

Eine Reform von Investitionsschutz und Schiedsgerichtsbarkeit unter CETA und TTIP

Von Robert Basedow *

Im Hinblick auf die gegenwärtigen Debatten über das „Comprehensive Economic and Trade Agreement“ (CETA) und die „Transatlantic Trade and Investment Partnership“ (TTIP) erörtert das Diskussionspapier zwei Fragen: 1) Soll man die Investitionsschutzklauseln streichen oder reformieren? 2) Welche inhaltlichen und prozessualen Reformen bieten sich an?¹

1. Investitionsschutzklauseln in CETA und TTIP – *Streichen oder reformieren?*

Kritiker warnen, dass die Aufnahme von Investitionsschutz- und Schiedsklauseln in CETA und TTIP den regulatorischen Handlungsspielraum, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit in der Bundesrepublik schaden könnten. Der Bundesrepublik wäre es aufgrund stetig drohender Schiedsklagen unter CETA und TTIP de facto unmöglich weiterhin zum Wohle ihrer Bürger zu regulieren.

Bei nüchterner Betrachtung ergibt sich, dass die Aufnahme von Investitionsschutz- und Schiedsgerichtsklauseln in CETA und TTIP den gegenwärtig geltenden Rechtszustand nur geringfügig verändern dürfte. Zum einen hat die Bundesrepublik 140 bilaterale Investitionsschutzabkommen mit Drittstaaten seit 1959 abgeschlossen. Die Bundesrepublik ist damit weltweit Spitzenreiterin. Ein Großteil dieser Abkommen enthält Investitionsschutz- und Schiedsklauseln wie sie im Rahmen von CETA und TTIP angedacht sind.

Zum anderen können nordamerikanische Investoren bereits heutzutage durch sogenanntes „*Treaty Shopping*“ Schiedsklagen gegen die Bundesrepublik initiieren. Die Bundesrepublik hat zwar im Gegensatz zu anderen EU Mitgliedsstaaten kein Investitionsschutzabkommen mit den USA oder Kanada abgeschlossen, US-amerikanische und kanadische Investoren können aber für Schiedsklagen durch geschickte Strukturierung ihrer Investitionen über Drittstaaten auf bestehende Investitionsschutzabkommen zurückgreifen.²

Beispielhaft ist der Fall *Philip Morris Asia v Australien*. Australien hatte in den Verhandlungen über ein Freihandelsabkommen mit den USA (AUSFTA) im Jahr 2005 darauf gedrängt keine Investitionsschutzklauseln aufzunehmen. Im Jahr 2011 verklagte Philip Morris Australien dennoch vor einem internationalen Schiedsgericht für die angebliche Enteignung seiner Markenrechte durch ein neues Tabakverpackungsgesetz. Philip Morris griff dafür durch seine Hongkonger Holding auf das Investitionsschutzabkommen zwischen Hongkong und Australien zurück.³

Abbruch der Verhandlungen keine schlüssige Lösung: Ungeachtet des Ausgangs der CETA- und TTIP-Verhandlungen ist die Bundesrepublik somit den Risiken von Investitionsschutz- und Schiedsgerichtsklauseln schon jetzt in erheblichem Umfang ausgesetzt. Das große Volumen transatlantischer Investitionsströme, welche unter CETA und TTIP fielen, dürfte zwar das statistische Risiko von Schiedsklagen gegen die Bundesrepublik erhöhen, die Abkommen würden aber keinen grundlegend neuen Rechtszustand schaffen. Die Forderung, zum Schutz des regulatorischen Handlungsspielraumes, der Rechtsstaatlichkeit und Demokratie Verhandlungen über Investitionsschutzklauseln aussetzen, stellt keine Lösung dar.

* J.r.basedow@lse.ac.uk, London School of Economics and Political Science. Diskussionspapier verfasst für die Sitzung des TTIP-Beirates des Bundeswirtschaftsministeriums am 14. Januar 2015, Berlin.

Dieses Fazit soll nicht dazu dienen, die Diskussion über internationalen Investitionsschutz und Schiedsgerichte zu ersticken. Vielmehr sollte es die Grundlage für eine informierte Diskussion darstellen. Wissenschaftler und Praktiker kritisieren seit langem mangelnde Transparenz, Rechenschaft, Legitimität und Kohärenz der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit.⁴

Handlungsoptionen: Der Logik der Kritiker folgend, müsste die Bundesrepublik nicht nur die Streichung der Investitionsschutzklauseln in CETA und TTIP vorantreiben, sondern alle bestehenden Investitionsschutzabkommen aufkündigen. Nach einer Übergangszeit wären weitere Schiedsverfahren gegen die Bundesrepublik unmöglich. Aufgrund der starken Exportorientierung und internationalen Investitionstätigkeit der deutschen Wirtschaft wäre dieser Schritt nicht im deutschen Interesse. Investitionsschutzabkommen bieten wirksamen Schutz für deutsche Unternehmen gegen staatliche Willkür in Ländern mit dysfunktionalen Rechtssystemen.

Eine weitere – und überzeugendere – Handlungsoption besteht darin, den internationalen Investitionsschutz und die Schiedsgerichtsbarkeit im Rahmen von CETA und TTIP zu reformieren. Ziel solcher Reformen muss es sein beides den Standards des deutschen Rechtsstaates anzugleichen. Da sich die Bundesrepublik vom Kapitalexporteur zum Importeur wandelt und somit zunehmend verklagt werden kann, ist eine Reform des Investitionsschutzes aus deutscher Sicht ohnehin ratsam. CETA und TTIP bieten sich als Startpunkt einer solchen Reform an. Ziel der Abkommen ist 1) die Regeln und Standards der Weltwirtschaft für die nächsten Jahre mit zu definieren trotz lahmender WTO und einer Verschiebung des Epizentrums der Weltwirtschaft nach Asien; und 2) Vorbilder für Abkommen mit Drittstaaten wie Indien zu schaffen.

2. Reform von inhaltlichen Schutzstandards

Welche Aspekte von Investitionsschutzabkommen bedürfen der Reform? Es ist hilfreich, hierbei zwischen inhaltlichen Schutzstandards und prozessualen Regeln für Schiedsverfahren zu unterscheiden. Die inhaltlichen Schutzstandards von Investitionsschutzabkommen zielen darauf ab, ein Mindestmaß an Rechtssicherheit in der Weltwirtschaft zu garantieren. Sie verpflichten Staaten, ausländischen Unternehmen u.a. eine gerechte und billige Behandlung teilwerden zu lassen sowie bei Enteignung für öffentliche Zwecke eine angemessene Enteignung zu zahlen. Diese grundlegenden Prinzipien finden sich auch im deutschen Recht wieder und sind somit zunächst unproblematisch.

Allerdings sind die Rechte und Verpflichtungen von Staaten und Investoren in herkömmlichen deutschen Investitionsschutzabkommen nur vage definiert. Um ausufernde Interpretationen durch Schiedsgerichte zu vermeiden und das staatliche Recht zu regulieren zu schützen, sind detaillierte Definitionen von Konzepten wie „gerechte und billige Behandlung“, „Investor“, „Investition“ oder „direkte und indirekte Enteignung“ wichtig. Der CETA-Entwurf enthält detaillierte Definitionen; das ist ein Fortschritt. Darüber hinaus scheinen weitere Verbesserungen ratsam.

Gerechte und billige Behandlung: Der zentrale Schutzstandard der „*gerechten und billigen Behandlung*“ ist im CETA-Entwurf komplex definiert. Dies erhöht die Unsicherheit hinsichtlich der Interpretation dieses zentralen Schutzstandards in Schiedsverfahren.

„No greater rights“ Klausel: Es scheint aus politischer Sicht sinnvoll, eine sogenannte „*no greater rights*“ Klausel in CETA und TTIP zu integrieren. Diese Klausel, welche sich in US-amerikanischen Abkommen findet, unterstreicht, dass ausländische Investoren zwar rechtsstaatliche Behandlung erfahren müssen, aber im Gastland keinen höheren Eigentumsschutz genießen sollten als einheimische Investoren.⁵

Meistbegünstigungsprinzips: Es ist unklar inwieweit oben diskutierte Verbesserungen effektiv werden aufgrund des „*Meistbegünstigungsprinzips*“ im CETA-Entwurf. Dieses Prinzip erlaubt es Investoren, Schutzstandards aus anderen Abkommen der Vertragsstaaten zu importieren, falls diese ein höheres Schutzniveau gewähren.⁶ Es sollte untersucht werden, inwiefern bestehende Einschränkungen des Meistbegünstigungsprinzips für den Investitionsschutz unter CETA und TTIP effektiv sein werden.

3. Reform der prozessualen Regeln von Investitionsschiedsverfahren

Die prozessualen Regeln für Schiedsverfahren stehen seit langem im Zentrum der Kritik. Die Bundesrepublik sollte sich für weitgehende Reformen in diesem Bereich stark machen.

Transparenz von Schiedsverfahren: Ein gewichtiger Kritikpunkt war stets, dass Verfahren der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit in der Vergangenheit unter weitgehendem Ausschluss der Öffentlichkeit geführt wurden. Viele Verfahren evaluieren die Rechtmäßigkeit von Gesetzen und anderer öffentlich-rechtlicher Maßnahmen, weshalb ein legitimes Interesse an Öffentlichkeit besteht.

Der CETA-Entwurf macht die Nutzung der neuen UNCITRAL-Regeln über Transparenz in Investitionsschiedsverfahren verpflichtend. Die UNCITRAL-Regeln stellen transparente Verfahren sicher und ermöglichen es Dritten wie Gewerkschaften oder Umweltverbänden, dem Schiedsgericht ihre Sichtweise auf einen Fall zu schildern.⁷ Diese Neuerungen sind sehr begrüßenswert.

Zugang zu Schiedsgerichten: Investoren klagen bisweilen gleichzeitig vor nationalen Gerichten und internationalen Schiedsgerichten, um ihre Aussichten auf Erfolg und Entschädigungszahlungen zu maximieren. Dieses Phänomen des „*Forum Shopping*“ unterläuft Prinzipien des Rechtsstaates und treibt Kosten in die Höhe. Einige Investitionsschutzabkommen verpflichten daher Investoren, sich 1) für ein Streitbeilegungsforum zu entscheiden oder 2) nationale Verfahren auszuschöpfen.

Der CETA-Entwurf zwingt Investoren, sich für ein Forum zu entscheiden. Unter CETA und TTIP wäre es aber aufgrund der hohen Qualität der Rechtstaatlichkeit in Europa und Nordamerika wünschenswert, Investoren zu verpflichten, nationale Verfahren auszuschöpfen. Ähnlich wie beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte sollten Investoren nur dann Schiedsgerichte anrufen können, wenn nationale Verfahren keine zufriedenstellende Lösung geliefert haben. Die Ausschöpfung nationaler Verfahren als Voraussetzung von Schiedsverfahren läge allerdings nicht im deutschen Interesse hinsichtlich von Staaten mit dysfunktionalen Rechtssystemen.

Auswahl von Schiedsrichtern: Ein weiterer Kritikpunkt an der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit betrifft die Bestellung von Schiedsrichtern. Schiedsrichter werden in der Regel frei von den Schiedsparteien gewählt oder von einer Liste des Internationalen Zentrums für die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten (ICSID) der Weltbank rekrutiert. Es handelt sich normalerweise um Spitzenjuristen aus Wirtschaft, Wissenschaft und Staatsdienst, welche über großes internationales Renommee verfügen. Kritiker weisen aber daraufhin, dass zum Beispiel Anwälte keine Legitimation oder Expertise besitzen, um die Rechtmäßigkeit von demokratisch erlassenen Gesetzen zu evaluieren.

Um die Legitimität der Schiedsgerichtsbarkeit zu erhöhen ist es ratsam, im Rahmen von CETA und TTIP eine Liste von hohen nationalen Richtern und Professoren zu erstellen, welche als Schiedsrichter unter CETA und TTIP fungieren dürfen. Die Schaffung einer solchen Liste ist bereits angelegt im CETA-Entwurf. Die Liste soll aber leider nur in Ausnahmefällen zur Anwendung kommen.

Verhaltenskodex für Schiedsrichter: Schiedsrichter können gleichzeitig in weiteren Schiedsverfahren beratend tätig werden. Daraus können Interessenskonflikte entstehen. Internationale Regelwerke

und ein dem CETA-Entwurf beigefügter Verhaltenskodex verpflichten Schiedsrichter zwar, finanzielle Interessen offenzulegen, aber sie verbieten nicht die Anhäufung von solchen Ämtern.

Um die Legitimität der Schiedsgerichtsbarkeit zu erhöhen sowie Interessenkonflikte auszuschließen, sollten CETA und TTIP die Anhäufung von Ämtern verbieten und Schiedsrichter verpflichten, innerhalb eines gewissen Zeitraumes keiner beratenden Tätigkeit nachzugehen.

Schaffung eines Schiedsgerichtshofes oder einer institutionalisierten Berufungsinstanz: Schiedsurteile können heutzutage nicht neu aufgerollt und nur im begrenzten Umfang annulliert werden. Das Fehlen einer kontrollierenden Instanz verschärft potentielle Interessenkonflikte⁸ von Schiedsrichtern und befeuert widersprüchliche Interpretationen von Schutzstandards wie etwa „*gerechte und billige Behandlung*“. Damit steigt die Unberechenbarkeit der Schiedsgerichtsbarkeit für Staaten und Investoren. Tatsächlich ist bemerkenswert, dass das internationale Investitionsrecht weder auf kodifiziertem Recht, noch bindenden Präzedenzfällen oder permanenten Gerichten aufbaut. Somit fehlen jene Mechanismen, welche im Civil und Common Law sowie anderen Bereichen des Völkerrechts Kohärenz und Fairness in der Rechtsprechung sicherstellen sollen.

Prinzipiell wäre die Schaffung eines internationalen Investitionsschiedsgerichtshofes die beste Lösung, um eine kohärente, faire und unbefangene Rechtsprechung zu erzielen. Da dieses im Rahmen von CETA und TTIP nur schwierig realisierbar scheint ist zumindest die Schaffung einer institutionalisierten Berufungsinstanz von großer Bedeutung.⁹ Während der CETA-Entwurf bis jetzt zwar die Nutzung einer zukünftig noch zu schaffenden Berufungsinstanz ermöglicht, schafft das Abkommen leider selber keine solche Instanz. Zwei Strategien zur Schaffung einer Berufungsinstanz scheinen politisch sinnvoll:

- Schaffung einer **offenen trilateralen Berufungsinstanz**, welche Verfahren unter CETA und TTIP bündelt und somit für etwa die Hälfte der globalen Investitionsströme zuständig ist. Zukünftig könnten weitere Staaten wie Japan oder China der Instanz beitreten.
- Schaffung von **bilateralen Berufungsinstanzen** unter jeweils CETA und TTIP. Die erste Option ist zu bevorzugen, um größere Kohärenz in der Interpretation von Schutzstandards sicherzustellen.

-
- ¹ Für eine Einführung in die internationale Investitionsschiedsgerichtsbarkeit siehe: Gaukroder, D., Gordon, K. (2012) *Investor-State dispute settlement: A scoping paper for the investment policy community*, *OECD Working Papers on International Investment*, No. 2012/3, OECD Investment Division. (Online) Verfügbar unter: http://www.oecd.org/investment/investment-policy/WP-2012_3.pdf. [Zugegriffen: 4. Januar 2015].
- ² Siehe unter anderem: Kahale, G. (2011) *The new Dutch Sandwich – The Issue of Treaty Abuse*. *Columbia FDI Perspectives* No. 48. (Online) Verfügbar unter: http://ccsi.columbia.edu/files/2014/01/FDI_48.pdf. [Zugegriffen: 20. Dezember 2014]; Schön, P. (2013) *Grenzen der Gestaltungsfreiheit bei der rechtlichen Strukturierung von Auslandsinvestitionen: Untersuchung investitionsschutzrechtlicher Fragen unter Berücksichtigung des Doppelbesteuerungsrechts*. Halle an der Saale: Universitätsverlag Halle-Wittenberg.
- ³ Australian government (2012) *Investor-State Arbitration - Tobacco Plain Packaging*, Verfügbar unter: <http://www.ag.gov.au/internationalrelations/internationallaw/pages/tobaccoplainpackaging.aspx>. [Zugegriffen: 4. Januar 2015].
- ⁴ Siehe unter anderem: De Mestral, A. und Lévesque, C. (eds.) (2013) *Improving International Investment Agreements*. New York: Routledge; Ortino, F., Sheppard, A., Warner, H. (eds.) (2006) *Investment Treaty Law: Current Issues Volume I*, London: BIICL; Ortino, F. et al. (eds.) (2007) *Investment Treaty Law: Current Issues Volume II: Nationality and Investment Treaty Claims, Fair and Equitable Treatment in Investment Treaty Law*. London: BIICL; Kuijper, P. et al. (2014) *Investor-State Dispute Settlement (ISDS) Provisions in the EU's International Investment Agreements*. Brussels: European Parliament, INTA Committee, 2014. Verfügbar unter: <http://www.jura.fu-berlin.de/fachbereich/einrichtungen/oeffentliches-recht/lehrende/hindelangs/Studie-fuer-Europaeisches-Parlament/Hindelang.pdf?1411545510>. [Zugegriffen: 20. Dezember 2014]; Stumberg, R. (2009) *Testimony - Reform of Investor Protections (14 May 2009)*. Washington D.C.: House Committee on Ways and Means, Subcommittee on Trade. Verfügbar unter: <http://waysandmeans.house.gov/media/pdf/111/stumberg.pdf>. [Zugegriffen: 20. Dezember 2014].
- ⁵ Siehe: Kleinheisterkamp, J. (2014) *Who Is Afraid of Investor-State Arbitration? Unpacking the Riddle of 'No Greater Rights' in the TTIP*. *Investment Treaty News*. (Online) Verfügbar unter: <http://www.iisd.org/itn/2014/11/18/who-is-afraid-of-investor-state-arbitration-unpacking-the-riddle-of-no-greater-rights-in-the-ttip/>. [Zugegriffen: 20. Dezember 2014].
- ⁶ Schill, S. (2009) *The Multilateralisation of International Investment Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- ⁷ UNCITRAL (2014) *UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-Based Investor-to-State Arbitration*. (Online) Verfügbar unter: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency.html. [Zugegriffen 20. Dezember 2014].
- ⁸ Das einseitige Klagerecht von Investoren in Kombination mit der verfahrensspezifischen Vergütung von Schiedsrichtern gilt ebenfalls als Quelle von Interessenskonflikten. Da nur Investoren Schiedsverfahren initiieren können, könnten Schiedsrichter theoretisch ein Interesse haben Investoren häufiger Recht zu geben als Staaten, um neue Schiedsverfahren zu generieren. Daten der UNCTAD, nachdem Staaten 43% und Investoren 31% der Verfahren gewonnen haben, entkräften diese Befürchtung teilweise. Für mehr Informationen, siehe: Van Harten, G. (2007) *Investment Treaty Arbitration and Public Law*. Oxford: Oxford University Press; UNCTAD (2014) *Recent Developments in Investor-to-State Dispute Settlement No. 2014/1*. (Online) Verfügbar unter: http://unctad.org/en/publicationslibrary/webdiaepcb2014d3_en.pdf. [Zugegriffen 4. Januar 2015].
- ⁹ Siehe unter anderem UNCTAD (2013) *Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap*. *IIA Issues Note 2*. (Online) Verfügbar unter: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d4_en.pdf. [Zugegriffen: 3. Januar 2014]; Steger, D. (2012) *Enhancing the Legitimacy of International Investment Law by Establishing an Appellate Mechanism*. SSRN Scholarly Paper. Rochester: Social Science Research Network. (Online) Verfügbar unter: <http://papers.ssrn.com/abstract=2223714>. [Zugegriffen: 4. Januar 2015].