

» ZU INVESTITIONSSCHUTZ UND INVESTOR-STAA- STREITBEILEGUNG IM TRANSATLANTISCHEN HAN- DELS- UND INVESTITIONSPARTNERSCHAFTSABKOM- MEN (TTIP)



Von Prof. Dr. Markus Krajewski im Auftrag der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen

1. Mai 2014

1. HINTERGRUND UND KONTEXT

Auf ihrem Gipfeltreffen im November 2011 setzten die EU und die USA eine High Level Working Group on Jobs and Growth ein, die Maßnahmen zur Steigerung des transatlantischen Handels und der Investitionen vorschlagen sollte, um Arbeitsplätze und Wirtschaftswachstum zu schaffen. In ihrem Schlussbericht empfahl die High Level Working Group im Februar 2013 den Abschluss eines umfassenden Handelsabkommens („comprehensive agreement“) zwischen beiden Seiten.¹ Neben einem erweiterten Marktzugang für Waren und Dienstleistungen und regulatorischen Maßnahmen schlug der Bericht auch Bestimmungen über die Liberalisierung und den Schutz von Investitionen auf der Grundlage des höchsten Liberalisierungsniveaus und der höchsten Schutzstandards, die die beiden Vertragsparteien bis dato ausgehandelt haben, vor.

Unmittelbar nach Vorlage des Schlussberichts erklärten US-Präsident Obama, Kommissionspräsident Barroso und der Präsident des Europäischen Rats Van Rompuy, dass die EU und die USA ein derartiges Abkommen anstrebten. Im März 2013 schlug die Kommission dem Rat daraufhin die Eröffnung von Verhandlungen über ein Freihandelsabkommen mit den USA vor. Der Rat verabschiedete die Leitlinien für die TTIP-Verhandlungen (Verhandlungsmandat) am 17. Juni 2013. Das Verhandlungsmandat enthält ausführliche Bestimmungen zu einem Investitionsschutzkapitel. Diese beginnen mit einer wörtlichen Wiederholung des Absatzes zu Investitionsliberalisierung und -schutz des Berichts der High Level Working Group und zählen dann eine Reihe von Zielen und Schutzstandards auf, die im TTIP enthalten sein sollen. Dazu zählt auch ein wirksamer Mechanismus für die Beilegung von Streitigkeiten zwischen Investor und Staat, „der auf dem neuesten Stand ist und Transparenz, Unabhängigkeit der Schiedsrichter und die Berechenbarkeit des Abkommens gewährleistet.“²

Die Verhandlungen zwischen den USA und der EU über das TTIP haben in bislang vier Runden stattgefunden (7. bis 12. Juli, 11. bis 15. November und 16. bis 21. Dezember 2013 sowie 10. bis 14. März 2014). Während in den ersten drei Runden vor allem allgemeine Fragen behandelt wurden, wurde in der vierten Runde erstmals auf der Grundlage konkreter Texte verhandelt. Die Verhandlungen werden inzwischen von zahlreichen politischen und gesellschaftlichen Gruppen kritisiert und abgelehnt. Neben der Kritik an der mangelnden Transparenz der Verhandlungen und der Befürchtung, Umwelt- und

¹ Final Report, High Level Working Group on Jobs and Growth, February 11, 2013, <http://trade.ec.europa.eu/doclib/html/150519.htm>.

² Rat der Europäischen Union, Leitlinien für die Verhandlungen über die transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft zwischen der Europäischen Union und den Vereinigten Staaten von Amerika, 11103/13. Text verfügbar unter <http://www.ttip-leak.eu/>.

Verbraucherschutzstandards würden gesenkt, sind vor allem die Vorschriften über den Investitionsschutz heftig kritisiert worden.

Die außerordentlich intensive Kritik an den Vorschriften zum Investitionsschutz, insbesondere dem Staat-Investor-Streitbeilegungsmechanismus führte dazu, dass sich die Kommission am 21. Januar 2014 zu dem in der EU-Handelspolitik bislang einmaligen Schritt genötigt sah, eine öffentliche Konsultation zu diesem Thema durchzuführen. Anders als in den Medien gelegentlich berichtet, war damit jedoch kein Verhandlungsmoratorium verbunden. Vielmehr erklärte Kommissar de Gucht: "Ich lese heute jedoch Schlagzeilen, die behaupten, dass die TTIP-Verhandlungen – oder zumindest ein Teil der Verhandlungen – ausgesetzt werden sollen. Das ist nicht richtig. Der Verhandlungsprozess läuft (...) auf Hochtouren weiter, die nächste Verhandlungsrunde steht Mitte März an. Nur beim Thema ISDS drücken wir auf den "Pause-Knopf"."³ Dass auch der Pause-Knopf nur halb gedrückt wurde, zeigt sich in der Ankündigung, dass in der fünften Verhandlungsrunde, die vom 19. bis 24. Mai in Arlington stattfinden wird, auch das Thema Investitionen verhandelt werden soll. Das ist insbesondere deshalb bemerkenswert, weil damit deutlich wird, dass die Kommission offenbar nicht einmal das Ergebnis der Konsultationen abwarten will, bevor sie weiterverhandelt.⁴

In ihrer Presseerklärung vom 21. Januar 2014 versprach die Kommission im Übrigen wörtlich, dass sie im März 2014 einen Textvorschlag der EU für die Verhandlungen zum Investitionsschutz im TTIP veröffentlichten würde.⁵ Auf dieser Grundlage war allgemein erwartet worden, dass ein in die TTIP-Verhandlungen eingeführter Text veröffentlicht werden würde. Dem war jedoch nicht so. Für die am 27. März 2014 begonnene öffentliche Online-Konsultation über Investorenschutz in der Transatlantischen Handels- und Investitionspartnerschaft⁶ greift die Kommission auf Textbeispiele aus dem umfassenden Wirtschafts- und Handelsabkommen zwischen der EU und Kanada (CETA) zurück.

2. ALLGEMEINE BEWERTUNG DES KONSULTATIONSDOKUMENTS

Das Konsultationsdokument umfasst 44 Seiten und gliedert sich im Wesentlichen in zwölf Fragen, die jeweils mit Textreferenzen aus dem CETA erläutert werden. Fünf Fragen beziehen sich auf materiell-rechtliche Vorschriften und sieben auf das Staat-Investor-Streitbeilegungsverfahren. Die teils hochkomplexen Problemstellungen der einzelnen Fragen und die Bedeutung der von der Kommission angeführten Textvorschläge sind ohne spezifische investitionsschutzrechtliche Kenntnisse nicht leicht zu verstehen. Ob die Kommission ihren Anspruch, ein Dokument mit klaren Erklärungen für Nicht-

³ Karel de Gucht, Die transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft: Wo stehen wir in der Debatte? European Commission – SPEECH/14/52 22/01/2014, http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-14-52_en.htm

⁴ EU-US trade talks – 5th round to start in the US on 19 May, 29 April 2014, <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1061>.

⁵ "EU Trade Commissioner Karel De Gucht today announced his decision to consult the public on the investment provisions of a future EU-US trade deal (...). In early March, he will publish a proposed EU text for the investment part of the talks which will include sections on investment protection and on investor-to-state dispute settlement, or ISDS.", European Commission, Commission to consult European public on provisions in EU-US trade deal on investment and investor-state dispute settlement, 21 January 2014, <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1015>

⁶ Europäische Kommission startet öffentliche Online-Konsultation über Investorenschutz in Transatlantischer Handels- und Investitionspartnerschaft, IP/14/292, 27. März 2014, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-292_de.htm.

Experten („clear explanations for the non-expert“) vorgelegt zu haben, gerecht geworden ist, kann bezweifelt werden.

Die Struktur der zwölf Fragen folgt einem einheitlichen Muster: Nach einer kurzen Erklärung des Gegenstands der Frage folgt eine Darstellung, wie dieser in den meisten Investitionsabkommen behandelt wird, um sodann die Ziele und den Ansatz der EU zu erläutern. Bereits diese Struktur ist kritikwürdig. Die Charakterisierung des Inhalts der „meisten Investitionsschutzabkommen“ erweckt den Eindruck, dass in den meisten Abkommen die von der EU vorgeschlagenen Ideen nicht vorhanden seien und dass der EU-Ansatz daher innovativ und progressiv sei. Es soll der Eindruck entstehen, die EU stelle dem traditionellen Ansatz einen innovativen Ansatz gegenüber. Dieser Eindruck wird durch die tabellarische Gegenüberstellung des „traditionellen Ansatzes“ und des EU-Ansatzes im Anhang des Dokuments verstärkt. Die linke Säule der Tabellen, die den traditionellen Ansatz enthält, ist überwiegend leer. Die rechte Säule, in der der EU-Ansatz abgedruckt ist, ist dagegen gefüllt mit detaillierten Vorschriften. Hier wird bereits rein optisch suggeriert, der EU-Ansatz sei eine erhebliche Verbesserung. Neben der suggestiven Struktur der Darstellung ist auch empirisch zweifelhaft, auf welcher Grundlage die Kommission den Inhalt des traditionellen Ansatzes ermittelt haben will. Sie spricht stets allgemein von „most existing investment agreements“, ohne auch nur ein einziges anderes Abkommen oder andere Belege für ihre Charakterisierung zu nennen. Tatsächlich lassen sich zahlreiche Vorschläge, die die Kommission als Innovationsleistungen anpreisen will, bereits in anderen Investitionsverträgen nachweisen.⁷

Wie bereits erwähnt, enthält das Konsultationsdokument keine Textauszüge aus Dokumenten, die in den TTIP-Verhandlungen verwendet werden. Der eigentliche Fokus des Dokuments ist – anders als Name und Anlass des Dokuments es vermuten lassen – auch nicht auf das TTIP speziell bezogen, sondern auf die Ziele der EU in ihren Handels- und Investitionsabkommen im Allgemeinen. In diesem Zusammenhang wird dann der Begriff des „EU approach“ geprägt, ohne dass erläutert wird, was damit gemeint sein soll. Da es weder ein EU-Musterabkommen für Investitionsschutzabkommen oder –kapitel gibt noch ein einziges unterzeichnetes Abkommen mit Investitionsschutzvorschriften, an dessen Verhandlung die EU maßgeblich beteiligt gewesen wäre, lässt sich der „EU approach“ am ehesten als allgemeine Wunschvorstellungen der Kommission beschreiben. Es ist daher umso bemerkenswerter, dass diese Wunschvorstellungen mit Textauszügen aus dem – zwischen der EU und Kanada – ausgehandelten CETA illustriert werden. Da nicht anzunehmen ist, dass die Kommission ihre Wünsche in den Verhandlungen mit Kanada vollständig durchsetzen konnte, fragt sich, ob die Kommission den „EU approach“ unter dem Eindruck der Verhandlungen mit Kanada bereits angepasst hat oder überhaupt erst auf der Grundlage dieses Ergebnisses formuliert hat.

In diesem Kontext ist zu erwähnen, dass sich verschiedene Textteile des CETA-Textes wortgleich oder jedenfalls sinngemäß auch im kanadischen Musterabkommen für bilaterale Investitionsschutzabkommen finden lassen.⁸ Insofern dürfte der im Konsultationsdokument erläuterte „EU approach“ zu einem großen Umfang von kanadischen Vorstellungen geprägt sein. Das ist zwar per se nicht problematisch, relativiert die eigene schöpferische Leistung der Kommission jedoch.

In jedem Fall lässt sich festhalten, dass das Konsultationsdokument keine Auskunft darüber gibt, was die EU in den TTIP-Verhandlungen zum Thema Investitionsschutz vorgeschlagen hat oder vorschlagen

⁷ Siehe Nachweise im Einzelnen in Abschnitt 3.

⁸ Canada 2004 Model BIT, <http://italaw.com/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf>

will. Es ist nicht einmal erkennbar, ob die Kommission überhaupt bereits eine spezifische Position für das TTIP entwickelt hat.

Schließlich ist noch anzumerken, dass auf der Grundlage des Konsultationsdokuments auch keine abschließende Bewertung des Investitionsschutzkapitels im CETA möglich ist, da unklar ist, ob alle relevanten Vorschriften veröffentlicht wurden und in welchem weiteren Kontext die einzelnen Vorschriften stehen. Eine abschließende Bewertung des CETA ist erst mit der Veröffentlichung des vollständigen Texts möglich, auf die mehr denn je gedrungen werden sollte.

3. BEWERTUNG DER EINZELNEN VORSCHRIFTEN

Die meisten modernen bilateralen Investitionsschutzabkommen und Investitionsschutzkapitel in Freihandelsabkommen enthalten neben einer Definition des Schutzzumfangs durch Begriffsbestimmungen für Investitionen und Investoren Vorschriften über materielle Schutzstandards wie Nichtdiskriminierung und Enteignungsschutz und Vorschriften über das Streitbeilegungsverfahren, das üblicherweise die Möglichkeit direkter Klagen der Investoren gegen die Gaststaaten vor sog. Investor–Staat–Schiedsgerichten vorsieht. Das TTIP–Konsultationsdokument stellt diese Inhalte nicht grundsätzlich in Frage und sieht daher auch keine Möglichkeit vor, umfassend zur rechtspolitisch hochumstrittenen Frage, ob das TTIP oder Investitionsabkommen generell eine Investor–Staat–Schiedsgerichtsbarkeit enthalten sollen, Stellung zu nehmen.

a) Materielles Recht

(1) Umfang des Investitionsschutz (Scope)

Die erste Frage betrifft den Umfang des Investitionsschutzes, der typischerweise durch Legaldefinitionen der Begriffe „Investment“ und „Investor“ beschrieben wird. Die EU folgt hier dem in den meisten bilateralen Investitionsschutzabkommen (BITs) verwendeten weiten kapitalbasierten („asset–based“) Investitionsbegriff und nicht die z.B. im NAFTA–Abkommen benutzten unternehmensbasierte Definition („enterprise–based“).⁹ Die Verwendung der kapitalbasierten Definition führt grundsätzlich zu einem weiten Anwendungsbereich. So werden nicht nur klassische Formen ausländischer Direktinvestitionen, sondern auch sog. Portfolio–Investitionen geschützt.¹⁰ In der Sache werden neben Unternehmen und Anteilen an Unternehmen auch wirtschaftliche Interessen geschützt, die sich aus öffentlichen Genehmigungen ergeben.

Der grundsätzlich weite Investitionsbegriff erfährt eine Einschränkung, die sich darauf bezieht, dass nur Investitionen, die im Einklang mit nationalem Recht erfolgt sind und die bereits durchgeführt wurden, vom Abkommen erfasst werden. Damit werden nach dem jeweiligen Recht unzulässige Investitionen und lediglich geplante Investitionen ausgeschlossen. Beide Einschränkungen finden sich auch in zahlreichen anderen Investitionsschutzabkommen bzw. beruhen auf Teilen der schiedsgerichtlichen

⁹ UNCTAD, Scope and Definition, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, 2011, S. 22.

¹⁰ Kritisch dazu auch Rainer Geiger, The Transatlantic Trade and Investment Partnership: A critical perspective, Columbia FDI Perspectives, No. 119, April 14, 2014, <http://www.vcc.columbia.edu/content/fdi-perspectives>.

Praxis.¹¹ Auch die Einschränkung, dass Geldansprüche dann nicht dem Investitionsbegriff unterfallen, wenn sie lediglich Gegenleistungen von Warenlieferungen oder Dienstleistungen sind, entspricht internationaler Praxis.

Eine Besonderheit ist die Einschränkung des Investorbegriffs auf Investoren, die substantielle geschäftliche Aktivitäten („substantial business activities“) in dem Land, in dem sie registriert sind, entfalten und der Ausschluss von rechtlich unselbständigen Zweigstellen oder Filialen. Die Formulierung greift auf bereits bestehende Abkommen zurück, in denen jedoch zumeist nur die Möglichkeit eingeräumt wurde, in Fällen ohne substantielle Geschäftspraxis den Investitionsschutz zu versagen („denial of benefits“-Klausel).¹² Indem der EU-Ansatz derartige Investoren von vorneherein aus dem Anwendungsbereich ausschließt, schafft er größere Rechtsklarheit.

Die EU will auf diese Weise verhindern, dass sog. Briefkastenfirmen dem Schutzbereich des Investitionsschutzkapitels unterfallen. Die von der EU vorgeschlagene Einschränkung ist sinnvoll, da sie verhindert, dass bei der Bestimmung der Investoreneigenschaft ausschließlich auf die gesellschaftsrechtliche Verfassung des Unternehmens abgestellt wird.¹³ So sah das Schiedsgericht in dem umstrittenen *Tokios Tokelés*-Fall ein nach litauischem Recht inkorporiertes Unternehmen als ausländischen Investor an, obwohl die Gesellschaftsanteile zu 99% von ukrainischen Staatsbürgern gehalten wurden und das Unternehmen ausschließlich in der Ukraine tätig war.¹⁴ Eine derartige Zuordnung wäre nach dem neuen EU-Ansatz nicht möglich. Allerdings wäre zu überlegen, ob der Begriff „substantial business activities“ nicht näher konkretisiert werden sollte.

Es ist jedoch zu sehen, dass es die von der EU vorgeschlagene Einschränkung keineswegs ausschließt, dass Tochterunternehmen mit substantiellen Geschäftstätigkeiten im anderen Land sich auf den Investitionsschutz berufen können: So profitiert die kanadische Tochtergesellschaft eines US-Konzerns von dem Investitionsschutzkapitel des CETA, wenn sie in Kanada substantielle Geschäftstätigkeiten entfaltet und die fragliche Investition durch sie vorgenommen wurde. Besteht dagegen in Kanada nur eine Filiale oder entfaltet die kanadische Tochter keine substantielle Geschäftstätigkeit oder ist sie überwiegend außerhalb Kanadas tätig, kann sie sich nicht auf das CETA berufen.

(2) Nichtdiskriminierung

Die Verpflichtungen zur Nichtdiskriminierung (Meistbegünstigung und Inländerbehandlung) gehören zu den zentralen Schutzstandards des Investitionsschutzrechts. Ein erhebliches Problem einer unbeschränkten Meistbegünstigungsklausel ist, dass sie es einem Investor erlaubt, sich auch auf Standards aus anderen Investitionsschutzabkommen des betreffenden Gaststaats zu berufen, wenn diese eine günstigere Behandlung gewähren als das jeweils anwendbare BIT (sog. Import von Schutzstandards,

¹¹ UNCTAD, *Scope and Definition* (o. Fn. 9), S. 36 ff.

¹² UNCTAD, *Scope and Definition* (o. Fn. 9), S. 86 ff.

¹³ Ähnlich Griebel, *Die TTIP- Verhandlungsposition der EU-Kommission – ein überzeugender Reformansatz mit leichten Schwächen im Detail*, 16.4.2014, <http://www.verfassungsblog.de/de/die-ttip-verhandlungsposition-der-eu-kommission-ein-ueberzeugender-reformansatz-mit-leichten-schwaechen-im-detail/>

¹⁴ *Tokios Tokeles v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, Abs. 33 ff.

„importation of standards“).¹⁵ Diese Möglichkeit ist bei prozessualen Regeln besonders problematisch, da sie es dem Investor erlaubt, Verfahrensbeschränkungen zu umgehen, wenn sich aus einem anderen BIT des Gaststaats eine weniger restriktive Regelung ergab.

Die EU hat dieses Problem erkannt und im Konsultationsdokument festgehalten, dass sie den Import von Standards sowohl in prozeduraler als auch in materieller Hinsicht ausschließen will.¹⁶ Der einschlägige Formulierungsvorschlag beschränkt sich jedoch auf prozedurale Fragen.¹⁷ Damit wird z. B. verhindert, dass die Transparenzregeln, die die EU vorsieht, durch Inbezugnahme anderer Investitionsschutzabkommen ausgehebelt werden. Allerdings ist unklar, wie weit der EU-Ansatz reicht und wie die EU diesen realisieren will. Bei einer Beschränkung auf prozedurale Fragen könnten die Konkretisierungen und Einschränkungen, die die EU für die materiellen Schutzstandards vorsieht, durch eine Berufung auf andere Investitionsschutzabkommen der EU umgangen werden. Dies ist mit Blick auf das Investitionsschutzkapitel der Energiecharta relevant, da die EU Vertragspartei der Energiecharta ist. Die Reichweite der Einschränkung der Meistbegünstigungsklausel ist somit von erheblicher Bedeutung. Es sollte daher gefordert werden, den Import von prozessualen und materiellen Standards auszuschließen.

Ein weiteres Problem, das speziell den Standard der Inländerbehandlung betrifft, ist die Frage, wie weit faktische Diskriminierungen von diesem Standard erfasst werden. Anders als bei dem Standard der fairen und gerechten Behandlung oder der indirekten Enteignung sieht der EU-Ansatz keine Konkretisierungen für de facto-Diskriminierungen vor, obwohl in der internationalen Vertragspraxis derartige Absätze vorhanden sind.¹⁸

Der EU-Ansatz sieht weiterhin Ausnahmen für die Nichtdiskriminierungsgrundsätze vor, welche die entsprechenden Ausnahmeklauseln im GATT und GATS in das Investitionsschutzkapitel inkorporieren. Dadurch wird es möglich, diskriminierendes Verhalten im Einzelfall zu rechtfertigen. Dies wirft eine Reihe von Fragen auf. Zunächst wäre zu fragen, warum die Ausnahmeklauseln nur für die Nichtdiskriminierungsgrundsätze und nicht für alle materiellen Standards, insbesondere den Schutz vor faktischen Enteignungen gelten sollen. Weiterhin ist zu sehen, dass die Ausnahmeklauseln nur für bestimmte Politikziele wie öffentliche Sicherheit, Gesundheit und Umweltschutz gelten. Allgemeine Sozial- und Arbeitsschutzstandards, die eine diskriminierende Wirkung entfalten, ließen sich auf diese Weise nicht rechtfertigen. Insofern könnte überlegt werden, ob die Ausnahmeklauseln nicht weitere legitime Politikziele erfassen und auch auf andere materielle Standards ausgedehnt werden sollten. Letzteres ist im kanadischen Mustervertrag für bilaterale Investitionsschutzverträge vorgesehen.¹⁹

¹⁵ UNCTAD, MFN, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II , 2010, S. 107 ff.

¹⁶ European Commission, Public consultation on modalities for investment protection and ISDS in TTIP, S. 4, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/march/tradoc_152280.pdf.

¹⁷ S. Art. X.2 (4): „For greater certainty, the “treatment” referred to in Paragraph 1: a. does not include investor-to-state dispute settlement procedures provided for in other international investment treaties and other trade agreements, including compensation granted through such procedures (...)“

¹⁸ UNCTAD, National Treatment, 1999, S. 40 f..

¹⁹ Art. 10 Canada 2004 Model BIT.

(3) Faire und gerechte Behandlung

Der Standard der fairen und gerechten Behandlung (Fair and equitable treatment, FET) gehört zu den wichtigsten materiell-rechtlichen Standards des internationalen Investitionsrechts. In zahlreichen bedeutsamen Schiedsverfahren der jüngeren Zeit stand er im Mittelpunkt der jeweiligen Klage. Aufgrund seiner Unbestimmtheit wurde er in der Vergangenheit häufig benutzt, um gegen regulative Maßnahmen des Gaststaats vorzugehen. Zudem ist der Standard von Schiedsgerichten häufig unterschiedlich interpretiert worden, was zu Rechtsunsicherheit geführt hat.

Die EU schlägt als Reaktion hierauf eine Präzisierung des FET-Standards durch eine beispielhafte, abschließende Aufzählung von konkreten Situationen, die als Verstoß gegen FET angesehen werden können, und durch weitere Definitionen vor. Die beispielhafte Präzisierung umfasst z. B. die Verweigerung von Zugang zu Rechtsschutz, wesentliche Verstöße gegen Grundsätze der Verfahrensgerechtigkeit in gerichtlichen und administrativen Verfahren oder offensichtliche Willkür. Diese Konkretisierungen beruhen überwiegend auf schiedsgerichtlicher Praxis und zielen darauf ab, die Reichweite des FET-Standards zu beschränken.

Zur weiteren Konkretisierung des FET-Standards wird auch auf die legitimen Erwartungen des Investors abgestellt, die jedoch auf spezifischen Versprechungen gegenüber dem Investor beruhen müssen. Damit wird ausgeschlossen, dass der FET-Standard sämtliche Erwartungen des Investors in die Stabilität des Rechtssystems schützt. Dies führt dazu, dass die Kategorie der „legitimen Erwartungen“ gegenüber der bisherigen Praxis an Bedeutung verlieren könnte.²⁰ In der Schiedsgerichtspraxis ist dieser Topos zum Teil sehr weit ausgelegt worden.

Allerdings ist der Bezug auf konkrete Versprechungen auch nicht unproblematisch: Zahlreiche Investitionsschiedsverfahren beruhen im Kern darauf, dass in Vorgesprächen zwischen Investor und Regierung Zusagen gemacht wurden, für deren Einhaltung nicht die Regierung sondern andere Stellen zuständig waren. Indem sich der Investor auf die Zusagen einer anderen Stelle berufen konnte, wurde die zuständige Behörde unter Druck gesetzt. Insofern könnte der Hinweis auf die konkreten Versprechungen dadurch ergänzt werden, dass Versprechungen nur dann ein legitimes Interesse begründen können, wenn sie durch die jeweils zuständige Person oder Institution gemacht werden und im Übrigen den demokratischen Gesetzgebungsprozess nicht berühren können.

(4) Enteignung

Der Schutz vor (besser: die Entschädigungspflicht bei) direkten und indirekten Enteignungen ist der historische Kern des internationalen Investitionsschutzrechts und findet sich in allen Investitionsschutzabkommen. Problematisch ist daran weniger die Entschädigungspflicht bei direkten Enteignungen als die Figur der indirekten Enteignung. Hierunter werden in der Schiedsgerichtspraxis auch regulative Maßnahmen verstanden, die den wirtschaftlichen Wert einer Enteignung erheblich reduzieren. Damit können der Schutz vor Enteignungen und legitime staatliche Regulierungsinteressen in ein Spannungsverhältnis geraten.

²⁰ So auch Dederer, Neujustierung der Balance von Investorenschutz und „right to regulate“, 16 Apr 2014, www.verfassungsblog.de/de/neujustierung-der-balance-von-investorenschutz-und-right-to-regulate/

Die EU-Kommission greift dieses – in Praxis und Literatur unbestrittene – Problem auf und schlägt vor, den Begriff der indirekten Enteignung durch eine Abgrenzung von legitimer staatlicher Regulierung weiter zu konkretisieren. Neben einer Ausnahme zugunsten von Zwangslizenzen nach dem TRIPS-Abkommen erfolgt die Konkretisierung vor allem durch einen Annex, in dem der Enteignungsbegriff definiert wird. Diese Regelungstechnik entspricht der Praxis neuerer nordamerikanischer Investitionsschutzabkommen²¹ und findet sich auch im kanadischen Musterabkommen von 2004.²² Die Definition im EU-Konsultationsdokument entspricht weitgehend dem kanadischen Mustertext.

Danach ist zur Beurteilung, ob eine Maßnahme eine indirekte Enteignung darstellt, eine tatsachenbasierte Bewertung im Einzelfall erforderlich, die u.a. auf die wirtschaftlichen Auswirkungen der Maßnahme, ihre Dauer, ihren Zweck und Kontext sowie ihr Ziel abstellt und darauf, ob die Maßnahme konkreten, nachvollziehbaren Erwartungen des Investors widerspricht. Dem in Teilen der Schiedsgerichtspraxis entwickelte Ansatz, ausschließlich auf die wirtschaftlichen Auswirkungen abzustellen („sole effects“-Doktrin) wird eine Absage erteilt. Nichtdiskriminierende Maßnahmen, die einem legitimen Politikziel dienen, werden im Allgemeinen nicht als indirekte Enteignungen angesehen, es sei denn, die Auswirkungen der Maßnahmen sind so schwer, dass sie offensichtlich unangemessen erscheinen.

Diese – dem US- und kanadischen Standard entsprechenden – Konkretisierungen dürften eine allzu weite Auslegung des Begriffs der indirekten Enteignung erschweren. Sie enthalten jedoch auch offene Formulierungen wie „distinct, reasonable investment-backed expectations“ oder „manifestly excessive“, die subjektive Bewertungen eines Schiedsgerichts ermöglichen und deren Reichweite insofern kaum einschätzbar ist. Daher wären weitere Klarstellungen sinnvoll, z. B. durch eine Inbezugnahme der „legitimen Erwartungen“ im Rahmen des FET-Standards.

(5) Schutz des Rechts zur Regulierung

Das Verhältnis von Investitionsschutz und dem staatlichen Recht zur Regulierung („right to regulate“) gehört gegenwärtig zu den zentralen Konfliktfeldern in der Diskussion um das Investitionsschutzrecht. Die Problematik betrifft sowohl die Auswirkungen materieller Standards (wie FET und indirekte Enteignung) als auch die Ausgestaltung des Investor-Staat-Schiedsverfahrens. In dem speziell der Problematik des Rechts zur Regulierung gewidmeten Teil des Konsultationsdokuments verweist die EU-Kommission daher auch auf zahlreiche an anderen Stellen des Textes aufgegriffene Aspekte.

Darüber hinaus und speziell für das Recht auf Regulierung finden sich im Konsultationsdokument zunächst die Präambelerwägungen, die sich jedoch nicht speziell auf den Investitionsschutz beziehen und im Übrigen kaum neue Elemente enthalten. Immerhin findet sich auch ein Bezug auf die OECD Leitlinien für multinationale Unternehmen, der jedoch keinerlei Verbindlichkeit enthält. Hier könnte der von Jörn Griebel skizzierte Vorschlag der Einbeziehung von CSR-Standards²³ aufgegriffen und dergestalt weiterentwickelt werden, dass sich nur Unternehmen, die diese Standards beachten, auf das Investitionsschutzkapitel berufen können.

²¹ UNCTAD, Expropriation, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, 2012, S. 60.

²² Annex B.13(1) Canada 2004 Model BIT.

²³ Griebel (o. Fn. 13).

Neben den Präambelerwägungen finden sich in diesem Teil des Konsultationsdokuments weitere spezielle Vorschriften zu Ausnahmen von Inländerbehandlung und Marktzugang, zu einem „prudential carve-out“ für den Finanzsektor, zu Schutzmaßnahmen und Einschränkungen aus Gründen der Zahlungsbilanz. Diese Vorschriften enthalten keine investitionsschutzspezifischen Regeln zum Recht auf Regulierung, sondern folgen daraus, dass im CETA neben dem Investitionsschutz auch die Liberalisierung des Dienstleistungshandels geregelt wird. Die genannten Artikel beruhen daher zum einen auf dem GATS und zum anderen darauf, dass das CETA im Dienstleistungsbereich einem Negativlistenansatz folgt. Es ist bemerkenswert, dass die Kommission die viel kritisierte „Sperrklinkenklausel“ („ratchet mechanism“), die auf S. 26 abgedruckt ist, als Ausdruck des Schutzes des staatlichen Regulierungsinteresses ansieht. Im Übrigen wäre zu fragen, ob durch diese Klauseln bereits präjudiziert wird, dass das TTIP ebenfalls einem Negativlistenansatz folgen soll – was offiziell angeblich noch nicht feststeht.

b) Investor–Staat–Schiedsverfahren

Sowohl von kritischen Akteuren aus Parteien und Zivilgesellschaft als auch zunehmend von den Regierungen der EU-Mitgliedstaaten – namentlich der Bundesregierung – wird die Einbeziehung eines Abschnitts zu Investor–Staat–Schiedsverfahren im TTIP in Frage gestellt. Es handelt sich um einen der umstrittensten Teile dieses Abkommens.

(1) Transparenz

Investor–Staat–Schiedsverfahren werden u.a. deshalb kritisiert, weil sie nicht transparent sind, insbesondere nicht öffentlich tagen und ihre Entscheidungen nicht regelmäßig veröffentlichen. Damit wird nicht nur der Eindruck einer „Schattenjustiz“²⁴ erweckt, sondern die kritische Begleitung und Bewertung derartiger Verfahren auch erheblich erschwert. Dieses Problem erkennt die EU-Kommission in ihrem Konsultationsdokument an und schlägt daher eine grundlegende Reform des bisherigen Ansatzes vor. Bis vor kurzem sahen die meisten Investitionsschutzabkommen und die entsprechenden Schiedsverfahrensordnungen kaum Transparenzvorschriften vor. Die im Dezember 2013 von der UN-Generalversammlung angenommenen „UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State-Arbitration“²⁵ stellen diesbezüglich ein Novum dar, da sie umfangreiche Transparenzgebote enthalten. Die EU schlägt vor, die UNCITRAL Rules in modifizierter Form als allgemeine Regeln im TTIP-Investitionsschutzkapitel verpflichtend zu machen, wobei die Modifikationen grundsätzlich zu einer Erweiterung der Transparenzanforderungen führen.

Nach den durch die EU modifizierten UNCITRAL-Regeln sollen alle verfahrensleitenden Anträge sowie alle Schriftsätze einschließlich der entsprechenden Anlagen veröffentlicht werden. Zudem sollen die Anhörungen vor dem Schiedsgericht grundsätzlich öffentlich sein. Schließlich soll es nicht an dem Streit beteiligten Dritten wie z. B. Verbänden oder NGOs (*amicus curiae*) möglich sein, dem Schiedsgericht eigene schriftliche Stellungnahmen zu dem Rechtsstreit vorzulegen. Die Öffentlichkeitsregeln können eingeschränkt werden, um legitime Geschäftsinteressen zu schützen.

²⁴ „Schattenjustiz im Nobelhotel“, Wirtschaftswoche Nr. 18, 29.4.2013, S. 46.

²⁵ UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration (effective date: 1 April 2014), http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency.html.

Die neuen UNICTRAL-Regeln stellen derzeit den weitestreichenden Standard an Transparenzregeln im internationalen Investitionsschutz dar, allerdings sind sie praktisch noch nicht verwendet worden. Das CETA dürfte eines der ersten Abkommen sein, das die neuen UNCITRAL-Regeln verbindlich zum Regelverfahren macht. Die Verwendung der UNCITRAL-Regeln ist in jedem Fall zu begrüßen. Es ist allerdings zu sehen, dass die Transparenzstandards – jedenfalls in Bezug auf die Öffentlichkeitsbeteiligung – im Kern bereits in ähnlicher Form in anderen Abkommen, wie dem CAFTA oder dem kanadischen Muster-BIT vorhanden sind.

Im Übrigen ist zu fragen, ob und wie die neuen Regeln in der Praxis angewendet werden können. So stellt sich z. B. die Frage, ob SchiedsrichterInnen, die bislang überwiegend vertrauliche Verfahren geführt haben, gegenüber den neuen Transparenz- und Öffentlichkeitsanforderungen hinreichend aufgeschlossen sind oder ob Ausnahmen zugunsten von Vertraulichkeit weit ausgelegt werden. Im Einzelnen wäre auch zu fragen, wie das Recht eines Schiedsgerichts gem. Art. 6 (3) UNCITRAL-Regeln aus „logistischen Gründen“ von einer öffentlichen Anhörung abzusehen, gehandhabt werden wird. Es fällt auch auf, dass in dem EU-Konsultationsdokument die in den UNCITRAL-Regeln erwähnte Möglichkeit von Videoaufzeichnungen (Art. 6 (1) UNCITRAL-Regeln) nicht aufgeführt wird. An diesen Punkten erscheint der EU-Entwurf verbesserungswürdig.

Schließlich sollte beachtet werden, dass eine weitreichende Verlagerung der Investor-Staat-Schiedsverfahren in den öffentlichen Raum auch gegenteilige Folgen haben könnte. Praktiker, die bereits erste Erfahrungen mit öffentlich per Videolink übertragenen Verfahren im CAFTA-Kontext haben, berichten, dass sich die Verfahrensbeteiligten anders verhalten als wenn die Öffentlichkeit ausgeschlossen ist. Es besteht daher die Gefahr, dass der öffentlichen Verhandlung eine nicht-öffentliche Vorbesprechung vorgelagert wird.

(2) Verhältnis zur staatlichen Gerichtsbarkeit und andere Formen der Streitbeilegung

Eine weitere Problematik im Zusammenhang mit der Staat-Investor-Schiedsgerichtsbarkeit besteht in ihrem Verhältnis zur staatlichen Gerichtsbarkeit. Insbesondere die parallele Beschreitung des innerstaatlichen und des internationalen Rechtswegs kann zu Unsicherheiten führen. Die allgemeine völkerrechtliche Regel, wonach ein internationales Gericht erst nach Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs („exhaustion of local remedies“) angerufen werden kann, gilt in den allermeisten Investitionsschutzverträgen nicht. Auch die EU-Kommission schlägt nicht vor, diese Regel für das TTIP einzuführen, obwohl die EU – laut Konsultationsdokument – den nationalen Rechtsweg bevorzugt.²⁶ Vielmehr schlägt die EU Instrumente vor, die als Anreize dienen sollen, nicht vorschnell ein Verfahren vor einem Investitionsschiedsgericht anzustrengen oder alternative Streitbeilegungsmechanismen (Mediation) zu benutzen.

Weiterhin wird eine Klausel vorgeschlagen, welche die parallele Anrufung eines staatlichen Gerichts und eines Investitionsschiedsgerichts ausschließen soll. Hat der Investor vor einem staatlichen Gericht Klage eingereicht, kann er erst ein Schiedsgericht anrufen, wenn das Verfahren vor dem nationalen Gericht abgeschlossen wurde oder wenn er die Klage vor dem nationalen Gericht zurücknimmt. Zudem muss der Investor bei Klagerhebung vor einem Schiedsgericht darauf verzichten, Klagen vor innerstaatlichen Gerichten zu erheben. Diese in der Praxis neuerer internationaler Investitionsschutzverträge

²⁶ European Commission (Fn 16), S. 12.

ge als „No U-Turn“ – bzw. „Fork-in-the-Road“-Klauseln bekannten Regeln zwingen den Investor dazu, sich entweder zwischen dem nationalen und internationalen Rechtsweg zu entscheiden oder den Ausgang des nationalen Gerichtsverfahrens abzuwarten. Damit würde eine Situation, wie sie gegenwärtig im Verfahren Vattenfall II besteht, vermieden werden.²⁷

(3) Verhaltenskodex und Qualifikationsvoraussetzungen für Schiedsrichter

In der aktuellen öffentlichen Auseinandersetzung über die Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit wird auch die mangelnde Unabhängigkeit von Schiedsrichtern beklagt, die aufgrund von Interessenkollisionen wegen ihrer gelegentlichen Doppelrollen als Anwälte und Schiedsrichter einseitig bestimmten Interessen verpflichtet sein könnten. Die EU-Kommission reagiert hierauf durch verschiedene Maßnahmen. So sollen zunächst die Schiedsrichter von einer durch die Vertragsparteien festgelegten Liste ausgewählt werden, wenn sich die Parteien nicht einigen können. Darüber hinaus soll festgelegt werden, dass die Schiedsrichter unabhängig sind und keine Anweisungen von einer Streitpartei oder einem beteiligten Staat entgegen nehmen dürfen.

Schließlich schlägt die EU vor, dass Schiedsrichter die Regeln zu Interessenkonflikten bei Internationaler Schiedsgerichtsbarkeit der International Bar Association beachten müssen. Darüber hinaus müssen sie die Regeln eines zusätzlichen Verhaltenskodex (Code of Conduct) befolgen, wenn die Vertragsparteien (EU und Kanada) diesen erlassen haben. Damit folgt das CETA auch an dieser Stelle dem kanadischen Modellvertrag. Wenn ein Schiedsrichter die in dem Verhaltenskodex genannten Anforderungen nicht erfüllt, kann eine Streitpartei die Entfernung des Schiedsrichters verlangen oder die Aufhebung des Schiedsspruchs beantragen.

Solange jedoch ein derartiger Verhaltenskodex nicht besteht, kann dessen Vorschlag nur eingeschränkt bewertet werden. Es wäre daher wünschenswert, wenn das TTIP den Vertragsparteien EU und USA klar vorgibt, welchen Inhalt und welchen Zweck der Verhaltenskodex haben soll und einen Zeitrahmen bestimmt, innerhalb dessen der Kodex verabschiedet werden muss.

(4) Reduzierung des Risikos von missbräuchlichen und unbegründeten Klagen

In der Vergangenheit haben einzelne Fälle offensichtlich grundloser Klagen vor internationalen Schiedsgerichten und die Kostenentscheidung in bestimmten Verfahren, die dem Staat auch bei Obsiegen zum Tragen der eigenen Kosten verurteilte, für öffentliche Kritik gesorgt. Die EU möchte dies verhindern, indem den Schiedsgerichten die Möglichkeit eingeräumt wird, Klagen die erkennbar ohne Rechtsgrund („manifestly without legal merit“) oder bereits aus Rechtsgründen unbegründet („unfounded as a matter of law“) sind, in einem vereinfachten Verfahren abzulehnen. Diese Möglichkeit besteht bereits nach Regel 41 (6) der ICSID Schiedsregeln, wird allerdings durch den von der EU vorgeschlagenen Text auch für alle anderen Verfahrensregeln verankert.

Ein weiterer Verfahrensvorschlag der EU betrifft die Regel, wonach die unterlegene Partei die Kosten tragen soll. Damit wird zwar ausgeschlossen, dass der Staat auch bei unbegründeten Klagen seine ei-

²⁷ Im Vattenfall II-Fall klagt Vattenfall sowohl vor dem Bundesverfassungsgericht als auch vor einem Schiedsgericht gegen den deutschen Atomausstieg.

genen Kosten tragen muss. Umgekehrt führt es jedoch dazu, dass der Staat, falls er unterliegt, auch die Kosten des Investors tragen muss. Diese dürften regelmäßig höher sein als die Kosten des Staats, da sich Investoren regelmäßig ausschließlich von externen Anwälten vertreten lassen, während Staaten oft auch eigene Rechtsabteilungen einschalten. Im Übrigen können derartige Kostenregeln für kleine und wirtschaftlich schwache Staaten zusätzliche unerwünschte Kosten verursachen, die nach dem Grundsatz, dass jede Partei ihre eigenen Kosten trägt, nicht entständen. Für die EU und die USA dürften sich diese Probleme allerdings in Grenzen halten.

(5) Filtermechanismus bei Klagen, die den Finanzsektor betreffen

Eine Besonderheit im Rahmen von Klagen gegen Maßnahmen im Finanzsektor betrifft die Möglichkeit des Staats, sich unter Berufung auf den „Prudential carve-out“ zu verteidigen. Dadurch sollen insbesondere in Krisenzeiten Maßnahmen zur Sicherung von Konsumenteninteressen und zum Schutz der Stabilität und Integrität des Finanzsystems gesichert werden. Der EU-Vorschlag sieht vor, im Fall der Berufung auf diese Klausel einen Sonderausschuss darüber entscheiden zu lassen, ob diese Berufung gerechtfertigt ist. Damit wird ein Element der Zwischenstaatlichkeit in das Investor-Staat-Verfahren eingeführt, das durchaus sinnvoll sein kann. Allerdings kann die Wirksamkeit dieses Mechanismus noch nicht bewertet werden, da es hiermit noch kaum praktische Erfahrungen gibt.

(6) Interpretation durch die Vertragsparteien

Die Parteien eines internationalen Investitionsabkommens können regelmäßig nicht auf die von einem Investitionsschiedsgericht im Einzelfall getroffene Interpretation einer Vorschrift des Abkommens Einfluss nehmen. Im NAFTA-Kontext wurde jedoch eine gemeinsame Kommission der Staaten eingerichtet, die verbindliche Interpretationen erlassen kann. Diesen Ansatz greift die EU auf und schlägt vor, dass die Parteien (EU und USA) verbindliche Interpretationen erlassen können. Zudem soll es möglich sein, für die an einem Investor-Staat-Schiedsverfahren nicht beklagte Partei, dem Verfahren beizutreten, um Interpretationsfragen mit dem Schiedsgericht zu erörtern.

Bei der Bewertung dieses grundsätzlich begrüßenswerten Vorschlags ist zu berücksichtigen, dass die NAFTA-Erfahrung mit diesem Instruments eher ernüchternd war. Insbesondere wurde die Interpretationserklärung der NAFTA Free Trade Commission zum FET-Standard aus dem Jahre 2001 von Schiedsgerichten weiter entwickelt und extensiv ausgelegt. Wie sich die Beteiligung der nicht-beklagten Partei auf ein Investitionsschiedsverfahren auswirkt, lässt sich kaum vorhersagen. Es ist zu vermuten, dass das Schiedsgericht hierauf eher zurückhaltend reagieren wird.

(7) Berufungsinstanz

In der Vergangenheit haben divergierende Entscheidungen von Schiedsgerichten immer wieder zu Kritik und Rechtsunsicherheit geführt. Teilweise wurden ähnliche oder gar gleichlautende Klauseln unterschiedlich ausgelegt. Daher ist in Praxis und Wissenschaft immer wieder die Einrichtung einer Berufungsinstanz (Appellate Mechanism) gefordert worden. Diese Vorschläge haben sich bezüglich einer umfassenden Berufungsinstanz nicht durchgesetzt.

Die EU schlägt nunmehr eine Berufungsinstanz ausschließlich für Entscheidungen, die auf der Grundlage des TTIP ergehen, vor. Damit würde das Problem divergierender Entscheidungen die auf unterschiedlichen Abkommen beruhen, nicht gelöst. In der Praxis bestand das Problem jedoch regelmäßig

nicht darin, dass das gleiche Abkommen unterschiedlich ausgelegt wurde, sondern dass gleiche Texte unterschiedlicher Abkommen unterschiedlich ausgelegt wurden. Vor diesem Hintergrund trägt der EU-Vorschlag nicht zu einer Vermeidung von Inkonsistenz zwischen den Abkommen bei, sondern vergrößert sogar das Problem, da nun neben „normale“ Entscheidungen von Investitionsschiedsgerichten auch die Entscheidungen der TTIP-Berufungsinstanz treten würden. Hierin könnte sogar der Versuch der EU und der USA gesehen werden, die Weiterentwicklung des Investitionsschutzrechts zu beeinflussen, da die Berufungsinstanz möglicherweise von anderen Schiedsgerichten als besondere Autorität angesehen werden könnte. Damit würde dem TTIP-Berufungsinstanz faktisch eine globale Sonderstellung eingeräumt werden.

4. GRUNDLEGENDE BEWERTUNG

Die EU-Kommission stellt das System der Investor-Staat-Streitbeilegung nicht in Frage. Sie folgt dem in der Investitionsschiedsgerichtspraxis und der herrschenden Lehre in der Rechts- und Wirtschaftswissenschaft verbreiteten Ansatz, dass dieses System grundsätzlich den Zielen wirtschaftlichen Wachstums und Entwicklung dient und nur in einzelnen Aspekten reformbedürftig ist. Folgt man diesem Ansatz, ist der EU-Kommission zuzugestehen, dass ihr Vorschlag zahlreiche Einzelprobleme aufgreift und Lösungen anbietet, die zwar überwiegend nicht neu und auch nicht ausschließlich von der EU entwickelt wurden, dennoch einige Probleme beseitigen würden. Dazu zählen namentlich der Ausschluss von Klagemöglichkeiten von sog. Briefkastenfirmen, die einschränkende Definition des FET-Standards und die Transparenzregeln. In anderen problematischen Bereichen, wie der Definition des Begriffs der indirekten Enteignung oder der Anwendung von allgemeinen Ausnahmeklauseln, erkennt die EU zwar einzelne Probleme, bietet jedoch nur unzureichende Lösungsansätze an. Wieder andere Vorschläge beziehen sich eher auf Einzelfälle und nicht auf systemische Probleme des Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit wie z. B. die Vorschläge zur Kostenregelung, zur Abweisung von offensichtlich grundlosen Klagen oder zu Interpretationserklärungen durch die Vertragsparteien. Schließlich werden auch Instrumente vorgeschlagen, über deren Auswirkungen keine verlässlichen Einschätzungen möglich sind. Dazu zählt der Filtermechanismus bei Berufung auf den „prudential carve-out“, Interventionsrechte der nicht-beklagten Partei und die Berufungsinstanz. Schließlich enthält der Vorschlag auch wirkungslose Instrumente wie z. B. die Präambelerklärungen.

Folgt man dagegen der Position, dass das Kernproblem der Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit in der Etablierung eines Sonderrechtsschutzmechanismus für ausländische Investoren liegt, der diese privilegiert und die Regulierungsautonomie des Staates einschränken kann, sind die EU-Vorschläge nicht geeignet, die grundsätzliche Kritik auszuräumen. Sie schlagen kein vollkommen neues System vor, sondern behalten die wesentlichen Elemente des Investor-Staat-Schiedswesens bei. Dazu zählt vor allem die Überprüfungsmöglichkeit staatlicher Regulierungsinstrumente durch ad hoc einberufene Schiedsgerichte und nicht durch ein ordentlich konstituiertes Gericht.

Zwar dürfte eine Umsetzung der EU-Vorschläge dazu führen, dass sich manche Auswüchse der Schiedsgerichtspraxis der Vergangenheit nicht wiederholen und dass Schiedsgerichte nichtdiskriminierende und verhältnismäßige staatliche Regelungen in der Regel nicht für rechtswidrig erklären werden. Das Problem der Investor-Staat-Investitionsschiedsgerichtsbarkeit besteht jedoch weniger in den tatsächlichen Verurteilungen staatlichen Verhaltens (die im Einzelfall durchaus ihre Berechtigung gehabt haben mögen), sondern in dem Droh- und Druckpotential, das dieser Mechanismus grundsätzlich gegenüber staatlichen Regulierungsmaßnahmen entfalten kann. Insofern ist es auch wenig aufschlussreich, Statistiken darüber zu führen, wie oft Staaten verurteilt wurden und wie oft Investoren unterlagen. Entscheidend ist das grundsätzlich bestehen Klagerecht ausländischer Investoren. Man

kann es anschaulich so sagen: Regeln, wie die von der EU vorgeschlagenen, würden die Wahrscheinlichkeit eines Obsiegens von Vattenfall, Philip Morris u.a. sicher reduzieren. Allerdings hätten sie die Unternehmen nicht grundsätzlich an einer Klage gehindert.

In diesem Zusammenhang ist zu bedenken, dass die EU-US-Investitionsbeziehungen bereits heute besonders intensiv sind. Dadurch steigt bei einem Investitionsschutzkapitel im TTIP das Klagpotential erheblich. Dies lässt sich an einem einfachen Rechenbeispiel veranschaulichen: Die Investitionen von US-Investoren in Kanada beliefen sich im Jahre 2012 auf ca. 351 Mrd. US\$. Im jährlichen Durchschnitt klagten ca. ein bis zwei US-Investoren gegen Kanada auf der Grundlage des Investitionsschutzkapitels im NAFTA-Übereinkommen. US-amerikanische Investitionen in der EU beliefen sich im Jahre 2011 auf ca. 3,7 Bio. US\$, d. h. auf ca. das Zehnfache.²⁸ Es sollte daher nicht überraschen, wenn auf der Grundlage eines Investitionsschutzkapitels im TTIP ca. 10 bis 20 US-Investoren pro Jahr Klagen gegen die EU erheben. Zwar handelt es sich dabei immer noch um eine vergleichsweise geringe Zahl. Angesichts der potentiell negativen Auswirkungen dieser Klagen, wäre jedoch zu fragen, ob der vermutete Nutzen des Investor-Staat-Schiedssystems im TTIP den Schaden übersteigt.

5. ZUSAMMENFASSUNG

(1) Die von der EU-Kommission am 27. März 2014 eröffnete Konsultation zu Investitionsschutz im TTIP stellt keinen offiziellen TTIP-Verhandlungstext zur Diskussion, sondern einen EU-Ansatz zum Investitionsschutz, der mit aus einzelnen Auszügen aus dem CETA illustriert wird.

(2) Das von der Kommission verfasste Konsultationsdokument erweckt den Eindruck, die zitierten Vorschriften beruhen auf einem eigenen und neuen Ansatz der EU-Kommission. Tatsächlich sind zahlreiche Textpassagen in anderen Investitionsschutzabkommen, namentlich im kanadischen Musterabkommen bereits seit längerem verankert.

(3) Eine Bewertung der einzelnen EU-Vorschläge kommt zu einem differenzierten Bild:

- Einige Vorschläge stellen begrüßenswerte Verbesserungen des gegenwärtigen Systems des Investitionsschutzes dar. Dazu zählen der Ausschluss des Klagrechts von Briefkastenfirmen, der Ausschluss des MFN-Standards in Bezug auf prozessuale Standards in anderen Investitionsabkommen, die Konkretisierung des FET-Standards und die Einführung weitreichender Transparenzanforderungen an das Investor-Staat-Schiedsverfahren, die allerdings u. U. kontraproduktiv wirken könnten.
- Andere Vorschläge greifen Probleme auf, lösen sie jedoch nur unzureichend. Dazu gehören die weiterhin auf allgemeine Begriffe abstellende Definition der faktischen Enteignung und die begrenzte Anwendung der allgemeinen Ausnahmeklauseln.
- In anderen Bereichen werden die bestehenden Probleme dagegen nicht aufgegriffen. Hierzu zählt der generell weite Anwendungsbereich des Investitionsschutzkapitels.
- Teilweise werden auch Vorschriften vorgeschlagen, die kaum eine Wirkung zeigen dürften wie die Präambelerwägungen

²⁸ Zahlen des USTR, <http://www.ustr.gov/countries-regions/americas/canada> sowie <http://www.ustr.gov/countries-regions/europe-middle-east/europe/european-union>.

- Schließlich enthält der EU-Vorschlag Elemente, deren Wirkung noch nicht vorhergesehen werden könne, wie die zahlreichen Veränderungen des Investor-Staat-Verfahrens.

(4) Das Konsultationsdokument stellt die Logik des gegenwärtigen Ansatzes nicht in Frage, sondern bietet nur Reformoptionen an. Diese dürften teilweise einschränkend wirken. Wer jedoch den Investitionsschutz im TTIP aus grundsätzlichen Überlegungen ablehnt, wird auch durch das Konsultationsdokument keines Besseren belehrt.