigen, dass die NAFTA-Erfahrung mit diesem Instruments eher ernüchternd war. Zudem ist zu sehen, dass die in allen neueren EU-Freihandelsabkommen vorgesehenen gemeinsamen Komitees bislang noch keine nennenswerten Aktivitäten entfaltet haben. Insofern kann die Steuerungswirkung derartiger Komitees nicht seriös beurteilt werden. Es ist auch unklar, ob und wie sich Schiedsgerichte von derartigen Vorgaben der Vertragsparteien tatsächlich beeinflussen lassen werden.

III. Ergebnis

Insgesamt vermag das Gutachten grundsätzliche Bedenken gegenüber einem Investitionsschutzkapitel mit ISDS im CETA nicht auszuräumen. Die Einschätzungen des Gutachtens beruhen überwiegend auf Prognosen über das zukünftige Verhalten von Schiedsgerichten. Dieses kann jedoch nicht verlässlich vorhergesagt werden. Zudem enthält das CETA weiterhin Elemente, die den Gesetzgeber anders einschränken als das Verfassungsrecht. Schließlich wird auf die Einschränkung der Verwaltung durch das CETA nicht eingegangen.

Nürnberg, den 24.9.2014

²² Schill (Fn. 1), S. 21, 23.