

Prof. Dr. Christian Tietje  
Institut für Wirtschaftsrecht  
Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg  
[christian.tietje@jura.uni-halle.de](mailto:christian.tietje@jura.uni-halle.de)

10. TTIP-Beiratssitzung  
6. September 2016

### **Investitionsschutz und Investitionsschutzschiessgerichtsbarkeit Thesenpapier**

1. Völkerrechtlicher Investitionsschutz schließt eine Rechtsschutzlücke, die sich aus der zunächst zulässigen unterschiedlichen rechtlichen Behandlung von In- und Ausländern in der innerstaatlichen und der EU-Rechtsordnung ergibt. Umfassender Verfassungsrechtsschutz wird regelmäßig nur Inländern gewährt. In Deutschland steht z.B. die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) zunächst nur Deutschen zu, die Grundfreiheiten des EU-Rechts gelten weitgehend nur für Unionsbürger. Für ausländische juristische Personen ist z.T. gar kein Grundrechtsschutz vorgesehen, siehe z.B. Art. 19 Abs. 3 GG.
2. Die herkömmlichen völkerrechtlichen Schutzinstrumente sind für ausländische Investoren weitgehend ineffektiv und uninteressant. Diplomatischer Schutz durch die Heimatregierung ist von politischen Ermessensentscheidungen abhängig und setzt eine Verletzung von Völkerrecht durch den Gaststaat der Investition voraus. Investorenrechte wie z.B. Industrieanlagengenehmigungen oder Konzessionsverträge sind nicht Völkerrecht; selbst die Existenz eines völkergewohnheitsrechtlichen Eigentumsschutzes wird weitgehend bestritten. Mit Ausnahme der EMRK finden völkerrechtliche Menschenrechtsverträge keine Anwendung auf juristische Personen.
3. Die sog. Behandlungsstandards des internationalen Investitionsschutzrechts sind seit mehr als einem Jahrhundert etabliert. In erster Linie geht es hier um Inländergleichbehandlung (national treatment), Meistbegünstigung (most favoured nation treatment), vollen Schutz und Sicherheit (full protection and security) sowie faire und gerechte Behandlung (fair and equitable treatment). Ergänzend sind Garantien zur Zahlungs- bzw. Kapitalverkehrsfreiheit sowie zur Entschädigung bei Enteignungen üblich. In den letzten ca. 10 Jahren wurden die entsprechenden Rechtsgarantien, die sich u.a. in mehr als 3.000 bilateralen Investitionsschutzverträgen finden, durch die schiedsgerichtliche Praxis in ca. 360 abgeschlossenen Streitverfahren konkretisiert.

4. Im veröffentlichten EU-Vorschlag des Investitionsschutzkapitels von TTIP (TTIP-E), ebenso wie in CETA, werden die Konkretisierungen der genannten Behandlungsstandards sowie ergänzende Regelungen zu Enteignungen schriftlich fixiert, was im Interesse der Rechtsklarheit zu begrüßen ist:
  - a. Das „right to regulate“ wird explizit festgeschrieben (Art. 2 Abs. 1 TTIP-E).
  - b. Was unter „fair and equitable treatment“ zu verstehen ist, wird in einer engen und abschließenden Liste festgelegt (Art. 3 Abs. 2 TTIP-E).
  - c. Explizit klarge stellt wird, dass nichtdiskriminierende Maßnahmen zum Schutz berechtigter Politikziele wie dem Schutz der Gesundheit, der Sicherheit oder der Umwelt keine indirekte Enteignung darstellen, also nicht zu einer Entschädigungspflicht führen (Annex I Abs. 3 TTIP-E).
5. Das in TTIP-E (und CETA) vorgesehene System eines Investitionsgerichtshofs ist unionsrechtlich und rechtstaatlich zulässig und überzeugend konzipiert:
  - a. Anwendbares Recht für den Investitionsgerichtshof ist ausschließlich TTIP (CETA) und weiteres, die EU und die USA bzw. Kanada bindendes Völkerrecht (Art. 13 Abs. 2 f. TTIP-E). Da der Investitionsgerichtshof EU-Recht nicht anwenden und auslegen darf und TTIP voraussichtlich, wie die anderen EU-Freihandelsabkommen innerhalb der EU keine unmittelbare Anwendung finden wird (vgl. Art. 30.6 CETA), besteht kein Konflikt mit der Rechtsprechungszuständigkeit des EuGH bzw. mitgliedstaatlicher Gerichte. Überdies hat der EuGH die Bedeutung der Schiedsgerichtsbarkeit und internationaler Streitbeilegungsinstitutionen immer wieder betont. Die EU und ihre Mitgliedstaaten haben sich in zahlreichen Sachbereichen internationaler Streitbeilegung unterworfen.
  - b. Auch verfassungsrechtlich begegnen die bestehenden und die in TTIP/CETA vorgesehenen Schiedsgerichte bzw. der neue Gerichtshof keinen Bedenken. Es gibt kein umfassendes staatliches Rechtsprechungsmonopol (von Sonderbereichen wie z.B. dem Strafrecht abgesehen), zumal wenn anwendbares Recht ausschließlich Völkerrecht ist (s.o.). Auch im öffentlichen Recht ist die Schiedsgerichtsbarkeit anerkannt (vgl. §§ 168 Abs. 1 Nr. 5 und 173 Satz 2 VwGO) und zulässig, zumindest soweit nicht Kassationsbefugnisse zur Debatte stehen, was bei der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit nicht der Fall ist (vgl. Art. 28 Abs. 1 TTIP-E). Der EGMR hat die Schiedsgerichtsbarkeit als mit Art. 6 EMRK vereinbar erklärt und insofern die privatautonome Dispositionsbefugnis im Bereich des Rechtsschutzes hervorgehoben. Wollte man die Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit für verfassungswidrig halten, dürfte Deutschland im Ergebnis überhaupt keine völkerrechtlichen Bindungen eingehen. Denn ISDS ist prozessuale Konkretisierung völkerrechtlicher Staatenverantwortlichkeit, wie sie ebenso z.B. im Wege des diplomatischen Schutzes bei einer Klage vor dem IGH zur Anwendung kommt.
  - c. Mit dem neuen ISDS-System in TTIP/CETA wird eine ständige Streitbeilegungsinstitution begründet, die sich insbesondere durch einen abschließend festgelegten Kreis von Richter/innen und die Zuweisung der Klagen nach vorab festgelegten

Kriterien auszeichnet. Das entspricht im Wesentlichen der Konzeption u.a. des sog. Iran-United States Claims Tribunal, das seit seiner Errichtung im Jahre 1981 bis heute mehr als 3.900 vermögensrechtliche Streitigkeiten u.a. zwischen Privatpersonen und den beiden beteiligten Staaten beigelegt hat.

- d. Die Auswahl und Tätigkeit der Richter/innen im neuen ISDS-System in TTIP/CETA unterliegt klar formulierten, sehr strengen Auswahlkriterien. Diese stellen u.a. umfassend die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der entsprechenden Personen sicher. Eine Hervorhebung einer besonderen Qualifikation der Richter/innen im Völkerrecht und im internationalen Investitionsschutzrecht ist dabei überzeugend und konsequent, da nur dieses Recht für sie anwendbares Recht in der Entscheidungsfindung ist. Die Formulierung der Anforderungen an die Richter/innen entspricht den Vorbildern von u.a. Art. 2 IGH-Statut und Art. 17 Abs. 3 WTO DSU.
  - e. Die Bestimmung der Richter/innen durch – im Ergebnis – die Regierungen der Vertragsparteien ist international üblich. Die Neutralität des zur Entscheidung berufenen Kollegiums von je drei Richter/innen ist dabei dadurch sichergestellt, dass immer je ein Richter/in benannt von einer Vertragspartei und eine gemeinsam bestimmte dritte Person als Vorsitzende/r dem Gremium angehören.
  - f. Durch die Einführung einer Berufungsinstanz ist sichergestellt, dass Rechts- und Tatsachenfehler im richterlichen Entscheidungsprozess korrigiert werden können. Überdies können die Vertragsparteien dem Gericht gemeinsam die Auslegung der Behandlungsstandards auch noch im Nachhinein vorgeben und behalten so die Auslegungshoheit über das Abkommen.
6. Das in TTIP und CETA vorgesehene Verfahren für die Streitbeilegung nach dem ISDS-System enthält wichtige Neuerungen, die in Ergänzung zur institutionellen Struktur zu begrüßen sind, u.a.:
- a. Die Unterstützung durch Prozessfinanzierer (third party funding) ist offen zu legen.
  - b. Die schnelle Abweisung von vornherein unbegründeter Klagen ist vorgesehen.
  - c. Die Kostentragungspflicht der unterlegenen Partei wird festgeschrieben.
  - d. Die Anwendung der UNCITRAL Transparency Rules wird nicht nur verbindlich vorgeschrieben, die Transparenzverpflichtungen werden sogar noch erweitert. Die Verhandlungen werden öffentlich geführt und wesentliche Verfahrensdokumente (Schriftsätze, einschließlich Anlagen, Urteile) werden veröffentlicht.
  - e. Amicus curiae Eingaben werden explizit zugelassen.