

Investitionsschutz in EU-Freihandelsabkommen: Erosion gesetzgeberischer Gestaltungsmacht?

Eine rechtsvergleichende Analyse im Mehrebenengeflecht von Verfassungs-, Unions- und Völkerrecht am Beispiel des EU-Freihandelsabkommens mit Kanada (CETA)

*Stephan W. Schill**

Abstract	34
I. Mehrebenenübergreifende Rechtsvergleichung und Globalisierungskritik	35
1. Globalisierungskritik im verfassungsrechtlichen Gewand	37
2. Rechtsvergleichung als Auseinandersetzung mit verfassungsrechtlicher Kritik	41
II. Primärrechtlicher Umfang des Investitionsschutzes nach deutschem Verfassungs- und Unionsrecht	45
1. Investitionsschutz nach deutschem Verfassungsrecht	46
a) Grundrechtsschutz und Rechtsstaatsprinzip	47
b) Grenzen von Grundrechtsberechtigung und Anspruch auf Gleichbehandlung	48
c) Zwischenergebnis	50
2. Investitionsschutz durch Unionsrecht	50
a) Anspruch auf Nicht-Diskriminierung und Marktzugang	50
b) Bestandsschutz	52
c) Zwischenergebnis	53
III. Investitionsschutzrechtliche Bestimmungen in CETA	54
1. Verbot bestimmter Marktzugangsvorschriften	55
2. Anspruch auf Gleichbehandlung (Inländergleichbehandlung, Meistbegünstigung)	56
3. Bestandsschutz getätigter Investitionen	58

* Professor für International and Economic Law and Governance an der Universität Amsterdam; Rechtsanwalt; Attorney-at-Law (New York); Mitglied der Schlichterliste (List of Conciliators) des International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID); Herausgeber des Journal of World Investment and Trade. Teile II und III basieren auf einem Gutachten, das der Autor für das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie erstattet hat. Siehe *S. 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 (22.9.2014). Es wurde für die Veröffentlichung hier im Hinblick auf neue Entwicklungen überarbeitet und auf den neuesten Stand gebracht. Die Arbeit an diesem Beitrag wurde gefördert durch einen European Research Council Starting Grant zum Thema “Transnational Public-Private Arbitration as Global Regulatory Governance: Charting and Codifying the Lex Mercatoria Publica” (Grant Agreement Nr. 313355).

a)	Grundsatz gerechter und billiger Behandlung	59
b)	Voller Schutz und Sicherheit	64
c)	Entschädigung für Verluste durch Krieg, Notstand u. ä.	65
d)	Schutz gegen Enteignungen und enteignungsgleiche Maßnahmen	65
4.	Freier Kapitaltransfer	69
5.	Schutz des Handlungsspielraums des Gesetzgebers	70
a)	Ausdrücklicher Schutz des Regulierungsrechts/“ <i>right to regulate</i> ”	70
b)	Allgemeine Ausnahmenvorschriften	71
c)	Schutz des Steuerwesens	72
d)	Sonderregelungen für Finanzdienstleistungen	73
6.	Zugang zur Investor-Staat-Streitbeilegung	74
7.	Mögliche Haftungserweiterungen	76
8.	Ergebnis des Vergleichs im Hinblick auf Rechtmäßigkeitsanforderungen	78
IV.	Vergleich der Rechtsfolgenregime	79
1.	Grundsätze der Staatshaftung nach deutschem Recht und Unionsrecht	79
2.	Rechtsfolgen nach CETA	81
3.	Berechnung von Entschädigung und Schadensersatz im Vergleich	84
a)	Entschädigung für rechtmäßige Enteignung und enteignungsgleiche Maßnahmen	84
b)	Schadensersatz für rechtswidrige Handlungen	86
c)	Zinsen und Kosten der Rechtsverfolgung	86
4.	Ergebnis des Vergleichs der Rechtsfolgen	88
V.	Investitionsschutz in CETA: Ende der Demokratie?	89

Abstract

Der Abschluss des Freihandelsabkommens zwischen der Europäischen Union (EU) und Kanada, des sog. Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA), und die Verhandlung des Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) mit den USA, haben in Deutschland eine rege verfassungsrechtliche Debatte darüber in Gang gebracht, ob die in den Abkommen vorgesehenen Regelungen zum Schutz ausländischer Investitionen mit dem Grundgesetz vereinbar sind. Gegner der Abkommen sehen in diesen Regelungen, neben anderen Verfassungsverstößen, eine das Demokratieprinzip in seinem Kern verletzende Verkürzung des Handlungsspielraums des Bundestags zur politischen Gestaltung der wirtschaftlichen, kulturellen und sozialen Lebensverhältnisse. Sie haben dementsprechend das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) angerufen, um die “Erosion gesetzgeberischer Gestaltungsmacht” durch scheinbar neuartige völkerrechtliche Bindungen zum Schutz ausländischer Investoren in CETA zu verhindern.

Bei der Beurteilung, ob das Demokratieprinzip in seinem Kern verletzt ist, wird in der insgesamt hitzigen Debatte allerdings die Frage vernachlässigt, ob Investitionskapitel in EU-Freihandelsabkommen den Bundestag überhaupt weitergehend beschränken als die vielfältigen anderen rechtlichen

Bindungen zum Schutz ausländischer Investitionen, denen der Gesetzgeber bereits unterliegt. Dazu zählen Beschränkungen durch Verfassungs- und Unionsrecht sowie die über 150 bilateralen Investitionsschutzabkommen, die die Bundesrepublik seit 1959 abgeschlossen hat. Vor diesem Hintergrund analysiert der nachfolgende Beitrag in Auseinandersetzung mit der verfassungsrechtlichen Kritik die Grundsätze der Investitionsschutzbestimmungen in CETA in rechtsvergleichender Perspektive im Mehrebenen-geflecht von Verfassungs-, Unions- und Völkerrecht.

I. Mehrebenenübergreifende Rechtsvergleichung und Globalisierungskritik

Internationaler Investitionsschutz und Verfassungsrecht standen bis vor Kurzem in maximaler Distanz zueinander. Im internationalen Investitionsrecht und in der Investor-Staat-Streitbeilegung herrschte – trotz der zunehmenden Anerkennung ihres öffentlich-rechtlichen Charakters in Theorie und Praxis – privatrechtliches, durch die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit geprägtes Denken vor.¹ Spiegelbildlich befassten sich auch Verfassungsrechtler und das BVerfG allerhöchstens am Rande mit Fragen des internationalen Investitionsschutzes.² Die Möglichkeit gegenseitiger Ignoranz hat sich im Gefolge der Übertragung von Kompetenzen im Investitionsbereich auf die Europäische Union (EU) durch den Vertrag von Lissabon³ und deren Ausübung durch den Abschluss des Freihandelsabkom-

¹ Grundlegend dazu *S. Schill*, Internationales Investitionsschutzrecht und Vergleichendes Öffentliches Recht: Grundlagen und Methode eines öffentlich-rechtlichen Leitbildes für die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit, *ZaöRV* 71 (2011), 247. Vgl. auch *A. Roberts*, Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System, *AJIL* 107 (2013), 45; *J. Maupin*, Public and Private in International Investment Law: An Integrated Systems Approach, *Va. J. Int'l L.* 54 (2014), 367; *J. E. Alvarez*, “Beware: Boundary Crossings” – A Critical Appraisal of Public Law Approaches to International Investment Law, *Journal of World Investment & Trade* 17 (2016), 171; *J. E. Alvarez*, Is Investor-State Arbitration “Public”?, *Journal of International Dispute Settlement* 7 (2016), 534. Für einen Überblick über die investitionsrechtliche Literatur und die sie prägenden konzeptionellen Ansätze siehe *S. Schill*, *W(h)ither Fragmentation? On the Literature and Sociology of International Investment Law*, *EJIL* 22 (2011), 875.

² Vgl. BVerfGE 123, 267, 420 ff. Einen Überblick über den Diskussionstand in Deutschland zum internationalen Investitionsrecht aus dem Jahre 2010 bietet *S. Schill*, Der Schutz von Auslandsinvestitionen in Deutschland im Mehrebenensystem: Deutsches, europäisches und internationales Recht, *AöR* 135 (2010), 498.

³ Siehe Art 207 Abs. 1 AEUV, nach dem die gemeinsame Handelspolitik auch “die ausländischen Direktinvestitionen” umfasst. Der Umfang der EU-Kompetenz für den Bereich des Investitionsschutzes war zunächst strittig, wurde durch den EuGH aber kürzlich dahinge-

mens zwischen der Europäischen Union und Kanada, des sog. Comprehensive Economic and Trade Agreement,⁴ sowie die Verhandlung des Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) mit den USA⁵ grundlegend geändert. Verfassungsrecht und internationales Investitionsrecht haben zunehmend Berührungspunkte.

Getreu der deutschen verfassungsrechtlichen Tradition, dass keine politische oder gesellschaftliche Frage dem Zugriff des Verfassungsrechts entzogen ist, hat sich in Deutschland eine in ihrer Breite weltweit einzigartige,⁶ rechtswissenschaftliche Debatte dazu entwickelt, welchen verfassungsrechtlichen Bindungen die Vereinbarung völkerrechtlicher Regeln zum Schutz ausländischer Investitionen in EU-Freihandelsabkommen unterliegt.⁷ Gleichzeitig steigt dadurch auch innerhalb der investitionsrechtlichen Debatte der Druck, die eigenen Grundlagen verfassungsrechtlich zu hinterfragen und abzusichern.

hend geklärt, dass Portfolioinvestitionen und Investor-Staat-Streitbeilegung in die geteilte Zuständigkeit von Union und Mitgliedstaaten fallen. Siehe EuGH, Gutachten 2/15 (16.5.2017) ECLI:EU:C:2017:376, Rn. 226-243 und 285-293.

⁴ Der CETA-Vertragstext in deutscher Fassung ist abrufbar über <<http://eur-lex.europa.eu>>. Das Abkommen wurde am 30.10.2016 unterzeichnet und ist seit dem 21.9.2017 vorläufig anwendbar, mit Ausnahme insbesondere der Regelungen zu Portfolioinvestitionen, zum Bestandsschutz ausländischer Direktinvestitionen und zur Investor-Staat-Streitbeilegung. Siehe Europäische Kommission, Handelsabkommen zwischen der EU und Kanada tritt in Kraft, Pressemitteilung, 20.9.2017. Zum Umfang der vorläufigen Anwendbarkeit siehe Beschluss (EU) 2017/38 des Rates vom 28.10.2016, ABl. L 11/1080 (14.1.2017).

⁵ Siehe dazu die Informationen der Europäischen Kommission auf <<http://ec.europa.eu>>. Der Verhandlungsstand des Abkommens ist nach der Wahl von *Donald Trump* zum US-Präsidenten und dessen veränderter Agenda in der Außenwirtschaftspolitik allerdings ungewiss.

⁶ Zur Debatte in Lateinamerika und den dort angestrebten verfassungsgerichtlichen Verfahren zu internationalen Investitionsabkommen siehe *J. Bravo*, The Role of Constitutional Courts in International Investment Law and Investment Treaty Arbitration: A Latin American Perspective, Max Planck UNYB 18 (2014), 667.

⁷ Siehe u. a. *A. Flessner*, Investitionsschutz durch völkerrechtliche Verträge wie TTIP und CETA – ein Fall für das Verfassungsrecht!, RuP 51 (2015), 149; *A. Fisahn/R. Ciftci*, CETA und TTIP: Demokratische Bedenken zu einigen Aspekten, Kritische Justiz 48 (2015), 251 (261 ff.); *A. Kerkemeyer*, Europarechtliche Bedenken gegen das CETA-Abkommen, Kritische Justiz 48 (2015), 264 (270 ff.); *C. Ohler*, Die Vereinbarkeit von Investor-Staat-Schiedsverfahren mit deutschem und europäischen Verfassungsrecht, JZ 70 (2015), 337; *C. D. Classen*, Die Unterwerfung demokratischer Hoheitsgewalt unter eine Schiedsgerichtsbarkeit, EuZW 25 (2014), 611; *A. Steinbach*, Investor-Staat-Schiedsverfahren und Verfassungsrecht, RabelsZ 80 (2016), 1; *L. Gramlich/C. Conen*, Verfassungs- und unionsrechtliche Aspekte einer Investor-Staat-Streitbeilegung, ZÖR 70 (2015), 779; *S. Hindelang*, Repellent Forces: The CJEU and Investor-State Dispute Settlement, AVR 53 (2015), 68; *P.-T. Stoll/T. P. Holterbus/H. Gött*, Investitionsschutz und Verfassungsrecht, 2017. Siehe zudem die Nachweise unten in Anm. 14 und 15.

1. Globalisierungskritik im verfassungsrechtlichen Gewand

Die verfassungsrechtliche Debatte um den Investitionsschutz spiegelt eine in Deutschland, wie auch andernorts, durch eine Mischung aus Globalisierungskritik, Kapitalismuskritik, und Antiamerikanismus hoch explosiv gewordene politische Auseinandersetzung über die Möglichkeiten und Formen der Einhegung und Steuerung von Globalisierung und über das darin zum Ausdruck kommende Verhältnis von Markt und Staat, von globalem Kapital und multinationalen Unternehmen einerseits, sozialen Belangen, dem Schutz von Umwelt und Menschenrechten und demokratischer Selbstbestimmung andererseits wider. Die Kritik an der derzeitigen Form der Globalisierung und ihrer rechtlichen Einkleidung, die wirtschaftliche Interessen gegenüber Gemeinwohlinteressen und Belange von Industriestaaten gegenüber denen von Entwicklungsländern überbetont sieht, hat inzwischen im internationalen Investitionsschutz und der Investor-Staat-Streitbeilegung eine symbolische Zielscheibe mit politischer Breitenwirkung gefunden.⁸

Befeuert durch das wegen des Atomausstiegs durch den schwedischen Stromversorger Vattenfall gegen die Bundesrepublik eingeleitete Schiedsverfahren unter dem Energiechartavertrag,⁹ vereint die Ablehnung internationaler Investitionsregelungen und der Investor-Staat-Streitbeilegung Globalisierungskritiker unterschiedlicher politischer Couleur,¹⁰ und mobilisiert Hunderttausende gegen völkerrechtlichen Investitionsschutz auf Europas Straßen zu demonstrieren¹¹ und sich an der Konsultation der Kommission zu dem Thema zu beteiligen.¹² Auch nahezu jeder Verband, jede Partei, Religionsgemeinschaft und sonstige gesellschaftliche Gruppe in Deutschland

⁸ Besonders einflussreich in der Formung der allgemeinen politischen Debatte in Deutschland waren dabei *P. Eberhardt/C. Olivet*, *Profiting from Injustice: How Law Firms, Arbitrators and Financiers Are Fuelling an Investment Arbitration Boom*, 2012; "Schattenjustiz. Im Namen des Geldes", *Die Zeit*, Dossier Nr. 10, 27.2.2014. Zudem gibt es eine breite Bürgerbewegung gegen TTIP und CETA, die auch eine Europäische Bürgerinitiative eingebracht hat. Siehe <<https://stop-ttip.org>>.

⁹ *Kernkraftwerk Brunsbüttel GmbH & Co. oHG, Kernkraftwerk Krümmel GmbH, Vattenfall AB, Vattenfall Europe Nuclear Energy GmbH, Vattenfall GmbH v. Germany*, ICSID Case No. ARB/12/12, registriert am 31.5.2012.

¹⁰ Für eine Übersicht der Parteipositionen zu CETA siehe <<https://richtungsfrei.de/ceta>> und <<https://tinyurl.com/y869ldcz>>.

¹¹ "150.000 Demonstranten protestieren gegen TTIP", *FAZ* vom 10.10.2015.

¹² Europäische Kommission, "Online Public Consultation on Investment Protection and Investor-to-State Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement", SWD(2015) 3 final, 13.1.2015, 3.

hat eine offizielle, mehrheitlich kritische Position zu Fragen des internationalen Investitionsschutzes bezogen.¹³

Auch wenn die Auseinandersetzung um den internationalen Investitionsschutz Züge eines Glaubensstreites angenommen hat, ist die damit zusammenhängende breite politische Debatte begrüßenswert. Denn nur so – im Diskurs zwischen Befürwortern und Kritikern – lassen sich langfristig demokratisch abgesicherte Grundlagen für die sich derzeit in der Entstehung befindliche Weltwirtschaftsordnung der Globalisierung entwickeln. Gleichzeitig verwundert es in dem gegenwärtigen Diskussionsklima wenig, dass Globalisierungskritik auch im verfassungsrechtlichen Gewand und auf verfassungsrechtlichen Schlachtfeldern betrieben wird. So ist die Debatte um die verfassungsrechtlichen Grenzen völkerrechtlicher Regelungen zum Schutz von Auslandsinvestitionen, vorbereitet durch mehrere Gutachten für Nichtregierungsorganisation durch anerkannte Verfassungsrechtler,¹⁴ mittlerweile zu einem handfesten, verfassungsgerichtlichen Streit ausgeweitet. Das BVerfG prüft mehrere Verfassungsbeschwerden, die von über 120.000 CETA-Gegnern unterzeichnet wurden, und ein Organstreitverfahren der Fraktion DIE LINKE, die die Verfassungswidrigkeit von CETA unter anderem wegen seiner Regeln zum Investitionsschutz geltend machen.¹⁵

¹³ Siehe etwa das Positionspapier verschiedener Verbände, „Für eine Handelspolitik im Interesse der Menschen und der Umwelt“, 11.6.2015. Kritisch auch Deutscher Richterbund, Stellungnahme Nr. 04/16 (Februar 2016). Zur Position des Bundesverbands der Deutschen Industrie e.V. (BDI) siehe BDI, „Investitionsschutz in TTIP“, Januar 2016.

¹⁴ *K. Grob*, Verfassungswidrige Einzelaspekte im Comprehensive Economic and Trade Agreement zwischen der EU und Kanada (CETA), Juli 2016; *B. Kempen*, Rechtsgutachten über die Mehrheitserfordernisse im Rat der Europäischen Union bei der Abstimmung über CETA, Okt. 2016; *S. R. Laskowski*, Rechtliches Gutachten zu möglichen Verstößen gegen Investitionsschutzregelungen des Freihandelsabkommens CETA durch Maßnahmen der kommunalen Wasserwirtschaft, ISDS Schiedsgerichtsverfahren und Haftungsfragen, September 2016; *F. C. Mayer*, Stellt das geplante Freihandelsabkommen der EU mit Kanada (Comprehensive Economic and Trade Agreement, CETA) ein gemischtes Abkommen dar?, August 2014; *M. Nettesheim*, Die Auswirkungen von CETA auf den politischen Gestaltungsspielraum von Ländern und Gemeinden, Januar/März 2016; *B. Schiffbauer*, Rechtsgutachten im Auftrag von Mehr Demokratie, Compact und Foodwatch, Februar 2016; *P.-T. Stoll*, CETA, TTIP und das europäische Vorsorgeprinzip, Juni 2016; *W. Weiß*, Rechtliche Probleme der aktuellen Kommissionsplanung zu Abschluss und vorläufiger Anwendung des CETA, August 2016; *A. Fischer-Lescano/J. Horst*, Europa- und verfassungsrechtliche Vorgaben für das Comprehensive Economic and Trade Agreement der EU und Kanada (EU), Oktober 2014; *K. Grob/D. E. Khan*, Rechtsgutachten zur Verfassungswidrigkeit der Schiedsgerichtsbarkeit in TTIP, 9.3.2015; *S. Broß*, Freihandelsabkommen, einige Anmerkungen zur Problematik der privaten Schiedsgerichtsbarkeit, Report Hans-Böckler-Stiftung Nr. 4, Januar 2015.

¹⁵ Weitere Streitpunkte sind der Umfang der Kompetenzen der Union, einschließlich der vorläufigen Anwendbarkeit des Abkommens, und des gemischten CETA-Ausschusses im Rahmen der regulatorischen Kooperation. Siehe dazu die einstweilige Rechtsschutz ablehnende Entscheidung gegen das vorläufige Inkrafttreten von CETA: BVerfG, Urteil vom

Deutschland ist insofern aber kein Einzelfall. Auch in anderen EU-Mitgliedstaaten sind Verfahren zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von CETA anhängig gemacht worden.¹⁶ Außerdem ist der Europäische Gerichtshof (EuGH) seit Kurzem auf Antrag Belgiens in einem Gutachtenverfahren mit der Frage befasst, inwieweit der Mechanismus der Investor-Staat-Streitbeilegung in CETA mit den Vorgaben des europäischen Verfassungsrechts vereinbar ist, insbesondere dem Grundsatz der Autonomie des Unionsrechts, dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung und dem Anspruch auf effektiven und unabhängigen Rechtsschutz.¹⁷

Neben einer Verletzung des Rechtsstaatsprinzips – u. a. wegen fehlender Rechtssicherheit bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe im CETA-Investitionskapitel, Beschränkungen beim Zugang zur Streitbeilegung und der Ausgestaltung des Streitbeilegungsverfahrens, dem Entzug des gesetzlichen Richters und der Beeinträchtigung des staatlichen Justizmonopols –¹⁸ liegt ein besonderer Fokus der verfassungsrechtlichen Debatte – wie auch der verfassungsgerichtlichen Prüfung – bei den Implikationen des CETA-Investitionskapitels für das Demokratieprinzip. Abgesehen von Fragen der personellen Legitimation des permanenten “Gerichts” mit Berufungsinstanz, das unter CETA eingerichtet werden wird (nachfolgend CETA-Gericht),¹⁹ sehen CETA-Kritiker durch die materiellen Regelungen

13.10.2016 – 2 BvR 1368/16 u. a. Zu dieser Entscheidung siehe *M. Nettesheim*, Das CETA-Urteil des BVerfG: Eine verpasste Chance?, *NJW* 69 (2016), 3567; *K. Nowrot/C. Tietje*, CETA an der Leine des Bundesverfassungsgerichts: Zum schmalen Grat zwischen Ultra-vires-Kontrolle und Ultra-vires-Handeln, *EuR* 52 (2017), 137; *T. Holterhus*, Eilanträge in Sachen CETA – Europäische Außenhandelspolitik im Mehrebenengeflecht von Verfassungs-, Unions- und Völkerrecht, *EuZW* 27 (2016), 896; *R. T. Hoffmann*, Das CETA-Urteil des Bundesverfassungsgerichts – Nach der Unterzeichnung ist vor der Ratifikation, *ZeuS* 19 (2016), 459; *M. Ruffert*, Völkerrecht, Europarecht und Verfassungsrecht: Zustimmung zur vorläufigen Anwendung von CETA, *JuS* 56 (2016), 1141; *A. Proelß*, Verfassungsgerichtliche Kontrolle gemischter EU-Handelsabkommen: Das Beispiel CETA, *ZeuS* 19 (2016), 401. Zur vorläufigen Anwendbarkeit allgemein siehe auch *B. Kempen/B. Schiffbauer*, Die vorläufige Anwendung völkerrechtlicher Verträge im internationalen Mehrebenensystem, *ZaöRV* 77 (2017), 95.

¹⁶ Siehe Conseil Constitutionnel, Décision No. 2017-749 DC vom 31.7.2017, in dem kein Verstoß von CETA gegen die Identität der französischen Verfassung festgestellt wurde.

¹⁷ Siehe “Minister Reynders Submits Request for Opinion on CETA”, 6.9.2017.

¹⁸ Dazu ausführlich *A. Proelß* (Anm. 15), 401, 407 ff.; *P.-T. Stoll/T. P. Holterhus/H. Gött* (Anm. 7), 151 ff.

¹⁹ Dazu siehe *A. Steinbach* (Anm. 7), 1; *C. D. Classen*, Die Unterwerfung unter völkerrechtliche (Schieds-)Gerichte: kein Verfassungsverstoß!, *ZeuS* 19 (2016), 449; *K. Groh*, Endstation Karlsruhe! – Schiedsgerichtsbarkeit in Freihandelsverträgen, *ZeuS* 19 (2016), 433. Dies stellt eine Abkehr der in Investitionsabkommen bisher üblichen Schiedsgerichte, deren Schiedsrichter jeweils fallbezogen von den jeweiligen Streitparteien benannt werden, dar. Zu den Neuerungen des CETA-Gerichts *P. S. Stöbener de Mora*, Investitionsschutzrecht: Änderungen an CETA zur Einführung eines Investitionsgerichtshofs, *EuZW* 27 (2016), 203; *O.*

zum Schutz von ausländischen Investitionen den Handlungsspielraum des Bundestags zur politischen Gestaltung der wirtschaftlichen, kulturellen und sozialen Lebensverhältnisse in einer das Demokratieprinzip in seinem Kern verletzenden Weise verkürzt.

Obwohl die EU und Kanada derartige Kritikpunkte bei Unterzeichnung des Abkommens nochmals durch eine Zusatzklärung zu besänftigen suchten, die Klarstellungen unter anderem zum gesetzgeberischen Handlungsspielraum und Regulierungsrecht (dem in diesem Zusammenhang neu-deutsch sog. "right to regulate"), zum Vorsorgeprinzip, und zur öffentlichen Daseinsvorsorge enthielten,²⁰ beklagen diese eine Verletzung der vom BVerfG auch im Zusammenhang von EU-Angelegenheiten überprüfaren Verfassungsidentität, da die völkerrechtlichen Bindungen zum Schutz ausländischer Investoren im CETA-Investitionskapitel zu einer "Erosion der Gestaltungsmacht des Bundestages" führten.²¹ Zentrale politische Entscheidungen könnten nicht mehr selbständig getroffen werden, sondern würden "unter dem Damoklesschwert einer Investorenklage ungewissen Ausgangs stehen".²² Außerdem seien die gegebenenfalls hohen Schadensersatzforderungen geeignet, Einschränkungen des Haushaltsgesetzgeber zu bewirken, die das Demokratieprinzip verfassungsrechtlich unzulässig verkürzen.²³

Sandrock, Unter dem CETA-Übereinkommen sind "private" Schiedsgerichte zulässig, RIW 2017, 245. *P.-T. Stoll/T. P. Holterhus/H. Gött* (Anm. 7), 108 ff.

²⁰ Siehe Gemeinsames Auslegungsinstrument zum umfassenden Wirtschafts- und Handelsabkommen (CETA) zwischen Kanada und der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten, ABl. L 11 vom 14.1.2017, 3.

²¹ Siehe Antrag der Verfassungsbeschwerde vom 29.8.2016, 73, erhältlich unter <<https://www.ceta-verfassungsbeschwerde.de>>.

²² Antrag der Verfassungsbeschwerde (Anm. 21), 80.

²³ Antrag der Verfassungsbeschwerde (Anm. 21), 80. Die Auswirkungen des Investitionsschutzes in CETA auf Maßnahmen von Exekutive und Judikative haben hingegen im Hinblick auf das Demokratieprinzip – zu Recht – keine wesentliche Bedeutung. Kritisch hierzu allerdings *M. Krajewski*, 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. Insofern würde vielmehr die Frage im Vordergrund stehen, inwieweit eine Anpassung des deutschen Rechts durch demokratisch legitimierte Umsetzungsakte erforderlich wäre. Bedarf dafür besteht allerdings kaum. Lediglich zwei Konstellationen in denen das einfache deutsche Recht bzw. seine Handhabung hinter den investitionsschutzrechtlichen Standards in CETA zurückbleibt, scheinen praktisch relevant: zum einen eine mögliche staatliche Haftung für schuldhaftige Verzögerung von gerichtlichen Verfahren vor deutschen Gerichten, die gegen das völker- und investitionsrechtliche Verbot der Rechtsschutzverweigerung verstoßen; zum anderen eine mögliche Haftung für Zusagen durch Verwaltungshandeln, die nach deutschem Recht keine Rechtswirkung entfalten, gleichwohl aber aus völkerrechtlicher Sicht einen Vertrauensstatbestand setzen.

2. Rechtsvergleichung als Auseinandersetzung mit verfassungsrechtlicher Kritik

Kaum Zweifel können daran bestehen, dass der von CETA-Gegnern in dem Verfahren vor dem BVerfG angelegte Maßstab für die Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit der CETA-Investitionsregeln der richtige ist.²⁴ Die Verletzung der Verfassungsidentität, also des nach Art. 79 Abs. 3 GG selbst gegen Verfassungsänderungen geschützten Kerngehalts der Verfassungsprinzipien Bundes-, Rechts- und Sozialstaatlichkeit, Schutz der Menschenwürde und Demokratieprinzip, ist insoweit sowohl als Schranke des Unionshandelns als auch des außenpolitischen Handelns der Bundesrepublik in gefestigter Rechtsprechung des BVerfG anerkannt.²⁵ Danach vermittelt der änderungs- und integrationsfeste Gehalt des Demokratieprinzips

“dem Bürger ... nicht nur Schutz vor einer substantiellen Erosion der Gestaltungsmacht des Deutschen Bundestages, sondern auch vor offensichtlich und strukturell bedeutsamen Kompetenzüberschreitungen durch Organe, Einrichtungen und sonstige Stellen der Europäischen Union.”²⁶

Das Grundgesetz schützt

“die wahlberechtigten Bürger ... vor einem Substanzverlust ihrer im verfassungsstaatlichen Gefüge maßgeblichen Herrschaftsgewalt dadurch, dass die Rechte des Bundestages wesentlich geschmälert werden und damit die Gestaltungsmacht desjenigen Verfassungsorgans verloren geht, das unmittelbar nach den Grundsätzen freier und gleicher Wahl zustande gekommen ist.”²⁷

Verletzt wären die zur Verfassungsidentität gehörenden Grundsätze des Demokratieprinzips nach der Rechtsprechung des BVerfG insbesondere dann, wenn durch

“Strukturveränderungen im staatsorganisationsrechtlichen Gefüge, wie sie etwa bei der Übertragung von Hoheitsrechten auf die Europäische Union oder andere supranationale Einrichtungen eintreten können, ... die durch die Wahl bewirkte Legitimation von Staatsgewalt und Einflussnahme auf deren Ausübung durch die Verlagerung von Aufgaben und Befugnissen des Deutschen Bundestages ... entleert wird.”²⁸

²⁴ So auch *P.-T. Stoll/T. P. Holterbus/H. Gött* (Anm. 7), 97 ff.

²⁵ Zuletzt dazu BVerfGE, Urteil des Zweiten Senats vom 21.6.2016 – 2 BvR 2728/13, Rn. 115 ff.

²⁶ 2 BvR 2728/13, Rn. 121.

²⁷ 2 BvR 2728/13, Rn. 125.

²⁸ 2 BvR 2728/13, Rn. 126 und 130.

Aufbauend auf den Entscheidungen des BVerfG zur Budgetverantwortung des Bundestages als Grenze der Übertragung von Kompetenzen auf die intergouvernementale oder supranationale Ebene scheint daneben eine identitätsrelevante Einengung gesetzgeberischer Entscheidungsspielräume durch Haftungsfolgen unter CETA dann möglich, wenn diese die Haushaltsautonomie oder Haushaltsverantwortung faktisch derart einengen, dass der Bundestag seinen Auftrag zur politischen Gestaltung der wirtschaftlichen, kulturellen und sozialen Lebensverhältnisse nicht mehr wahrnehmen könnte.²⁹

Zweifel an der Argumentation von TTIP- und CETA-Gegnern, dass durch den Abschluss des Abkommens das Demokratieprinzip in seinem durch die Verfassungsidentität geschützten Kern ausgehöhlt wird, kommen aber dann auf, wenn man bedenkt, dass die Bundesrepublik seit 1959 über 150 Investitionsabkommen mit ausländischen Staaten abgeschlossen hat, die im Wesentlichen vergleichbare Investitionsschutzvorschriften enthalten.³⁰ Vernachlässigt wird in der insgesamt hitzigen verfassungsrechtlichen Debatte zudem die Frage, inwieweit Investitionskapitel in EU-Freihandelsabkommen den Bundestag tatsächlich weitergehend beschränken als die vielfältigen anderen rechtlichen Bindungen zum Schutz ausländischer Investitionen, denen der Gesetzgeber bereits unterliegt, insbesondere unter dem Verfassungs- und Unionsrecht. Denn nur dann kann man sinnvollerweise davon sprechen, dass durch den Abschluss von Investitionsregelungen in EU-Freihandelsabkommen demokratische Gestaltungsmacht substantiell erodiert oder entleert wird.

Aus diesem Grund sollten Bewertungen investitionsrechtlicher Regelungen im Hinblick auf die Einschränkung des gesetzgeberischen Handlungsspielraums und die Beeinträchtigung des Demokratieprinzips nicht isoliert, sondern stets in vergleichender Perspektive vorgenommen werden. Dies erfordert im Hinblick auf das heute zur Realität gewordene Ineinandergreifen nationaler, regionaler und internationaler Rechtsregime einen mehrerebenenübergreifenden, rechtsvergleichenden Ansatz, um zu bestimmen, inwieweit die Gestaltungsmacht des Gesetzgebers durch Regelungen zum internationalen Investitionsschutz substantiell erodiert.

Vor diesem Hintergrund, behandelt der folgende Beitrag die Frage, inwieweit der Handlungsspielraum des Bundestages durch Investitionskapitel in EU-Freihandelsabkommen weitergehend eingeschränkt wird als durch

²⁹ Vgl. zur Budgetverantwortung und Haushaltsautonomie des Bundestages als Teil der Verfassungsidentität, BVerfGE 129, 124, 168 ff. und 177 ff.; 135, 317, 399 ff.

³⁰ Siehe die Auflistung der von Deutschland abgeschlossenen Investitionsschutzabkommen unter <<http://www.bmwi.de>>.

Verfassungs- und Unionsrecht, sowie die Regelungen in den anderen der mehr als 150 bilateralen Investitionsschutzabkommen, die die Bundesrepublik mit ausländischen Staaten seit 1959 abgeschlossen hat.³¹ Beispielhaft wird dieser Frage anhand des zwischen der EU und Kanada bereits abgeschlossenen Freihandelsabkommens CETA analysiert. Nahezu identische Regelungen sind aber auch in anderen EU-Freihandelsabkommen vorhanden, insbesondere den Abkommen mit Singapur und Vietnam,³² und soll(t)en auch Teil von TTIP werden.³³

Der Beitrag beschränkt sich dabei auf die einschlägigen Grundsätze der Investitionsschutzbestimmungen in CETA³⁴ und vergleicht diese mit den Rechtsprinzipien, an die der Deutsche Bundestag aufgrund des Verfassungs- und Staatshaftungs- sowie des Unionsrechts bereits zum jetzigen Zeitpunkt gebunden ist. Dies erlaubt einen Rückschluss darauf, ob durch Investitionsregelungen in EU-Freihandelsabkommen gesetzgeberischer Gestaltungsspielraum in einer den Kern des Demokratieprinzips verletzenden Art und Weise substantiell erodiert.

Der hier vorgenommene Vergleich umfasst sowohl die nach den jeweiligen Rechtsregimen möglichen Sekundäransprüche in Form von Entschädigung und Schadensersatz für legislatives Handeln und Unterlassen als auch einen Vergleich der primärrechtlichen Anforderungen, die die verschiedenen Rechtsregime an rechtmäßiges Handeln des Gesetzgebers stellen. Denn nur ein derart umfassender Ansatz wird der Tatsache gerecht, dass die verschiedenen Rechtsregime von unterschiedlichen Ansätzen zum Verhältnis von Primärrechtsschutz und Sekundäransprüchen ausgehen. So ist das deutsche Verfassungs- und Eigentumsschutzrecht vom Vorrang des Primärrechtsschutzes gekennzeichnet, während das Investitionsschutzrecht (in CETA, aber auch allgemein) einen solchen Grundsatz nicht kennt und sich

³¹ Ausgeklammert bleibt insofern die Frage, inwieweit gesetzgebende Organe auf Länder- und Kommunalebene Einschränkungen aufgrund der Investitionsregeln in EU-Freihandelsabkommen erfahren. Zu prüfen wäre insofern, ob durch Investitionsschutzregelungen in EU-Freihandelsabkommen Einschränkungen in einer Art und Weise erfolgen, die die verfassungsrechtlich garantierte Länderhoheit und das kommunale Selbstverwaltungsrecht verletzen.

³² Siehe EU-Singapore Free Trade Agreement, aktueller Vertragstext (Stand: Mai 2015) abrufbar über <http://trade.ec.europa.eu>; EU-Vietnam Free Trade Agreement, aktueller Vertragstext (Stand: Januar 2016) abrufbar über <http://trade.ec.europa.eu>. Zum Singapur-Abkommen siehe auch EuGH, Gutachten 2/15 (16.5.2017) ECLI:EU:C:2017:376.

³³ Siehe den Vorschlag der EU zum Investitionskapitel in TTIP <https://tinyurl.com/ybj8x3gu>.

³⁴ Nicht im Detail wird dabei auf die umfangreichen Anhänge zur Aufrechterhaltung bestehender und zur Einführung neuer, nicht-konformer Maßnahmen eingegangen. Dies sind insbesondere Anhang I "Vorbehalte in Bezug auf bestehende Maßnahmen und Liberalisierungsverpflichtungen" und Anhang II "Vorbehalte gegen künftige Maßnahmen".

von den Rechtsfolgen her schwerpunktmäßig an Ersatzleistungen in Geld orientiert.³⁵ Allerdings sind hier wiederum die materiell-rechtlichen Beschränkungen des Gesetzgebers andere als unter Verfassungs- und Unionsrecht. Insofern ist erforderlich, dass die primärrechtliche Ebene (Anforderungen an Rechtmäßigkeit) und die sekundärrechtliche Ebene (Rechtsfolgenregime) insgesamt miteinander verglichen werden. Denn nur aus einer solchen Gesamtbetrachtung lassen sich Schlüsse auf den Umfang ziehen, in dem Investitionsregelungen in EU-Freihandelsabkommen den gesetzgeberischen Handlungsspielraum in verfassungsrechtlich beachtlicher Weise reduzieren.

Der Fokus auf einen Vergleich von Rechtsprinzipien, statt z. B. Vergleichsstudien zu spezifischen Politikfeldern oder Regulierungsmaterien,³⁶ begründet sich dabei daraus, dass nur dies eine umfassende Beurteilung davon ermöglicht, inwieweit gesetzgeberischer Handlungsspielraum durch Anforderungen verschiedener Rechtsregime eingeschränkt wird. Rechtsprinzipien erhalten zwar je nach Kontext in verschiedenen Rechtsordnungen unterschiedliche Ausformungen und Anwendungen auf den Einzelfall, nicht zuletzt da unterschiedliche Streitbeilegungsmechanismen Prinzipien unterschiedlich ausformen, unterschiedliche Wertungen des Sachverhalts vornehmen, oder für eine Abwägung relevante Aspekte unterschiedlich gewichten. Gleichwohl ist der Vergleich von Rechtsprinzipien aussagekräftig, um Strukturunterschiede und -gemeinsamkeiten zwischen nationalem, unio-nalem und Investitionsrecht in CETA im Hinblick auf den Handlungsspielraum des Gesetzgebers aufzuzeigen. Ein derartiger Rechtsvergleich ist nicht quantitativer, sondern qualitativer Natur³⁷ und erlaubt eine Vermesung, inwieweit die Handlungsspielräume divergieren, die die verschiedenen Rechtsregime und ihre Streitbeilegungsinstanzen dem Gesetzgeber zugestehen.

Nach einer Darstellung der Grundzüge zum Investitionsschutz unter dem Grundgesetz und Unionsrecht, geht der Beitrag zunächst vergleichend auf die materiell-rechtlichen Investitionsregelungen in CETA ein. Deren künftige Anwendung und Einfluss auf den Handlungsspielraum des Gesetzgebers beruhen dabei auf einer Berücksichtigung sowohl der Schieds-

³⁵ Zum Rechtsfolgenregime im Investitionsschutzrecht allgemein siehe *B. Demirkol*, Remedies in Investment Treaty Arbitration, *Journal of International Dispute Settlement* 6 (2015), 403; *R. Dolzer/C. Schreuer*, *Principles of International Investment Law*, 2. Aufl. 2012, 272 ff.

³⁶ Zu letzteren vgl. etwa *S. R. Laskowski* (Anm. 14). Siehe auch *M. Nettesheim* (Anm. 14).

³⁷ So aber fälschlicherweise die Kritik an dem hier zugrundeliegenden, methodischen Vorgehen und an der Vergleichbarkeit von Investitionsschutzbestimmungen unter CETA, dem Grundgesetz und Unionsrecht durch *M. Krajewski* (Anm. 23), 2.

rechtsprechung zu existierenden Investitionsabkommen als auch des (im Vergleich zur bisherigen Investitionsabkommenspraxis teils erheblich modifizierten und staatenfreundlicheren) Wortlauts der Investitionsregelungen in CETA.³⁸ Anschließend geht der Beitrag auf Gemeinsamkeiten und Unterschiede der Rechtsfolgenregime unter Grundgesetz, Unionsrecht und internationalem Investitionsrecht ein.

Auf dieser Grundlage kommt er zu dem Ergebnis, dass der gesetzgeberische Handlungsspielraum durch Investitionsregelungen in EU-Freihandelsabkommen wie CETA nicht wesentlich über bestehende Bindungen nach Verfassungs- und Unionsrecht hinaus eingeschränkt wird. Er stellt kanadische Investoren rechtlich zwar besser als sie unter dem Grundgesetz stehen und verbietet umfangreich ihre Diskriminierung, stellt kanadische Investoren aber nicht besser als inländische Investoren oder solche aus anderen EU-Mitgliedstaaten. Insofern kann kaum davon die Rede sein, dass der gesetzgeberische Handlungsspielraum durch Investitionsregelungen in EU-Freihandelsabkommen in seinem durch die Verfassungsidentität geschützten Kernbereich verletzt wird.

II. Primärrechtlicher Umfang des Investitionsschutzes nach deutschem Verfassungs- und Unionsrecht

Ausgangspunkt eines Vergleichs zwischen nationalen, unionsrechtlichen und den investitionsschutzrechtlichen Vorschriften in EU-Freihandelsabkommen muss eine (notwendigerweise knappe) Übersicht über die Rechtsgrundsätze des nationalen und unionsrechtlichen Schutzes ausländischer Investitionen sein.³⁹ Denn nur so kann beurteilt werden, inwiefern die in Frage stehenden völkerrechtlichen Regelungen über bestehende Bindungen des Gesetzgebers nach Verfassungs- und Unionsrecht hinausgehen und damit möglicherweise die durch die Verfassungsidentität geschützten Grundsätze des Demokratieprinzips verletzen.

³⁸ Die Kritik von *M. Krajewski* (Anm. 23), 3 f. zur fehlenden Übertragbarkeit und Berücksichtigung bisheriger Schiedsrechtsprechung zu anderen Investitionsabkommen auf das CETA-Investitionskapitel übersieht (dort im Zusammenhang mit der Auslegung des Grundsatzes billiger und gerechter Behandlung), dass Schiedsgerichte zwar nicht an die Entscheidungen in vorausgegangenen Fälle gebunden sind, gleichwohl aber eine starke Tendenz der Präzedenzfallorientierung bei der Auslegung vergleichbarer Investitionsschutzregelungen aufweisen. Dazu ausführlich *S. Schill*, *The Multilateralization of International Investment Law*, 2009, 321 ff.

³⁹ Die Ausführungen zum Investitionsschutz unter Grundgesetz und Unionsrecht stützen sich auf meine Ausführungen in *S. Schill* (Anm. 2), 503 ff.

Zum Investitionsschutz im weiteren Sinne gehören dabei Fragen des Marktzugangs, also die Möglichkeit, Auslandsinvestitionen zu tätigen, ebenso wie der Bestandsschutz bereits getätigter Investitionen. Zu unterscheiden ist des Weiteren zwischen relativen Schutzstandards, die Diskriminierungen zwischen Ausländern und Inländern bzw. zwischen Ausländern verschiedener Nationalitäten unterbinden, und absoluten Schutzstandards, die unabhängig von der Inländergleichbehandlung ein Mindestmaß an Schutz für Auslandsinvestitionen garantieren.

1. Investitionsschutz nach deutschem Verfassungsrecht

Das deutsche Recht ist im Hinblick auf den Schutz von Auslandsinvestitionen durchgängig vom Grundsatz der Investitionsfreiheit geprägt. Einfachgesetzlich ist die deutsche Rechtsordnung im Hinblick auf die wirtschaftliche Betätigung durchgehend freiheitlich ausgestaltet und vom Grundsatz der Inländergleichbehandlung geprägt. Was den Bestandsschutz angeht, so sind ausländische Investoren und ihre Investitionen grundsätzlich nach dem auch auf Deutsche anwendbaren Bürgerlichen, Straf- und Verwaltungsrecht und den entsprechenden verfahrensrechtlichen Vorschriften zu behandeln.

Auch beim Marktzugang kann man von einem an der Inländergleichbehandlung orientierten Grundsatz der Investitionsfreiheit sprechen.⁴⁰ Staatsangehörigkeitsbezogene Schranken gewerblicher Betätigung oder Beschränkungen des Außenwirtschaftsverkehrs sind hingegen nur in wenigen Bereichen vorhanden.⁴¹ Insgesamt ist damit festzuhalten, dass Bestandsschutz und Marktzugang von Auslandsinvestitionen in Deutschland einfachgesetzlich mit nur punktuellen Ausnahmen auf Basis der Inländergleichbehandlung gesichert sind.

⁴⁰ Der Grundsatz als solcher ist zwar gesetzlich nicht verankert, ergibt sich aber aus dem Zusammenspiel verschiedener Regelungen, die die unternehmerischen Einzelakte schützen, die zur Tätigkeit von Investitionen erforderlich sind. Siehe insbesondere § 1 Abs. 1 GewO (Gewerbefreiheit), § 1 Abs.1 VereinsG (Recht zur Gründung von Personen- und Kapitalgesellschaften) und § 1 Abs. 1 AWG (Außenwirtschaftsfreiheit).

⁴¹ Dazu zählen aufenthaltsrechtliche Regelungen, Regelungen im Kriegswaffenkontrollrecht, im Sprengstoffrecht und im Waffenrecht, die Gewerbeuntersagung gegenüber ausländischen juristischen Personen, deren Rechtsfähigkeit im Inland nicht anerkannt ist (§ 15 Abs. 2 S. 2 GewO) und außenwirtschaftsrechtliche Eingriffs- und Kontrollbefugnisse bei Auslandsinvestitionen nach §§ 4 ff. AWG.

a) Grundrechtsschutz und Rechtsstaatsprinzip

Die Investitionsfreiheit ist aber auch verfassungsrechtlich gegen bestimmte Eingriffe des Gesetzgebers geschützt.⁴² Grundrechtsschutz und Rechtsstaatsprinzip spannen dabei den Rahmen, innerhalb dessen Interessen von Investoren und Allgemeinwohlintereessen zueinander in Bezug gesetzt werden. Grundrechtlich sind vor allem die Vereinigungsfreiheit in Art. 9 Abs. 1 Grundgesetz (GG), die Berufsfreiheit in Art. 12 Abs. 1 GG, der Eigentumschutz in Art. 14 GG und subsidiär Art. 2 Abs. 1 GG als Ausdruck der allgemeinen wirtschaftlichen Handlungsfreiheit von Bedeutung.⁴³

Bestandsschutz für Investitionen wird vor allem durch Art. 14 GG vermittelt, der nicht nur gegen entschädigungslose Enteignungen (Art. 14 Abs. 3 GG), sondern auch gegen andere unverhältnismäßige Eingriffe in das Eigentum schützt (Art. 14 Abs. 1 GG).⁴⁴ Als Eigentum geschützt wird dabei jedes vermögenswerte Recht, das dem Berechtigten von der Rechtsordnung zur privaten Nutzung und zur eigenen Verfügung zugeordnet ist.⁴⁵

Das Rechtsstaatsprinzip, das unter anderem Rechtssicherheit und Vertrauensschutz gegenüber staatlichem Handeln vermittelt,⁴⁶ und dessen Verletzung über Art. 2 Abs. 1 GG auch per Verfassungsbeschwerde gerügt werden kann,⁴⁷ komplementiert das Bild. Es schützt jegliches wirtschaftliches Handeln, unabhängig davon, ob es als Eigentum im verfassungsrechtlichen Sinne qualifiziert wird, allgemein gegen unverhältnismäßige hoheitliche Eingriffe. Gemeinsam schaffen Grundrechte und Rechtsstaatsprinzip die Basis für die freiheitliche deutsche Wirtschaftsverfassung.⁴⁸

Zum Teil enthalten die genannten Grundrechte und Staatsorganisationsprinzipien absolute Schranken für staatliche Eingriffe in Investitionen, wie etwa den Schutz vor entschädigungslosen Enteignungen in Art. 14 Abs. 3 GG oder die Rechtsweggarantie in Art. 19 Abs. 4 GG. Zumeist sind aber die Freiheitsrechte und auch der durch das Rechtsstaatsprinzip vermittelte

⁴² Umfassend dazu V. Epping, Die Außenwirtschaftsfreiheit, 1998.

⁴³ Zu Art. 2 Abs. 1 GG als Schutzrecht für den wirtschaftlichen Bereich siehe H. D. Jarass/B. Pieroth, Grundgesetz, 14. Aufl. 2016, Art. 2 Rn. 22 ff., 25.

⁴⁴ Zum Schutz des Eigentums gegenüber Inhalts- und Schrankenbestimmungen und sonstigen Beeinträchtigungen siehe H. D. Jarass/B. Pieroth (Anm. 43), Art. 14 Rn. 33 ff.

⁴⁵ B.-O. Bryde, in: I. von Münch/P. Kunig, Grundgesetz, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 14 Rn. 12; BVerfGE 112, 93, 108.

⁴⁶ H. Schulze-Fielitz, in: H. Dreier, Grundgesetz, Bd. II, 3. Aufl., 2015, Art. 20 (Rechtsstaat), Rn. 146 ff.

⁴⁷ H. D. Jarass/B. Pieroth (Anm. 43), Art. 2 Rn. 19 f.

⁴⁸ Gleichwohl wird im verfassungsrechtlichen Schrifttum und der verfassungsgerichtlichen Judikatur stets die wirtschaftspolitische Neutralität des Grundgesetzes betont. Siehe R. Scholz, in: T. Maunz/G. Dürig, Grundgesetz, 78. EL, Stand: September 2016, Art. 12 Rn. 85 f.

Schutz nur relativer Natur, da Eingriffe zum Schutz bestimmter privater und öffentlicher Belange zulässig sind. So können etwa die meisten Freiheitsrechte eingeschränkt werden, allerdings nur im Rahmen der jeweiligen Schrankenregelung und gebunden an das Verhältnismäßigkeitsprinzip. Insofern entfalten auch die nicht absolut geschützten Freiheitsrechte ein objektives Mindestmaß an Investitionsschutz. So ist insbesondere das Eigentum auch jenseits des Titelentzugs gegen unverhältnismäßige gesetzgeberische Eingriffe geschützt⁴⁹ und auch die durch die Berufsfreiheit geschützte unternehmerische Betätigung kann nicht in unverhältnismäßiger Weise beschränkt werden.⁵⁰ Überhaupt ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Dreh- und Angelpunkt nicht nur im Hinblick auf den Schutz von Investoren, sondern auch bezogen auf die Möglichkeiten des Staates, öffentlichen Belangen Wirkungsmacht gegenüber wirtschaftlichen Interessen zu verleihen.

b) Grenzen von Grundrechtsberechtigung und Anspruch auf Gleichbehandlung

Signifikante verfassungsrechtliche Beschränkungen bestehen allerdings bei der Grundrechtsberechtigung von ausländischen Investoren und bei der verfassungsrechtlichen Gleichbehandlung mit Inländern. So können sich natürliche Personen, die nicht über die deutsche Staatsangehörigkeit verfügen, nicht auf die Deutschengrundrechte in Art. 9 Abs. 1 GG und Art. 12 Abs. 1 GG berufen.⁵¹ Dramatischer ist hingegen die fast vollständig fehlende Grundrechtsberechtigung "ausländischer" juristischer Personen aufgrund von Art. 19 Abs. 3 GG.⁵² Ihnen gegenüber besteht verfassungsrecht-

⁴⁹ Siehe oben Anm. 44.

⁵⁰ Das BVerfG hat im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung von Eingriffen in Art. 12 Abs. 1 GG die sog. Dreistufentheorie entwickelt, nach der Eingriffe je nach Eingriffsart unterschiedlichen Rechtfertigungsanforderungen unterliegen. In seiner neueren Rechtsprechung weicht es von dieser Theorie allerdings teilweise in Bezug auf Anforderungen an die Rechtfertigung von objektiven Berufswahlregelungen ab. Siehe dazu insgesamt R. Scholz, in: T. Maunz/G. Dürig (Anm. 48), Art. 12 Rn. 335 ff.

⁵¹ Im Bereich der Deutschengrundrechte sind Ausländer allerdings nicht schutzlos gestellt. Siehe M. Heintzen, Ausländer als Grundrechtsträger, in: D. Merten/H.-J. Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. II, § 50 Rn. 47 ff.; J. Gundel, Der grundrechtliche Status der Ausländer, in: J. Isensee/P. Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. IX, 3. Aufl. 2011, § 198 Rn. 5 f. Denn nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG greift insofern die allgemeine Handlungsfreiheit in Art. 2 Abs. 1 GG als Auffanggrundrecht. Vgl. hierzu BVerfGE 35, 382, 399; 49, 168, 180 f.; 78, 179, 196 f.

⁵² Art. 19 Abs. 3 GG erstreckt die Grundrechtsberechtigung nur auf "inländische juristische Personen" und verweigert der Grundrechtsberechtigung "ausländischer" juristischer Personen. BVerfGE 21, 207, 208 f.; 23, 229, 236; 100, 313, 364; NVwZ 27 (2008), 670; BGHZ

lich weder eine Verpflichtung zum Bestandsschutz von Investitionen noch ein Recht auf Marktzugang.⁵³

Einschränkungen sind darüber hinaus auch beim Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG vorhanden. Zwar können sich auch natürliche Personen ohne deutsche Staatsangehörigkeit auf Art. 3 Abs. 1 GG berufen,⁵⁴ jedoch sind staatsangehörigkeitsbezogene Differenzierung nicht grundsätzlich unzulässig. Insbesondere fallen sie nicht unter die nach Art. 3 Abs. 3 GG unzulässigen Diskriminierungen.⁵⁵ Art. 3 Abs. 1 GG ist nach der sog. "neuen Formel" verletzt,

“wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen den beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten”.⁵⁶

Dabei legt das BVerfG strengere Maßstäbe an, wenn personenbezogene Differenzierungen in Frage stehen, wohingegen es bei sachbezogenen Differenzierungen dem Gesetzgeber einen weitergehenden Beurteilungsspielraum zugesteht.⁵⁷ Ausreichend sind bei der Differenzierung zwischen Auslands- und Inlandsinvestitionen, insbesondere beim Marktzugang, insofern häufig wohl schon rein wirtschaftspolitische Gründe.

76, 387, 395 f.; 76, 375, 383 f.; BFH NJW 54 (2001), 2199; B. Remmert, in: T. Maunz/G. Dürig (Anm. 48), Art. 19 Abs. 3 Rn. 88 ff.; H. D. Jarass/B. Pieroth (Anm. 43), Art. 19 Rn. 21 ff.; P. M. Huber, in: H. von Mangoldt/F. Klein/C. Starck, Grundgesetz, Bd. I, 6. Aufl. 2010, Art. 19 Rn. 296. Ausnahmen sind nur die Justizgrundrechte in Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG und Art. 103 Abs. 1 GG. Siehe BVerfGE 12, 6, 8; 18, 441, 447; 64, 1, 11. Siehe dazu H. Quaritsch, Der grundrechtliche Status der Ausländer, in: J. Isensee/P. Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 2. Aufl. 2000, § 120 Rn. 41 ff.

⁵³ Die grundrechtliche Schutzlücke für ausländische juristische Personen kann jedoch dadurch erheblich verringert, wenn nicht gar geschlossen werden, dass für die Implementierung einer Auslandsinvestition eine deutsche Tochtergesellschaft gegründet wird, die dann als Träger des Gewerbes oder Unternehmens, also der Investition, fungiert. Diese Gesellschaft ist dann als inländische juristische Person grundrechtsfähig. Zudem ist z. B. im Rahmen von Enteignungen zu beachten, dass sich zwar ausländische juristische Personen nicht auf Art. 14 Abs. 3 GG berufen können, wohl aber die hinter diesen stehenden Anteilseigner. H. Hofmann, in: B. Schmidt-Bleibtreu/H. Hofmann/A. Hopfauf, Grundgesetz – Kommentar, 13. Aufl., 2014, Art. 14 Rn. 3; R. Wendt, in: M. Sachs, Grundgesetz, 7. Aufl., 2014, Art. 14 Rn. 16.

⁵⁴ BVerfGE 51, 1.

⁵⁵ BVerfGE 51, 1, 30; 90, 27, 37; C. Starck, in: H. von Mangoldt/F. Klein/C. Starck (Anm. 52), Art. 3 Rn. 395; C. Langenfeld, in: T. Maunz/G. Dürig (Anm. 48), Art. 3 Abs. 3 Rn. 58; a. A. M. Zuleeg, Zur staatsrechtlichen Stellung der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland, DÖV 26 (1973), 361, 363 f.; S. Boysen, in: I. von Münch/P. Kunig (Anm. 45), Art. 3 Rn. 182.

⁵⁶ BVerfGE 55, 72, 88. Siehe auch H. Krieger, in: B. Schmidt-Bleibtreu/H. Hofmann/A. Hopfauf (Anm. 53), Art. 3 Rn. 31 (m. w. N. zur Rspr.).

⁵⁷ H. Krieger (Anm. 56), Art. 3 Rn. 31.

c) Zwischenergebnis

Insgesamt zeigt sich somit, dass der verfassungsrechtliche Schutz von Auslandsinvestitionen in Deutschland im Vergleich zum Schutz von Inlandsinvestitionen deutlich vermindert ist. So sind bereits bei der Grundrechtsberechtigung in Art. 12 Abs. 1 GG, Art. 9 Abs. 1 GG und Art. 19 Abs. 3 GG Beschränkungen zulasten von ausländischen Investoren vorhanden. Darüber hinaus sind im Rahmen des Gleichheitssatzes Differenzierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit möglich. Dies gilt vor allem im Hinblick auf den Marktzugang von Auslandsinvestitionen. Das Grundgesetz sichert somit zwar die Investitionsfreiheit in gewissem Umfang verfassungsrechtlich ab, ist aber so ausgestaltet, dass sowohl Abschottungen des deutschen Marktes gegenüber Auslandsinvestitionen als auch Differenzierungen zwischen ausländischen und inländischen Investoren weitgehend möglich wären.

2. Investitionsschutz durch Unionsrecht

a) Anspruch auf Nicht-Diskriminierung und Marktzugang

Einen verglichen zum deutschen Verfassungsrecht erhöhten Schutz des Marktzugangs für Auslandsinvestitionen enthält das Unionsrecht. Insbesondere verlangt es auf Grundlage der unionsrechtlichen Grundfreiheiten gegenüber Investoren aus den EU-Mitgliedstaaten, abgesehen von geringfügigen Ausnahmen, umfangreiche Inländergleichbehandlung. Besondere Bedeutung kommt dabei der Niederlassungsfreiheit und der Kapitalverkehrsfreiheit zu.

Art. 49 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) verbietet Beschränkungen der freien Niederlassung von Staatsangehörigen eines anderen Mitgliedstaates zur Ausübung selbständiger gewerblicher und unternehmerischer Tätigkeiten, einschließlich der Gründung von Agenturen, Zweigniederlassungen und Tochtergesellschaften. Die Niederlassungsfreiheit schützt natürliche Personen ebenso wie Gesellschaften, die ihren Sitz innerhalb der Union haben, Art. 54 AEUV. Art. 49 AEUV garantiert damit den Zugang von Auslandsinvestitionen im Bereich gewerblicher und unternehmerischer Tätigkeit, etwa durch Gründung oder Erwerb eines inländischen Unternehmens. Geschützt werden Angehörige von Mitgliedstaaten vor Diskriminierungen gegenüber Inländern, z. B. in Bezug auf Tätigkeitsverbote, spezielle Genehmigungserfordernisse oder die Auferlegung

zusätzlicher Bedingungen für die Aufnahme oder Ausübung einer selbständigen oder unternehmerischen Tätigkeit.⁵⁸ Daneben enthält Art. 49 AEUV auch ein Beschränkungsverbot, das darauf abzielt, jenseits von Diskriminierungen, die Niederlassungsfreiheit zu fördern.⁵⁹

Soweit der Marktzugang von Auslandsinvestitionen eine Niederlassung in Deutschland darstellt, sind Diskriminierungen gegenüber EU-Ausländern grundsätzlich unzulässig. Nach Art. 52 Abs. 1 AEUV sind Sonderregelungen für Ausländer allein aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit möglich. Dieser Vorbehalt wird vom EuGH als Ausnahmeregelung allerdings eng ausgelegt.⁶⁰ Zwar haben die Mitgliedstaaten bei der Bestimmung des Begriffs der öffentlichen Ordnung und Sicherheit einen gewissen Ermessenspielraum, dieser ist aber durch die Bedeutung und Tragweite des Freizügigkeitsgrundsatzes beschränkt.⁶¹ Insbesondere fallen unter den Begriff der öffentlichen Ordnung und Sicherheit keine wirtschaftspolitisch motivierten und damit protektionistischen Diskriminierungen.⁶² Zudem verlangt der EuGH das Vorliegen einer "tatsächlichen und hinreichend schweren Gefährdung, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt"⁶³ und misst eventuelle Diskriminierungen am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.⁶⁴

Investitionsschützend wirkt auch die Kapitalverkehrsfreiheit. Dabei verbietet Art. 63 AEUV Beschränkungen des Kapitalverkehrs nicht nur im Verhältnis der Mitgliedstaaten untereinander, sondern auch gegenüber Drittstaaten.⁶⁵ Zum Kapitalverkehr gehören nach der vom EuGH als Aus-

⁵⁸ M. Kotzur, in: R. Geiger/D.-E. Khan/M. Kotzur, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2017, Art. 49 AEUV Rn. 8 ff.; P.-C. Müller-Graff, in: R. Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 49 AEUV Rn. 40 ff.

⁵⁹ M. Kotzur, in: R. Geiger/D.-E. Khan/M. Kotzur (Anm. 58), Art. 49 AEUV Rn. 15 ff.; P.-C. Müller-Graff, in: R. Streinz (Anm. 58), Art. 49 AEUV Rn. 57 ff.

⁶⁰ EuGH, Rs. C-348/96, *Calfa*, Slg. 1999, I-11 Rn. 23. Siehe auch S. Korte, in: C. Calliess/M. Ruffert, EUV/EGV, 5. Aufl. 2016, Art. 52 AEUV Rn. 1; P.-C. Müller-Graff, in: R. Streinz (Anm. 58), Art. 52 AEUV Rn. 2 (jeweils m. w. N.).

⁶¹ P.-C. Müller-Graff, in: R. Streinz (Anm. 58), Art. 52 AEUV Rn. 8 (m. w. N.).

⁶² EuGH, Rs. C-17/92, *Fedicine*, Slg. 1993, I-2239 Rn. 16; vgl. auch EuGH Rs. C-484/93, *Svensson*, Slg. 1995, I-3955 Rn. 15.

⁶³ EuGH, Rs. 30/77, *Bouchereau*, Slg. 1977, 1999 Rn. 35; EuGH, Rs. C-100/01, *Olazabal*, Slg. 2002, I-10981 Rn. 39. Siehe auch S. Korte, in: C. Calliess/M. Ruffert (Anm. 60), Art. 52 AEUV Rn. 8; P.-C. Müller-Graff, in: R. Streinz (Anm. 58), Art. 52 AEUV Rn. 9 (jeweils m. w. N.).

⁶⁴ P.-C. Müller-Graff, in: R. Streinz (Anm. 58), Art. 52 AEUV Rn. 16 ff. (m. w. N.).

⁶⁵ M. Sedlaczek/M. Zeiger, in: R. Streinz (Anm. 58), Art. 63 AEUV Rn. 26 f.; G. Ress/J. Ukrow, in: E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 60. EL, Stand: Oktober 2016, Art. 63 AEUV Rn. 134 ff. Insofern kritisch J. Bröhmer, in: C. Calliess/M. Ruffert (Anm. 60), Art. 63 AEUV Rn. 8. Ausführlich zur Kapitalverkehrsfreiheit mit Drittstaaten S. Hindelang, *The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment*,

legungshilfe herangezogenen Kapitalverkehrsrichtlinie 88/361/EG insbesondere Direktinvestitionen, Darlehen und Finanzkredite und Geschäfte mit Wertpapieren.⁶⁶ Art. 63 AEUV erfasst daher grundsätzlich alle Direkt- und Portfolioinvestitionen in Deutschland, einschließlich des Erwerbs von Unternehmensbeteiligungen, unabhängig von ihrer Herkunft, und schützt sie gegen Diskriminierungen und sonstige Beschränkungen.⁶⁷

Ähnlich wie im Rahmen von Art. 52 AEUV sind diskriminierende Beschränkungen aber zum Schutz der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit möglich, Art. 65 Abs. 1 lit. b) AEUV. Die Anforderungen an eine Rechtfertigung sind insofern ähnlich wie unter Art. 52 Abs. 1 AEUV. Zum einen ist eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung erforderlich, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt.⁶⁸ Zum anderen ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu wahren.⁶⁹ Außerdem dürfen Beschränkungen weder ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung des freien Kapital- und Zahlungsverkehrs darstellen, Art. 65 Abs. 3 AEUV. Auch hat der EuGH immer wieder betont, dass Beschränkungen des Kapitalverkehrs nach objektiven und klar umschriebenen Merkmalen erfolgen müssen, die den Betroffenen verdeutlichen, unter welchen Umständen Beschränkungen erfolgen können.⁷⁰

b) Bestandsschutz

Nach Art. 345 AEUV lassen die unionsrechtlichen Vorschriften die Bestimmungen der mitgliedstaatlichen Eigentumsordnungen unberührt. Diese entscheiden daher über Inhalt und Grenzen des Privateigentums⁷¹ und über Voraussetzungen und Modalitäten von Enteignungen.⁷² Der Bestandsschutz

2009; S. Hindelang, Direktinvestitionen und die Europäische Kapitalverkehrsfreiheit im Drittstaatenverhältnis, JZ 64 (2009), 829.

⁶⁶ 4. Richtlinie des Rates zur Liberalisierung des Kapitalverkehrs, Nr. 88/361 vom 24.6.1988, ABl. 1988, Nr. L 178/15, Anhang I. Zum Begriff des Kapitalverkehrs siehe auch G. Ress/J. Ukrow, in: E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim (Anm. 65), Art. 63 AEUV Rn. 126 ff.

⁶⁷ Zum Begriff der Beschränkung ausführlich G. Ress/J. Ukrow, in: E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim (Anm. 65), Art. 63 AEUV Rn. 158 ff.

⁶⁸ G. Ress/J. Ukrow, in: E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim (Anm. 65), Art. 65 AEUV Rn. 56 (m. w. N. zur Rspr.).

⁶⁹ G. Ress/J. Ukrow, in: E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim (Anm. 65), Rn. 78.

⁷⁰ EuGH, Rs. C-54/99, *Église de scientologie*, Slg. 2000, I-1335 Rn. 21 ff.; siehe auch G. Ress/J. Ukrow, in: E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim (Anm. 65), Art. 65 AEUV Rn. 57.

⁷¹ T. Kingreen, in: C. Calliess/M. Ruffert (Anm. 60), Art. 345 AEUV Rn. 2.

⁷² D.-E. Khan, in: R. Geiger/D.-E. Khan/M. Kotzur (Anm. 58), Art. 345 AEUV Rn. 1. Siehe zum Meinungsstand auch J. Kübling, in: R. Streinz (Anm. 58), Art. 345 AEUV Rn. 5 ff.

von Auslandsinvestitionen ist somit in erster Linie am nationalen Recht zu messen. Dies bedeutet jedoch nicht, dass das Unionsrecht im Bereich des tatsächlichen Schutzes von Investitionen bedeutungslos ist. Im Gegenteil, Art. 345 AEUV schließt nicht die Beachtung anderer unionsrechtlicher Bestimmungen aus, insbesondere nicht die Anwendung der Grundfreiheiten und des Diskriminierungsverbotes in Art. 18 Abs. 1 AEUV.⁷³ Der Schutz getätigter Investitionen von EU-Investoren unterliegt damit insbesondere dem unionsrechtlichen Diskriminierungsverbot, ist aber auch an den Beschränkungsverboten der Grundfreiheiten zu messen.

Außerdem werden die mitgliedstaatlichen Eigentumsordnungen zunehmend durch Vorschriften des Primärrechts, die den Sozialbezug des Unionsrechts und des europäischen Binnenmarktes hervorheben (wie Art. 14, 37, 106 Abs. 2 AEUV, Art. 34 Grundrechtecharta [GRCh]), überlagert.⁷⁴ Daneben enthalten im Anwendungsbereich des Unionsrechts auch das durch die Grundrechtecharta (sowie die Europäische Menschenrechtskonvention) garantierte Eigentumsrecht Bindungen gesetzgeberischen Handelns, insbesondere im Hinblick auf den Bestandsschutz getätigter Investitionen.⁷⁵ Diese Regelungen entsprechen inhaltlich weitgehend den Bestimmungen zum Schutz von Auslandsinvestitionen unter dem Grundgesetz.⁷⁶

c) Zwischenergebnis

Insgesamt ist damit festzuhalten, dass das Unionsrecht den Handlungsspielraum des Bundesgesetzgebers im Hinblick auf den Schutz von Auslandsinvestitionen jenseits verfassungsrechtlicher Vorgaben beschränkt. Anknüpfungspunkt des Unionsrechts ist dabei in erster Linie die Inländer-

⁷³ D.-E. Khan, in: R. Geiger/D.-E. Khan/M. Kotzur (Anm. 58), Art. 345 AEUV Rn. 2 f.; T. Kingreen, in: C. Calliess/M. Ruffert (Anm. 60), Art. 345 AEUV Rn. 8.

⁷⁴ Vgl. T. Kingreen, in: C. Calliess/M. Ruffert (Anm. 60), Art. 345 AEUV Rn. 3.

⁷⁵ Zu einem umfassenden Vergleich zwischen Europäischer Menschenrechtskonvention und völkerrechtlichem Investitionsschutz siehe U. Kriebaum, Eigentumsschutz im Völkerrecht, 2008. Zum Schutz des Eigentums unter der Grundrechtecharta siehe H. D. Jarass, Charta der Grundrechte, 3. Aufl. 2016, Art. 17. Im Hinblick auf das Zusammenspiel zwischen Art. 17 GRCh und Art. 345 AEUV ist zwischen Eigentumsrecht und Eigentumsordnung zu unterscheiden. Das unionale Eigentumsrecht ist durch Art. 17 GRCh definiert, sodass der Schutz der mitgliedstaatlichen Eigentumsordnung in Art. 345 AEUV insbesondere nicht die Kompetenz des EuGH zur Auslegung und damit Inhaltsbestimmung von Art. 17 GRCh sperrt. Siehe C. Calliess, in: C. Calliess/M. Ruffert (Anm. 60), EU-GRCharta Art. 17 Rn. 4.

⁷⁶ Vgl. zum Gewährleistungsumfang des Eigentums H.-J. Cremer, Kap. 22: Eigentumschutz, in: R. Grote/T. Maruhn (Hrsg.), EMRK/GG Konkordanzkommentar, 2006, 1222 ff.; C. Calliess, in: C. Calliess/M. Ruffert (Anm. 60), EU-GRCharta Art. 17 Rn. 6 ff.

gleichbehandlung als Voraussetzung für eine unionsweite Wettbewerbsordnung, in der herkunftsunabhängig gleiche Marktzugangs- und Operationsbedingungen herrschen. Nicht-EU-Angehörige haben hingegen keinen Anspruch auf Niederlassung. Im Drittstaatenkontext einschlägig ist aber die Kapitalverkehrsfreiheit. Beim Bestandsschutz für ausländische Investitionen geht das Unionsrecht, abgesehen vom Grundsatz der Inländergleichbehandlung, aber nicht über den Schutz des Verfassungsrechts hinaus.

Die durch Unionsrecht, ebenso wie die nach Verfassungsrecht, bereits bestehenden Bindungen des Handlungsspielraums des Gesetzgebers sind nunmehr in Beziehung zu setzen zu denjenigen Bindungen, die durch investitionsschutzrechtliche Regelungen in EU-Freihandelsabkommen wie CETA hinzukommen. Aus einem solchen Vergleich lassen sich Schlüsse ziehen, ob die Gestaltungsmacht des Gesetzgebers im Hinblick auf die durch die Verfassungsidentität geschützten Grundsätze des Demokratieprinzips durch internationale Investitionsschutzregelungen substantiell erodiert.

III. Investitionsschutzrechtliche Bestimmungen in CETA

CETA enthält eine Reihe investitionsschutzrechtlicher Bestimmungen, deren Auswirkungen als Rechtmäßigkeitsanforderungen auf den gesetzgeberischen Handlungsspielraum einwirken. Dies betrifft insbesondere absolute Marktzugangsregelungen, den Anspruch auf Nichtdiskriminierung (Inländergleichbehandlung und Meistbegünstigung) für kanadische Investoren, den Bestandsschutz gegen gesetzgeberische Eingriffe (Verletzungen des Grundsatzes gerechter und billiger Behandlung, des Anspruches auf vollen Schutz und Sicherheit, des Rechts auf Entschädigung für Verluste bei Krieg, Notstand etc., das Verbot entschädigungsloser Enteignungen und enteignungsgleicher Eingriffe) und die Bestimmungen zum freien Kapitalverkehr.⁷⁷

⁷⁷ Der materielle Anwendungsbereich des CETA-Investitionskapitels bezieht sich dabei auf den Schutz von direkten und indirekten "Investitionen" (siehe die Definition in Art. 8.1 CETA) und legt insgesamt einen weiten Investitionsbegriff zugrunde. Dieser divergiert jedoch inhaltlich höchstens in Randbereichen von dem ebenfalls weiten Eigentumsbegriff des Grundgesetzes. Siehe oben Anm. 43. Im Übrigen muss sich aber auch gesetzgeberische Aktivität, die nicht in Eigentum im verfassungsrechtlichen Sinne, gleichwohl aber in Investitionen im investitionsrechtlichen Sinne eingreift, an verfassungsrechtlichen Vorgaben messen lassen, insbesondere an Art. 2 Abs. 1 S. 1 GG. Mögliche Divergenzen der verfassungsrechtlichen und der investitionsrechtlichen Begrifflichkeiten sind daher für die Frage der Einschränkung des

Darüber hinaus weist CETA aber auch verschiedene Vorschriften auf, die die gesetzgeberische Handlungsfreiheit ausdrücklich vor Beschränkungen schützen möchten; diese sind teilweise allgemeiner Natur, teilweise beziehen sie sich auf spezifische Wirtschaftsbereiche (insbesondere Finanzdienstleistungen) oder bestimmte Bereiche hoheitlicher Tätigkeit (wie das Steuerwesen). Schließlich ist kurz auf die Auswirkungen der Investor-Staat-Streitbeilegung und sonstige mögliche Gründe für eine Haftungsausweitung jenseits des jetzt vorgelegten Abkommenstextes von CETA einzugehen.

Die Analyse in diesem Abschnitt beschränkt sich auf die primärrechtlichen Anforderungen, die CETA gegenüber gesetzgeberischen Maßnahmen aufstellt. Eine Analyse der Rechtsfolgen, einschließlich der Berechnung von Entschädigung und Schadensersatz, erfolgt in Teil IV.

1. Verbot bestimmter Marktzugangsvorschriften

Abschnitt B des Investitionskapitels in CETA enthält Bestimmungen, nach denen bestimmte absolute, das heißt nicht von der Behandlung inländischer Investoren abhängige, Marktzugangsbeschränkungen für unzulässig erklärt werden. Hierzu zählen sog. „Leistungsanforderungen“ (Art. 8.5 CETA – auf Englisch: „Performance Requirements“), die größtenteils parallel zu dem Abkommen über handelsrelevante Investitionsmaßnahmen (Agreement on Trade-Related Investment Measures – TRIMs) verlaufen,⁷⁸ und andere wettbewerbsbeschränkende Marktzugangsschranken (Art. 8.4 CETA).

Diese Vorschriften schränken den Handlungsspielraum des Gesetzgebers stärker ein als die verfassungs- und unionsrechtlichen Vorgaben, da sie kanadischen Investoren Rechte einräumen, die ihnen anderweitig nicht zustehen würden. Allerdings ist auch zu beachten, dass die Geltendmachung einer Verletzung dieser Vorschriften in Abschnitt B des Investitionskapitels im Rahmen der Investor-Staat-Streitbeilegung ausgeschlossen ist (Art. 8.2 Abs. 4 S. 2 CETA). Ein mögliches Haftungsrisiko ist damit als gering einzuschätzen. Zudem sind die Einschränkungen des gesetzgeberischen Handlungsspielraums in Abschnitt B kaum umfangreicher als die Vorgaben, die die unionsrechtliche Wettbewerbsordnung im Hinblick auf Marktzugang bereits macht.

gesetzgeberischen Handlungsspielraums weniger relevant. So aber *M. Krajewski* (Anm. 23), 2 f.

⁷⁸ Agreement on Trade-Related Investment Measures vom 15.4.1994, 1868 UNTS 186.

2. Anspruch auf Gleichbehandlung (Inländergleichbehandlung, Meistbegünstigung)

CETA enthält, ähnlich wie auch das Unionsrecht, einen im Grundsatz weitreichenden Anspruch kanadischer Investoren auf Gleichbehandlung mit inländischen Investoren (Grundsatz der Inländergleichbehandlung, Art. 8.6 CETA) und Investoren aus Drittstaaten, einschließlich von Investoren aus anderen EU-Mitgliedstaaten (Meistbegünstigung, Art. 8.7 CETA).⁷⁹ Sachlich bezieht sich der Anspruch auf Gleichbehandlung auf die Niederlassung und den Erwerb einer Investition, also den Marktzugang, sowie auf die Erweiterung, den Betrieb, den Erhalt und die Veräußerung der Investition. Sowohl Marktzugang als auch Bestandsschutz unterliegen damit dem Anspruch kanadischer Investoren auf Gleichbehandlung. Dies geht im Grundsatz über den verfassungsrechtlichen Schutz ausländischer Investoren auf Nicht-Diskriminierung hinaus.

Gleichzeitig ist ein Anspruch auf Gleichbehandlung aber davon abhängig, dass sich der fragliche ausländische Investor in einer "gleichen Situation" befindet wie der inländische. Dies soll Auslegungen verhindern, wie sie durch das Schiedsgericht im Fall *Occidental Exploration and Production Company v. Ecuador* vorkamen, in dem eine Verletzung der Inländergleichbehandlung angenommen wurde, weil ein Investor in der Ölindustrie bei der Erhebung einer Steuer für die Ausfuhr von Produkten anders behandelt wurde als ein Unternehmen, das Blumen exportierte.⁸⁰

Außerdem ist der Anspruch auf Nicht-Diskriminierung in CETA, insbesondere im Hinblick auf den Meistbegünstigungsgrundsatz, sehr viel beschränkter als in herkömmlichen Investitionsschutzabkommen. Insbesondere erlaubt CETA keine Multilateralisierung von vorteilhafteren Behandlungsstandards aus Drittabkommen (Art. 8.7 Abs. 4 S. 2 CETA). Klargestellt ist auch, dass prozessuale Rechte im Rahmen von Verfahren zur Investitionsschutzabkommen der Mitgliedstaaten üblich, ist in CETA keine sog. REIO-Klausel (Regional Economic Integration Organisation-Klausel) vorhanden, die die Ausdehnung von Vorteilen von EU-Investoren auf Drittstaatsinvestoren vom Anwendungsbereich der Meistbegünstigungsklausel ausschließen. Dies ist folgerichtig, denn es handelt sich vorliegend um Investitionsregelungen in EU-Freihandelsabkommen, die jeweils durch Inländergleichbehandlung und Meistbegünstigung gleiche Wettbewerbsbedingungen für europäische und kanadische Investoren schaffen wollen. Die Vorteile aus manchen Abkommen zwischen der EU (bzw. ihrer Mitgliedstaaten) und Drittstaaten sind allerdings in den Ausnahme-Anhängen vor einer Multilateralisierung geschützt.

⁷⁹ Anders als bisher in Investitionsschutzabkommen der Mitgliedstaaten üblich, ist in CETA keine sog. REIO-Klausel (Regional Economic Integration Organisation-Klausel) vorhanden, die die Ausdehnung von Vorteilen von EU-Investoren auf Drittstaatsinvestoren vom Anwendungsbereich der Meistbegünstigungsklausel ausschließen. Dies ist folgerichtig, denn es handelt sich vorliegend um Investitionsregelungen in EU-Freihandelsabkommen, die jeweils durch Inländergleichbehandlung und Meistbegünstigung gleiche Wettbewerbsbedingungen für europäische und kanadische Investoren schaffen wollen. Die Vorteile aus manchen Abkommen zwischen der EU (bzw. ihrer Mitgliedstaaten) und Drittstaaten sind allerdings in den Ausnahme-Anhängen vor einer Multilateralisierung geschützt.

⁸⁰ *Occidental Exploration and Production Company v. Ecuador*, LCIA No. UN 3467, Final Award, 1.7.2004, Rn. 173-176. Dazu A. Tzanakopoulos, National Treatment and MFN in the (Invisible) EU Model BIT, *Journal of World Investment & Trade* 15 (2014), 484, 491 f.

tor-Staat-Streitbeilegung nicht über den Grundsatz der Meistbegünstigung den unter CETA geschützten Investoren zugutekommen (Art. 8.7 Abs. 4 S. 1 CETA).

Insgesamt führt der Anspruch auf Gleichbehandlung unter CETA zu einer substanziellen Aufwertung der Rechte von kanadischen Investoren. Ihnen wird durch CETA ein Status eingeräumt, der dem Schutz inländischer Investoren aus den Grundrechten bzw. dem Schutz von EU-Investoren aus den unionalen Grundfreiheiten und Grundrechten bei Marktzugang und Bestandsschutz entspricht. Der gesetzgeberische Handlungsspielraum ist dadurch insofern reduziert, als Schlechterbehandlungen kanadischer Investoren aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit unzulässig werden.

Allerdings unterliegt der Anspruch auf Gleichbehandlung einer Vielzahl an Ausnahmen, die wenig übersichtlich über das Investitionskapitel und andere Kapitel in CETA verstreut vorhanden sind. Diese beinhalten unter anderem:

- Sektorspezifische Ausnahmen (beidseitig z. B. für bestimmte Dienstleistungen im Luftverkehrsbereich, Art. 8.2 Abs. 2 lit. a) CETA, oder einseitig z. B. für audiovisuelle Dienstleistungen für die EU und die Kulturindustrie für Kanada, Art. 8.2 Abs. 3 CETA);
- Ausnahmen für bestimmte Bereiche staatlicher Tätigkeit (z. B. Vergaberecht, Art. 8.2 Abs. 2 lit. b) CETA und Art. 8.15 Abs. 5 lit. a) CETA und Beihilfen, Art. 8.15 Abs. 5 lit. b) CETA);
- Beschränkungen beim Zugang zur Investor-Staat-Streitbeilegung für Ansprüche wegen Verletzung der Nicht-Diskriminierungsvorschriften beim Marktzugang (Art. 8.2 Abs. 4 S. 3 CETA; wiederholt nochmals in Art. 8.18 Abs. 1 CETA);
- die Immunsierung gegen in Anhang I gelistete, diskriminierende Maßnahmen (sog. "bestehende nichtkonforme Maßnahmen"), deren Ersatz oder Ergänzung (Art. 8.15 Abs. 1 lit. a) und b) CETA);
- Ausnahmen für künftige Einschränkungen der Gleichbehandlung (Art. 8.15 Abs. 2 CETA i. V. m. Anhang II) mit einer Rückausnahme für den Schutz bestehender Investitionen (Art. 8.15 Abs. 3 CETA);
- eine Ausnahme für Entscheidungen unter dem Investment Canada Act (Anhang 8-C);
- eine allgemeine Ausnahme, die sich an General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) Art. XX anlehnt (Kap. 28 Art. 28.3 Abs. 1 CETA) und Einschränkungen des Nicht-Diskriminierungsgrundsatzes zum Schutz bestimmter öffentlicher Güter oder Rechte Dritter erlaubt;

- eine weitere allgemeine Ausnahme, die das Nicht-Diskriminierungsgebot ähnlich GATT Art. XX⁸¹ für notwendige Maßnahmen zum Schutz bestimmter Interessen einschränkt, wie den Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung,⁸² der öffentlichen Moral, dem Schutz von Gesundheit, Tieren oder Pflanzen etc. (Kap. 28 Art. 28.3 Abs. 2 CETA).

Im Grundsatz schließen die Nicht-Diskriminierungsvorschriften in CETA eine Lücke im Schutz ausländischer Investoren, die wegen der nur begrenzten Grundrechtsberechtigung ausländischer Investoren und den Differenzierungsmöglichkeiten zwischen ausländischen und inländischen Investoren durch Verfassungsrecht besteht.⁸³ Dies reduziert den Handlungsspielraum des Gesetzgebers für den Erlass von Maßnahmen, die gegenüber ausländischen Investoren diskriminieren.

Zugleich sind die Ausnahmen vom Grundsatz der Nicht-Diskriminierung für bestehende und die Einführung neuer Differenzierungen aber so umfangreich, dass der Grundsatz der Nicht-Diskriminierung in CETA eher an einen Schweizer Käse erinnert, in den Mäuse immer größere Löcher fressen dürfen. Die zahlreichen Ausnahmen schmälern den Anspruch auf umfassende Gleichbehandlung sowohl von kanadischen Investoren in Deutschland, als auch von deutschen (und anderen europäischen) Investoren in Kanada substantiell.

3. Bestandsschutz getätigter Investitionen

Bestandsschutz für getätigte Investitionen in CETA wird vor allem über folgende Schutzstandards gewährt: den Grundsatz gerechter und billiger Behandlung (*fair and equitable treatment*), den Anspruch auf vollen Schutz und Sicherheit (*full protection and security*), den Anspruch auf Entschädigung bei Verlusten aufgrund kriegerischer Handlungen, Notstand etc. (*compensation for losses*) und den Schutz gegen Enteignungen und einer Enteignung gleichkommende Eingriffe (*direct and indirect expropriation*).

Nach all diesen Schutzstandards ist die Beschränkung des gesetzgeberischen Handlungsspielraums eng umgrenzt und bleibt erheblich hinter vergleichbaren verfassungs- und unionsrechtlichen Bindungen zurück.

⁸¹ Allerdings ohne den für GATT Art. XX charakteristischen Chapeau, der eine differenziertere Abwägung erfordert.

⁸² Der Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ist dabei restriktiv auszulegen (Art. 28.3 Abs. 2 lit. x) CETA).

⁸³ Siehe dazu oben Teil II. 1. b).

a) Grundsatz gerechter und billiger Behandlung

Beschränkungen des gesetzgeberischen Handlungsspielraumes können sich zunächst aus dem Grundsatz gerechter und billiger Behandlung ergeben, wie er in Art. 8.10 CETA niedergelegt ist. In der Schiedsrechtsprechung zu anderen Abkommen wird der dort regelmäßig generalklauselartig formulierte Schutzstandard als umfassender Anspruch ausländischer Investoren auf Behandlung nach rechtsstaatlichen Grundsätzen verstanden.⁸⁴ Der Grundsatz billiger und gerechter Behandlung enthält demnach das Prinzip der Rechtssicherheit im Sinne der Beständigkeit rechtlicher Normen und der Vorhersehbarkeit staatlichen Handelns, die Verpflichtung zu Konsistenz staatlichen Handelns, das Prinzip der Rechtmäßigkeit, den Grundsatz des Vertrauensschutzes, das Verbot der Rechtsverweigerung, Anforderungen an die Ausgestaltung von Gerichts- und Verwaltungsverfahren, das Verbot willkürlichen und diskriminierenden und das Erfordernis transparenten staatlichen Handelns sowie das Verhältnismäßigkeitsprinzip.⁸⁵

Relativ unabhängig von seiner konkreten Formulierung und unabhängig davon, ob er an den völkergewohnheitsrechtlichen Minimumstandard angeknüpft ist, wie unter dem Nordamerikanischen Freihandelsabkommen (NAFTA), oder nicht, wird der Grundsatz billiger und gerechter Behandlung in bisherigen Abkommen dabei dem deutschen Rechtsstaatsprinzip entsprechend als alle staatliche Gewalt bindender Grundsatz verstanden. Insbesondere ist anerkannt, dass dieser Schutzstandard auch auf Maßnahmen des Gesetzgebers anwendbar ist.⁸⁶ Dies bringt auch CETA klar zum Ausdruck, denn es spricht pauschal von "Maßnahme" als Anknüpfungspunkt (Art. 8.10 Abs. 2 CETA); dies umfasst gesetzgeberisches Handeln und Unterlassen.

⁸⁴ Siehe *M. Jacob/S. Schill*, Fair and Equitable Treatment: Content, Practice, Method, in: M. Bungenberg/J. Griebel/S. Hobe/A. Reinisch (Hrsg.), *International Investment Law*, 2015. Speziell zu CETA siehe auch *U. Kriebaum*, FET and Expropriation in the (Invisible) EU Model BIT, *Journal of World Investment & Trade* 15 (2014), 454 ff.; *T. Trentinaglia*, Fair and Equitable Treatment und Eigentumsschutz nach CETA – Ein Balanceakt zwischen Investorenschutz und demokratischer Geltungsmacht, in: S. Buszewski/S. Martini/H. Radtke (Hrsg.), *Freihandel vs. Demokratie*, 2016, 157 ff.

⁸⁵ *M. Jacob/S. Schill* (Anm. 84), 700 ff.

⁸⁶ Vgl. *Sergei Pausbok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. Mongolia*, UNCITRAL, Award on Jurisdiction and Liability, 28.4.2011, Rn. 298: "Actions by legislative assemblies are not beyond the reach of bilateral investment treaties. A State is not immune from claims by foreign investors in connection with legislation passed by its legislative body, unless a specific exemption is included in the relevant treaty." Siehe zuletzt etwa *Philip Morris Asia Ltd. v. Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Award, 8.7.2016, Rn. 421 ff.; *Charanne and Construction Investments v. Kingdom of Spain*, SCC Case No. V062/2012, Award, 21.1.2016.

Relevant als Grenze gesetzgeberischer Handlungsfreiheit ist vor allem der im Grundsatz gerechter und billiger Behandlung niedergelegte Vertrauensschutz. Maßnahmen des Gesetzgebers, die unter Aspekten des Vertrauensschutzes in der Vergangenheit als Verletzung des Grundsatzes gerechter und billiger Behandlung betrachtet wurden, waren etwa ein argentinisches Gesetz, das den regulatorischen Rahmen für den zuvor privatisierten Gasversorgungssektor und die darin enthaltenen Tarifgarantien grundlegend änderte.⁸⁷ Auch die umfassenden und grundlegenden Änderungen des regulatorischen Rahmens für die Einspeisung erneuerbarer Energie in Spanien wurden zum Teil als Verstoß gegen den investitionsrechtlichen Vertrauensschutz gesehen.⁸⁸

Allerdings wird der Vertrauensschutz gegenüber Gesetzesänderungen in der Schiedsrechtsprechung nie verabsolutiert.⁸⁹ So ließ die Schiedsrechtsprechung im Hinblick auf den Grundsatz gerechter und billiger Behandlung von jeher verhältnismäßige Änderungen zur Verfolgung von Zwecken des Allgemeinwohles zu. So trafen insbesondere die Änderungen der Gesetzgebung in Uruguay zur Markennutzung und den Verkaufsmodalitäten von Zigaretten (das sog. Plain Packaging) auf keine investitionsrechtlichen

⁸⁷ Siehe etwa *CMS Gas Transmission Company v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12.5.2005, Rn. 266 ff.; *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, 3.10.2006, Rn. 119 ff.; *Enron Corp. and Ponderosa Assets LP v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, 22.5.2007, Rn. 251-268; *Sempra Energy International v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, 28.9.2007, Rn. 290 ff.; *BG Group plc v. Argentina*, UNCITRAL, Final Award, 24.12.2007, Rn. 289 ff.; *National Grid plc v. Argentina*, UNCITRAL, Award, 3.11.2008, Rn. 167 ff.; *Total S.A. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/04/1, Decision on Liability, 27.12.2010, Rn. 99 ff., 305 ff., 412 ff.; *EDF International S.A., SAUR International S.A., and León Participaciones Argentinas S.A. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/23, Award, 11.6.2012, Rn. 994 ff.

⁸⁸ *Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à.r.l. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/13/36, Award, 4.5.2017; anders *Isolux Netherlands B.V. v. Kingdom of Spain*, SCC Case V2013/153, Award, 17.7.2016; *Charanne and Construction Investments* (Anm. 86).

⁸⁹ Vertrauensschutz nach dem Grundsatz gerechter und billiger Behandlung knüpft zudem an objektive Vertrauenstatbestände an; rein subjektive Erwartungen eines Investors begründen kein schützenswertes Vertrauen. Siehe *LG&E* (Anm. 87) Rn. 130; *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil SA v. Ecuador*, ICSID Case No. ARB/04/19, Award, 18.8.2008, Rn. 347; *Continental Casualty Co. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/9, Award, 5.9.2008, Rn. 261; *Parkerings-Compagniet AS v. Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, Award, 11.9.2007, Rn. 331; *Electrabel S.A. v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19, Award, 30.11.2012, Rn. 7.76. Vgl. auch *Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein v. Italy*, ICSID Case No. ARB/14/3, Award, 27.12.2016, Rn. 371-372.

Bedenken.⁹⁰ Kritisch ist unter dem Grundsatz des *fair and equitable treatment* somit vor allem das Wie einer Änderung, nicht das Ob.⁹¹

Striktere Vorgaben für Änderungen von Gesetzen bestehen hingegen bei rückwirkenden Gesetzen⁹² sowie dann, wenn spezifische Vertrauenstatbestände begründet werden, insbesondere (auch gesetzgeberische) Zusagen gemacht werden, die darauf gerichtet sind, dass Dispositionen von Investoren getroffen werden, die darauf angewiesen sind, und der Staat bezweckte, dass die zugrundeliegende Rechtslage andauert. Derartige Vertrauenstatbestände können nicht kompensationslos rückgängig gemacht werden. Dies zeigen derzeit insbesondere einige der gegen Spanien ergangenen investitionsrechtlichen Schiedssprüche im Bereich erneuerbarer Energien.⁹³

Im Wesentlichen entspricht die Schiedsrechtsprechung, die zu dem durch den Grundsatz der gerechten und billigen Behandlung niedergelegten Ver-

⁹⁰ *Philip Morris* (Anm. 86).

⁹¹ Siehe z. B. *CMS Gas Transmission* (Anm. 87), Rn. 277; *Saluka Investments BV v. Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award, 17.3.2006, Rn. 305. *Parkerings-Compagniet* (Anm. 89), Rn. 332 f. (“[i]t is each State’s undeniable right and privilege to exercise its sovereign legislative power. A State has the right to enact, modify or cancel a law at its own discretion. Save for the existence of an agreement, in the form of a stabilization clause or otherwise, there is nothing objectionable about the amendment brought to the regulatory framework existing at the time an investor made its investment.”); *BG Group* (Anm. 87), Rn. 298; *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/20, Award, 11.12.2013, Rn. 529 (“the correct position is that the state may always change its legislation, being aware and thus taking into consideration that: (i) an investor’s legitimate expectations must be protected; (ii) the state’s conduct must be substantively proper (e.g., not arbitrary and discriminatory); and (iii) the state’s conduct must be procedurally proper (e.g., in compliance with due process and fair administration.”). Siehe auch UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment: A Sequel*, United Nations, 2012, 77 (“investors must anticipate and accept that the regulatory and legislative environment may change over time. In light of the FET standard, investors can expect, however, that such changes will be implemented in good faith and in a non-abusive manner and that public-interest arguments will not be used as a disguise for arbitrary and discriminatory measures.”); *Philip Morris* (Anm. 86), Rn. 422 f. Wenn die Rechtsänderung zu weit geht und unverhältnismäßig ist, kann es zu einer Verletzung kommen. Siehe *Eiser* (Anm. 88), Rn. 382. Vgl auch *Blusun* (Anm. 89), Rn. 312 ff.

⁹² Im Grundsatz ist auch der Schutz gegen rückwirkende Gesetzgebung in den meisten innerstaatlichen Verfassungsordnungen anerkannt. Siehe z. B. *H. Schulze-Fielitz*, in: H. Dreier (Anm. 46), Art. 20 (Rechtsstaat), Rn. 151 ff.; *R. Hofmann*, Die Bindung staatlicher Gewalt, in: R. Hofmann/J. Marko/F. Merli/E. Wiederin (Hrsg.), *Rechtsstaatlichkeit in Europa*, 1996, 3, 16 f. (zur Situation in Deutschland, Österreich, Spanien, Polen, Slowenien, der Tschechischen und Slowakischen Republik). Zum Unionsrecht siehe *T. von Danwitz*, *Europäisches Verwaltungsrecht*, 2008, 218; *T. Tridimas*, *The General Principles of EU Law*, 2006, 252 ff.; *K. Lasok/T. Millett/A. Howard*, *Judicial Control in the EU*, 2004. Zum US-amerikanischen Recht *A. C. Weiler*, *Has Due Process Struck Out? The Judicial Rubberstamping of Retroactive Economic Laws*, *Duke Law Journal* 42 (1993), 1069 ff.

⁹³ Siehe die Nachweise oben Anm. 88.

trauensschutz ergangen ist, denjenigen Kriterien und Überlegungen, die auch das BVerfG zum Vertrauensschutz als Teil des verfassungsrechtlichen Rechtsstaatsprinzips entwickelt hat.⁹⁴ Danach wird unterschieden zwischen echter Rückwirkung (oder Rückbewirkung von Rechtsfolgen), die im Grundsatz unzulässig ist, außer zwingende Gründe des Allgemeinwohls verlangen eine Durchbrechung des Vertrauens des Einzelnen, und unechter Rückwirkung (oder tatbestandliche Rückanknüpfung), die im Grundsatz zulässig ist, außer das Vertrauen der Gesetzesadressaten hat ausnahmsweise Vorrang. Ggf. verlangt der Vertrauensschutz auch das Vorsehen gesetzlicher Übergangsregelungen. Insofern ist davon auszugehen, dass bereits im Hinblick auf die bisher üblichen Formulierungen in der Abkommenspraxis der Handlungsspielraum des Gesetzgebers durch Investitionsschutzabkommen nicht stärker beschränkt wurde als nach dem Rechtsstaatsprinzip in Art. 20 Abs. 3 GG.

Zu beachten ist allerdings, dass die Formulierung des Grundsatzes gerechter und billiger Behandlung in CETA maßgeblich von der Formulierung in bisherigen Investitionsschutzabkommen abweicht. Wohingegen in anderen Abkommen der Grundsatz gerechter und billiger Behandlung entweder als vertragsautonomer und generalklauselartiger Standard ohne nähere Konkretisierung und Beschränkung garantiert, oder an den ebenfalls wenig konkreten, völkergewohnheitsrechtlichen Minimumstandard angekoppelt wird, ist der Grundsatz in Art. 8.10 CETA wesentlich restriktiver. Eine Verletzung von Art. 8.10 Abs. 1 CETA ist, vorbehaltlich der Regelung in Abs. 3 (dazu unten Abschnitt III. 7.), nur möglich, wenn einer der in Abs. 2 näher konkretisierten Tatbestände verletzt wurde.

Für den Gesetzgeber sind hier nur “eine grundlegende Verletzung rechtsstaatlicher Grundsätze”, “offensichtliche Willkür”, “gezielte Diskriminierung von Investoren aus offenkundig ungerechtfertigten Gründen, wie Geschlecht, Rasse oder religiöser Überzeugung” oder “missbräuchliche Behandlung von Investoren, wie Nötigung, Zwang und Schikane” relevant. Zwar ist noch nicht sicher, wie diese Tatbestände durch das CETA-Gericht anlässlich konkreter Fälle in Zukunft verstanden und angewendet werden; die Formulierungen deuten jedoch auf einen Prüfungsmaßstab hin, der gegenüber staatlichen Handlungen sehr zurückhaltend und souveränitätsschonend sein wird und im Schutzzumfang hinter bisher verwendeten Formulierungen des Grundsatzes gerechter und billiger Behandlung zurückbleibt.

⁹⁴ Vgl. etwa *H. Schulze-Fielitz*, in: *H. Dreier* (Anm. 46), Art. 20 (Rechtsstaat), Rn. 146 ff.; *M. Sachs*, in: *M. Sachs* (Anm. 53), Art. 20, Rn. 131 ff. Zuletzt etwa BVerfG, Urteil vom 6.12.2016 – 1 BvR 2821/11, 1 BvR 321/12, 1 BvR 1356/12 Rn. 335 ff. und 371 ff.

Die in Art. 8.10 Abs. 2 CETA verbotenen Handlungen verstoßen ganz offenkundig auch gegen geltendes Verfassungsrecht, insbesondere Art. 2 Abs. 1, 3 Abs. 1 und 3 und 20 Abs. 3 GG. Eine Einschränkung des gesetzgeberischen Handlungsspielraums gegenüber Bindungen durch das deutsche Verfassungsrecht sind aufgrund von Art. 8.10 CETA demnach nicht zu befürchten. Das Gegenteil wird der Fall sein: der Bestandsschutz für Auslandsinvestitionen durch Art. 8.10 CETA bleibt hinter dem bisherigen Stand von Investitionsschutzabkommen und auch hinter dem durch die deutsche Verfassung materiell gewährten Schutz von Investitionen zurück.

Anders als bei der Auslegung von Klauseln in anderen Investitionsschutzabkommen, die gerechte und billige Behandlung verlangen, fehlt in Art. 8.10 CETA das Erfordernis, dass Investitionen nach Recht und Gesetz (Legalitätsprinzip) behandelt werden müssen und dass gerechte und billige Behandlung Rechtssicherheit im Sinne der Beständigkeit rechtlicher Normen, Vorhersehbarkeit staatlichen Handelns, und Konsistenz staatlichen Handelns verlangt. Vertrauensschutz ist als eigenständiger Tatbestand ebenfalls nicht genannt, sondern klingt nur noch in Art. 8.10 Abs. 4 CETA an, wenn als Kriterium für die Anwendung des Grundsatzes gerechter und billiger Behandlung spezifische, durch staatliche Stellen gemachte Zusagen, die anschließend nicht eingehalten oder nicht aufrechterhalten werden, "berücksichtigt" werden können.

Die in CETA fehlenden Inhalte des Grundsatzes gerechter und billiger Behandlung (wie Rechtssicherheit, Legalitätsgrundsatz) sind jedoch Anforderungen, denen der Gesetzgeber ohnehin nach verfassungsrechtlichen Vorgaben unterliegt. Mehr noch: Ganz allgemein gehen die Bindungen des Gesetzgebers nach dem deutschen Verfassungsrecht im Hinblick auf die Achtung von schützenswerten Interessen von Investoren weiter als nach CETA gefordert. Verlangt ist nach dem Grundgesetz nicht nur ein Absehen von grundlegenden oder schweren Verletzungen rechtsstaatlicher Grundsätze, von offenkundiger Willkür, gezielter Diskriminierung von Investoren oder Belästigung ausländischer Investoren, sondern eine Behandlung entsprechend der verfassungsmäßigen Ordnung, insbesondere gemäß den Vorgaben des Rechtsstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 3 GG).

Die Formulierung des Grundsatzes gerechter und billiger Behandlung in Art. 8.10 CETA bleibt damit nicht nur gegenüber dem Standard bisheriger deutscher Investitionsschutzabkommen, sondern auch hinter verfassungsrechtlichen Vorgaben zurück.

b) Voller Schutz und Sicherheit

Des Weiteren enthält Art 8.10 Abs. 1 CETA die Verpflichtung, kanadischen Investitionen vollen Schutz und Sicherheit (*full protection and security*) zu gewähren. Dies garantiert Schutz gegen Eingriffe in das Substrat ausländischer Investitionen, mithin also faktische Eingriffe durch Behörden und Private.⁹⁵ Als verletzt wurde dieser Grundsatz in der Schiedsrechtsprechung etwa betrachtet, wenn der Staat keinen ausreichenden Polizeischutz gegen randalierende Demonstranten⁹⁶ oder rechtswidrige Inbesitznahme von Grundstücken bietet,⁹⁷ oder wenn das Militär Betriebsstätten eines Unternehmens rechtswidrig zerstört.⁹⁸ Die Verpflichtung, den vollen Schutz und die Sicherheit ausländischer Investitionen zu gewährleisten, wurde unter anderen Abkommen in der Schiedsrechtsprechung darüber hinaus zunehmend auch als Schutzpflicht des Staates verstanden, im Wege der Rechtsetzung Regelungen und Rechtsdurchsetzungsmechanismen bereit zu stellen, damit Investoren nicht nur auf völkerrechtlicher, sondern auch auf nationaler Ebene den notwendigen Schutz gegenüber staatlichen und privaten Eingriffen genießen, etwa durch die Einrichtung entsprechender Rechtsdurchsetzungsmechanismen.⁹⁹ Dieser letztgenannten Schiedsrechtsprechung wird in Art. 8.10 Abs. 5 CETA durch die Feststellung eine klare Absage erteilt, dass der Anspruch auf vollen Schutz und Sicherheit nur die “physische Sicherheit der Investoren und erfassten Investitionen” umfasst.

Gleichwohl ist der Gesetzgeber durch den Schutzstandard des *full protection and security* angesprochen. Denn um der Schutzpflicht aus Art. 8.10 Abs. 5 CETA nachzukommen, ist der Gesetzgeber wegen des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung in Art. 20 Abs. 3 GG gefragt, entsprechende Rechtsgrundlagen zu schaffen, damit die physische Sicherheit aus-

⁹⁵ Siehe *H. E. Zeidler*, The Guarantee of “Full Protection and Security” in Investment Treaties Regarding Harm Caused by Private Actors, *Stockholm International Arbitration Review* 2005, 1; *E. De Brabandere*, Host States’ Due Diligence Obligations in International Investment Law, *SJILC* 42 (2015), 319; *P. Dumberry*, The Fair and Equitable Treatment Standard: A Guide to NAFTA Case Law on Article 1105, 2013, 291 ff.

⁹⁶ *Técnicas Medioambientales Tecmed SA v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29.5.2003, Rn. 175 ff.

⁹⁷ *Joseph Houben v. Burundi*, ICSID Case No. ARB/13/7, Sentence, 12.1.2016, Rn. 157 ff.

⁹⁸ *American Manufacturing & Trading, Inc. v. Zaire*, ICSID Case No. ARB/93/1, Award, 21.2.1997, Rn. 6.04 ff.; *Asian Agricultural Products Ltd v. Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/87/3, Final Award, 27.6.1990, Rn. 45 ff.

⁹⁹ Siehe etwa *Azurix Corp v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/12, Award, 14.7.2006, Rn. 408; *Siemens A.G. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/8, Award, 6.2.2007, Rn. 303; *National Grid (Anm. 87)*, Rn. 189; *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Award, 24.7.2008, Rn. 724 ff.; *Marion Unglaube und Reinhard Unglaube v. Costa Rica*, ICSID Case Nos. ARB/08/1 and ARB/09/20, Award, 16.5.2012, Rn. 280 ff.

ländischer Investitionen und Investoren durch die Exekutive geschützt werden kann. Verpflichtungen, die über bestehende verfassungsrechtlich verankerte Schutzpflichten hinausgehen, sind mit der Verpflichtung aus Art. 8.10 Abs. 5 allerdings, soweit ersichtlich, nicht verbunden.¹⁰⁰

c) Entschädigung für Verluste durch Krieg, Notstand u. ä.

Art. 8.11 CETA sieht eine in Investitionsschutzabkommen standardmäßig vorhandene, aber selten zur Anwendung kommende Klausel vor, die ausländischen Investitionen Inländergleichbehandlung und Meistbegünstigung zusagt bei der Durchführung von Entschädigungen, Eigentumsrückgaben und Ausgleichszahlungen für Verluste, die auf außergewöhnlichen Krisensituationen, wie bewaffneten Auseinandersetzungen, Bürgerkrieg, Naturkatastrophen oder Notstandssituationen beruhen (*compensation for losses*). Inwieweit diese Vorschrift den Handlungsspielraum des Gesetzgebers rechtlich weitergehend einschränkt als bestehendes Verfassungsrecht ist schwer absehbar, da es insofern an relevanter verfassungsrechtlicher Praxis zu der Frage fehlt, ob nach dem Grundgesetz Entschädigungen in solchen Fällen zwischen Ausländern und Inländern differenzieren dürfen.¹⁰¹ In jedem Fall beinhaltet die Klausel keinen absoluten Schutz für kanadische Investoren, der durch den Gesetzgeber beachtet werden müsste. Zudem ist das Haftungsrisiko rein faktisch gering.

d) Schutz gegen Enteignungen und enteignungsgleiche Maßnahmen

Art. 8.12 CETA bietet Schutz für getätigte Investitionen gegen Nationalisierungen, Enteignungen und Maßnahmen, die einen einer Enteignung oder Nationalisierung gleichwertigen Effekt haben. Die Rechtmäßigkeit direkter Enteignungen, also der Entzug und die Übertragung des Eigentumstitels,¹⁰² ist dabei an das Vorliegen eines “öffentlichen Zwecks”, eines “rechtsstaatlichen Verfahrens”, dem Fehlen von Diskriminierungen zwischen In-

¹⁰⁰ Zu staatlichen Schutzpflichten aus den Grundrechten siehe etwa *D. Murswiek*, in: M. Sachs (Anm. 53), Art. 2 Rn. 24 ff.

¹⁰¹ Nähere Ausführungen zu den einfachgesetzlichen Ausgestaltungen von Entschädigungs- und Ausgleichsansprüchen in rechtsvergleichender Perspektive finden sich bei *A. Rejnisch/C. Binder*, Economic Emergency Powers, in: S. Schill (Hrsg.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, 2010, 503, 524 ff.

¹⁰² Das Abstellen auf den Titellentzug und dessen Übertragung als Abgrenzung zu Maßnahmen gleicher Wirkung ergibt sich aus Anhang 8-A Abs. 1 lit. a) CETA.

ländern und Ausländern (“diskriminierungsfrei”) und der Zahlung unverzüglicher, adäquater und effektiver Entschädigung geknüpft.¹⁰³ Außerdem ist Zugang zu Rechtsschutz erforderlich (Art. 8.12 Abs. 4 CETA).

Die meisten dieser Voraussetzungen sieht auch Art. 14 Abs. 3 GG vor, insbesondere was die Zielsetzung einer Enteignung (“nur zum Wohle der Allgemeinheit”), die gesetzliche Grundlage und den Zugang zu den Gerichten zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit und das Erfordernis einer Entschädigung angeht. Nicht genannt ist hingegen die Gleichbehandlung ausländischer und inländischer Eigentümer.¹⁰⁴ Auch hier zeigt sich wiederum, dass der Enteignungsschutz in CETA Auswirkungen auf die Gleichstellung kanadischer Investoren hat, ohne allerdings andere Rechtmäßigkeitsanforderungen für ihre Enteignung zu stellen. Mögliche Unterschiede bei der Entschädigungshöhe werden in Teil IV im Zusammenhang mit den Rechtsfolgen besprochen.

Weitaus interessanter als die Regelungen zur direkten Enteignung sind die Beschränkungen, die das Verbot entschädigungsloser, enteignungsgleicher Maßnahmen in Art. 8.12 Abs. 1 CETA dem Gesetzgeber auferlegt. Erfasst sind vom Enteignungsschutz in Investitionsschutzabkommen nicht nur direkte, sondern auch sog. indirekte, schleichende oder *de facto*-Enteignungen, also Maßnahmen, die zwar den Eigentumstitel unberührt lassen, aber die Nutzungs- und Verfügungsbefugnis derart einschränken, dass der Kernbereich des Eigentumsrechts betroffen ist.¹⁰⁵ Als indirekte Enteignungen wurden etwa der Entzug der Kontrolle von Unternehmen durch die Ernennung von Zwangsverwaltern oder Zwangsgeschäftsführern betrachtet,¹⁰⁶ oder der Entzug bzw. die Nichtverlängerung von Betriebsgenehmigungen für unternehmerische Tätigkeit.¹⁰⁷ Aber auch gesetzgeberische Maßnahmen, die den Kernbereich des Eigentumsrechts einschränken, etwa übermäßige Besteuerung oder unverhältnismäßige Maßnahmen des Um-

¹⁰³ Dies schließt Ratenzahlung aus und erfordert wertangemessene Entschädigung in einer konvertiblen Währung. Siehe insofern auch Art. 8.12 Abs. 3 CETA.

¹⁰⁴ Eine Enteignung nur von Ausländern wäre danach verfassungsrechtlich wohl zulässig, allerdings wäre sie am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG zu messen und hier als personenbezogene Differenzierung erhöhten Rechtmäßigkeitsanforderungen zu unterwerfen.

¹⁰⁵ Siehe dazu im Kontext von CETA mit weiterführenden Nachweisen zu Literatur und internationaler (Schieds-)Rechtsprechung U. Kriebaum (Anm. 84), 456 ff.; siehe auch C. Henckels, Protecting Regulatory Autonomy Through Greater Precision in Investment Treaties: The TPP, CETA, and TTIP, JIEL 19 (2016), 27 ff.; T. Trentinaglia (Anm. 84), 157 ff.; sowie zu weiteren Beispielen R. Dolzer/C. Schreuer (Anm. 35), 155 f.

¹⁰⁶ C. N. Brower/J. Brueschke, The Iran-United States Claims Tribunal, 1998, 377 ff., 394 ff.

¹⁰⁷ Vgl. dazu S. Schill, Völkerrechtlicher Investitions- und Eigentumsschutz in der ICSID-Entscheidung TECMED, RIW 2005, 330.

weltschutzes, können als indirekte Enteignungen Entschädigungs- oder Schadensersatzpflichten auslösen.¹⁰⁸ Bisher sind knapp mehr als ein Dutzend Fälle bekannt geworden, in denen Schiedsgerichte das Vorliegen einer indirekten Enteignung bejahten; kein einziger davon betraf allerdings eine gesetzgeberische Maßnahme, die zum Schutz von Gemeinwohlinteressen erlassen wurde.¹⁰⁹

Die Rechtsmäßigkeitvoraussetzungen für eine entschädigungsgleiche Maßnahme entsprechen denen einer direkten Enteignung. Kritisch ist insofern jedoch die tatbestandliche Abgrenzung zwischen entschädigungspflichtiger indirekter Enteignung und entschädigungsloser Regulierung von Eigentum, die sich an der vorgelagerten Frage aufhängt, wann ein Eingriff in Eigentum überhaupt die Schwelle überschreitet, an der er eine Wirkung zeitigt, die mit einer direkten Enteignung vergleichbar ist. Schiedsgerichte haben bisher hohe Maßstäbe angelegt und den totalen oder einen substanziellen Entzug derjenigen Nutzungsmöglichkeiten verlangt, die mit dem Eigentumsrecht üblicherweise verbunden sind; dieser Entzug muss darüber hinaus von Dauer, d. h. nicht nur vorübergehend sein.¹¹⁰ Bereits hieran fehlt es im Falle vieler gesetzgeberischer Maßnahmen zum Schutz von Allgemeininteressen.

Darüber hinaus tendierten Investor-Staat-Schiedsgerichte aber auch bei Überschreitung der erforderlichen Eingriffsschwelle zunehmend dazu, eine Verhältnismäßigkeitsprüfung durchzuführen, in der Interessen der betroffenen Investoren und Interessen Dritter bzw. der Allgemeinheit gegeneinander abgewogen werden. Solange die in Frage stehende Maßnahme nicht zwischen In- und Ausländern diskriminiert und darüber hinaus einen angemessenen Ausgleich zwischen den widerstreitenden Interessen schafft, tritt keine Entschädigungs- oder Schadensersatzpflicht wegen des Verbots entschädigungsloser indirekter Enteignungen unter Investitionsrecht ein.¹¹¹

¹⁰⁸ Vgl. *T. Wälde/A. Kolo*, Environmental Regulation, Investment Protection and “Regulatory Taking” in International Law, ICLQ 50 (2001), 811 (zum Spannungsfeld von Eigentums- und Umweltschutz); *T. Wälde/A. Kolo*, Investor-State Disputes: The Interface Between Treaty-Based International Investment Protection and Fiscal Sovereignty, Intertax 35 (2007), 424 (zum Verhältnis zwischen Eigentumsschutz und Steuerrecht); *A. Titi*, The Right to Regulate in International Law, 2014, 216.

¹⁰⁹ *U. Kriebaum* (Anm. 84), 458 ff. (mit umfangreichen Nachweisen zur Schiedsrechtsprechung). Zuletzt etwa *Charanne* (Anm. 86), Rn. 460 ff.; *Blusun* (Anm. 89), Rn. 396 ff.

¹¹⁰ *U. Kriebaum* (Anm. 84), 458 (mit Nachweisen zur Schiedsrechtsprechung); *R. Dolzer/C. Schreuer* (Anm. 35), 155.

¹¹¹ Vgl. etwa *Técnicas Medioambientales Tecmed* (Anm. 96), Rn. 115 ff.; similarly *Methanex Corp v. USA*, UNCITRAL (NAFTA), Final Award, 3.8.2005, Part IV, Chapter D, Rn. 7; *El Paso Energy International Company v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/15, Award,

Unter CETA werden diese Kriterien nun, ähnlich wie schon zuvor in Abkommen auf der Grundlage der US-amerikanischen und kanadischen Musterabkommen von 2004, durch Anhang 8-A CETA in Textform gegossen. Eine indirekte Enteignung setzt nach dem Anhang einen substantziellen Entzug der grundlegenden Eigenschaften von Eigentum des Investors, einschließlich der Nutzungs- und Verfügungsbefugnis ohne Titeltransfer voraus (Anhang 8-A Abs. 1 lit. b) CETA). Die Abgrenzung zwischen entschädigungspflichtiger indirekter Enteignung und entschädigungsloser Regulierung hat sich anschließend am konkreten Fall zu orientieren und gemäß Anhang 8-A Abs. 2 CETA folgende Faktoren in Betracht zu ziehen: die wirtschaftliche Auswirkung der Maßnahme oder Maßnahmen, deren Dauer, das Ausmaß des Eingriffs in vernünftige Erwartungen des Investors und die Art der Maßnahme, insbesondere deren Gegenstand, Kontext und Ziel.

Anhang 8-A Abs. 3 CETA bestimmt zudem, dass allgemein und nicht-diskriminierend anwendbare Maßnahmen, die zum Schutz von Interessen der Allgemeinheit wie Gesundheit, Sicherheit oder Umwelt erlassen werden, nur in Ausnahmefällen eine entschädigungspflichtige indirekte Enteignung darstellen, insbesondere wenn ihre "Auswirkungen ... unter Berücksichtigung ihres Zweckes so schwerwiegend sind, dass sie offenkundig überzogen erscheinen".¹¹² Entschädigungspflichten kommen dementsprechend nur in Betracht, wenn die fragliche Maßnahme einen ausländischen Investor ungleich belastet, mithin also ein Sonderopfer darstellt, oder aber ohne Differenzierung offensichtlich unverhältnismäßig ist.¹¹³

Die in Anhang 8-A Abs. 2 CETA niedergelegten Kriterien zur Abgrenzung zwischen indirekter Enteignung und entschädigungslos hinzunehmender Regulierung orientieren sich dem Wortlaut nach zwar an der Rechtsprechung des United States Supreme Court,¹¹⁴ finden sich aber in ähnlicher

31.10.2011, Rn. 233 ff.; *Blusun* (Anm. 89), Rn. 401. Vgl. auch mit weiteren Nachweisen zur Schiedsrechtsprechung *R. Dolzer/C. Schreuer* (Anm. 35), 120 ff.

¹¹² Anhang 8-A Abs. 3 CETA. Neben die dort ausdrücklich genannten, treten die in Art. 8.9 CETA und im Gemeinsamen Auslegungsinstrument (Anm. 20) genannten Allgemeininteressen, wie Schutz von Privatsphäre und Datenschutz, Sozialdienstleistungen, öffentliches Bildungswesen, Schutz der kulturellen Vielfalt, Schutz der öffentlichen Sittlichkeit und Sozial- und Verbraucherschutz.

¹¹³ Nebenbei ist darauf hinzuweisen, dass Maßnahmen zur Ausgabe von Zwangslizenzen für gewerbliche Schutzrechte explizit vom Anwendungsbereich des Enteignungsschutzes ausgenommen sind, soweit diese mit dem TRIPS-Abkommen in Einklang stehen (Art. 8.12 Abs. 5 CETA). Auch bei der Schaffung, Begrenzung oder der Rücknahme gewerblicher Schutzrechte im Einklang mit TRIPS oder dem Kapitel zum gewerblichen Rechtsschutz in CETA entfällt eine direkte oder indirekte Enteignung (Art. 8.12 Abs. 6 CETA).

¹¹⁴ Dazu *M. Perkams*, *The Concept of Indirect Expropriation in Comparative Public Law – Searching for Light in the Dark*, in: S. Schill (Anm. 101), 107.

Weise auch in der Rechtsprechung des BVerfG zur Rechtsfigur der ausgleichspflichtigen Inhalts- und Schrankenbestimmung.¹¹⁵ Auch hier folgt aus dem grundgesetzlichen Eigentumsschutz die Pflicht, für Sonderopfer besonders Betroffener eine Entschädigung vorzusehen.¹¹⁶ Außerdem sind auch hier ähnliche Kriterien wie Zielsetzung, Schwere des Eingriffs und Bedeutung des gesetzgeberischen Ziels in einer Art Verhältnismäßigkeitsprüfung abzuwägen, die ggf. dazu führen kann, dass bestimmte Eingriffe nur gegen Entschädigung verhältnismäßig sind. Allerdings ist das Grundgesetz strenger als Anhang 8-A Abs. 3 CETA, da es nicht nur offensichtlich exzessive, d. h. klar unverhältnismäßige Maßnahmen sanktioniert, sondern jegliche "einfache" Unverhältnismäßigkeit.

Damit ist der Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers unter dem Grundgesetz weniger weit als unter CETA. Insofern bleibt der Schutz durch CETA gegen Maßnahmen des Gesetzgebers, die in Eigentum ohne Titelentzug eingreifen, hinter den Anforderungen in Art. 14 Abs. 1 GG zurück. Strukturell gibt es damit keine Anzeichen für die Annahme, dass der gesetzgeberische Handlungsspielraum für Eingriffe in Eigentum, die keine Enteignung darstellen, nach Art. 8.12 Abs. 1 CETA weitergehend beschränkt ist als nach dem Grundgesetz, insbesondere im Hinblick auf die Rechtsfigur der ausgleichspflichtigen Inhalts- und Schrankenbestimmung. Der Hauptunterschied zwischen investitionsschutzrechtlichem und verfassungsrechtlichem Enteignungs- und Eigentumsschutz liegt vielmehr im Verhältnis von Primär- und Sekundärrechtsschutz (dazu unten Teil IV.).

4. Freier Kapitaltransfer

Art. 8.13 CETA sieht das Verbot von Beschränkungen des Kapitalverkehrs im Hinblick auf getätigte Investitionen vor. Bei diesem Verbot handelt es sich um eine in Investitionsschutzabkommen standardmäßig aufgenommene Klausel. In der Schiedspraxis ist ihre Anwendung allerdings relativ selten.¹¹⁷ Bestimmte Kapitaltransferklauseln in Investitionsschutzabkommen der Mitgliedstaaten wurden allerdings vom EuGH wegen Verstoßes

¹¹⁵ Ausführlich dazu *F. Ossenbühl/M. Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, 212 ff.

¹¹⁶ BVerfGE 58, 137, 148 ff.

¹¹⁷ Siehe aber *Continental Casualty* (Anm. 89), Rn. 237 ff.; *OI European Group BV v. Venezuela*, ICSID Case No. ARB/11/25, Award, 10.3.2015, Rn. 619 ff.; *Bernhard Friedrich Arnd Rüdiger von Pezold et al v. Zimbabwe*, ICSID Case. No. ARB/10/15, Award, 28.7.2015, Rn. 600 ff.

gegen die Kapitalverkehrsfreiheit, insbesondere die Eingriffstatbestände in Art. 64 ff. AEUV im Verhältnis zu Drittstaaten gerügt.¹¹⁸

Dementsprechend sind in CETA im Kapitel über Ausnahmen (Kap. 28: "Ausnahmen") Vorschriften vorhanden, die Einschränkungen des Kapitalverkehrs erlauben, insbesondere bei Problemen mit der staatlichen Zahlungsbilanz (Kap. 28 Art. 28.4 CETA und Art. 28.5 CETA). Diese Vorschriften spiegeln u. a. den Wortlaut der Art. 64 ff. AEUV wider. Insofern erfolgt durch die Vorschriften zum freien Zahlungsverkehr im Grundsatz keine weitergehende Einschränkung des gesetzgeberischen Handlungsspielraumes als durch das Unionsrecht.

5. Schutz des Handlungsspielraums des Gesetzgebers

CETA enthält aber nicht nur Vorschriften, die dem Schutz kanadischer Investoren gegen Eingriffe dienen. Das Abkommen enthält auch eine Reihe an Vorschriften, die die gesetzgeberische Handlungsfreiheit ausdrücklich vor Beschränkungen durch die Investitionsschutzvorschriften des Abkommens schützen, also ausdrücklich den Handlungsspielraum des Gesetzgebers anerkennen. Teilweise sind diese Vorschriften allgemeiner Natur, teilweise beziehen sie sich auf bestimmte Bereiche hoheitlicher Tätigkeit (insbesondere das Steuerwesen) oder spezifische Wirtschafts- und Regulierungsbereiche (Finanzdienstleistungen).

a) Ausdrücklicher Schutz des Regulierungsrechts/"*right to regulate*"

Anders als bisherige Investitionsschutzabkommen enthält CETA Bestimmungen, die ausdrücklich das Recht der Vertragsstaaten kodifizieren, Maßnahmen zur Verfolgung legitimer Ziele, wie Gesundheitsschutz, Umweltschutz, öffentliche Sicherheit und Ordnung und zur Förderung und zum Schutz kultureller Diversität zu erlassen. Dieses sog. "*right to regulate*" ist gleich mehrfach genannt: zum einen in zwei Beweggründen der Abkommenspräambel,¹¹⁹ zum anderen an verschiedenen Stellen im Gemeinsamen Auslegungsinstrument.¹²⁰ Außerdem bestimmt Art. 8.9 CETA nun-

¹¹⁸ Siehe EuGH, C-249/06 – *Kommission/Schweden*, Slg. 2009, I-1335; C-205/06 – *Kommission/Österreich*, Slg. 2009, I-1301; C-118/07 – *Kommission/Finnland*, Slg. 2009, I-10889.

¹¹⁹ Vgl. Beweggründe Nr. 6 und 8 der Präambel.

¹²⁰ Siehe Gemeinsames Auslegungsinstrument (Anm. 20) Ziff. 1 lit. c) und e), 2 und 6 a).

mehr speziell im Zusammenhang mit den Vorschriften des Abkommens zum Investitionsschutz:

“Artikel 8.9

Investitionen und Regulierungsmaßnahmen

1. Für die Zwecke dieses Kapitels bekräftigen die Vertragsparteien ihr Recht, zur Erreichung legitimer politischer Ziele wie des Schutzes der öffentlichen Gesundheit und Sicherheit, des Schutzes der Umwelt oder der öffentlichen Sittlichkeit, des Sozial- oder Verbraucherschutzes oder der Förderung und des Schutzes der kulturellen Vielfalt in ihrem jeweiligen Gebiet regelnd tätig zu werden.

2. Zur Klarstellung: Die bloße Tatsache, dass eine Vertragspartei – auch durch Änderung ihrer Gesetze – Regelungen in einer Art und Weise trifft, die sich auf eine Investition negativ auswirkt oder die Erwartungen eines Investors, einschließlich seiner Gewinnerwartungen, beeinträchtigt, stellt keinen Verstoß gegen eine Verpflichtung aus diesem Abschnitt dar.”

Auch wenn diese Vorschrift lediglich den bereits zuvor bestehenden, jedoch nicht explizit gemachten Umfang des staatlichen Regulierungsrechts unter Investitionsabkommen bestätigt,¹²¹ stellt sie einen klaren Hinweis darauf dar, dass bei der Auslegung der Investitionsschutzvorschriften in CETA dem gesetzgeberischen Handlungsspielraum besonderes Gewicht zukommen soll. Dies bezieht sich sowohl auf die erwähnte, durch Investoren hinzunehmende Verkürzung von Gewinnaussichten, als auch generell auf die Tatsache, dass mit nicht-diskriminierenden, verhältnismäßigen Gesetzesänderungen stets zu rechnen ist. Zudem sind die in Art. 8.9 Abs. 1 CETA genannten Schutzgüter und Regelungsziele keinesfalls abschließender Natur, sondern Beispiele für besonders relevante Allgemeingüter zu deren Schutz der Gesetzgeber einschreiten kann, wenn nicht gar muss. Die dort genannten Rechtsgüter werden im Gemeinsamen Auslegungsinstrument nochmals klarstellend erweitert.¹²²

b) Allgemeine Ausnahmegesetze

Darüber hinaus enthält CETA eine Reihe allgemeiner Ausnahmegesetze, die ebenfalls den gesetzgeberischen Handlungsspielraum schützen. Zu nennen sind hier insbesondere:

¹²¹ In diesem Sinne auch *Philip Morris* (Anm. 86), Rn. 300-301. Umfassend zur Rolle des “right to regulate” in Investitionsschutzabkommen siehe *A. Titi* (Anm. 108).

¹²² Siehe Gemeinsames Auslegungsinstrument (Anm. 20) Ziff. 2. Darin werden zusätzlich genannt: der Schutz von Privatsphäre und Datenschutz, Sozialdienstleistungen und öffentliches Bildungswesen.

- Art. 8.16 CETA, der wirtschaftliche Sanktionen zur Durchsetzung von Maßnahmen der kollektiven Sicherheit (wie EU oder UN-Sanktionen) zulässt;
- Kap. 28 Art. 28.3 Abs. 1 CETA, der eine allgemeine Ausnahme enthält, die sich an GATT Art. XX anlehnt und Einschränkung von Nicht-Diskriminierung zum Schutz bestimmter öffentlicher Güter oder Rechte Dritter erlaubt;
- Kap. 28 Art. 28.3 Abs. 2 CETA, der eine weitere allgemeine Ausnahme enthält, die das Nicht-Diskriminierungsgebot ähnlich GATT Art. XX (allerdings ohne den für GATT Art. XX charakteristischen Chapeau, der eine differenziertere Abwägung erfordert) für notwendige Maßnahmen zum Schutz bestimmter Interessen einschränkt, wie den Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, öffentliche Moral, Schutz von Gesundheit, Tieren oder Pflanzen, etc.;
- Kap. 28 Art. 28.6 CETA, der eine Ausnahme für bestimmte Maßnahmen enthält, die zum Schutze der nationalen Sicherheit als erforderlich angesehen werden; sie entspricht in Teilen der Vorschrift in Art. 346 AEUV.

c) Schutz des Steuerwesens

In Art. 28.7 enthält CETA zudem Sondervorschriften, die im Bereich des Steuerwesens den Handlungsspielraum des Gesetzgebers in weiterem Umfang schützen als in anderen Bereichen der Eingriffsverwaltung. Klargestellt wird hier vor allem, dass bestimmte unterschiedliche Anknüpfungen bei der Besteuerung nicht als Verstoß gegen Nicht-Diskriminierungsvorschriften oder den Grundsatz gerechter und billiger Behandlung angesehen werden können. So ist insbesondere, in Anlehnung an Art. 65 Abs. 1 AEUV, gesichert, dass eine unterschiedliche Anknüpfung der Besteuerung an bestimmte personenrelevante Merkmale, wie den gewöhnlichen Aufenthalt oder den Investitionsort, zulässig ist (Abs. 1), ebenso wie Maßnahmen gegen Steuerumgehung und Steuerhinterziehung (Abs. 2) oder Steuervergünstigungen aufgrund der Gesellschafterstruktur (Abs. 4). Abs. 3 und 6 bestätigen zudem den Vorrang von Doppelbesteuerungsabkommen.

Gesichert wird der Handlungsspielraum im Bereich des Steuerwesens prozessual zudem durch einen speziellen intergouvernementalen Konsultationsmechanismus, der mit Bindungswirkung für das CETA-Gericht darüber entscheiden kann, ob die fragliche Maßnahme in den Bereich des Steuerwesens fällt und ob sie gegen die Grundsätze der Nicht-Diskriminierung oder den Bestandsschutz getätigter Investitionen verstößt (Art. 28.7 Abs. 7

CETA). Auch dies schützt den Handlungsspielraum des Gesetzgebers im Steuerwesen zusätzlich.

d) Sonderregelungen für Finanzdienstleistungen

Sonderregelungen sieht CETA auch für den Bereich der Finanzdienstleistungen und deren Regulierung vor.¹²³ Der gesetzgeberische Handlungsspielraum wird insofern vor allem, und stärker als im Hinblick auf andere Wirtschaftssektoren, durch die Regelung in Art. 13.16 CETA zum sog. “Prudential Carve-Out” geschützt. Diese Vorschrift erlaubt umfangreiche Eingriffe in den Finanzdienstleistungssektor zum Schutz von Anlegern, zur Regulierung des Zahlungsverkehrs und grenzüberschreitender Finanzdienstleistungen, zur Regulierung und Haftung von Finanzinstitutionen und zur Sicherstellung der Integrität und Stabilität des Finanzsystems als Ganzes.

Prozessual ist Art. 13.16 CETA nochmals dadurch abgesichert, dass die Entscheidung über die Anwendbarkeit der Vorschrift auf Verlangen des beklagten Staates mit bindender Wirkung für ein das CETA-Gericht durch den Ausschuss für Finanzdienstleistungen erfolgen kann (Art. 13.21 Abs. 3 und 4 CETA). Details zur Beurteilung, ob die fragliche Maßnahme unter Art. 13.16 CETA fällt, sind in einem Anhang enthalten (Anhang 13-B). Dieser verpflichtet den Ausschuss in weitem Umfang den Beurteilungsspielraum der beklagten Partei zu achten. Letztlich ist danach eine Ablehnung der Berufung auf Art. 13.16 CETA durch den Beklagten (Staat oder Union) nur möglich, wenn die Maßnahme entweder nicht dem vorgegebenen Ziel dient oder offensichtlich unverhältnismäßig ist (vgl. Anhang 13-B).

Auch insofern erscheint gesichert, dass die Vorschriften in CETA den gesetzgeberischen Handlungsspielraum strukturell nicht stärker einschränken als das Verfassungs- oder Unionsrecht.

¹²³ Das Investitionskapitel ist hier nicht direkt (siehe Art. 8.3 Abs. 1 CETA), sondern nur über den Verweis in Kap. 13 Art. 13.2 Abs. 3 und 4 CETA anwendbar. Danach sind der Schutz gegen Enteignung, der Grundsatz gerechter und billiger Behandlung, die Kapitaltransferfreiheit, die Vorschriften zur Entschädigung bei Krieg, Notstand etc. in das Finanzdienstleistungskapitel integriert. Für den Schutz vor Nichtdiskriminierung gelten eigene Vorschriften im Finanzdienstleistungskapitel (siehe Art. 13.3 und 13.4 CETA). Zugang zum CETA-Gericht besteht für die Verletzung aller anwendbarer Vorschriften, nicht jedoch für Fragen des Marktzugangs (Art. 13.2 Abs. 4 CETA). Auch hier sind wieder zahlreiche Ausnahmen vom Nicht-Diskriminierungsschutz vorgesehen (Art. 13.10 CETA i. V. m. mit den entsprechenden Anhängen).

6. Zugang zur Investor-Staat-Streitbeilegung

Bei der Bewertung, inwieweit durch die investitionsschutzrechtlichen Bestimmungen in CETA der gesetzgeberische Handlungsspielraum im Kern beschränkt wird, ist auch der Durchsetzungsmechanismus von Bedeutung. Zentral geht es insofern um den Anwendungsbereich der Investor-Staat-Streitbeilegung vor dem CETA-Gericht. Dieser ist unter CETA wesentlich enger ausgestaltet als im Vergleich zum sonst in Investitionsschutzabkommen üblicherweise vereinbarten Zugang zu Investor-Staat-Schiedsverfahren.

So ist insbesondere die Breite der im Rahmen vor dem CETA-Gericht geltend zu machenden Ansprüche beschränkt auf Verletzungen der Abschnitte C (Inländergleichbehandlung und Meistbegünstigung mit Ausnahme von Marktzugangsbeschränkungen) und D (Bestandsschutz und Kapitaltransfer) des Investitionskapitels (siehe Art. 8.18 Abs. 1 CETA). Nicht geltend gemacht werden können insbesondere Ansprüche nach nationalem Recht oder unter Verträgen zwischen Investoren und Staaten sowie Ansprüche wegen Verletzung der Marktzugangsregelungen. Auch im Zusammenhang mit Staatsschulden sind Klagemöglichkeiten betroffener Investoren sowohl im Hinblick auf geltend zu machende Anspruchsgrundlagen und Wartezeiten beschränkt.¹²⁴

Außerdem sieht CETA vereinfachte Möglichkeiten der Klageabweisung bei offenkundig unbegründeten Klagen und unschlüssigem Sachvortrag vor (Art. 8.32 und 8.33 CETA). Zudem sind umfangreiche Transparenzvorschriften für Streitverfahren vorgesehen (Art. 8.36 CETA).¹²⁵ Des Weiteren wird eine Berufungsinstanz geschaffen, die erstinstanzliche Entscheidungen auf ihre Rechtmäßigkeit überprüfen kann (Art. 8.28 CETA). Dies schließt insbesondere auch die Beachtung des staatlichen „*right to regulate*“ bei der Auslegung und Anwendung des Investitionskapitels mit ein.

Darüber hinaus sieht CETA institutionelle Mechanismen vor, mit deren Hilfe die Vertragsstaaten die Auslegung des Abkommens durch das CETA-Gericht (einschließlich des Berufungsgerichts) kontrollieren und steuern können, insbesondere durch bindende Interpretationen des Abkommens durch den Gemischten CETA-Ausschuss, eines Vertragsorgans, das paritätisch

¹²⁴ Siehe Anhang 8-B CETA.

¹²⁵ Wie Art. 8.24 CETA bestimmt, sind Investor-Staat-Streitverfahren zudem auszusetzen, solange parallele Fälle vor anderen internationalen Gerichten oder Schiedsgerichten im Hinblick auf die gleiche Maßnahme anhängig sind und diese Verfahren Einfluss auf die Entschädigungshöhe oder die Lösung des zugrunde liegenden Falles haben. Dies träfe insbesondere wohl auf Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte zu.

tisch mit Vertretern Kanadas und der EU besetzt ist (Art. 8.31 Abs. 3 CETA).¹²⁶ Dabei handelt es sich um einen sinnvollen Schritt, das CETA-Gericht mit einem legislativen Mechanismus institutionell zu verkoppeln, um sicherzustellen, dass Streitigkeiten zwischen ausländischen Investoren und Staaten rechtsstaatlich-demokratischen Grundsätzen entsprechend beigelegt werden und eine eventuelle CETA-gerichtliche Rechtsfortbildung der Kontrolle der Vertragsstaaten nicht entgleitet. Gefahren für den gesetzgeberischen Handlungsspielraum, die durch haftungserweiternde Beschlüsse des Gemischten CETA-Ausschusses herrühren, ist durch entsprechende parlamentarische Beteiligung am Entscheidungsprozess des Ausschusses zu begegnen.¹²⁷

Die *de facto* weitestreichende Beschränkung des Zugangs zum CETA-Gericht ist jedoch in Art. 8.22 Abs. 1 lit. f) und g) CETA enthalten. Danach ist der Zugang zum CETA-Gericht nur dann möglich, wenn der Kläger etwaige bereits nach internem oder internationalem Recht angestrebte Klagen oder Gerichtsverfahren in Bezug auf die streitgegenständliche Maßnahme zurücknimmt oder einstellt (Art. 8.22 Abs. 1 lit. f) CETA) und auf sein Recht verzichtet, derartige Klagen wegen der fraglichen Maßnahme künftig einzuleiten (Art. 8.22 Abs. 1 lit. g) CETA).

Beide Vorschriften führen faktisch ein Erfordernis der nationalen Rechtswegerschöpfung ein. Denn anhängig gemacht werden können vor dem CETA-Gericht nur Ansprüche auf Schadensersatz wegen Verletzungen der Abschnitte C (mit Ausnahme von Nicht-Diskriminierungen beim Marktzugang) und D des Investitionskapitels, nicht hingegen Ansprüche wegen der Verletzung einfachen nationalen Rechts. Gleichzeitig muss aber zur Einleitung eines Verfahrens vor dem CETA-Gericht die Geltendmachung von vergleichbaren Ansprüchen auf Entschädigung oder Schadensersatz vor nationalen Gerichten verzichtet werden, soweit nationale Gerichte mit dem Fall noch nicht betraut waren, oder eingeleitete nationale Verfahren abgebrochen werden. Dies schließt die Geltendmachung von Ansprüchen nach nationalem Recht mit ein. Obwohl der Verzicht zur Durchführung künftiger nationaler Gerichtsverfahren unter bestimmten Voraussetzungen unwirksam ist (Art. 8.22 Abs. 5 CETA), würde die Wahl des Rechtswegs vor das CETA-Gericht faktisch einen Verzicht auf die Geltendmachung eines Verstoßes gegen nationales Recht bedeuten.

¹²⁶ Dessen Interpretationen können nach dem Abkommenstext womöglich sogar (gleichsam rückwirkend) auf bereits anhängige Verfahren wirken; vgl. Art. 8.31 Abs. 3 S. 3 CETA. Die Zusammensetzung und Arbeitsweise des Gemischten CETA-Ausschusses ist in Kap. 26 von CETA näher geregelt.

¹²⁷ Siehe dazu auch die Ausführungen unten in Teil III. 7.

Um sich derartige Ansprüche nach nationalem Recht offenzuhalten, ist daher davon auszugehen, dass geschützte ausländische Investoren sequenziell vorgehen werden, d. h. zunächst durch Geltendmachung von Primär- und Sekundärrechtsschutz auf nationaler Ebene und anschließend durch Geltendmachung von Sekundärrechten auf internationaler Ebene wegen Verletzung der investitionsschutzrechtlichen Bestimmungen von CETA. Diese Regelung stellt im Vergleich zur bisherigen Praxis in Investitionsschutzabkommen der EU-Mitgliedstaaten eine erhebliche Beschränkung der Klagemöglichkeiten ausländischer Investoren auf internationaler Ebene dar. Dies reduziert zwar die Effektivität der Investor-Staat-Streitbeilegung als Rechtsschutzinstrument erheblich, ist aber aus Sicht des jeweiligen Zielstaates wegen der erschwerten Durchsetzbarkeit von Verpflichtungen aus CETA mit einem größeren Maß an Handlungsspielraum, auch für den Gesetzgeber, verbunden.

7. Mögliche Haftungserweiterungen

Eine Analyse der möglichen Einschränkungen des gesetzgeberischen Handlungsspielraums darf sich jedoch nicht auf den derzeitigen Wortlaut von CETA beschränken. Vielmehr sind folgende Faktoren bei der Bewertung einer künftigen Haftungserweiterung für legislatives Handeln miteinzubeziehen.

Zunächst kann eine Haftungserweiterung unter CETA durch eine Reinterpretation der investitionsschutzrechtlichen Bestimmungen durch den Gemischten CETA-Ausschuss nach Art. 8.31 Abs. 3 CETA erfolgen. Angelegt ist diese Vorschrift zwar wohl vornehmlich zur Kontrolle der Rechtsprechung des CETA-Gerichts, wenn dieses die CETA-Investitionsschutzvorschriften zu weit und ohne ausreichende Berücksichtigung von Allgemeinwohlinteressen auslegt. Das Gegenteil, also eine erweiternde Reinterpretation zugunsten des Investitionsschutzes und zu Lasten des gesetzgeberischen Handlungsspielraums, ist jedoch ebenso möglich. Der dadurch begründeten Gefahr einer Haftungserweiterung kann aber durch eine entsprechende Beteiligung der Mitgliedstaaten bei der Entscheidungsvorbereitung und -findung im Gemischten CETA-Ausschuss und eine damit einhergehende demokratische Rückbindung Rechnung getragen werden.

In ähnlicher Weise kann eine Haftungserweiterung durch eine ausdrücklich vorgesehene, nachträgliche Erweiterung des Verständnisses des Grundsatzes gerechter und billiger Behandlung durch den Gemischten CETA-Ausschuss gem. Art. 8.10 Abs. 3 CETA erfolgen. Auch dem wäre durch ei-

ne entsprechende Beteiligung der Mitgliedstaaten bei der Entscheidungsvorbereitung und -findung Rechnung zu tragen. Dies würde sicherstellen, dass die Mitgliedstaaten gerade im Hinblick auf die mögliche Reduktion des gesetzgeberischen Handlungsspielraums gegensteuern können.

Des Weiteren kann eine Haftungserweiterung durch rechtsfortbildende Auslegung der investitionsschutzrechtlichen Standards durch das CETA-Gericht erfolgen. Diese Gefahr ist nicht zu vernachlässigen, haben Investor-Staat-Schiedsgerichte doch in der Vergangenheit maßgeblich zur Ausformung und Fortentwicklung des Investitionsrechts beigetragen und sind deswegen in die Kritik geraten. CETA enthält aber, wie oben unter Teil III. 6. dargestellt, institutionelle Mechanismen, die es den Vertragsparteien erlauben, unerwünschter Rechtsfortbildung durch das CETA-Gericht effektiv zu begegnen.

Schließlich sollte auch bedacht werden, dass es mittelbar zu einer Ausweitung der Haftung für EU-Mitgliedstaaten durch die Regelungen zur Beklagtenstellung in CETA in Art. 8.21 CETA kommen kann.¹²⁸ So sind theoretisch Konstellationen denkbar, in denen die Union im Außenverhältnis Beklagte, und damit auch Schuldnerin eines Schiedsspruches wird, für den im Innenverhältnis jedoch allein ein Mitgliedstaat finanziell verantwortlich ist. Wenn Rückgriffsansprüche der Union gegen den im Innenverhältnis verantwortlichen Mitgliedstaat, z. B. wegen Zahlungsschwierigkeiten, fehlschlagen, könnte dies negative Auswirkungen auf den Haushalt der Union haben; Haushaltsdefizite müssten dann ggf. wiederum durch andere Mitgliedstaaten auszugleichen sein. Selbst wenn es zu keiner Haftung im rechtstechnischen Sinne kommt, könnte dies rein wirtschaftlich betrachtet einer Haftungsübernahme für finanzielle Verpflichtungen anderer Mitgliedstaaten gleichkommen. Bei extrem hohen Schadensersatzzahlungen, z. B. für systematische und eine Vielzahl ausländischer Investoren betreffende Eingriffe, könnte dies vor dem Hintergrund von Art. 125 Abs. 1 S. 2 AEUV und der verfassungsrechtlich gesicherten Haushaltsautonomie und Haushaltsverantwortung problematisch werden.¹²⁹ Diesem Problem zu begegnen ist jedoch vor allem eine Frage der unionsinternen Regelungen zur Bestim-

¹²⁸ Das Innenverhältnis zwischen EU und Mitgliedstaaten wird geregelt durch Verordnung (EU) Nr. 912/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.7.2014 zur Schaffung der Rahmenbedingungen für die Regelung der finanziellen Verantwortung bei Investor-Staat-Streitigkeiten vor Schiedsgerichten, welche durch internationale Übereinkünfte eingesetzt wurden, bei denen die Europäische Union Vertragspartei ist, Abl. L 257 vom 28.8.2014, 121.

¹²⁹ Dazu BVerfGE 129, 124, 177 ff.; 132, 195, 283; 135, 317, 399 ff.; und Urteil des Zweiten Senats vom 21.6.2016 – 2 BvR 2728/13, Rn. 210 ff.

mung des Beklagten vor dem CETA-Gericht und weniger Folge der Regelungen in CETA.

8. Ergebnis des Vergleichs im Hinblick auf Rechtmäßigkeitsanforderungen

Insgesamt wird der Handlungsspielraum des Gesetzgebers durch CETA im Vergleich zum bestehenden Verfassungs- und Unionsrecht kaum zusätzlichen materiell-rechtlichen Bindungen unterworfen. Einzig der Anspruch auf Inländergleichbehandlung und Meistbegünstigung führt, soweit keine der Vielzahl von Ausnahmen einschlägig ist, zu einer substantiellen Aufwertung der Rechte von kanadischen Investoren im Vergleich zu dem Schutz, den sie nach dem Grundgesetz genießen. Ihnen wird durch CETA ein Status eingeräumt, der dem Schutz inländischer Investoren aus den Grundrechten bzw. dem Schutz von EU-Investoren aus den unionsrechtlichen Grundfreiheiten und Grundrechten bei Marktzugang und Bestandsschutz entspricht. Schlechterbehandlungen aufgrund der kanadischen Staatsangehörigkeit eines Investors sind damit, soweit keine Ausnahme einschlägig ist, unzulässig.

Im Hinblick auf den Bestandsschutz getätigter Investitionen gegen gesetzgeberische Eingriffe bleibt CETA auf materiell-inhaltlicher Ebene hingegen hinter dem deutschen Verfassungs- und Unionsrecht signifikant zurück. Der Anspruch auf gerechte und billige Behandlung ist im Verhältnis zum Gesetzgeber im Wesentlichen auf ein Verbot offensichtlich willkürlicher oder diskriminierender Maßnahmen und ein Mindestmaß an Vertrauensschutz reduziert. Der Schutz durch das verfassungsrechtliche Rechtsstaatsprinzip und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz des Grundgesetzes ist verglichen dazu wesentlich umfassender. Auch die CETA-Vorschriften zum Schutz gegen Enteignungen und einer Enteignung gleichstehender Eingriffe gehen in ihren Tatbestandsvoraussetzungen nicht über verfassungsrechtliche Schranken hinaus.

Außerdem ist der gesetzgeberische Handlungsspielraum allgemein als Grundsatz der Auslegung und Anwendung des CETA-Investitionskapitels genannt. Auch ist der Gesetzgeber durch eine Vielzahl von Ausnahmenvorschriften und Sonderregelungen für das Steuerwesen und die Regulierung der Finanzmärkte in seinem Handlungsspielraum geschützt. Schließlich ist zu beachten, dass das CETA-Gericht im Vergleich zu bisher üblichen Investor-Staat-Schiedsverfahren erheblichen institutionellen und prozessualen Beschränkungen unterliegt, die unter anderem sicherstellen sollen, dass ge-

gesetzgeberischer Handlungsspielraum durch die Anwendung des Abkommens nicht erodiert. Denn CETA stellt, abgesehen vom Anspruch auf Nichtdiskriminierung kanadischer Investoren, keine Rechtmäßigkeitsanforderungen für gesetzgeberisches Handeln auf, die über bestehende Bindungen aus dem Unions- und Verfassungsrecht hinausgehen.

IV. Vergleich der Rechtsfolgenregime

Nachdem im vorangegangenen Teil die Rechtmäßigkeitsanforderungen verglichen wurden, die Verfassungs- und Unionsrecht einerseits und CETA andererseits an gesetzgeberisches Handeln stellen, widmet sich dieser Teil einem Vergleich der Rechtsfolgen. Dabei werden zunächst in gebotener Knappheit die Grundsätze des deutschen und unionsrechtlichen Haftungsrechts dargestellt, bevor anschließend auf das Rechtsfolgensystem von CETA eingegangen wird. Anschließend widmet sich dieser Teil einem Vergleich der Berechnung von Entschädigung und Schadensersatz unter CETA und dem deutschen Staatshaftungsrecht.

1. Grundsätze der Staatshaftung nach deutschem Recht und Unionsrecht

Das deutsche Staatshaftungsrecht im Allgemeinen und das Recht des Eigentumsschutzes im Besonderen gehen vom Grundsatz des Vorrangs des Primärrechtsschutzes aus. Dies schließt die vormalig in der Rechtsprechung der Zivilgerichte praktizierte Möglichkeit aus, einen rechtswidrigen Zustand zu dulden und anschließend im Wege einer Haftungsklage Schadensersatz geltend zu machen. Einem solchen “dulde und liquidiere” hat das BVerfG im Bereich des Eigentumsschutzes im Nassauskiesungsbeschluss eine klare Absage erteilt.¹³⁰ Infolgedessen ist erforderlich, dass zunächst die Rechtmäßigkeit der fraglichen staatlichen Maßnahme durch die zuständigen Gerichte überprüft wird. Im Falle der Rechtswidrigkeit ist die Maßnahme aufzuheben und ein rechtmäßiger Zustand herzustellen. Dies gilt sowohl für den Bereich des Eigentumsschutzes als auch für Ansprüche auf Amtshaftung.¹³¹

¹³⁰ BVerfGE 58, 300, 324: “Wer von den ihm durch das Grundgesetz eingeräumten Möglichkeiten, sein Recht auf Herstellung des verfassungsmäßigen Zustandes zu wahren, keinen Gebrauch macht, kann wegen eines etwaigen, von ihm selbst herbeigeführten Rechtsverlustes nicht anschließend von der öffentlichen Hand Geldersatz verlangen.”

¹³¹ Siehe § 839 Abs. 3 BGB.

Schadensersatzansprüche kommen damit im Bereich rechtswidrigen Handelns nur für nicht-wiederherstellbare oder durch Primärrechtsschutz nicht vermeidbare Folgen eines rechtswidrigen Eingriffs in Betracht; als Rechtsgrundlage kommen die Amtshaftung oder das Rechtsinstitut des enteignungsgleichen Eingriffs in Betracht.¹³²

Rechtmäßiges Handeln des Staates hingegen zieht im Grundsatz keinerlei monetäre Ausgleichspflichten nach sich. Wichtige Ausnahmen sind hier allerdings die Entschädigung für rechtmäßige Enteignungen nach Art. 14 Abs. 3 GG sowie für ausgleichspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmungen, die ohne Entschädigung des Betroffenen rechtswidrig wären, da sie ein Sonderopfer begründen oder aber unverhältnismäßig wären.¹³³ Schließlich kennt das deutsche Staatshaftungsrecht noch Entschädigungspflichten aufgrund der Rechtsfigur des enteignenden Eingriffs für atypische und unvorhergesehene schädigende Nebenfolgen rechtmäßiger hoheitlicher Maßnahmen.¹³⁴

Bei gesetzgeberischen Maßnahmen sind alle zuvor genannten Anspruchgrundlagen für Entschädigung oder Schadensersatz jedoch praktisch nahezu ohne Anwendungsbereich. Amtshaftungsansprüche wegen legislativen Unrechts scheitern üblicherweise daran, dass es an einer drittbezogenen Amtspflicht gegenüber den von einer Maßnahme betroffenen Investoren, jedenfalls aber an einem Verschulden der Abgeordneten fehlt.¹³⁵ Einen Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff wegen legislativen Unrechts lehnt die Rechtsprechung ebenfalls ab.¹³⁶ Schließlich steht der Bundesgerichtshof (BGH) auch der Möglichkeit, bei gesetzgeberischen Maßnahmen einen Anspruch auf die Rechtsfigur des enteignenden Eingriffs zu stützen, "sehr zurückhaltend gegenüber".¹³⁷

An Entschädigungsansprüchen bleiben damit bei gesetzgeberischen Maßnahmen nach deutschem Staatshaftungsrecht im Wesentlichen nur Ansprüche wegen einer ausgleichspflichtigen Inhalts- und Schrankenbestimmung oder einer rechtmäßigen Enteignung. Allerdings muss der Gesetzgeber hier die Ausgleichs- bzw. Entschädigungspflicht bereits in dem Gesetz, das den Eingriff in Eigentum begründet, niederlegen, da dieses sonst

¹³² F. Ossenbühl/M. Cornils (Anm. 115), 274.

¹³³ F. Ossenbühl/M. Cornils (Anm. 115), 212 ff.

¹³⁴ F. Ossenbühl/M. Cornils (Anm. 115), 337.

¹³⁵ Ausführlich F. Ossenbühl/M. Cornils (Anm. 115), 104 ff.

¹³⁶ F. Ossenbühl/M. Cornils (Anm. 115), 281 ff. (kritisch unter Hinweis auf die einschlägige Rechtsprechung des BGH).

¹³⁷ BGH, NJW 58 (2005), 1363. Siehe ferne F. Ossenbühl/M. Cornils (Anm. 115), 338.

rechtswidrig ist und im Wege des Primärrechtsschutzes aufgehoben werden muss.¹³⁸

Weniger zurückhaltend als das deutsche Staatshaftungsrecht im Hinblick auf die Haftung für legislatives Unrecht war seit jeher die unionsrechtliche Staatshaftung, also die Haftung der Mitgliedstaaten für Verletzungen des Unionsrechts.¹³⁹ Diese findet auch Anwendung, wenn es sich um gesetzgeberische Maßnahmen handelt. Allerdings setzt sie einen "hinreichend qualifizierten Rechtsverstoß" voraus, was die Haftung für legislatives Unrecht wiederum beschränkt. Soweit es nicht um die unterlassene, nicht rechtzeitige oder anderweitig offenkundig unrichtige Umsetzung von Richtlinien geht, wird ein Anspruch auf unionsrechtliche Staatshaftung nur bei evidenten Verstößen in Betracht kommen. Auch dies schränkt die Haftung für legislatives Unrecht stark ein.

Insgesamt muss man daher zu dem Ergebnis kommen, dass Sekundäransprüche auf Schadensersatz wegen rechtswidrigen Handelns oder Entschädigung bzw. Ausgleich wegen rechtmäßigen Handelns (außer in gesetzlich ausdrücklich vorgesehenen Fällen) wegen gesetzgeberischer Maßnahmen nach deutschem Recht und Unionsrecht nur in äußerst eng beschränktem Umfang in Betracht kommen. Entsprechend ist der Handlungsspielraum des Gesetzgebers durch die Haftungsfolgen des Staatshaftungsrechts nur in geringem Umfang beschränkt.

2. Rechtsfolgen nach CETA

Eine gänzlich andere Situation findet sich im internationalen Investitionsrecht. Hier sind Ansprüche auf Schadensersatz wegen rechtswidrigen staatlichen Handelns, insbesondere rechtswidriger Enteignungen und Verletzungen des Grundsatzes gerechter und billiger Behandlung, und Ansprüche auf Entschädigung für rechtmäßiges Handeln, insbesondere rechtmäßige Enteignungen, die von Investoren bevorzugt geltend gemachten Rechtsfolgen. Einen Vorrang des Primärrechtsschutzes kennt das internationale Investitionsrecht im Allgemeinen, ebenso wie CETA im Speziellen, wie unten näher ausgeführt, nicht. Zudem folgt eine Haftung aus jeglicher Verletzung des Abkommens, soweit dadurch ein Schaden entsteht. Die engen Haftungsvoraussetzungen der deutschen und unionsrechtlichen Staatshaftung,

¹³⁸ Vgl. insofern die Junktimklausel in Art. 14 Abs. 3 S. 2 GG zur Enteignung und *F. Ossenbühl/M. Cornils* (Anm. 115), 213 zur ausgleichspflichtigen Inhalts- und Schrankenbestimmung.

¹³⁹ Dazu *F. Ossenbühl/M. Cornils* (Anm. 115), 610 ff.

wie Drittbezogenheit der Verpflichtungen, Verschulden des handelnden Organs oder das Vorliegen eines hinreichend qualifizierten Verstoßes, kennt das internationale Investitionsrecht nicht. Im Hinblick auf die Tatbestandsvoraussetzungen für eine Haftung in Geld bei rechtswidrigem Handeln geht das internationale Investitionsrecht damit weiter als die deutsche und unionsrechtliche Staatshaftung.

Inwieweit Ansprüche auf Geld die einzig möglichen Rechtsfolgen aus Investitionsabkommen sind, ergibt sich aus einem Zusammenspiel der völkerrechtsgewohnheitsrechtlichen Regelungen und dem Abkommen (vorliegend CETA). Im Grundsatz richten sich die Rechtsfolgen wegen Verletzung investitionsschutzrechtlicher Bestimmungen in CETA, da es sich um völkerrechtliche Verpflichtungen handelt, nach den Vorschriften der völkerrechtlichen Staatenverantwortlichkeit. Diese sind Teil des Völkergewohnheitsrechts und in den Artikeln zur Staatenverantwortlichkeit der Völkerrechtskommission (ILC ASR) niedergelegt.

Danach sind völkerrechtswidrig handelnde Staaten grundsätzlich verpflichtet, einen völkerrechtmäßigen Zustand herzustellen, also ihr Handeln in Einklang mit den völkerrechtlichen Primärpflichten zu bringen.¹⁴⁰ Die Pflicht zur Einhaltung der Primärpflichten umfasst die Wiedergutmachung (Art. 31 ILC ASR) in Form der Wiederherstellung des Zustandes, der ohne die völkerrechtswidrige Handlung bestehen würde (Art. 34, 35 ILC ASR – sog. *restitutio in integrum*). Für denjenigen Schaden, der nicht durch Wiederherstellung wiedergutmacht worden ist, schuldet der Staat Schadensersatz (Art. 34, 36 ILC ASR), einschließlich Zinsen (Art. 38 ILC ASR).

Aus dem Zusammenspiel zwischen Art. 34 und 35 ILC ASR könnte man insofern einen Vorrang der Wiederherstellung gegenüber der Leistung von Schadensersatz konstruieren, ähnlich dem Vorrang des Primärrechtsschutzes im deutschen Enteignungsrecht.¹⁴¹ Für die Verletzung von CETA durch Maßnahmen des Gesetzgebers könnte dies wiederum in einem Anspruch kanadischer Investoren und einer entsprechenden Kompetenz des CETA-Gerichts, auf die Aufhebung CETA-widriger Gesetze bzw. auf den Erlass gesetzgeberischer Maßnahmen und die Rückgabe von CETA-widrig enteignetem Eigentum resultieren.

Inwieweit auf Grundlage des Völkergewohnheitsrechts ein entsprechender Anspruch auf Aufhebung bzw. Erlass gesetzgeberischer Maßnahmen oder Rückgabe von Eigentum als Form der Wiederherstellung konstruiert werden kann, kann für das Investitionskapitel von CETA allerdings dahin-

¹⁴⁰ Siehe insbesondere Art. 29, 30 lit. a) und Art. 35 der ILC ASR.

¹⁴¹ Dazu unter Hinweis auf die relevante (Schieds-)Rechtsprechung *S. Ripinsky/K. Williams*, *Damages in International Investment Law*, 2008, 55 f.

stehen. Denn CETA enthält Vorschriften, die einen Vorrang des Primärrechtsschutzes für die Verletzung des Investitionskapitels ausdrücklich ausschließen. So bestimmt Art. 8.39 Abs. 1 CETA, dass das CETA-Gericht nur "Schadensersatz in Geld, gegebenenfalls zuzüglich aufgelaufener Zinsen" zusprechen dürfe. Zulässig ist darüber hinaus, im Falle einer Enteignung die Rückgabe von Eigentum anzuordnen, allerdings nur, wenn dem Staat gleichzeitig ein Wahlrecht eingeräumt wird, die Verpflichtung zur Eigentumsrückgabe mit der Zahlung von Enteignungsentschädigung zu substituieren (Art. 8.39 Abs. 1 lit. a) und b) CETA). Die Einhaltung von Primärpflichten steht damit im Belieben des Staates; sie kann durch betroffene Investoren nicht verlangt, vom CETA-Gericht nicht ausgesprochen und somit nicht durchgesetzt werden.

Auch im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes kann das CETA-Gericht dem Beklagten gegenüber nicht die Aussetzung gesetzgeberischer Maßnahmen oder Sicherungsanordnung in Bezug auf möglicherweise CETA-widrig behandelte Investitionen anordnen (Art. 8.34 S. 2 CETA). CETA ist damit umfassend nach dem Grundsatz ausgestaltet, dass es in der Hand der Staaten liegt, ob CETA-widrige Handlungen andere Folgen als die Zahlung von Schadensersatz zeitigen. Auch dies kann als Ausdruck des Grundsatzes gesehen werden, dass der staatliche Handlungsspielraum, einschließlich derjenige des Gesetzgebers, nur durch Geldzahlungen, nicht aber durch Primärpflichten eingeschränkt ist.

Insgesamt ist damit festzuhalten, dass CETA den Rechtsanwendungsbeehl deutscher Gesetze nicht modifiziert. Es weicht aber verglichen mit dem Verfassungsrecht vom Grundsatz des Vorranges des Primärrechtsschutzes ab und hat weniger restriktive Haftungsvoraussetzungen als die deutsche und unionsrechtliche Staatshaftung für rechtswidriges staatliches Handeln. CETA ermöglicht damit die unmittelbare Geltendmachung von Entschädigungs- und Schadensersatzzahlungen, ohne dass die Investitionswidrigkeit der zugrundeliegenden Maßnahme beseitigt werden müsste.

Allerdings sind die Unterschiede zwischen dem Haftungssystem im internationalen Investitionsrecht und dem deutschen Staatshaftungsrecht insofern rechtstechnischer Natur, als CETA als Ersatz für den fehlenden Anspruch eines Investors auf Herstellung eines CETA-konformen Rechtszustandes die Staatshaftung in Geld ausweitet. Zudem sind die Anforderungen an die Rechtswidrigkeit einer Maßnahme unter CETA, wie oben in Teil III. dargestellt, höher als die Anforderungen nach deutschem Verfassungs- und Unionsrecht.

Insofern können die scheinbar weniger strikten Voraussetzungen der Haftung unter CETA im Hinblick auf die unter CETA höheren Vorausset-

zungen für ein Rechtswidrigkeitsurteil kaum den Effekt haben, den Handlungsspielraum des Gesetzgebers merklich einzuschränken. Denn das deutsche Verfassungsrecht beschränkt, mit Ausnahme des Nicht-Diskriminierungsschutzes kanadischer Investoren, den gesetzgeberischen Handlungsspielraum stärker als die Investitionsschutzvorschriften in CETA. Abgesehen von der verfassungsrechtlich erlaubten, aber CETA-widrigen Diskriminierung kanadischer Investoren sind damit keine Fälle denkbar, in denen verfassungskonformes Handeln des Gesetzgebers zu einer Haftungsauslösung unter CETA führen könnte. Umgekehrt führt aber auch nicht einmal jedes verfassungswidrige Handeln zur Verletzung der Investitionsschutzvorschriften in CETA.

3. Berechnung von Entschädigung und Schadensersatz im Vergleich

Fraglich ist somit nur noch, ob die Haftungsfolgen für gesetzgeberisches Handeln, das sowohl nach der deutschen Verfassung als auch nach den Investitionsschutzregelungen in CETA eine Staatshaftung auslöst, derart divergieren, dass dadurch der gesetzgeberische Handlungsspielraum im Kernbereich des Demokratieprinzips eingeschränkt wird. Bei der Berechnung der Höhe von Geldzahlungen als Rechtsfolge ist sowohl im internationalen Investitionsrecht als auch nach deutschem Staatshaftungsrecht zwischen Schadensersatz für rechtswidrige Maßnahmen und Entschädigung für rechtmäßige Maßnahmen zu unterscheiden. In Bezug auf die Prinzipien, die auf die Berechnung beider Positionen anzuwenden sind, ergeben sich zwischen deutschem Staatshaftungsrecht und internationalem Investitionsrecht allerdings nur unwesentliche Unterschiede. Divergenzen bestehen aber in Bezug auf Zinsen und die Kosten der Rechtsverfolgung.

a) Entschädigung für rechtmäßige Enteignung und enteignungs-gleiche Maßnahmen

Nach deutschem Enteignungsrecht bedeutet Entschädigung

“nicht Schadensersatz im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB), der alle Vermögenseinbußen des Betroffenen in Gegenwart und Zukunft umfasst, sondern (nur) ‘Ausgleich für die auferlegte Vermögenseinbuße’.”¹⁴²

¹⁴² F. Ossenbühl/M. Cornils (Anm. 115), 249 (unter Zitat von BGHZ 6, 270, 295).

Der Enteignete soll in die Lage versetzt werden, eine Sache gleicher Art und Güte zu erwerben. Dementsprechend richtet sich die Höhe der Entschädigung in der Praxis nach dem Wiederbeschaffungswert der Sache.¹⁴³ Die hypothetische Weiterentwicklung der Nutzung der enteigneten Sache wird hingegen nicht berücksichtigt; dies schließt insbesondere die Entschädigung für entgangenen Gewinn aus.¹⁴⁴ Andererseits erkennt die Rechtsprechung aber auch die Kompensation zahlreicher Folgeschäden an, wie z. B. die Verlegungskosten bei Gewerbebetrieben, Reisekosten anlässlich der Verlegung oder die Entschädigung für den Verlust von Kundenkreisen.¹⁴⁵ Auch wenn damit in der einfachgesetzlichen Praxis der Wert einer enteigneten Sache voll entschädigt wird, ist verfassungsrechtlich nach Art. 14 Abs. 3 GG bei der Enteignungsentschädigung eine Abwägung zwischen Interessen der Allgemeinheit und Interessen der betroffenen Eigentümer möglich.¹⁴⁶

Die gleichen Grundsätze gelten nach deutschem Recht auch für enteignungsgleiche Eingriffe, obwohl hier Nebenfolgen von rechtswidrigen Maßnahmen in Frage stehen.¹⁴⁷ Es wird Entschädigung geschuldet, nicht Schadensersatz.¹⁴⁸ Insofern soll nicht der Zustand wiederhergestellt werden, der bestehen würde, wenn das schädigende Ereignis nicht eingetreten wäre, sondern Ausgleich für ein Sonderopfer erbracht werden. Vom Grundsatz her wäre damit entgangener Gewinn ausgeschlossen.¹⁴⁹ Bei der Berechnung der Entschädigung für enteignungsgleiche Eingriffe in Gewerbebetriebe verschwimmt die klare Grenze zwischen Substanzwert und entgangenem Gewinn allerdings; denn die künftigen Ertragsaussichten werden von der Rechtsprechung als Teil des Substanzwertes, ihr Fehlen als Ausdruck des Substanzverlustes betrachtet.¹⁵⁰

Die Grundsätze der Berechnung von Entschädigung für rechtmäßige Enteignung nach dem Völkergewohnheitsrecht sind ähnlich. Danach ist, wie auch in Art. 8.12 Abs. 1 lit. d) CETA niedergelegt, unverzügliche, adäquate und effektive Entschädigung zu leisten. Dies bezieht sich, ganz ähnlich wie nach der Enteignungsentschädigung nach deutschem Recht, auf den "Marktwert", mithin also den Wiederbeschaffungswert der enteigneten Sa-

¹⁴³ F. Ossenbühl/M. Cornils (Anm. 115).

¹⁴⁴ F. Ossenbühl/M. Cornils (Anm. 115), 252 f.

¹⁴⁵ F. Ossenbühl/M. Cornils (Anm. 115), 255.

¹⁴⁶ BVerfGE 24, 367, 421; 100, 289 Rn. 47; vgl. dazu F. Ossenbühl/M. Cornils (Anm. 115), 250.

¹⁴⁷ F. Ossenbühl/M. Cornils (Anm. 115), 319.

¹⁴⁸ F. Ossenbühl/M. Cornils (Anm. 115).

¹⁴⁹ F. Ossenbühl/M. Cornils (Anm. 115), 320.

¹⁵⁰ Siehe F. Ossenbühl/M. Cornils (Anm. 115), 320 f. (unter Verweis auf BGH, NJW 25 (1972), 1574, 1575; NJW 30 (1977), 1817).

che (Art. 8.12 Abs. 2 CETA).¹⁵¹ Entgangener Gewinn ist darin nicht enthalten; dieser wird nur im Falle rechtswidriger Enteignungen geschuldet.¹⁵² Eine Abwägung wie bei Art. 14 Abs. 3 GG ist in Art. 8.12 Abs. 2 CETA jedoch nicht vorgesehen, so dass insofern der Umfang der Entschädigungspflicht nach CETA weitergeht als der durch Verfassungsrecht geforderte Standard. Allerdings wird das verfassungsrechtlich gebotene Maß einfachgesetzlich regelmäßig überschritten, da üblicherweise der Wiederbeschaffungswert angesetzt wird.

b) Schadensersatz für rechtswidrige Handlungen

Für rechtswidrige Handlungen, insbesondere aufgrund der Amtshaftung, wird nach deutschem Staatshaftungsrecht Schadensersatz geschuldet. Dessen Berechnung richtet sich nach den §§ 249 ff. BGB.¹⁵³ In der Regel wird der Anspruch auf Schadensersatz in Geld gerichtet sein. Im Unterschied zur Entschädigung ist hier entgangener Gewinn geschuldet (§ 252 BGB); bei Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit auch immaterieller Schadensersatz (§ 253 BGB).

Nach CETA wird für rechtswidrige Maßnahmen ebenfalls Schadensersatz geschuldet. Allerdings bestimmt Art. 8.39 Abs. 3 CETA, dass der Schadensersatz nicht größer sein dürfe als der vom Investor "erlittene Verlust". Dies könnte so verstanden werden, dass dadurch entgangener Gewinn gerade nicht zu ersetzen ist. Zur Klärung dieser Frage wäre eventuell auf die Abkommensmaterialien zurückzugreifen. Strafschadensersatz ist in jedem Fall ausgeschlossen (Art. 8.39 Abs.4 CETA). Insofern geht die Berechnung der Schadenshöhe in jedem Fall nicht über deutsches Staatshaftungsrecht hinaus.

c) Zinsen und Kosten der Rechtsverfolgung

Wie auch nach deutschem Recht (vgl. § 288 BGB, § 104 Abs. 1 S. 2 Zivilprozessordnung [ZPO]) sind Ansprüche auf Entschädigung und Schadens-

¹⁵¹ Zur Rechtsprechung internationaler Gerichte und Schiedsgerichte ausführlich S. *Ripinsky/K. Williams* (Anm. 141), 71 ff.

¹⁵² *Amoco International Finance v. Iran*, Award, 14.7.1987, 15 Iran-US CTR 189, 246 ff., paras. 191-205. Vertieft auch zur Diskussion um den Unterschied zwischen rechtmäßiger und unrechtmäßiger Enteignung S. *Ripinsky/K. Williams* (Anm. 141), 86 ff.

¹⁵³ Dazu *F. Ossenbühl/M. Cornils* (Anm. 115), 111.

ersatz im Investitionsschutzrecht zu verzinsen.¹⁵⁴ Dies bringt auch Art. 8.39 Abs. 1 lit. a) CETA zum Ausdruck. Zinsbeginn ist dabei üblicherweise der Tag, an dem die fragliche Summe hätte gezahlt werden müssen, etwa der Tag der Enteignung oder des schädigenden Ereignisses. Die Zinshöhe variiert in der Praxis nicht unerheblich. CETA verlangt insofern Zinsen zu einem "marktüblichen Zinssatz" (Art. 8.12 Abs. 3 CETA). Der größte Unterschied zum deutschen Recht liegt darin, dass im internationalen Investitionsrecht zunehmend nicht nur Zins, sondern auch Zinseszins zugesprochen wird.¹⁵⁵

Zu den Rechtsfolgen im weiteren Sinne gehören auch die Kosten eines Rechtsstreits (Gebühren für Gerichte bzw. CETA-Gericht und Anwaltsgebühren). Im Einklang mit dem allgemeinen Grundsatz des deutschen Prozessrechts (vgl. § 91 ZPO), richtet sich die Pflicht zur Kostentragung in Investor-Staat-Streitverfahren unter CETA nach dem jeweiligen Obsiegen bzw. Unterliegen der Parteien (siehe Art. 8.39 Abs. 5 CETA).¹⁵⁶ Die unterliegende Partei hat insofern die Kosten des gerichtlichen Verfahrens sowie die Kosten für die Rechtsverfolgung, insbesondere Kosten für die anwaltliche Vertretung, in angemessener Höhe zu tragen. Allerdings sieht Art. 8.39 Abs. 5 CETA im Vergleich zu staatlichen Gerichten ein weitergehendes Ermessen des CETA-Gerichts bei der Kostenverteilung vor. Dies kann im ungünstigsten Fall dazu führen, dass Kosten auf den beklagten Staat verlagert werden.

Im Hinblick auf die grundsätzliche Kostentragungspflicht besteht aber kein Unterschied zwischen Investor-Staat-Streitverfahren unter CETA und Verfahren gegen gesetzgeberische Maßnahmen vor deutschen Gerichten. Zu beachten ist allerdings, dass die Kosten des CETA-Gerichtsverfahrens über den Kosten eines staatlichen Gerichtsverfahrens liegen können (jedoch nicht müssen).¹⁵⁷ Zudem ist Ersatz der Anwaltskosten nicht wie vor deutschen Gerichten auf die gesetzlich vorgesehenen Gebühren von Anwälten nach dem Rechtsanwaltsvergütungsgesetz beschränkt, sondern kann erheblich darüber liegen. Dies kann zur Folge haben, dass Investor-Staat-Streitverfahren für beklagte Staaten im Falle ihres Unterliegens höhere Kosten verursachen als vergleichbare Verfahren vor nationalen Gerichten. Umge-

¹⁵⁴ Ausführlich dazu *S. Ripinsky/K. Williams* (Anm. 141), 361 ff.

¹⁵⁵ Vgl. *S. Ripinsky/K. Williams* (Anm. 141), 379 ff. Im dt. Recht ist dies im Grundsatz unzulässig. Vgl. §§ 248, 289 BGB.

¹⁵⁶ Im Verfahren der Verfassungsbeschwerde vor dem BVerfGG ist ebenfalls ein Kostenersatz bei erfolgreicher Verfassungsbeschwerde vorgesehen (§ 34a Abs. 2 BVerfGG).

¹⁵⁷ Dies ist am klarsten der Fall im Hinblick auf die Verfassungsbeschwerde, die kostenfrei ist (§ 34 Abs. 1 BVerfGG).

kehrt ist aber auch nicht sichergestellt, dass im Obsiegsfall alle angefallenen Kosten des Rechtsstreites ersetzt werden.

4. Ergebnis des Vergleichs der Rechtsfolgen

Bei den Rechtsfolgen ergeben sich Unterschiede zwischen Verfassungs- und Unionsrecht einerseits und CETA-Investitionsschutzvorschriften andererseits. Diese sind jedoch im Wesentlichen rechtssystematischer Natur. Anders als durch Verfassungs- und Unionsrecht bestimmt, sind die Rechtsfolgen einer Verletzung von CETA auf Entschädigungs- und Schadenersatzzahlungen beschränkt. Die Aufhebung oder der Erlass gesetzgeberischer Maßnahmen kann nicht verlangt werden. CETA modifiziert damit nicht den Rechtsanwendungsbefehl deutscher Gesetze, wie er im Grundgesetz niedergelegt ist, weicht dafür aber im Vergleich zum Verfassungsrecht vom Grundsatz des Vorranges des Primärrechtsschutzes und den korrespondierenden engen Haftungstatbeständen ab.

Da die Voraussetzungen für die Rechtswidrigkeit gesetzgeberischen Handelns unter CETA jedoch höher sind als nach nationalem Recht, ist das insofern erhöhte Haftungsrisiko überschaubar. Denn Voraussetzung für eine Haftung wäre, abgesehen von verfassungsrechtlich zulässigen Diskriminierungen kanadischer Investoren, stets, dass das fragliche Handeln auch verfassungswidrig wäre. Der Umfang von Entschädigungs- und Schadenersatzzahlungen sowie die Berechnung von Zinsen weichen von den Vorgaben des deutschen Staatshaftungsrechts nur in geringem Umfang ab. Höher als vor staatlichen Gerichten ist wohl das Kostenrisiko bei der Durchführung von Investor-Staat-Streitverfahren vor dem CETA-Gericht.

All dies führt jedoch nicht dazu, dass die als Teil der Verfassungsidentität geschützten Grundsätze des Demokratieprinzips verletzt werden. Denn eine Entleerung gesetzgeberischer Gestaltungsmacht findet durch drohende Schadenersatz- und Entschädigungsansprüche für verfassungskonformes, aber CETA-widriges Handeln des Gesetzgebers jedenfalls nicht in einer Art und Weise statt, dass dadurch die Haushaltsautonomie und Haushaltverantwortung des Bundestages eingeschränkt wäre.¹⁵⁸

¹⁵⁸ Dazu BVerfGE 129, 124, 168 ff. und 177 ff.; 135, 317, 399 ff.

V. Investitionsschutz in CETA: Ende der Demokratie?

Durch die in CETA niedergelegten völkerrechtlichen Bestimmungen zum Schutz von Investitionen kanadischer Investoren wird der Gesetzgeber rechtlichen Bindungen unterworfen, die unabhängig vom deutschen Verfassungs- und Staatshaftungsrecht und den Vorgaben des Unionsrechts zu beachten sind. CETA sieht dabei – vorbehaltlich umfangreicher Ausnahmeregelungen – Marktzugangsregelungen, Inländergleichbehandlung und Meistbegünstigung für kanadische Investoren vor, schützt den Bestand getätigter Investitionen gegen eng umgrenzte gesetzgeberische Eingriffe und enthält Vorschriften zur Sicherstellung des freien Kapitalverkehrs im Hinblick auf kanadische Investitionen. Die Verletzung dieser Vorschriften kann sowohl in zwischenstaatlichen Schiedsverfahren als auch, allerdings mit wichtigen Einschränkungen vor allem bei Marktzugangsregelungen, im Bereich der Finanzmarktregulierung und im Steuerwesen in Investor-Staat-Streitverfahren vor dem CETA-Gericht geltend gemacht werden.

Der Handlungsspielraum des Gesetzgebers wird durch CETA im Vergleich zum existierenden Verfassungs- und Unionsrecht allerdings keinen substanziellen materiell-rechtlichen Bindungen unterworfen, die den Kern des Demokratieprinzips tangieren. Einzig der Anspruch auf Inländergleichbehandlung und Meistbegünstigung führt, soweit keine der zahlreichen Ausnahmen einschlägig ist, zu einer Aufwertung der Rechte kanadischer Investoren. Ihnen wird durch CETA ein Status eingeräumt, der dem Schutz inländischer Investoren aus den Grundrechten bzw. dem Schutz von EU-Investoren aus den unionsrechtlichen Grundfreiheiten und Grundrechten bei Marktzugang und Bestandsschutz entspricht. Der gesetzgeberische Handlungsspielraum ist dadurch insofern reduziert, als Schlechterbehandlungen eines kanadischen Investors aufgrund seiner Staatsangehörigkeit unzulässig sind. Allerdings schmälern die zahlreichen Ausnahmen, einschließlich Bereichsausnahmen für ganze Wirtschaftszweige und bestimmte Bereiche staatlicher Verwaltungstätigkeit, sowie Ausnahmen zur Aufrechterhaltung differenzierender Behandlung und zur Einführung neuer differenzierender Maßnahmen den Anspruch auf umfassende Gleichbehandlung sowohl von kanadischen Investoren in Deutschland als auch von deutschen (und anderen europäischen) Investoren in Kanada merklich.

Zudem bleibt CETA im Hinblick auf den Bestandsschutz getätigter Investitionen gegen gesetzgeberische Eingriffe auf materiell-inhaltlicher Ebene gegenüber dem deutschen Verfassungs- und Unionsrecht wesentlich zurück. Der Anspruch auf gerechte und billige Behandlung ist im Verhältnis zum Gesetzgeber im Kern auf ein Verbot offensichtlich willkürlicher oder

diskriminierender Maßnahmen und ein Mindestmaß an Vertrauensschutz reduziert. Der Schutz durch das verfassungsrechtliche Rechtsstaatsprinzip und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, der Vertrauensschutz im deutschen und europäischen Recht sowie die Beschränkungsverbote der europäischen Grundfreiheiten sind umfassender. Weder aus dem Grundsatz gerechter und billiger Behandlung noch aus dem Anspruch auf vollen Schutz und Sicherheit folgen Beschränkungen des gesetzgeberischen Handlungsspielraumes, die über verfassungsrechtliche Vorgaben hinausgehen.

Auch die CETA-Vorschriften zum Schutz gegen Enteignungen und einer Enteignung gleichstehende Eingriffe gehen in ihren Tatbestandsvoraussetzungen nicht über verfassungsrechtliche Vorgaben hinaus. Außerdem ist der gesetzgeberische Handlungsspielraum durch die ausdrückliche Anerkennung des *“right to regulate”* in CETA und eine Vielzahl von Ausnahmenvorschriften, einschließlich solcher zum Schutz der nationalen Sicherheit, der Umwelt, der öffentlichen Gesundheit und anderen öffentlichen Schutzgütern, sowie Ausnahmen für das Steuerwesen und die Regulierung von Finanzdienstleistungen gegen CETA-bedingte Beschränkungen geschützt.

Unterschiede zwischen Verfassungs- und Unionsrecht einerseits und CETA-Investitionsschutzvorschriften andererseits ergeben sich allerdings bei den Rechtsfolgen. Diese sind jedoch im Wesentlichen rechtssystematischer Natur. Anders als unter Verfassungs- und Unionsrecht sind die Rechtsfolgen einer Verletzung auf Entschädigungs- und Schadensersatzzahlungen beschränkt. Die Aufhebung oder der Erlass gesetzgeberischer Maßnahmen kann nicht verlangt werden. CETA modifiziert damit nicht den Rechtsanwendungsbefehl deutscher Gesetze wie er im Grundgesetz niedergelegt ist, weicht dafür aber im Vergleich zum Verfassungsrecht vom Grundsatz des Vorranges des Primärrechtsschutzes mit den korrespondierenden engen Voraussetzungen der Staatshaftung für Schadensersatz und Entschädigung ab. CETA ermöglicht somit die unmittelbare Geltendmachung von Entschädigungs- und Schadensersatzzahlungen, ohne dass die Investitionsrechtswidrigkeit der zugrundeliegende Maßnahme beseitigt werden müsste; es weitet damit als Ersatz für den fehlenden Anspruch eines Investors auf Herstellung eines CETA-konformen Rechtszustandes die Staatshaftung jenseits der Voraussetzungen des deutschen Staatshaftungsrechts aus.

Da die Voraussetzungen für die Rechtswidrigkeit gesetzgeberischen Handelns unter CETA jedoch höher sind als nach nationalem und Unionsrecht, ist das Haftungsrisiko überschaubar. Der Umfang von Entschädigungs- und Schadensersatzzahlungen sowie die Berechnung von Zinsen weichen von den Vorgaben des deutschen Staatshaftungsrechts in geringem

Umfang ab. Höher als vor staatlichen Gerichten ist das Kostenrisiko bei der Durchführung von Investor-Staat-Streitverfahren vor dem CETA-Gericht. Insgesamt führt dies aber nicht zu einer Beschränkung der als Teil der Verfassungsidentität geschützten Haushaltsautonomie und Haushaltsverantwortung des Bundestages.

Einen wichtigen Unterschied zwischen CETA und dem Verfassungs- bzw. Unionsrecht stellt schließlich der Durchsetzungsmechanismus durch das CETA-Gericht dar. Allerdings sind hier hohe Zugangshürden und erhebliche Beschränkungen der Anspruchsgrundlagen vorhanden. Gefahren der Rechtsfortbildung durch das CETA-Gericht, durch die eine Haftungserweiterung erfolgen könnte, sind durch institutionelle Mechanismen abgedeckt. Eine Einschränkung des gesetzgeberischen Handlungsspielraums, die über Verfassungs- und Unionsrecht hinausgeht, lässt sich darin nicht erblicken.

Insgesamt enthält CETA damit keine wesentlich über bestehende verfassungs- oder unionsrechtliche Vorgaben hinausgehende Bindungen des Gesetzgebers. Im Gegenteil, CETA bleibt in Kernpunkten hinter dem verfassungs- und unionsrechtlich erreichten Schutz von Investitionen zurück. Bedenken gegen die investitionsschutzrechtlichen Bestimmungen in CETA im Hinblick auf Haftungsrisiken der Bundesrepublik Deutschland oder die Einschränkung des gesetzgeberischen Handlungsspielraumes sind daher zu vernachlässigen.

Die durch die Verfassungsidentität geschützten Grundsätze des Demokratieprinzips werden somit durch die Verabschiedung durch Investitionsschutzkapitel in EU-Freibandelsabkommen nicht verletzt. Denn es kann im Hinblick auf die vorangehenden Ausführungen schlicht nicht die Rede davon sein, dass die Investitionsschutzvorschriften in CETA den gesetzgeberischen Handlungsspielraum derart beschränken, dass Maßnahmen, die zum Schutz von Allgemeininteressen ergriffen werden sollten, unterbleiben müssen oder, dass die demokratische Gestaltungsmacht des Bundestages erodiert. Es kommt durch die Investitionsschutzvorschriften weder zu einer "Aushöhlung des demokratischen Herrschaftssystems in Deutschland"¹⁵⁹ noch zu einer Reduktion des für ein demokratisches Gemeinwesen erforderlichen "Raum[s] zur politischen Gestaltung der wirtschaftlichen, kulturellen und sozialen Lebensverhältnisse".¹⁶⁰ Auch die Haushaltsverantwortung und Haushaltsautonomie des Bundestages als Teil der Verfassungsidentität¹⁶¹ werden durch mögliche Abweichungen bei den Haftungsfolgen

¹⁵⁹ BVerfGE 123, 267, 356.

¹⁶⁰ BVerfGE 123, 358.

¹⁶¹ BVerfGE 129, 124, 168 ff. und 177 ff.; 135, 317, 399 ff.

nicht beeinträchtigt. Das Ende der Demokratie durch EU-Freihandelsabkommen und die in ihnen enthaltenen Investitionsschutzvorschriften heraufzubeschwören, erscheint daher wenig überzeugend. Der durch die Verfassungsidentität geschützte Kernbereich des Demokratieprinzips ist nicht tangiert.

Wichtig bleibt allerdings, aus verfassungsrechtlicher, ebenso wie verfassungsgerichtlicher Sicht, wachsam zu bleiben und kontinuierlich zu prüfen, ob die künftige Auslegung der Investitionsschutzvorschriften in EU-Freihandelsabkommen sowie mögliche Änderungen dieser Vorschriften durch die in den Abkommen vorgesehenen Organe, wie den Gemischten CETA-Ausschuss, sich im Rahmen der durch das Demokratieprinzip gesteckten Grundordnung bewegen. Diese Kontrolle sollte zuvörderst durch das Europaparlament, aber auch durch den EuGH erfolgen. Denn durch den Vertrag von Lissabon sollte die Rolle des Europäischen Parlaments als Ort demokratischer Legitimation und Kontrolle gerade im Bereich der EU-Außen- und Außenwirtschaftspolitik gestärkt werden. Subsidiär bleibt daneben die kontinuierliche Identitätskontrolle durch das BVerfG.¹⁶² Nur so kann letztlich sichergestellt werden, dass der politische Gestaltungsspielraum, auch für den demokratischen Gesetzgeber, der durch die Stärkung der EU als außen- und außenwirtschaftspolitischer Akteur durch den Vertrag von Lissabon, gerade im Bereich der gemeinsamen Handelspolitik, geschaffen werden soll,¹⁶³ erhalten bleibt. Denn nur ein in Fragen der Außen- und Handelspolitik starkes Europa, das in der Lage ist, seine Grundwerte in Verhandlungen mit anderen Staaten zu behaupten und als allgemeine Standards durchzusetzen, wird den für die (auch mitgliedstaatliche) Demokratie wichtigen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers in einer sich globalisierenden Welt nachhaltig sichern können.

¹⁶² Dazu zuletzt BVerfGE, Urteil des Zweiten Senats vom 21.6.2016 – 2 BvR 2728/13, Rn. 136 ff.

¹⁶³ So treffend BVerfGE 123, 267, 345.