

Brauchen Investitionen im TTIP Schutz?

Überlegungen zum Investitionsschutz im transatlantischen Freihandelsabkommen

Jan Ole Voß¹

Auf einen Blick

Durch das Investitionsschutzrecht werden ausländischen Investoren Rechte gewährt, die sie vor willkürlichen, hoheitlichen Eingriffen schützen sollen. Das Investitionsschutzrecht schränkt damit die Handlungsfreiheit von Gaststaaten gegenüber ausländischen Investoren ein. Allerdings dürfte die Aufnahme entsprechender Regelungen in das TTIP nicht zwingend erforderlich sein, da die wesentliche Funktion des Investitionsschutzrechts zwischen „Rechtsstaaten“ in der Regel eben nicht zum Tragen kommen dürfte. Trotzdem gibt es Gründe für eine Weiterführung der entsprechenden Verhandlungen. Als fester Bestandteil der völkerrechtlichen Gewährleistung von wirtschaftlichen Rechtspositionen dient das Investitionsschutzrecht der Entpolitisierung von originär staatlichen Konflikten. Zudem könnte der bestehende erhebliche Reformbedarf im Zuge der Verhandlungen angegangen werden, um die bereits seit Jahren diskutierten Reformen des Investitionsschutzrechts entscheidend voranzubringen.

Die Aufnahme eines Kapitels zum Investitionsschutz in das Freihandelsabkommen zwischen der EU und den USA hat sich zu einem der wesentlichen Konfliktpunkte im Rahmen der Verhandlungen entwickelt. Die Kritik am Investitionsschutz ist erheblich: Die Aufnahme derartiger Regelungen könne Schadensersatzklagen von ausländischen Unternehmen in beträchtlichem Umfang begünstigen. Die Streitbeilegung vor „geheimen“ Schiedsgerichten führe zu einer intransparenten Konfliktlösung, bei der die Entscheidung über die Rechtmäßigkeit staatlichen Handelns als Schiedsrichter_innen tätigen, hochdotierten Anwalt_innen obliege. Jegliche staatliche Regulierungs- und Gesetzgebungstätigkeit, insbesondere in Bereichen wie dem Umwelt- und Arbeitnehmerschutz, Gesundheits- oder Energiebereich, könne erheblich eingeschränkt werden.² Auf der anderen Seite stehen Befürworter_innen des internationalen Investitionsschutzrechts, die auf die Vorteile und Erfolge der Rechtsordnung und des darin vorgesehenen Streitbeilegungsmechanismus verweisen. Die Möglichkeit einer gerichtlichen Streitbeilegung von wirtschaftlichen Konflikten, die letztlich staatliche Konflikte wären, sei ein nicht zu unterschätzender Fortschritt. Eine globale Wirtschaft mache das Vorhandensein von supranationalen oder intergouvernementalen Streitbeilegungsmechanismen unerlässlich.³ Das internationale Investitionsschutzrecht verhindere nicht, sondern fördere weltweit die Entwicklung

rechtsstaatlicher Strukturen. Im Rahmen der TTIP-Verhandlungen sei es möglich, den Reformbemühungen hinsichtlich der in den letzten Jahren erkannten Probleme neuen Aufwind zu geben.⁴

Status quo des Investitionsschutzrechts

Der zentrale Ausgangspunkt des Investitionsschutzrechts sind bilaterale und multilaterale Investitionsschutzabkommen, die als völkerrechtliche Verträge zwischen zwei oder mehreren Staaten abgeschlossen werden. Vorrangiges Ziel der Abkommen ist es, ausländische Direktinvestitionen zu schützen und zu fördern. Vorausgesetzt wird dabei die prinzipielle Förderungswürdigkeit solcher Auslandsinvestitionen sowohl für die globale wirtschaftliche Entwicklung als auch für die wirtschaftliche Situation des Gaststaates selbst. Der Grundgedanke, auf dem die Abkommen beruhen, besagt, dass die mögliche Diskriminierung von Auslandsfirmen eine nicht zu unterschätzende Abschreckung für solche Investitionen darstellt. Daher vereinbaren die beteiligten Staaten, vereinfacht gesagt, die aus dem jeweils anderen Staat stammenden Investoren besonders vorteilhaft zu behandeln und sie vor „willkürlichen“ hoheitlichen Eingriffen zu schützen.

Die Abkommen enthalten zunächst herkömmliche völkerrechtliche Schutzstandards, wie den Schutz vor Enteignung oder enteignungsgleichen Eingriffen, das Recht auf Inländergleichbehandlung oder Meistbegünstigungsklauseln. Darüber hinaus sehen die meisten Abkommen jedoch auch weitergehende Schutzstandards, wie insbesondere „fair and equitable treatment“, „provision of full protection and security“ und „umbrella clauses“, vor. Der durch die Abkommen gewährte Schutz wird teilweise mit dem verwaltungs- und verfassungsrechtlich gewährten Rechtsschutz entwickelter Industriestaaten verglichen und auch als „Teil eines globalen Verwaltungsrechts“ bezeichnet.⁵ Vergleichbar zum Verwaltungs- und Verfassungsrecht geht es im Kern darum, den Investor vor hoheitlichen Eingriffen in seine Rechte zu schützen.

Rechte der Investoren

Das Außergewöhnliche der Abkommen besteht darin, dass sie zum einen unmittelbare Rechte für private Personen – die Investoren – schaffen und zum anderen den Investoren die Möglichkeit eröffnen,

diese Rechte vor einem neutralen (das heißt eines sich außerhalb des Einflussbereichs des Gaststaates befindlichen) Schiedsgericht durchzusetzen. Der Gaststaat des Investors gibt in dem Abkommen sein Einverständnis zur außergerichtlichen Streitbeilegung vor einer internationalen Schiedsorganisation, worauf sich der Investor im Konfliktfall berufen kann. Die jeweilige Schiedsorganisation hat keinen Einfluss auf den Ausgang der Streitigkeit bzw. auf die materielle Rechtsposition der Parteien (diese ergibt sich aus den Investitionsschutzabkommen), sondern stellt das Forum und die verfahrensrechtlichen Regelungen für die Beilegung der Streitigkeit zur Verfügung. Das heißt, dass die Einrichtungen der Schiedsorganisation genutzt werden können, die Organisation des Verfahrens wird übernommen und die Wahl der Schiedsrichter_innen, die Durchführung des Verfahrens und die Vollstreckung der Urteile hat nach den entsprechenden Regelungen zu erfolgen.

Auswirkungen auf die Souveränität des Gaststaates

In der Tat dient das Investitionsschutzrecht damit dazu, die Handlungsfreiheit von Gaststaaten gegenüber ausländischen Investoren so einzuschränken, dass bei willkürlichen Eingriffen in deren Rechtspositionen Schadensersatzpflichten entstehen. Dem Investor soll gerade ein besonderer Schutz gewährt werden. Richtig ist aber auch, dass es nicht dem wesentlichen Gedanken der Investitionsschutzschiedsgerichtsbarkeit entspricht, dass ein funktionierendes, rechtsstaatliches System „ausgehobelt“ bzw. umgangen wird. Im Gegenteil sollte ursprünglich gerade die Anwendung von solchen Rechtssystemen „umgangen“ werden, die eine Neutralität der Streitschlichter_innen aufgrund der fehlenden Unabhängigkeit der Judikatur und damit ein wesentliches Merkmal der Rechtsstaatlichkeit nicht gewährleisten können. Das Investitionsschutzrecht soll vor willkürlichen, hoheitlichen Maßnahmen schützen, für die es vor nationalen Gerichten keinen Schutz geben würde. Eine solche Schutzlosigkeit ausländischer Investoren dürfte in entwickelten Rechtsstaaten nicht bestehen. Folglich kann davon ausgegangen werden, dass zumindest eine der wesentlichen Funktionen des Investitionsschutzrechts bei einem Abschluss von Abkommen zwischen Rechtsstaaten nicht zwingend einschlägig ist.

Wie kann es weitergehen: TTIP und Investitionsschutzabkommen?

Hinsichtlich der Vertragsverhandlungen zwischen den USA und der EU muss es diesbezüglich allerdings auch erlaubt sein zu fragen, ob tatsächlich alle Mitgliedstaaten der EU bzw. alle Bundesstaaten der USA rechtsstaatliche Strukturen in einem solchen Maß vorweisen können, dass ausländische Investoren keine Benachteiligung fürchten müssen. Ob dies tatsächlich der Fall ist, bedürfte einer sorgfältigen Untersuchung, deren Durchführung allerdings aufwendig wäre. Eine Aufnahme von entsprechenden Regelungen in das TTIP dürfte bei Unterstellung des Vorhandenseins neutraler (Verwaltungs- und Verfassungs-)Gerichte in sämtlichen Bundesstaaten der USA und den Mitgliedstaaten der EU nicht zwingend erforderlich sein, da die wesentliche Funktion des Investitionsschutzrechts zwischen „Rechtsstaaten“ in der Regel eben nicht zum Tragen kommen dürfte.

Trotzdem sprechen nicht unerhebliche Gründe für eine Weiterführung der Verhandlungen. Das Investitionsschutzrecht ist ein fester Bestandteil der völkerrechtlichen Gewährleistung von wirtschaftlichen Rechtspositionen und dient damit einer Entpolitisierung von originär staatlichen Konflikten. Der für die noch junge Rechtsordnung aufgrund mehrerer Konstruktionsfehler bestehende erhebliche Reformbedarf könnte im Zuge der Verhandlungen angegangen werden, um die bereits seit Jahren diskutierten Reformvorhaben entscheidend voranzubringen. Diesbezüglich sind vor allem folgende Aspekte zu nennen:

Restriktivere Formulierungen der Abkommen: Ein wesentliches Problem ist zunächst die Unbestimmtheit der in den Abkommen verwendeten Formulierungen (wie z.B. faire und gerechte Behandlung oder auch die Definition von geschützten Investitionen). Als Folge dessen kommt den Schiedsrichter_innen bei der Streitbeilegung ein fast unbegrenztes Ermessen hinsichtlich der Auslegung zu. Dies führt nicht nur zu deren weitgehender Ermächtigung, sondern auch zu inkonsistenten Entscheidungen, welche auf einer unterschiedlichen Ausübung des den Schiedsrichter_innen eingeräumten Ermessens beruht. Bereits seit Jahren werden daher restriktivere und präzisere Formulierungen bezüglich einzelner Klauseln der Abkommen diskutiert. Als Beispiel können u.a. das US-Modellabkommen 2012, das

kanadische Modellabkommen 2004 oder die aktuellen Vorschläge der EU zum TTIP genannt werden. Dies ist ein nicht zu unterschätzender Ansatz, um die Auswirkungen des Investitionsschutzrechtsregimes in die gewünschten Bahnen zu leiten.

Handelsschiedsgerichtsbarkeit: Viele Regelungen der Investitionsschutzschiedsgerichtsbarkeit sind problematisch, da sie unverändert aus der Handelschiedsgerichtsbarkeit übernommen wurden. Das gilt vor allem für die fehlende Transparenz der Verfahren bzw. die Beteiligung der Öffentlichkeit sowie die reine Parteiherrschaft. Im Rahmen der Handelschiedsgerichtsbarkeit machen diese Charakteristika durchaus Sinn, da sich zwei gleichberechtigte Parteien gegenüberstehen, die in aller Regel rein wirtschaftliche Interessen verfolgen. Dies ist bei der Investitionsschutzschiedsgerichtsbarkeit aber gerade nicht der Fall. Hier ist eine Partei der Staat und damit ein Vertreter der öffentlichen Interessen. Dies muss bereits bei der Ausgestaltung des Schiedsverfahrens verstärkt beachtet werden. Mögliche Reformansätze können hier bei einer Novellierung der jeweiligen Schiedsordnungen als auch bei dem Abschluss neuer Investitionsschutzabkommen berücksichtigt werden.

Institutionalisierung der Schiedsgerichte: Wesentlich ist auch die Kritik an der Wahl der Schiedsrichter_innen bzw. der fehlenden Institutionalisierung der Schiedsgerichte. Dies berührt nicht nur die Stellung der Schiedsrichter_innen als neutrale und unabhängige Streitschlichter_innen, sondern weckt auch erhebliche Zweifel an der Legitimität des gesamten Streitbeilegungsverfahrens. Es muss unbedingt gewährleistet sein, dass die Schiedsrichter_innen tatsächlich neutral sind. Diesbezüglich wird zum einen über die Einführung einer Revisionsinstanz diskutiert, die auch zu einer gewissen Vereinheitlichung der Rechtsprechung führen könnte. Im Rahmen des TTIP wäre es z.B. bedenkenswert, einen eigenen Schiedshof zu gründen, dessen Schiedsrichter_innen ausschließlich spezialisierte, staatliche Richter_innen sind – mit entsprechender Fall unabhängiger Vergütung.⁶

Zwingende Berücksichtigung öffentlicher Interessen: Das Problem, dass öffentliche Interessen, die der Staat zu verfolgen hat, nicht ausreichend durch Schiedsgerichte gewürdigt werden, wird bereits durch eine diesbezügliche Änderung der Auslegungspraxis angegangen. Das kann aber nicht aus-

reichen. Der genuin öffentlich-rechtliche Charakter der internationalen Investitionsschiedsgerichtsbarkeit und des internationalen Investitionsschutzrechts sollten vielmehr bereits im Wortlaut der Investitionsabkommen und der entsprechenden Schiedsordnungen präzise verankert werden. Schill weist zu Recht darauf hin, dass nur eine derartige öffentlich-rechtliche Dogmatik die Probleme der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit langfristig nachvollziehbar lösen kann.⁷ Nur durch die Entwicklung einer funktionierenden Methodenlehre kann die Urteilsbefugnis von (Schieds-)Richter_innen in geordnete Bahnen gelenkt werden.⁸ Auch hier gibt es erste Ansätze, entsprechende Formulierungen im Rahmen von Verhandlungen über Abkommen aufzunehmen.

Daneben kann die Aufnahme investitionsschutzrechtlicher Regelungen auch aus politischen Gründen opportun werden, da mehrere Mitgliedstaaten andernfalls an einen möglicherweise ungünstigeren Status quo gebunden blieben. Die USA verfügen über Investitionsschutzabkommen mit insgesamt 57 Ländern. Im Verhältnis zwischen Mitgliedstaaten der EU und den USA bestehen momentan neun bilaterale Abkommen (jeweils zwischen den USA und Bulgarien, Kroatien, Tschechien, Estland, Lettland, Litauen, Polen, Rumänien und der Slowakei). Auf Grundlage dieser Abkommen sind bislang neun Schiedsklagen angestrengt worden. In allen neun Fällen hat der jeweilige Gaststaat obsiegt.⁹

TTIP-Verhandlungen als Reformchance

Voraussetzung für die Aufnahme sollte jedoch sein, dass die Verhandlungen transparent geführt und die Reformvorhaben im Zuge der Verhandlungen durchgesetzt werden können. Dafür ist aber erforderlich, dass die entsprechenden Verhandlungsvorschläge veröffentlicht und möglichst breit in der Öffentlichkeit diskutiert werden. Aufgrund der erheblichen globalen Bedeutung des transatlantischen Handels und der entsprechenden Investitionen ist es nicht vermessen zu behaupten, dass Reformen des Investitionsschutzrechts im Rahmen des TTIP als Vorbild erhebliche Ausstrahlungswirkung auf die Abkommen von Dritten bzw. die Entwicklung der Schiedsgerichtspraxis haben können. Es ist daher gut vertretbar, die Verhandlungen zum TTIP als Chance zur Reform des Investitionsschutzrechts zu begreifen.

Im Ergebnis kommt es entscheidend auf den konkreten Wortlaut der final vereinbarten Regelungen an. Nur wenn hier tatsächlich ein erheblicher Fortschritt im Vergleich zu Altregelungen zu erkennen ist, sollte die Aufnahme von Investitionsschutzregelungen in das TTIP erwogen werden.

- 1 Dr. Jan Ole Voß, LL.M., ist Rechtsanwalt in der auf Energie- und Infrastrukturrecht spezialisierten Kanzlei Becker Büttner Held. Dieser Beitrag basiert auf der Studie des Autors: Brauchen Investitionen im TTIP Schutz? Überlegungen zum Investitionsschutz im transatlantischen Freihandelsabkommen, WISO Diskurs, Friedrich-Ebert-Stiftung, Bonn 2014.
- 2 Vgl. zum Ganzen Eberhardt, Pia: Investitionsschutz am Scheideweg: TTIP und die Zukunft des globalen Investitionsrechts, Internationale Politikanalyse, Friedrich-Ebert-Stiftung, Berlin 2014.
- 3 BDI: Positionspapier: Schutz europäischer Investitionen im Ausland, Anforderungen an Investitionsabkommen der EU, Berlin 2014.
- 4 Griebel, Jörn: Investitionsschutzabkommen: Mit leichten Reformen zu einem besseren System, in: Legal Tribune ONLINE, 11.2.2014, http://www.lto.de/persistent/a_id/10955/ (16.9.2014).
- 5 van Harten, Gus; Loughlin, Martin: Investment Treaty Arbitration a Species of Global Administrative Law, in: The European Journal of International Law 17, 1 (2006), S. 121ff.
- 6 So auch Basedow, Robert: Das Problem mit den Geheimgerichten, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung, 27.9.2014, <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/wirtschaftspolitik/freihandelsabkommen-das-problem-mit-den-geheimgerichten-13173663.html> (7.10.2014).
- 7 Schill, Stephan: Internationales Investitionsschutzrecht und Vergleichendes Öffentliches Recht: Grundlage und Methode eines öffentlich-rechtlichen Leitbildes für die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit, in: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 71 (2011), S. 247.
- 8 Rütters, Bernd: Rechtslehre, München 1999, S. 364ff.
- 9 UNCTAD: Investor-State Dispute Settlement (IIA Issues Note): An Information Note on the United States and the European Union, No. 2, New York; Geneva 2014, S. 1-3.