

# Braucht TTIP Investitionsschutzvorschriften?

Oliver Sauer & Matthias Kullas



Bei TTIP umstritten ist insbesondere der Schutz für ausländische Investoren. Der Investitionsschutz umfasst vor allem Enteignungsschutz, Inländerbehandlung und Meistbegünstigung. Zur Durchsetzung werden regelmäßig Investor-Staat-Schiedsgerichte vereinbart. Das cep fordert:

- ▶ Der Schutz vor entschädigungsloser Enteignung sollte nicht in TTIP enthalten sein. Eine Festschreibung der Inländerbehandlung und der Meistbegünstigung reicht aus.
- ▶ Schiedsgerichte zur Durchsetzung des Investitionsschutzes sind abzulehnen. Zu befürworten ist eine echte internationale Investitionsschutzgerichtsbarkeit.
- ▶ Deren Richter müssen unabhängig sein, insbesondere unabhängig von den zu entscheidenden Fällen entlohnt werden.
- ▶ Aus Gründen der Rechtssicherheit sollte es Rechtsmittel und einen Instanzenzug geben.
- ▶ Ein eigenes Klagerecht des ausländischen Investors gegen den Gaststaat ist sachgerecht.

## Inhaltsverzeichnis

<b>1 TTIP in der Diskussion.....</b>	<b>3</b>
<b>2 Investitionsschutzvorschriften: Gegenstand und Ziel .....</b>	<b>4</b>
<b>3 Materieller Investitionsschutz .....</b>	<b>4</b>
3.1 Inhaltliche Reichweite.....	4
3.1.1 Schutz vor Enteignung.....	5
3.1.2 Inländerbehandlung.....	5
3.1.3 Meistbegünstigung.....	6
3.2 Juristische Bewertung.....	6
3.2.1 Schutz vor Enteignung.....	7
3.2.2 Inländerbehandlung.....	8
3.2.3 Meistbegünstigung.....	8
3.2.4 Fazit.....	9
3.3 Ökonomische Bewertung.....	9
3.3.1 Schutz vor Enteignung.....	9
3.3.2 Inländerbehandlung.....	10
3.3.3 Meistbegünstigung.....	11
3.3.4 Führen Investitionsschutzabkommen zu mehr Investitionen? – Empirie.....	11
3.4 Forderungen des cep an den materiellen Investitionsschutz in TTIP.....	12
<b>4 Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit .....</b>	<b>12</b>
4.1 Inhaltliche Reichweite.....	12
4.2 Notwendigkeit einer gesonderten Gerichtsbarkeit .....	14
4.2.1 Problem 1: Völkerrecht vor innerstaatlichen Gerichten.....	14
4.2.2 Problem 2: Justizsysteme funktionieren nicht überall .....	15
4.3 Ausgestaltung als Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit sinnvoll? .....	16
4.3.1 Frage 1: Soll es sich um ein Schiedsgericht handeln?.....	16
4.3.1.1 Problem 1: Ausübung hoheitlicher Gewalt durch Schiedsgerichte.....	16
4.3.1.2 Problem 2: Fehlende Unabhängigkeit der Schiedsrichter .....	17
4.3.1.3 Problem 3: Mangelnde Transparenz bei Schiedsgerichten .....	18
4.3.1.4 Problem 4: Fehlender Instanzenzug privater Schiedsgerichte.....	18
4.3.1.5 Fazit .....	19
4.3.2 Frage 2: Soll der Investor selbst gegen den Gaststaat klagen können? .....	19
4.4 Forderungen des cep für eine Investitionsschutzgerichtsbarkeit .....	20
<b>Literaturverzeichnis.....</b>	<b>21</b>

## 1 TTIP in der Diskussion

TTIP und Investitionsschutz sind zurzeit in aller Munde.<sup>1</sup> TTIP steht für „Transatlantic Trade and Investment Partnership“ zwischen der EU und den USA und ist in erster Linie ein Freihandelsabkommen. Freihandel meint den Abbau tarifärer und nicht-tarifärer Handelshemmnisse. Wie jedoch bereits der Name indiziert, erschöpft sich TTIP darin nicht: Es geht nicht nur um Freihandel („Trade“), sondern auch um den Schutz von Investitionen („Investment“). TTIP soll entsprechende Vorschriften enthalten; das ist Teil des Verhandlungsmandats, das der Rat der Europäischen Union der Europäischen Kommission erteilt hat.<sup>2</sup> Namentlich dieser Investitionsschutz ist Gegenstand kontroverser Diskussionen.

Bislang gab es zehn förmliche Verhandlungsrunden, die erste im Juli 2013, die bislang letzte zehnte Runde im Juli 2015. Auf europäischer Seite verhandeln nicht auch die Mitgliedstaaten, sondern alleine die Europäische Kommission über das Abkommen. Federführend für die Aushandlung auf amerikanischer Seite ist der US-Handelsbeauftragte (Office of the United States Trade Representative; USTR). In der unlängst abgelaufenen neunten Verhandlungsrunde war die Frage der besonders umstrittenen Investor-Staat-Schiedsverfahren noch einmal ausgeklammert<sup>3</sup>, ebenso in der soeben zu Ende gegangenen zehnten Verhandlungsrunde<sup>4</sup>. Die Europäische Kommission hatte zu den Fragen des Investitionsschutzes in TTIP 2014 eine Konsultation durchgeführt, deren Ergebnisse sie Anfang 2015 in einem umfänglichen Bericht veröffentlicht hat.<sup>5</sup> Bereits seit Februar 2014 sollen die Verhandlungen zu diesem Punkt ruhen.<sup>6</sup>

Das Europäische Parlament (EP) seinerseits hat am 8. Juli 2015 einen Initiativbericht des EP-Handelsausschusses (INTA) zu TTIP angenommen. In der vom EP angenommenen Fassung bekennt der Bericht sich grundsätzlich zum Investitionsschutz und lehnt die bisherigen Investor-Staat-Schiedsverfahren ab.<sup>7</sup> Das Votum des Plenums über den INTA-Bericht war zunächst für den 10. Juni angesetzt, jedoch aufgrund von Meinungsverschiedenheiten verschoben worden.

Da selbst die unter Präsident Juncker und Handelskommissarin Malmström gestartete Transparenzoffensive der Kommission<sup>8</sup> bislang nicht den Entwurf eines TTIP-Investitionsschutzkapitels zu Tage fördern konnte – veröffentlicht worden sind bislang begleitende Dokumente<sup>9</sup> sowie jüngst ein Konzeptpapier<sup>10</sup> –, sollen hier und im Folgenden auch die entsprechenden Vorschriften des

<sup>1</sup> Siehe z.B. Handelsblatt vom 10./11./12. April 2015, Nr. 69 mit dem Titel „TTIP: Freihandel oder Unterwerfung“ (S. 1) und einem 12-seitigen Themenschwerpunkt (S. 48-59); dazu 19 Leserstimmen in: Handelsblatt vom 15. April 2015, Nr. 72, S. 12–13.

<sup>2</sup> Vgl. Ratsdokument Nr. 11103/13 vom 17. Juni 2013, Leitlinien für die Verhandlungen über die transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft zwischen der Europäischen Union und den Vereinigten Staaten von Amerika, Tz. 22 f.

<sup>3</sup> Vertretung der Europäischen Kommission in Deutschland, Pressemitteilung vom 16. April 2015, [http://ec.europa.eu/deutschland/press/pr\\_releases/13240\\_de.htm](http://ec.europa.eu/deutschland/press/pr_releases/13240_de.htm) (letzter Zugriff am 19. Juli 2015).

<sup>4</sup> Vertretung der Europäischen Kommission in Deutschland, Pressemitteilung vom 17. Juli 2015, [http://ec.europa.eu/deutschland/press/pr\\_releases/13511\\_de.htm](http://ec.europa.eu/deutschland/press/pr_releases/13511_de.htm) (letzter Zugriff am 19. Juli 2015).

<sup>5</sup> European Commission, Report SWD(2015) 3 of 13 January 2015, Online Public Consultation on Investment Protection and Investor-to-State Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement (TTIP), 140 Seiten.

<sup>6</sup> Kafsack (2015).

<sup>7</sup> Europäisches Parlament, Entschließung vom 8. Juli 2015 mit den Empfehlungen des Europäischen Parlaments an die Kommission zu den Verhandlungen über die Transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft (TTIP) (2014/2228(INI)) [vorläufige Ausgabe], sub S. 2. (d) (xiii) ff. = S. 18 f.

<sup>8</sup> Siehe European Commission, Communication C(2014) 9052 final of 25 November 2014 concerning Transparency in TTIP Negotiations. Die Transparenzoffensive der Kommission ist nicht auf TTIP beschränkt.

<sup>9</sup> Diese abrufbar unter: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1230> (letzter Zugriff am 19. Juli 2015).

<sup>10</sup> European Commission, Concept Paper of May 2015, Investment in TTIP and beyond – the Path for Reform, [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc\\_153408.PDF](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF) (letzter Zugriff am 19. Juli 2015).

bereits ausverhandelten Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) zwischen der EU und Kanada für die Analyse mit herangezogen werden<sup>11</sup>.

## 2 Investitionsschutzvorschriften: Gegenstand und Ziel

Gegenstand von Investitionsschutzvorschriften ist der Schutz ausländischer Investoren vor staatlichen – behördlichen oder gesetzlichen – Eingriffen, die den Wert der Investition mindern. Investitionsschutzvorschriften liegen grundsätzlich sowohl im ausländischen als auch im inländischen Interesse.

Ausländische Investoren können nach innerstaatlichem Recht weniger stark geschützt sein als inländische Investoren oder überhaupt nicht hinreichend. Dieses – aus Sicht der ausländischen Investoren – Defizit der innerstaatlichen Rechtslage soll über Regeln auf völkervertraglicher Ebene ausgeglichen werden, indem Investitionsschutzvorschriften Investitionen ausländischer Investoren einem besonderen Rechtsregime unterstellen.

Im inländischen Interesse liegen Investitionsschutzvorschriften, weil sie – zumindest aus theoretischer Sicht – Direktinvestitionen fördern. Erfolgreiche Direktinvestitionen führen im Inland zu einem höheren Einkommen. Denn durch Direktinvestitionen steigt dort der Kapitalstock, wodurch die Arbeitsproduktivität und mithin das Arbeitseinkommen steigt.<sup>12</sup> Zudem fördern Direktinvestitionen die Verbreitung neuer Technologien und Geschäftspraktiken.<sup>13</sup> Diese sogenannten Wissensspillover können beispielsweise durch die Zusammenarbeit eines ausländischen und eines inländischen Unternehmens entstehen oder durch den Wechsel von Beschäftigten von einem aus- zu einem inländischen Unternehmen.<sup>14</sup> Wissensspillover wirken sich positiv auf das Wirtschaftswachstum aus.

Der völkerrechtliche Investitionsschutz ist nicht zwingend an Freihandelsabkommen zum Abbau von Handelshemmnissen geknüpft. In der Regel wird oder jedenfalls wurde er in eigenen, meist bilateralen Investitionsschutzabkommen vereinbart. In neueren Freihandelsabkommen freilich ist er, wie etwa bei CETA und voraussichtlich auch bei TTIP, nunmehr teils deren integraler Bestandteil, also Teil des politischen Gesamtpakets.

Investitionsschutzvorschriften in diesem Sinne umfassen sowohl materielle Bestimmungen (dazu sogleich 3.) als auch Verfahrensregeln zu deren prozessualer Durchsetzung (dazu unten 4.).

## 3 Materieller Investitionsschutz

### 3.1 Inhaltliche Reichweite

Materiell-rechtliche Investitionsschutzvorschriften bieten, unbeschadet der Frage ihrer Durchsetzung, die materielle Grundlage für die Abschirmung der Investition vor Entwertung. Sie beziehen sich, ihrer Zielsetzung entsprechend, ausschließlich auf ausländische Investoren und ihre inländischen Investitionen. Inländischen Investoren ist die Berufung auf sie versperrt; ihre inländischen Investitionen sind nach innerstaatlichem Recht geschützt.

<sup>11</sup> Grundlage ist der von der Europäischen Kommission veröffentlichte Entwurf des Vertragstexts, Stand: 26. September 2014, [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc\\_152806.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf) (letzter Zugriff am 19. Juli 2015).

<sup>12</sup> Auch für den ausländischen Investor hat die Investition Vorteile, da er eine Kapitalrendite erhält, die höher ist als in seinem Heimatland. Denn nur in diesem Fall investiert er im Ausland.

<sup>13</sup> Vgl. Felbermayr (2014), S. 471.

<sup>14</sup> Vgl. Kerner (2009), S. 75.

Das ergibt sich nicht zuletzt bereits aus den Definitionen der „Investition“ und des „Investors“. So lauten etwa die Begriffsbestimmungen in CETA (Ch. 10 Art. X.3 CETA):

„For the purpose of this Chapter:

... *covered investment* means, with respect to a Party, an investment: *in its territory*; ... ; directly or indirectly owned or controlled *by an investor of the other Party*; ...

... *investor* means a Party, a natural person or an enterprise of a Party, other than a branch or a representative office, that seeks to make, is making or has made an *investment in the territory of the other Party*. ...“

[Hervorhebungen nur hier]

Der materielle Investitionsschutz in diesem Sinne umfasst namentlich Schutz vor Enteignung (3.1.1), Inländerbehandlung (3.1.2) und Meistbegünstigung (3.1.3).

### 3.1.1 Schutz vor Enteignung

Der Schutz vor Enteignung ist ein zentraler Baustein des völkerrechtlichen Investitionsschutzes. Zwar ist jeder Staat aufgrund seiner Territorialhoheit einerseits grundsätzlich befugt, auf seinem Staatsgebiet Enteignungen vorzunehmen. Allerdings sind diese andererseits grundsätzlich auch nicht entschädigungslos zulässig. Die Frage, ob und inwieweit der Enteignungsschutz Völkergewohnheitsrecht darstellt, kann dabei in der Regel dahinstehen, wenn und weil die umstrittenen Punkte in Investitionsschutzabkommen völkervertraglich explizit geregelt sind.

So umfasst etwa der Enteignungsschutz nach CETA – wie in Investitionsschutzabkommen regelmäßig – sowohl direkte als auch indirekte Enteignungen (Ch. 10 Art. X.11). Unter einer direkten Enteignung versteht man den formalen Entzug der Verfügungsgewalt durch staatlichen Hoheitsakt.<sup>15</sup> Indirekte Enteignungen dagegen entheben den Eigentümer de facto der Verfügungsgewalt, ohne ihm formal die Eigentümerposition zu entziehen.<sup>16</sup> Zulässig sind beide, unbeschadet weiterer Voraussetzungen, grundsätzlich nur gegen umgehende, wertensprechende und tatsächlich verwertbare Entschädigung („prompt, adequate and effective compensation“, Ch. 10 Art. X. 11 (1) lit. d; sog. Hull-Formel, benannt nach dem früheren US-Außenminister). Eine andere Rechtsfolge als Entschädigung bzw. Schadensersatz ist ausgeschlossen (vgl. Ch. 10 Art. X.36 (1) CETA).

Namentlich der Schutz gegen indirekte, also nicht rechtsförmliche Enteignungen ist in der Abgrenzung zu beschränkenden regulatorischen Maßnahmen politisch heikel und sachlich nicht abschließend geklärt (Problem der sog. regulatory takings).<sup>17</sup> In CETA versucht sich daher ein eigener Anhang an einer rechtsverbindlichen Konkretisierung (Ch. 10 Annex X.11 CETA). Danach soll eine indirekte Enteignung u.a. dann nicht vorliegen, wenn die staatliche Regulierung diskriminierungsfrei erfolgt und legitimen Gemeinwohlzwecken dient, es sei denn, die Maßnahme ist mit Blick auf das zu erreichende Ziel weit überzogen (Ch. 10 Annex X.11 (3) CETA).

### 3.1.2 Inländerbehandlung

Inländerbehandlung bedeutet, dass der ausländische Investor wie ein inländischer Investor, also unbeschadet der Staatsangehörigkeit gleich zu behandeln ist (im Englischen daher auch „national treatment“). Es handelt sich mithin, anders als etwa beim Schutz vor Enteignung, nicht um einen

<sup>15</sup> Statt aller Krajewski (2012), Rn. 599. Vgl. auch Ch. 10 Annex X. 11 (1) CETA.

<sup>16</sup> Vgl. Dolzer/Schreuer (2012), S. 101; Krajewski (2012), Rn. 601 ff. Vgl. auch Ch. 10 Annex X. 11 (1) CETA.

<sup>17</sup> Siehe z.B. Krajewski (2012), Rn. 605 ff.; Reinisch, in: Muchlinski/Ortino/Schreuer (2008), § 11 (3) (d) = S. 432 ff.

absoluten, verselbständigten, sondern um einen relativen, in der Sache von der innerstaatlichen Rechtslage abhängigen Schutzstandard.

Der Grundsatz der Inländerbehandlung findet sich in praktisch allen Investitionsschutzabkommen, so auch im Investitionsschutzkapitel in CETA (Ch. 10 Art. X.6 CETA). Allerdings gilt es zu beachten, dass die Inländerbehandlung allgemein nicht strikt, also förmlich durchgehalten wird. Zum einen ist zunächst ein geeignetes Vergleichspaar zu bilden und sodann eine Diskriminierung festzustellen, wobei die schiedsgerichtliche Praxis hier auch die Zielsetzung einer Ungleichbehandlung mit in den Blick nimmt. Dient die Ungleichbehandlung einem „legitimen Zweck“, z.B. dem Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, schließt die Schiedsgerichtsrechtsprechung über diesen Weg teils schon die Ungleichbehandlung aus, teils rechtfertigt sie sie damit, sodass im Ergebnis keine Inländerbehandlung gefordert werden kann.<sup>18</sup> Zum anderen können darüber hinaus Ausnahmen auch ausdrücklich normiert sein. So gibt es in CETA etwa allgemeine Ausnahmeklauseln, die Regulierungsinteressen des Staates aufgreifen, z.B. den Gesundheitsschutz, und insoweit Ungleichbehandlungen zulassen können (Ch. 32 Art. X.02 CETA).

### 3.1.3 Meistbegünstigung

Meistbegünstigung bedeutet, dass jeder ausländische Investor sich auf die für ihn günstigsten Vorschriften berufen kann, auch wenn der Gaststaat diese nicht mit dem Heimat-, sondern lediglich mit einem Drittstaat vereinbart hat. So kann der Investor sich die für ihn jeweils günstigste Rechtsfolge gleichsam „herauspicken“ (daher auch „Rosinentheorie“).<sup>19</sup> Umstritten ist hier nicht selten, welche Vorschriften genau von der Meistbegünstigung umfasst sind, meist in Ermangelung einer klärenden ausdrücklichen Regelung hierzu.<sup>20</sup>

Auch CETA enthält den in Investitionsschutzabkommen geläufigen Meistbegünstigungsgrundsatz (Ch. 10 Art. X.7 CETA). Bemerkenswert ist hier, dass die Meistbegünstigung ausdrücklich nicht für die prozessualen Vorschriften über Schiedsverfahren in Drittstaaten greift (Ch. 10 Art. X.7 (4) 1 CETA). Das heißt, anders gewendet, dass sich ein Investor, was die Ausgestaltung des Schiedsverfahrens angeht, unstrittig nicht auf Abkommen des Gaststaats mit Dritten berufen kann, wenn und soweit dort für Investoren günstigere prozessuale Vorschriften enthalten sind. Überdies gelten die schon bei der Inländerbehandlung (3.1.2) erwähnten allgemeinen Ausnahmeklauseln in CETA auch für die Meistbegünstigung, sodass auch insoweit keine strikte und formale Gleichbehandlung – hier gegenüber Investoren aus Drittstaaten – besteht.

## 3.2 Juristische Bewertung

Unter juristischem Blickwinkel ist insbesondere von Interesse, ob die Existenz oder, umgekehrt, das Fehlen von Investitionsschutzvorschriften den Gleichheitssatz verletzen kann. Das gilt für Enteignungsschutz (3.2.1), Inländerbehandlung (3.2.2) und Meistbegünstigung (3.2.3) gleichermaßen.

<sup>18</sup> Näher Krajewski (2012), Rn. 628 ff.

<sup>19</sup> Z.B. Krajewski (2012), Rn. 631.

<sup>20</sup> Vgl. Dolzer/Schreuer (2012), S. 270 ff.; auch Haltern, in: Ipsen (2014), § 34 Rn. 15, 103.

### 3.2.1 Schutz vor Enteignung

Investitionsschutzvorschriften beziehen sich ausschließlich auf ausländische Investoren.<sup>21</sup> Darin könnte eine ungerechtfertigte Benachteiligung inländischer Investoren jedenfalls dann liegen, wenn sie, wie beim Schutz vor Enteignung, über Fragen der Gleichbehandlung hinaus ausländischen Investoren einen absoluten Standard gewähren. Inländische Investoren können zwar nach innerstaatlichem Recht besser geschützt sein als ausländische, sodass sich Benachteiligung und Bevorzugung gegebenenfalls die Waage halten. Dem muss aber nicht so sein.

Ein anschauliches Beispiel hierfür bietet die Dogmatik des deutschen Eigentumsgrundrechts. Art. 14 Grundgesetz (GG) kennt wesentlich die Enteignung gegen Entschädigung und die Inhalts- und Schrankenbestimmung ohne Entschädigung. Indirekte Enteignungen hingegen gibt es nicht (mehr). Noch bis zur grundlegenden Nassauskiesungsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG)<sup>22</sup> gab es eine materielle Schwelle, an der eine Belastung in eine Enteignung „umkippen“ konnte; insoweit mag man dann von einer indirekten Enteignung gesprochen haben. Jedenfalls seither ist das passé. Inhalts- und Schrankenbestimmungen sind allenfalls im Ausnahmefall entschädigungspflichtig. Primär können sie abgewehrt werden (wenn rechtswidrig) oder müssen sie hingenommen werden (wenn rechtmäßig).

Die völkerrechtlichen Investitionsschutzvorschriften mit ihrem Anspruch auf Entschädigung auch bei indirekten Enteignungen (3.1.1) weichen hiervon ab. Ob und inwieweit man welchen Schutz allgemein als besser oder schlechter ansehen kann und ob es für einen solchen Vergleich überhaupt valide Maßstäbe gibt, mag hier dahinstehen.<sup>23</sup> Jedenfalls im Einzelfall kann es zu einer Vorzugsbehandlung ausländischer Investoren kommen: Sie können „dulden und liquidieren“. Inländische Investoren dagegen müssen sich um die Rücknahme der Belastung bemühen. Ersteres ist ein rechtlicher und wirtschaftlicher Vorteil – zumal es dem Investor um die Rendite geht. Insofern besteht also eine Inländerdiskriminierung. Erst recht gilt das dann, wenn der ausländische Investor Schutz nach Völkerrecht *und* innerstaatlichem Recht genießt, den Schutz beider Rechtsregime also kumulieren kann.

Zumindest die deutsche Rechtsprechung<sup>24</sup> hat – anders als etwa die österreichische<sup>25</sup> – Inländerdiskriminierungen, die auf Unionsrecht zurückgehen, bislang nicht aus Gleichheitsgründen beanstandet. Hintergrund wird sein, dass der Entscheidungsspielraum des nationalen Gesetzgebers nicht weiter geschwächt werden soll; reine Inlandssachverhalte soll er eigenverantwortlich regulieren können. Nach dieser Rechtsprechung muss ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz bei bloßen völkerrechtlichen Bindungen erst recht ausscheiden.

<sup>21</sup> Siehe Kapitel 2 und 3.1.

<sup>22</sup> BVerfG, Beschluss vom 15. Juli 1981 – 1 BvL 77/78, BVerfGE 58, 300.

<sup>23</sup> Vgl. hierzu einerseits Schill (2014), S. 2 f. und passim; andererseits Krajewski (2014), S. 2.

<sup>24</sup> Vgl. etwa BVerfG, Beschluss vom 8. Juni 2004 – 2 BvL 5/00 [ECLI:DE:BVerfG:2004:ls20040608.2bvl000500] – BVerfGE 110, 412 (439); BVerfG, Beschluss vom 13. Juni 2006 – 1 BvR 1160/03 [ECLI:DE:BVerfG:2006:rs20060613.1bvr116003] – BVerfGE 116, 135 (159 f.); ferner Bundesverwaltungsgericht (BVerwG), Urteil vom 31. August 2011 – 8 C 9/10 [ECLI:DE:BVerwG:2011:310811U8C9.10.0] – BVerwGE 140, 276 Tz. 44; Bundesgerichtshof (BGH), Beschluss vom 19. September 2013 – IX AR (VZ) 1/12 – Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2013, 3374 Tz. 31.

<sup>25</sup> Z.B. Verfassungsgerichtshof (VerfGH), Urteil vom 9. Dezember 1999 – G 42/99 u. G 135/99, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW) 2001, 219.

### 3.2.2 Inländerbehandlung

Wenn und soweit ausländische Investoren nach innerstaatlichem Recht schlechter gestellt sind als inländische, kann man fragen, ob nicht schon darin ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz liegt. Die Folge könnte sein, dass mindestens die Inländerbehandlung von Rechts wegen zu fordern ist, um das Defizit der innerstaatlichen Rechtslage zu kompensieren.

Die Frage, ob ohne Investitionsschutzvorschriften ausländische Investoren ungerechtfertigt benachteiligt und so in ihrem Gleichheitsrecht verletzt sind, stellt sich nach zutreffender Ansicht für die Freiheitsrechte und Grundfreiheiten von vornherein nicht. Die Begründung ergibt sich ohne Auseinandersetzung in der Sache formal bereits aus der Normenhierarchie: Die nationalen und unionsrechtlichen Freiheitsrechte sowie die unionsrechtlichen Grundfreiheiten, die den ausländischen Investor gegebenenfalls schwächer schützen als den inländischen, sind dem Gleichheitssatz nicht untergeordnet, sondern stehen mit diesem auf einer Ebene. So werden denn auch z.B. das Eigentumsgrundrecht und die Berufsfreiheit des Grundgesetzes oder die Niederlassungsfreiheit der europäischen Verträge, wenn und soweit sie Nicht-Deutschen oder Nicht-Unionsbürgern nicht zustehen, nicht am Gleichheitssatz gemessen. Ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz liegt insoweit schon aus diesem Grund nicht vor. Somit kann sich unter diesem Gesichtspunkt auch keine gleichheitsrechtliche Notwendigkeit für Investitionsschutzvorschriften ergeben, nicht einmal für den relativen Standard der Inländerbehandlung.

Aber auch im Übrigen wird sich ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz nur schwer begründen lassen. Die Zulässigkeit staatlicher Regulierung ist wesentlich durch die Freiheitsrechte und Grundfreiheiten vorgezeichnet. Dann aber dürfte sich infolge deren Differenzierung zwischen Inländern und Ausländern regelmäßig auch kein gleichheitsrechtliches Argument gegen eine ansonsten zulässige Regulierung gewinnen lassen. Im Übrigen bedarf es für die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung im Wesentlichen ohnehin nicht mehr als sachlicher Gründe.<sup>26</sup> Das können auch rein wirtschaftspolitische Gründe sein<sup>27</sup> – auf die man sich in der Regel unschwer berufen kann.

### 3.2.3 Meistbegünstigung

Beim Schutz vor Enteignung und bei der Inländerbehandlung geht es jeweils um das Vergleichs-paar ausländische und inländische Investoren. Im Rahmen der Meistbegünstigung dagegen werden ausländische Investoren aus unterschiedlichen Drittländern gleich behandelt; hier geht es um das Verhältnis der ausländischen Investoren untereinander. Fraglich ist, ob die ausländischen Investoren von inländischen Stellen dergestalt gleich behandelt werden müssen oder auch eine Ungleichbehandlung rechtlich zulässig wäre.

Denkbar sind insoweit vielfältige außen-, sicherheits- und wirtschaftspolitische bis hin zu geo-strategischen Gesichtspunkten und Interessen, die eine Ungleichbehandlung je einzeln oder in ihrer Gesamtheit sachlich rechtfertigen können. Selbst wenn man dies in Abrede stellen und einer Pflicht zur Gleichbehandlung das Wort reden wollte, wäre die Richtung dieser Gleichbehandlung noch nicht vorgegeben: Jedenfalls theoretisch denkbar wäre auch eine „Meistbenachteiligung“ aller ausländischen Investoren.

<sup>26</sup> Vgl. nur Jarass, in: Jarass/Pieroth (2014), Art. 3 GG Rn. 17, 75a; Hölscheidt, in: Meyer (2014), Art. 20 GRCh Rn. 22; jeweils mit umfangreichen Nachweisen zur Rechtsprechung.

<sup>27</sup> Vgl. auch Schill (2014), S. 5.

Der Gleichheitssatz ist demnach für die Frage der Meistbegünstigung unergiebig. Ob und inwieweit ausländische Investoren untereinander gleich behandelt werden sollen oder nicht, ist zuvörderst eine politische Frage. Eine rechtliche Pflicht zur Meistbegünstigung besteht nicht.

### 3.2.4 Fazit

Inwieweit inländische und ausländische Investoren gleich behandelt werden müssen, ist rechtlich wesentlich nicht vorgegeben. Die Frage ist politisch zu entscheiden. Dabei spielen ökonomische Gesichtspunkte eine tragende Rolle (3.3).

## 3.3 Ökonomische Bewertung

Im Folgenden wird beurteilt, ob der Schutz vor Enteignung (3.3.1), die Inländerbehandlung (3.3.2) und die Meistbegünstigung (3.3.3) in TTIP Eingang finden sollten. Es folgt ein Überblick über empirische Untersuchungen zu der Frage, ob Investitionsschutzabkommen die Investitionstätigkeit fördern (3.3.4).

### 3.3.1 Schutz vor Enteignung

Der Schutz vor entschädigungsloser Enteignung soll der Gefahr begegnen, dass ausländische Investoren aus Angst vor einer Enteignung nicht oder nur in geringem Umfang im Inland investieren. Aus ordnungspolitischer Sicht ist gegen einen Enteignungsschutz grundsätzlich nichts einzuwenden. Abhängig von der konkreten Ausgestaltung des Enteignungsschutzes können allerdings zwei Probleme auftreten.

Erstens kann der Schutz vor Enteignung dazu führen, dass staatliche Regulierung erschwert wird; dieses Problem tritt in der Regel dann auf, wenn die Abgrenzung zwischen indirekter Enteignung und legitimer staatlicher Regulierung unklar oder der Enteignungsbegriff zu weit gefasst ist. In diesem Fall können hohe Entschädigungszahlungen an einen ausländischen Investor fällig werden, wenn eine herkömmliche, etwa gesundheits- oder umweltpolitische Maßnahme eine indirekte Enteignung darstellt.

Tatsächlich haben ausländische Investoren in der Vergangenheit gegen gesundheits- und umweltpolitische Maßnahmen geklagt, die den Wert ihrer Investition reduziert haben. Beispiele hierfür sind die Klagen von Philip Morris Asia Limited (Hong Kong) gegen Australien aufgrund des Tobacco Plain Packaging Acts<sup>28</sup> und von Vattenfall AB gegen die Bundesrepublik Deutschland aufgrund des Atomausstiegs („Vattenfall II“)<sup>29</sup>. Schreckt ein Staat vor möglichen Entschädigungszahlungen zurück, könnte er von einer Regulierung bereits im Vorfeld absehen (sog. regulatory chill).

Die in CETA enthaltenen Bestimmungen zum Enteignungsschutz lassen allerdings Raum für staatliche Regulierung, da dort konkretisiert ist, dass staatliche Maßnahmen, die diskriminierungsfrei erfolgen und legitimen öffentlichen Gemeinwohlzwecken dienen, grundsätzlich keine indirekte Enteignung darstellen, es sei denn, die gesetzgeberische Maßnahme ist mit Blick auf das zu erreichende Ziel weit überzogen (Ch. 10 Annex X.11 CETA). Ein regulatory chill ist danach nicht zu befürchten.

<sup>28</sup> Zu Einzelheiten siehe Permanent Court of Arbitration, [http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag\\_id=1494](http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1494) (letzter Zugriff am 14. Juli 2015).

<sup>29</sup> Zu Einzelheiten siehe Bernasconi-Osterwalder/Brauch (2014).

Zweitens kann ein Schutz vor Enteignung zu Wettbewerbsverzerrungen führen. Dies ist dann der Fall, wenn ausländische Investoren bei einer Enteignung entschädigt werden, heimische hingegen nicht (Inländerdiskriminierung). In Deutschland ist dies insbesondere bei indirekten Enteignungen zu befürchten, da das deutsche Recht die indirekte Enteignung mit Entschädigungsfolge nicht (mehr) kennt.<sup>30</sup>

Da inländische Investoren – zumindest in Deutschland – bei einer indirekten Enteignung grundsätzlich nicht entschädigt werden, kann nicht ausgeschlossen werden, dass es im Einzelfall zu einer Besserstellung ausländischer Investitionen kommt. Dies hätte ungleiche Wettbewerbsbedingungen zur Folge. Der Wettbewerb wäre mithin zugunsten ausländischer Investoren verzerrt.

Vor diesem Hintergrund und unter Berücksichtigung der Tatsache, dass es sowohl in der EU<sup>31</sup> als auch in den USA<sup>32</sup> bereits nationale Regelungen zum Schutz vor Enteignung gibt, ist es zweifelhaft, ob Vorgaben zum Schutz vor entschädigungsloser Enteignung in TTIP aufgenommen werden sollten. Stattdessen sollte der in der EU und in den USA den Inländern gewährte Enteignungsschutz, soweit nicht bereits der Fall, konsequent auch ausländischen Investoren gewährt werden.

### 3.3.2 Inländerbehandlung

Die Inländerbehandlung soll ausländischen Investoren den Erwerb, den Erhalt sowie eine mögliche Ausweitung oder Veräußerung einer Investition unter den gleichen Bedingungen ermöglichen wie heimischen Investoren.<sup>33</sup> Dies ist notwendig, da die nationalen gesetzlichen Regelungen einiger Staaten bestimmte (Schutz-)Rechte nur inländischen Unternehmen gewähren.<sup>34</sup> Ein Beispiel für den geringeren Schutz ausländischer Investitionen findet sich im deutschen Grundgesetz. Für natürliche Personen gibt es nach dem Grundgesetz die Unterscheidung zwischen Deutschen- und Jedermannsgrundrechten: Jedermannsgrundrechte wie das Eigentumsrecht (Art. 14 GG) gelten für alle, Deutschengrundrechte wie die Berufsfreiheit (Art. 12 GG) nur für Deutsche (und gegebenenfalls Unionsbürger<sup>35</sup>). Für juristische Personen gilt: Die Grundrechte gelten von vornherein nur für inländische juristische Personen (und gegebenenfalls unionsausländische<sup>36</sup>) und das auch nur, soweit sie wesensmäßig anwendbar sind (Art. 19 Abs. 3 GG). Insoweit genießen ausländische Investoren gegebenenfalls also einen geringeren Schutz.

Ohne Inländerbehandlung könnte es somit zu Wettbewerbsnachteilen für ausländische Investoren kommen, was ausländische Investoren abschrecken könnte.

Abhängig von der konkreten Ausformung und Handhabung kann auch die Inländerbehandlung staatliche Regulierung erschweren. Ursächlich hierfür ist insbesondere die Praxis, dass Vergleichspaare gebildet werden (müssen), um einen Verstoß gegen den Grundsatz der Inländerbehandlung festzustellen. So wurde beispielsweise im Fall *Occidental Exploration and Production Company* gegen die Republik Ecuador<sup>37</sup> in der Weigerung der Republik Ecuador, dem Unternehmen die

---

<sup>30</sup> Siehe bereits Kapitel 3.2.1.

<sup>31</sup> Siehe nur etwa Art. 17 Abs. 1 GrCh; Art. 1 Abs. ZP I EMRK; Art. 14 Abs. 3 GG.

<sup>32</sup> Fifth Amendment U.S. Constitution.

<sup>33</sup> Vgl. Schill (2014), S. 5.

<sup>34</sup> Vgl. Europäische Kommission, Public Consultation on Modalities for Investment Protection and ISDS in TTIP, <http://trade.ec.europa.eu/doclib/html/152280.htm> (letzter Zugriff am 19. Juli 2015).

<sup>35</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss vom 19. Juli 2011 – 1 BvR 1916/09 [ECLI:DE:BVerfG:2011:rs20110719.1bvr191609] – NJW 2011, 3428 Tz. 68 ff., 75.

<sup>36</sup> BVerfG, Beschluss vom 19. Juli 2011 – 1 BvR 1916/09 [ECLI:DE:BVerfG:2011:rs20110719.1bvr191609] – NJW 2011, 3428 Tz. 68 ff., 75.

<sup>37</sup> London Court of International Arbitration, Final Award Case No. UN 3467, <http://www.italaw.com/cases/761> (letzter Zugriff am 14. Juli 2015).

geleistete Mehrwertsteuer zu erstatten, ein Verstoß gegen die Inländerbehandlung gesehen. Zwar waren neben Occidental auch inländische Unternehmen der Ölindustrie von dieser Regelung betroffen. Das Schiedsgericht folgte allerdings der Sichtweise von Occidental, dass das Gebot der Inländerbehandlung auch im Vergleich zu anderen Sektoren, hier der Blumenproduktion, gelte. Ecuador musste Occidental daraufhin die Mehrwertsteuer erstatten.

Der Grundsatz der Inländerbehandlung sichert ausländischen Unternehmen durch den Anspruch auf Inländerbehandlung Schutzrechte zu, die sonst nur in der EU ansässige Unternehmen hätten. Eine vollständige Gleichbehandlung aus- und inländischer Unternehmen will CETA jedoch nicht. Vielmehr enthält CETA Ausnahmeklauseln, die eine Ungleichbehandlung bei Regulierungen erlauben. Diese Ausnahmeklauseln sind begrenzt und beziehen sich nur auf bestimmte staatliche Regulierungen, insbesondere zum Schutz der Gesundheit und Sicherheit. Solche Regelungen sind somit auch dann erlaubt, wenn sie diskriminierend wirken.

Zudem enthält Ch. 10 Art. X.6 CETA eine Formulierung, die sicherstellen soll, dass Vergleichspaare gebildet werden, die sich auf vergleichbare Situationen beziehen („like situations“). Eine Bildung von Vergleichspaaren wie im Fall Occidental Exploration and Production Company gegen die Republik Ecuador soll so ausgeschlossen werden.<sup>38</sup>

Alles in allem sind die in CETA enthaltenen Regelungen zur Inländerbehandlung geeignet, einerseits weitgehend einheitliche Wettbewerbsbedingungen zwischen inländischen und ausländischen Investoren sicherzustellen und andererseits die staatlichen Regulierungsinteressen nicht übermäßig einzuschränken. Eine entsprechende Regelung in TTIP ist zu empfehlen.

### 3.3.3 Meistbegünstigung

Die Meistbegünstigung schützt ausländische Investoren vor einer Diskriminierung gegenüber anderen ausländischen Investoren. Sie ist damit komplementär zur Inländerbehandlung, die ausländische Investoren vor einer Diskriminierung gegenüber inländischen Investoren schützt. Die Meistbegünstigung ist notwendig, da ein ausländischer Investor anderenfalls einen geringen Schutz haben könnte als ein anderer ausländischer Investor.

Auch für die Meistbegünstigung gelten die Ausnahmen der Inländerbehandlung, so dass keine strikte und formale Gleichbehandlung – hier gegenüber Investoren aus Drittstaaten – besteht. Diese Ausnahmen sind aus den in 3.3.2 genannten Gründen sachgerecht.

Alles in allem vermeiden die in CETA enthaltenen Regelungen zur Meistbegünstigung eine Diskriminierung zwischen ausländischen Unternehmen weitgehend, ohne die staatlichen Regulierungsmöglichkeiten übermäßig einzuschränken. Eine identische Formulierung der entsprechenden Regelungen in TTIP ist daher zu empfehlen.

### 3.3.4 Führen Investitionsschutzabkommen zu mehr Investitionen? – Empirie

In der ökonomischen Literatur finden sich zahlreiche empirische Untersuchungen, die der Frage nachgehen, ob Investitionsschutzabkommen zu mehr ausländischen Investitionen geführt haben. Die Ergebnisse hierzu sind nicht eindeutig. So kommen Egger/Merlo für Deutschland zu dem Schluss, dass bilaterale Investitionsschutzabkommen Direktinvestitionen fördern.<sup>39</sup> Auch Kerner

<sup>38</sup> Schill (2014), S. 9 f.

<sup>39</sup> Vgl. Egger/Merlo (2012).

kommt zu diesem Ergebnis.<sup>40</sup> Felbermayr schränkt den positiven Zusammenhang zwischen Investitionsschutzabkommen und Direktinvestitionen hingegen ein. Er zitiert eine noch unveröffentlichte Studie des ifo-Instituts, der zufolge Investitionsschutzabkommen Direktinvestitionen nur dann fördern, wenn die Gerichte im Gastland nicht unabhängig sind.<sup>41</sup> Inwieweit dies auf die EU-Staaten und die USA zutrifft, wird in Kapitel 4 diskutiert.

Tobin/Rose-Ackerman gelangen zu dem Schluss, dass Investitionsschutzabkommen bestenfalls einen geringen Einfluss auf Direktinvestitionen haben.<sup>42</sup> Für einige Länder ist der Zusammenhang sogar negativ. Lediglich in Ländern, in denen das Risiko von Eigentumsverletzungen groß ist, fördern Investitionsschutzabkommen Direktinvestitionen. Die Autoren schlussfolgern daraus, dass Investitionsschutzabkommen ihren Zweck im Allgemeinen nicht erfüllen. Das bestätigen auch Peinhardt/Allee.<sup>43</sup> Sie stellen für die USA fest, dass amerikanische Investitionsschutzabkommen in weniger als zehn Prozent der Fälle zu einem Anstieg der Direktinvestitionen geführt haben.

Aus empirischer Sicht ist somit unklar, ob Investitionsschutzabkommen tatsächlich Investitionen fördern. Es ist daher nicht ausgeschlossen, dass Investitionsschutzvorschriften in TTIP keinen oder nur einen geringen Einfluss auf die Direktinvestitionen haben. Dies gilt umso mehr, als bereits heute die Rahmenbedingungen für ausländische Investitionen in vielen EU-Staaten als sehr gut eingeschätzt werden. So erreichten die EU-Staaten etwa im Investment Profile Index der PRS Group im Durchschnitt 10,14 von maximal 12 erreichbaren Punkten.<sup>44</sup>

### 3.4 Forderungen des cep an den materiellen Investitionsschutz in TTIP

Aus den dargestellten Überlegungen lassen sich zwei Forderungen für eine Einbeziehung materieller Investitionsschutzvorschriften in TTIP ableiten:

(1) Der Schutz vor entschädigungsloser Enteignung sollte nicht in TTIP enthalten sein. Eine Festbeschreibung der Inländerbehandlung und der Meistbegünstigung reicht zum Schutz ausländischer Investoren aus.

(2) Dabei sollte einerseits die Gleichbehandlung grundsätzlich strikt umgesetzt werden, andererseits aber, wie bei den CETA-Vorschriften zu Inländerbehandlung und Meistbegünstigung, Raum für staatliche Regulierung aus Gemeinwohlgründen bleiben.

## 4 Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit

### 4.1 Inhaltliche Reichweite

Die in Kapitel 3 abgehandelten materiellen Standards helfen nichts, wenn und soweit sie nicht durchgesetzt werden können. Ihrer Durchsetzung dient in Investitionsschutzabkommen regelmäßig die Etablierung einer Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit zur Streitbeilegung (Investor-State Dispute Settlement; ISDS).

Die vertraglichen Verpflichtungen aus dem Investitionsschutzabkommen bestehen zunächst zwischen dem Heimatstaat des Investors und dem Gaststaat der Investition, also auf

---

<sup>40</sup> Vgl. Kerner (2009).

<sup>41</sup> Vgl. Felbermayr (2014), S. 472.

<sup>42</sup> Vgl. Tobin/Rose-Ackerman (2003).

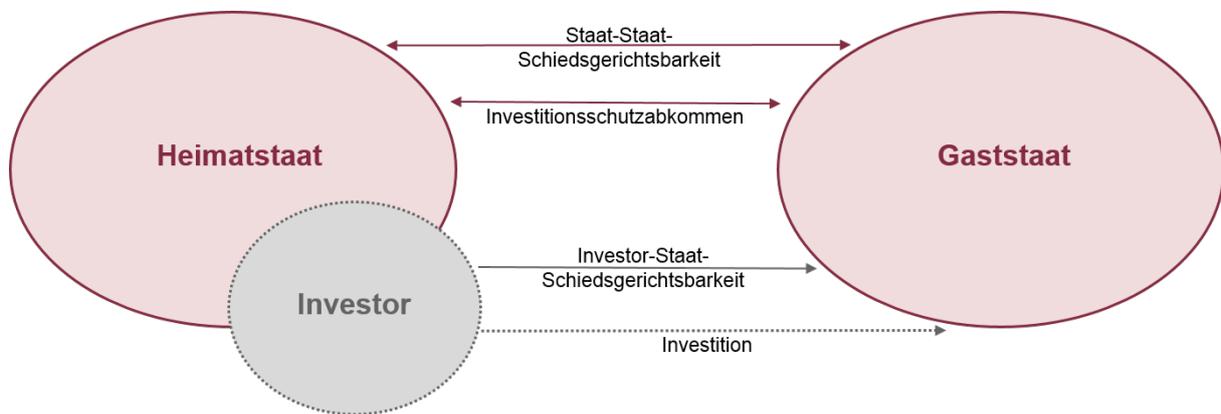
<sup>43</sup> Vgl. Peinhardt/Allee (2012), S. 771.

<sup>44</sup> Vgl. Poulsen/Bonnitcha/Yackee (2015), S. 7.

zwischenstaatlicher Ebene. Denkbar und durchaus naheliegend wäre daher, dass die beteiligten Staaten etwaige Meinungsverschiedenheiten auch allein in ihrem – zwischenstaatlichen – Verhältnis austragen, also über Staat-Staat-Schiedsgerichte, wie etwa im Rahmen der Welthandelsorganisation (WTO).

Die Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit geht darüber weit hinaus: Sie verleiht dem ausländischen Investor mit der Möglichkeit der unmittelbaren Klage aus der zwischenstaatlichen Verpflichtung zwischen Gast- und Heimatstaat eine Art hybriden Status (siehe Abbildung 1). Im Rahmen dieser Gerichtsbarkeit können ausländische Investoren ihre Ansprüche unmittelbar gegen den Gaststaat geltend machen, also schiedsgerichtlich direkt gegen den Gaststaat vorgehen, ohne auf ihren Heimatstaat und dessen diplomatischen Schutz angewiesen zu sein.

**Abbildung 1: Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit**



Quelle: cep

Investor-Staat-Schiedsgerichte sind, wie der Name sagt, Schiedsgerichte. Sie verfahren nach den Regeln des International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), den Regeln der United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) oder vergleichbaren zwischen den Parteien vereinbarten Regeln (ausdrücklich etwa Ch. 10 Art. X.22 CETA: „any other arbitration rules on agreement of the disputing parties“). Entgegen anders lautenden Behauptungen sind Investor-Staat-Schiedsgerichte dabei nicht förmlich institutionalisiert, etwa der Weltbank (ICSID) oder gar den Vereinten Nationen (UNCITRAL) „angegliedert“, sondern werden von Fall zu Fall, also ad hoc gebildet.<sup>45</sup> Die Schiedsrichter werden von den Parteien regelmäßig aus Auswahllisten benannt und bezahlt. Eine Anbindung an die staatliche oder unionale Gerichtsbarkeit als Rechtsmittelinstanz gibt es nicht. Auch im Übrigen gibt es keinen regulären Instanzenzug. Insoweit kann man die Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit als private Sondergerichtsbarkeit verstehen.

<sup>45</sup> Krajewski (2012), Rn. 666; Schöbener/Markert (2006), S. 73. So letztlich auch Griebel (2008), S. 114, 117.

## 4.2 Notwendigkeit einer gesonderten Gerichtsbarkeit

Nicht ganz zu Unrecht wird in der öffentlichen Debatte darauf verwiesen, dass das Instrument der Investitionsschutzabkommen zunächst für den Schutz in und gegenüber Staaten entwickelt worden war, in denen es mit der Rechtsstaatlichkeit nicht zum Besten bestellt ist. Daher befremde es, dieses Instrument nunmehr im Verhältnis von Staaten mit hochentwickelten Justizsystemen, wie den USA und der EU, zur Anwendung zu bringen. Dafür bestehe schlicht kein Bedarf. Inwieweit diese Einschätzung zutreffend ist, wird in Kapitel 4.2.2 beleuchtet. Zunächst wird in Kapitel 4.2.1 jedoch der Frage nachgegangen, ob und inwieweit eine gesonderte Gerichtsbarkeit unter rechtsdogmatischem Blickwinkel vonnöten ist.

### 4.2.1 Problem 1: Völkerrecht vor innerstaatlichen Gerichten

Hat man keine völkerrechtlichen Sondervorschriften für Investoren, gibt es von vornherein kein Problem. Dann können ausländische Investoren das einklagen, was ihnen das innerstaatliche Recht gewährt, und auf den Wegen klagen, die ihnen das innerstaatliche Recht gewährt. Nicht weniger und nicht mehr.

Etabliert man hingegen über Investitionsschutzvorschriften ein völkerrechtliches Sonderregime, trägt der Verweis auf eine funktionierende Justiz nur dann, wenn Private, hier Investoren, sich innerstaatlich auf diese Vorschriften auch berufen können. Hierauf berufen können sie sich dann, wenn diese Vorschriften unmittelbar anwendbar sind. Ist das nicht der Fall, fällt mit der Möglichkeit, sich *überhaupt* innerstaatlich auf sie berufen zu können, zugleich die Möglichkeit innerstaatlichen Rechtsschutzes weg: Sind Investitionsschutzvorschriften innerstaatlich gar nicht anwendbar, sind sie auch für die innerstaatlichen Gerichte nicht anwendbar.

Ob und inwieweit Vorschriften des Völkerrechts innerstaatlich unmittelbar anwendbar sind, ist ein weites Feld. In erster Linie hängt das davon ab, wie die Rechtsvorschriften im Einzelnen ausgestaltet sind. Für die Vorschriften der Welthandelsorganisation, also das WTO-Recht, etwa lehnt der Europäische Gerichtshof (EuGH) in ständiger Rechtsprechung eine unmittelbare Anwendbarkeit ab<sup>46</sup>, sodass in der Folge entgegenstehendes unionales und nationales Recht daran – konsequenterweise – nicht gemessen werden kann. CETA enthält, um Zweifelsfragen von vornherein auszuschließen, eine ausdrückliche Klausel, wonach Private sich innerstaatlich nicht auf die Vorschriften des Abkommens berufen können (Ch. 33 Art. 14.16 CETA).<sup>47</sup> Damit fällt eine Frontlinie zwar weg – mit der Nichtanwendbarkeit freilich auch das Argument, die nationalen oder Unionsgerichte könnten auftretende Streitfragen klären. Das ist, wie gezeigt, nicht der Fall. Eine Berufung auf die völkervertraglichen Vorschriften ist dann ausgeschlossen, eine Gerichtsbarkeit auf Ebene des Völkerrechts zur Durchsetzung unabdingbar.

Nun könnte man für TTIP – anders als bei CETA – daran denken, die unmittelbare Anwendbarkeit des Investitionsschutzrechts nicht auszuschließen oder sogar gezielt herbeizuführen. Im ersten Fall würde gegebenenfalls die Rechtsprechung mit der Frage befasst und müsste sie entscheiden. Im anderen Fall würden die Vertragsparteien kraft Ausgestaltung der Vorschriften und/oder per ausdrücklicher Anordnung versuchen, die unmittelbare Anwendbarkeit selbst herzustellen.

Vor dieser Option der unmittelbaren Anwendbarkeit kann indes kaum nachdrücklich genug gewarnt werden. Zwar könnte man dann in der Tat den Rechtsschutz den innerstaatlichen und

<sup>46</sup> Siehe z.B. EuGH, Urteil Deutschland/Rat, C-280/93, EU:C:1994:367, Slg. 1994 I-4973; Urteil Portugal/Rat, C-149/96, EU:C:1999:574, Slg. 1999 I-8395; EuGH, Urteil Van Parys, C-377/02, EU:C:2005:121, Slg. 2005 I-1465. Ähnlich zurückhaltend verfahren offenbar die amerikanischen Gerichte, siehe Herdegen (2014), § 10 Rn. 105.

<sup>47</sup> Thym (2015).

unionalen Gerichten überlassen und wäre nicht mehr auf Sondergerichte verwiesen und angewiesen. Nur sind die Folgen dieser Art der Implementierung der materiellen Vorschriften kaum überschaubar. Da mindestens Teile der Abkommen der EU-Kompetenz unterfallen<sup>48</sup>, folglich Unionsrecht sind und so Vorrang vor nationalem Recht genießen – und sogar vor sekundärem Unionsrecht<sup>49</sup> –, wäre womöglich eine weitgehende Umgestaltung der Rechtsordnung zu gewärtigen.

Zwar dürfte die Schlagkraft nicht derjenigen der unionsrechtlichen Grundfreiheiten gleichkommen; diese hat der EuGH bekanntlich nach und nach von Diskriminierungsverboten zu Beschränkungsverboten ausgebaut, deren Gestaltungswirkung auch nach über fünf Jahrzehnten Rechtsprechung zuweilen immer noch fälschlich unterschätzt wird. Unionsrechtliche Parallele für eine Inländerbehandlung wäre am ehesten wohl das allgemeine Diskriminierungsverbot (Art. 18 AEUV). Nichtsdestotrotz sollte man hier unbedingt Vorsicht walten lassen. Immerhin wird die Debatte geführt, ob sich für Investoren nicht nach allgemeinen völkerrechtlichen Grundsätzen ein Anspruch auf Wiederherstellung des Status quo ergeben könnte – bei diskriminierenden Gesetzen also auf ihre Aufhebung<sup>50</sup> – was sich kraft Anwendungsvorrangs womöglich dann auch noch quasi-automatisch verwirklichen könnte. Sicher ist das eine dogmatische Worst-case-Überlegung. Auf der sicheren Seite freilich ist man, wenn man, wie in CETA, nicht nur andere Rechtsfolgen als Entschädigung bzw. Schadensersatz ausdrücklich ausschließt (vgl. Ch. 10 Art. X.36 (1) CETA), sondern auch schon die unmittelbare Anwendbarkeit der Vorschriften (Ch. 33 Art. 14.16 CETA). Daher sollte auch TTIP beide Ausschlussvorschriften enthalten.

#### 4.2.2 Problem 2: Justizsysteme funktionieren nicht überall

Ob TTIP eine gesonderte Gerichtsbarkeit enthalten soll, hängt zudem von der Frage ab, wie gut die Justizsysteme in den USA und den EU-Mitgliedstaaten funktionieren. Dies hängt insbesondere von der Unabhängigkeit der Gerichte ab. Gerichte sind dann nicht unabhängig, wenn Richter von der nationalen Regierung und Behörden, lokalen Unternehmen oder Bürgern beeinflusst werden (können). Um ein sachgerechtes Urteil zu erhalten, benötigt man in diesem Fall einen unbeteiligten Dritten, der unparteiisch im Hinblick auf die Interessen des beklagten Staates ist.

Ein Ranking der Unabhängigkeit von Gerichten enthält der Global Competitiveness Report des World Economic Forum.<sup>51</sup> Zahlreiche EU-Staaten erreichen dort Punktwerte nahe der Maximalpunktzahl sieben. Dies sind etwa Finnland (6,6 Punkte und Rang 2 von 144 im Ranking), Irland (6,3 Punkte/Rang 6) oder das Vereinigte Königreich (6,2 Punkte/Rang 7). Die USA liegen mit 5,1 Punkten und Rang 30 nur knapp hinter Österreich (5,2 Punkte/Rang 28). Einige EU-Staaten schneiden jedoch vergleichsweise schlecht ab. So erreicht etwa die Slowakei mit 2,3 Punkten nur Rang 130. Wenig besser sieht es in Bulgarien (2,6 Punkte/Rang 126) aus.

Der Rule of Law Index, der vom World Justice Project veröffentlicht wird, zeigt dass die Funktionsfähigkeit<sup>52</sup> der Zivilgerichtsbarkeit in den EU-Mitgliedstaaten unterschiedlich gut gewährleistet ist.<sup>53</sup> Während der Index etwa den Niederlanden (mit 0,86 von max. einem erreichbaren Punkt und Rang 1 von 102 untersuchten Staaten) und Deutschland (0,82 Punkte/Rang 5) eine funktionierende

<sup>48</sup> Vgl. dazu allgemein Mayer (2014); speziell für den Investitionsschutz Bungenberg, in: von Arnould (2014), § 13 Rn. 6 ff.

<sup>49</sup> Vgl. Art. 216 Abs. 2, 218 Abs. 11 AEUV.

<sup>50</sup> Vgl. Schill (2014), S. 26 f.; Marboe, in: Bungenberg/Griebel/Hobe/Reinisch (2015), § 9 I Rn. 15 f.

<sup>51</sup> Vgl. World Economic Forum (2014), S. 411.

<sup>52</sup> Laut Definition ist die Funktionsfähigkeit der Zivilgerichtsbarkeit dann gewährleistet, wenn Menschen Zugang zur Zivilgerichtsbarkeit haben, diese frei von Diskriminierung, Korruption und staatlichem Einfluss ist. Zudem darf es keine unbegründeten Verzögerungen geben, und die Durchsetzbarkeit der Urteile muss gewährt sein. Schließlich müssen funktionierende alternative Streitbeilegungsmechanismen vorhanden sein.

<sup>53</sup> Vgl. The World Justice Project (2015).

Zivilgerichtsbarkeit attestiert, weisen etwa die Zivilgerichtsbarkeiten in Italien (0,58 Punkte/Rang 36), Bulgarien (0,45 Punkte/Rang 44) und Kroatien (0,54 Punkte/Rang 45) Mängel auf.

Alles in allem wird deutlich, dass die Funktionsfähigkeit der Gerichte zwischen den EU-Staaten – teils erheblich – divergiert. Vor diesem Hintergrund ist die Einführung einer unparteilichen Schiedsinstanz zu begrüßen.

### **4.3 Ausgestaltung als Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit sinnvoll?**

Die in Investitionsschutzabkommen regelmäßig vereinbarte Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit kann man nach alledem als strukturelle Kompensation des Rechtsschutzdefizits begreifen. Die völkerrechtlichen Investitionsschutzvorschriften bedürfen eines Durchsetzungsmechanismus. Und wenn die nationale oder unionale Justiz diesen nicht bieten kann oder darf, sind internationale Gerichte berufen, die Durchsetzung zu leisten.

Stimmt man dem zu, ist damit freilich noch nicht gesagt, dass es sich bei der Durchsetzungsinstanz zwingend um eine Schiedsgerichtsbarkeit handeln müsste (4.3.1). Eine zweite, davon zu unterscheidende Frage ist, ob der Investor selbst unmittelbar klagen können soll (4.3.2).

#### **4.3.1 Frage 1: Soll es sich um ein Schiedsgericht handeln?**

Von konventionellen Gerichten unterscheiden sich Schiedsgerichte wesentlich dadurch, dass sie regelmäßig nur zur Entscheidung eines konkreten Streitfalles gebildet werden und die Parteien sowohl die (Schieds-)Richter bestimmen als auch das anwendbare Recht vorschreiben können.<sup>54</sup>

##### **4.3.1.1 Problem 1: Ausübung hoheitlicher Gewalt durch Schiedsgerichte**

Schiedsgerichte und Streitschlichtungsverfahren sind keine exotische Besonderheit des Investitionsschutzrechts. Es gibt sie im nationalen Recht, im Unionsrecht<sup>55</sup> und, vor allem, im Völkerrecht. Pauschal kann man schon deswegen nicht behaupten, dass Rechtsprechungstätigkeit per se bei staatlichen oder unionalen Gerichten monopolisiert sei.<sup>56</sup>

Auf der anderen Seite ist das kein Blankoscheck für beliebige Rechtsschutzkonstruktionen. Fehl geht insbesondere die Annahme, dass die hybride Konstruktion einer Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit innerstaatlichen Schiedsinstanzen vergleichbar wäre, etwa den Streitbeilegungsmechanismen im Verbraucher- oder Handelsrecht für Vertragsstreitigkeiten. Das Verhältnis Privater zueinander regiert die Privatautonomie. Die Privaten können über ihre Rechtsverhältnisse verfügen. Davon kann im Verhältnis der Gaststaaten zu privaten Investoren keine Rede sein. Vielmehr begibt sich der Investor aus wirtschaftlichem Antrieb einseitig in den Hoheitsbereich des Gaststaates, der vorbehaltlich verfassungsrechtlicher, unionaler und völkerrechtlicher (Legislative) sowie einfachrechtlicher (Exekutive; Judikative) Bindungen rechtlich frei ist, die wirtschaftliche Tätigkeit der seiner Hoheitsgewalt Unterworfenen einseitig und demokratisch legitimiert zu regulieren. In dem der Gaststaat sich über das Eingehen völkerrechtlicher Bindungen auf die Ebene der,

<sup>54</sup> So – vorbehaltlich etwaiger Zwischenstufen oder Mischformen – die völkerrechtliche Abgrenzung von internationaler Gerichtsbarkeit und internationaler Schiedsgerichtsbarkeit, vgl. etwa Heintschel von Heinegg, in: Epping/Hillgruber (2015), Art. 24 GG Rn. 46; Epping, in: Ipsen (2014), § 55 Rn. 32, 38.

<sup>55</sup> Jüngst z.B. Richtlinie 2013/11/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2013 über die alternative Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 und der Richtlinie 2009/22/EG (Richtlinie über alternative Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten).

<sup>56</sup> Mit dieser Tendenz aber Fischer-Lescano/Horst (2014), S. 34 f.

gewissermaßen, Gleichordnung mit privaten Investoren begibt, kommt er einfach aus übergeordneten politischen Gründen den wirtschaftlichen Interessen der ausländischen Investoren entgegen.

Besonders augenfällig wird dies durch die Unterwerfung unter eine eigenständige Gerichtsbarkeit, letztlich den Schiedsspruch privater Dritter. Das mag noch keine Übertragung von Hoheitsgewalt in dem Sinne sein, wie sie das Grundgesetz nur an die EU und internationale Organisationen zulässt.<sup>57</sup> Kennzeichnend für eine solche Übertragung ist der Durchgriff in den innerstaatlichen Rechtsraum, der etwa für den Fall der Entschädigungszahlungen, die der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) gegen die Mitgliedstaaten nach der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) verhängen kann<sup>58</sup>, überwiegend verneint wird<sup>59</sup>. Mindestens de facto üben die Schiedsgerichte über ihre Schiedssprüche jedoch hoheitliche Gewalt aus. Namentlich Vollstreckungshindernisse sind, soweit überhaupt vorhanden, denkbar gering.<sup>60</sup> Die Staaten folgen den Schiedssprüchen denn auch in aller Regel anstandslos.<sup>61</sup>

Dann aber ist es in besonderem Maße rechtfertigungsbedürftig, warum diese De-facto-Hoheitsgewalt Privaten anvertraut sein soll. Andere Gründe hierfür als politische Rücksichtnahmen sind nicht ersichtlich. Schon deshalb ist eine institutionell orientierte Lösung, also ein internationales Gericht, eindeutig vorzugswürdig.

#### 4.3.1.2 Problem 2: Fehlende Unabhängigkeit der Schiedsrichter

Die Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit ist, gewissermaßen, eine Einbahnstraße: Der Investor kann den Gaststaat verklagen, den umgekehrten Weg gibt es – anders als im Staat-Staat-Verhältnis und den dortigen Schiedsverfahren – grundsätzlich nicht. Dagegen ist auch im Grundsatz nichts einzuwenden, da Ziel des Investitionsschutzes ja gerade der Schutz der Investoren vor dem Zugriff des Gaststaates ist.

Allerdings könnte hier problematisch sein, dass die Schiedsgerichte in der Regel – so auch nach CETA – ad hoc eingesetzt werden. Zwar ist die Wahl grundsätzlich paritätisch ausgestaltet. Die Schiedsrichter kommen indes nur dann zum Zug, wenn es derlei Schiedsverfahren überhaupt gibt. Je restriktiver die Schiedsgerichtsrechtsprechung freilich ausfällt, also je öfter sie zuungunsten der Unternehmen entscheidet, desto weniger Anreize setzt sie für deren Klagen, und umso weniger Schiedsverfahren wird es der Tendenz nach geben. Insoweit mag man sich dann fragen, ob das strukturelle Eigeninteresse der Schiedsrichter an Schiedsverfahren im Hinblick auf ihre Entlohnung nicht tendenzbildend auch für den Inhalt der Schiedssprüche – zugunsten der klagenden Unternehmen – sein könnte. Dieser Bias ist umso gefährlicher, je unbestimmter die Rechtsgrundlagen sind, auf deren Grundlage die Schiedsgerichte Recht sprechen: Je unbestimmter die Rechtsgrundlagen, desto mehr Spielraum für die Schiedsrichter, auch zur Rechtsfortbildung.

Ein Eigeninteresse der Schiedsrichter an Schiedsverfahren besteht zweifellos. Zwar wurde etwa in CETA ihr Entscheidungsspielraum durch präziser gefasste Tatbestände genauer konturiert und mithin begrenzt. Dies dürfte jedoch kaum ausreichen, um die beschriebenen Bedenken der Interessenverschränkung abschließend auszuräumen.

<sup>57</sup> Vgl. Art. 23 Abs. 1, 24 Abs. 1 GG.

<sup>58</sup> Vgl. Art. 41, 46 Abs. 1 EMRK.

<sup>59</sup> Z.B. Deiseroth, in: Umbach/Clemens (2014), Art. 24 GG Rn. 115; Hillgruber, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hg.) (2014), Art. 24 GG Rn. 29; wohl auch Streinz, in: Sachs (2014), Art. 24 GG Rn. 31; referierend Walter (1999), S. 974 f.

<sup>60</sup> Vgl. Crawford (2012), S. 743; Dolzer/Schreuer (2012), S. 300 f.; Schöbener/Markert (2006), S. 106 ff.

<sup>61</sup> Vgl. Kröll, in: Bungenberg/Griebel/Hobe/Reinisch (2015), § 11 VII Rn. 2 f.

Auch vor diesem Hintergrund ist für TTIP die Ad-hoc-Bildung von Investor-Staat-Schiedsgerichten abzulehnen. Stattdessen sollten internationale Gerichte eingesetzt werden, bei denen die Richter unabhängig sind und unabhängig von den einzelnen Fällen entlohnt werden.

#### 4.3.1.3 Problem 3: Mangelnde Transparenz bei Schiedsgerichten

Selbst wenn man Schiedsgerichte als grundsätzlich zulässig ansieht, heißt das noch nicht, dass unbeschadet der Frage nach der Unabhängigkeit der Schiedsrichter (4.3.1.2) jedwede verfahrensrechtliche Ausgestaltung unbedenklich sein müsste. Das gilt namentlich in puncto Transparenz.

Was die Transparenz angeht, wird nicht selten der Vorwurf der „Geheimjustiz“ erhoben. Zur fehlenden Unabhängigkeit der Schiedsrichter komme noch hinzu, dass Schiedsgerichte nicht öffentlich verhandelten und der Zugang zu Dokumenten erschwert sei. Das sind, so sie zutreffen, gewichtige rechtsstaatliche Einwände. Allerdings könnten diese Einwände in Kürze wesentlich der Vergangenheit angehören. Die UNCITRAL hat im Juli 2013 umfassende neue Transparenzregeln verabschiedet, die seit April 2014 in Kraft sind.<sup>62</sup> Dazu zählen grundsätzlich die öffentliche Registrierung aller Verfahren (Art. 2), die Veröffentlichung aller Schriftsätze und Schiedssprüche (Art. 3) sowie die öffentliche Verhandlung (Art. 6).

Auf Neuverträge – also grundsätzlich auch auf TTIP und, modifiziert (siehe Ch. 10 Art. X.33 CETA), auf CETA – finden diese Regeln jedenfalls dann Anwendung, wenn nach den UNCITRAL-Regeln prozessiert wird (vgl. etwa Ch. 10 Art. X.22 CETA). Für Altverträge ist das nicht automatisch der Fall. Die Bundesregierung hat daher im März 2015 die UN-Konvention über Transparenz in Investor-Staat-Schiedsverfahren auf der Grundlage von Verträgen (sog. „Mauritius-Konvention“)<sup>63</sup> unterzeichnet, die die UNCITRAL-Transparenzregeln auch auf Altverträge erstreckt; sie befindet sich derzeit im Ratifikationsprozess. Die Kommission hat für die EU unlängst Vorschläge für Beschlüsse des Rates zu Unterzeichnung<sup>64</sup> und Abschluss<sup>65</sup> der Konvention vorgelegt. Sie tritt in Kraft, sobald mindestens drei Vertragsparteien ratifiziert haben. Sie gilt nur für die Vertragsparteien, die ratifiziert haben. Von vornherein keine Anwendung finden die neuen Regeln auf bereits laufende Schiedsverfahren.

Besondere Transparenzvorschriften wären – aufgrund der dann ohnehin geltenden neuen Transparenzregeln – für TTIP-Schiedsgerichte nicht unbedingt notwendig.

#### 4.3.1.4 Problem 4: Fehlender Instanzenzug privater Schiedsgerichte

Der bei privaten Schiedsgerichten fehlende Instanzenzug ist in zweierlei Hinsicht problematisch:

Zum einen sind Gaststaat und Investor, was die Streitentscheidung und den Rechtsschutz angeht, abschließend der ersten (und letzten) Instanz überantwortet, im schlimmsten Falle ausgeliefert. Die

---

<sup>62</sup> UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration (Effective Date: 1 April 2014), <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-2013/UNCITRAL-Arbitration-Rules-2013-e.pdf> (letzter Zugriff am 19. Juli 2015).

<sup>63</sup> United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration, <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/transparency-convention/Transparency-Convention-e.pdf> (letzter Zugriff am 19. Juli 2015).

<sup>64</sup> Europäische Kommission, Vorschlag COM(2015) 21 final vom 29. Januar 2015 für einen Beschluss des Rates über die Unterzeichnung – im Namen der Europäischen Union – des Übereinkommens der Vereinten Nationen über Transparenz in abkommensverankerten Investor-Staat-Schiedsverfahren.

<sup>65</sup> Europäische Kommission, Vorschlag COM(2015) 20 final vom 29. Januar 2015 für einen Beschluss des Rates über den Abschluss – im Namen der Europäischen Union – des Übereinkommens der Vereinten Nationen über Transparenz in abkommensverankerten Investor-Staat-Schiedsverfahren.

Fehlerkorrektur durch ein Rechtsmittelgericht gibt es prinzipiell nicht.<sup>66</sup> Zu einer Selbstkontrolle führt dann nicht die Möglichkeit der Aufhebung des Urteils, sondern allenfalls das Eigeninteresse der Schiedsrichter an künftigen Verfahren, was seinerseits problematisch ist (4.3.1.2.).

Zum anderen leidet so auch die Kohärenz der Rechtsprechung. Die Aufgabe der Ober- und Höchstgerichte, die Einheitlichkeit der Rechtsprechung zu wahren und das Recht fortzubilden, ist allgemein anerkannt. Zwar kann ein Spruchkörper sich auch „zur Seite hin“ an anderen Schiedsgerichten und Schiedssprüchen statt „nach oben hin“ zum Rechtsmittelgericht orientieren, und (echte) Gerichte sind ohnehin rechtlich unabhängig und nicht strikt an die Rechtsprechung des je höheren Gerichts gebunden. Nur darf man die tatsächlichen Verhältnisse keineswegs unterschätzen. Man stelle sich nur etwa vor, die Zivilgerichtsbarkeit bestünde wesentlich aus einem Flickenteppich von Landgerichten ohne den Bundesgerichtshof (und gegebenenfalls den EuGH oder das BVerfG) in letzter Instanz über sich. Exakt so aber sieht die bisherige Struktur aus – nur dass das „Investitions-Landgericht“ im Zweifel über viel weitreichendere Klagen befindet – und dazu auch noch ad hoc gebildet und privat ist.

Ein Instanzenzug ist für die Einheitlichkeit der Rechtsanwendung, mithin Rechtssicherheit, nach alledem nicht verzichtbar.

#### 4.3.1.5 Fazit

Zur Durchsetzung der materiellen Investitionsschutzvorschriften ist ein internationales Gericht mit Instanzenzug den bislang üblichen – und auch in CETA vorgesehenen – Schiedsverfahren vorzuziehen.

#### 4.3.2 Frage 2: Soll der Investor selbst gegen den Gaststaat klagen können?

Mit der Ablehnung einer Schiedsgerichtsbarkeit (4.3.1) ist noch nicht darüber entschieden, ob der betroffene Investor auch selbst unmittelbar gegen den Gaststaat klagen können soll, wie es auch CETA vorsieht, oder ob eine Mediatisierung durch den Heimatstaat erforderlich ist.

Dass eine auf materiell völkervertraglichen Pflichten aufruhende Schiedsgerichtsbarkeit keineswegs als Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit ausgestaltet sein muss, wurde bereits gesagt (4.1). Namentlich das WTO-System funktioniert auch mit einer (reinen) Staat-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit, ohne dass die Interessen (mittelbar) betroffener Unternehmen, soweit ersichtlich, unter die Räder kämen. Ohnehin ist die hybride Konstruktion einer völkerrechtlichen Klage Privater gegen Staaten der Struktur nach der Ausnahmefall. Aber auch bei einer institutionalisierten Gerichtsbarkeit sind Staat-Staat-Verfahren ohne weiteres konstruktiv möglich. Man denke etwa an das Vertragsverletzungsverfahren nach den europäischen Verträgen, das nicht nur die Europäische Kommission (Art. 258 AEUV), sondern auch andere Mitgliedstaaten (Art. 259 AEUV) gegen den wirklich oder vermeintlich vertragsbrüchigen Mitgliedstaat vor dem EuGH anstrengen können.

Die zum materiellen Investorenschutz erörterten Fragen der Inländerdiskriminierung (3.2.1) stellen sich bei einer Investor-Staat-Gerichtsbarkeit analog. Die Ungleichbehandlung im Vergleich zu Inländern besteht hier darin, dass ausländischen Investoren ein besonderer, gegebenenfalls auch zusätzlicher Rechtsweg eröffnet wird, der auf den ungleich gewährten materiellen Standards aufbaut. Die Relevanz der Frage zeigt etwa das Schiedsverfahren Vattenfall II zum deutschen Atomausstieg: RWE, e.on und Vattenfall klagen vor dem deutschen BVerfG. Die schwedische Vattenfall

<sup>66</sup> Vgl. nur Crawford (2012), S. 743; Dolzer/Schreuer (2012), S. 300.

klagt zusätzlich noch vor einem ICSID-Schiedsgericht nach dem Energiecharta-Vertrag – was den deutschen Unternehmen RWE und e.on mangels materiellen Schutzes von vornherein verwehrt ist. Wer die materielle Ungleichbehandlung als problematisch sieht, dürfte schwerlich umhin kommen, die Problematik in der Rechtsschutzfrage bestätigt und fortgeschrieben zu sehen, sozusagen als „Vertiefung“ der materiellen Diskriminierung. Wer hingegen – wie die Rechtsprechung – schon die materielle Ungleichbehandlung weniger kritisch sieht<sup>67</sup>, wird in der Folge auch in der zugehörigen Rechtswegeröffnung kaum ein Problem eigener Art erkennen können: Der Doppelung der materiellen Standards korrespondiert dann die Doppelung des Rechtsschutzes.

Das geläufige Argument, dass Investor-Staat-Gerichte die Streitigkeiten entpolitisierten und auch deshalb zu befürworten seien<sup>68</sup>, ist zweischneidig. Gerät die Gerichtsbarkeit selbst zum Politikum, wird es ins Leere laufen. Die Politisierung verschiebt sich dann nur: Sie erfolgt nicht mehr zwischen den beteiligten Staaten, sondern zwischen dem Investor und der Öffentlichkeit des Gaststaates.

Für eine Investor-Staat-Gerichtsbarkeit spricht jedoch die dezentrale und insoweit effizientere Durchsetzung der materiellen Standards: Die Investoren werden im eigenen Interesse und ohne Mediatisierung durch den Heimatstaat tätig. Daher ist auch für TTIP eine Klagemöglichkeit des Investors im Ergebnis zu befürworten.

#### **4.4 Forderungen des cep für eine Investitionsschutzgerichtsbarkeit**

Aus den dargestellten Überlegungen lassen sich für TTIP folgende Forderungen hinsichtlich einer Investitionsschutzgerichtsbarkeit ableiten:

- (1) Zur Durchsetzung der materiellen Investitionsschutzvorschriften bedarf es einer internationalen Gerichtsbarkeit, da nationale und unionale Gerichte den materiellen völkerrechtlichen Investitionsschutz nicht durchsetzen können.
- (2) Bei dieser Gerichtsbarkeit sollte es sich nicht wie bisher um ad hoc gebildete Schiedsgerichte handeln. Vielmehr sollte eine echte internationale Gerichtsbarkeit errichtet werden, bei denen die Richter unabhängig sind und unabhängig von den zu entscheidenden Fällen entlohnt werden.
- (3) Um die Einheitlichkeit der Rechtsprechung zu gewährleisten und die Rechtsfortbildung einzuhegen, sollte es Rechtsmittel und einen Instanzenzug geben.
- (4) Ein Klagerecht des Investors gegen den Gaststaat der Investition ist sachgerecht.

---

<sup>67</sup> Vgl. schon Kapitel 3.2.2.

<sup>68</sup> Z.B. Griebel (2008), S. 11 f., 119.

## Literaturverzeichnis

**Bernasconi-Osterwalder N. und Brauch M. (2014):** The State of Play in Vattenfall v. Germany II: Leaving the German Public in the Dark, IISD Briefing Note, online unter: <https://www.iisd.org/publications/state-play-vattenfall-v-germany-ii-leaving-german-public-dark> (zuletzt abgerufen am 19. Juli 2015).

**Bungenberg, M., Griebel, J., Hobe, S. und Reinisch, A. (eds.) (2015):** International Investment Law.

**Crawford, J. (2012):** Brownlie's Principles of Public International Law, 8<sup>th</sup> edition.

**Dolzer, R. und Schreuer, C. (2012):** Principles of International Investment Law, 2<sup>nd</sup> edition.

**Egger, P. und Merlo, V. (2012):** BITs Bite: An Anatomy of the Impact of Bilateral Investment Treaties on Multinational Firms, in: The Scandinavian Journal of Economics 114(4), S. 1240–1266.

**Epping, V. und Hillgruber, C. (Hg.) (2015):** Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz, Edition: 25, Stand: 1. Juni.

**Felbermayr, G. (2014):** Investitionsschutzabkommen zur Sicherung von Direktinvestitionen erforderlich, in: Wirtschaftsdienst, Heft 7, S. 471–475.

**Fischer-Lescano, A. und Horst, J. (2014):** Europa- und verfassungsrechtliche Vorgaben für das Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA), Juristisches Kurzgutachten im Auftrag von attac/München.

**Griebel, J. (2008):** Internationales Investitionsrecht.

**Ipsen, K. (Hg.) (2014):** Völkerrecht, 6. Auflage.

**Herdegen, M. (2014):** Internationales Wirtschaftsrecht, 10. Auflage.

**Jarass, H. D. und Pieroth, B. (2014):** Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 13. Auflage.

**Kafsack, H. (2015):** Rettungsanker Schiedsgericht, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung (F.A.Z.) vom 27. Juni, Nr. 146, S. 21.

**Kerner, A. (2009):** Why Should I Believe You? The Costs and Consequences of Bilateral Investment Treaties, International Studies Quarterly, 53(1), S. 73–102.

**Krajewski, M. (2012):** Wirtschaftsvölkerrecht, 3. Auflage.

**Krajewski, M. (2014):** 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.

**Mayer, F. C. (2014):** Stellt das geplante Freihandelsabkommen der EU mit Kanada (Comprehensive Economic and Trade Agreement, CETA) ein gemischtes Abkommen dar?, Rechtsgutachten für das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie.

**Meyer, J. (Hg.) (2014):** Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Auflage.

**Muchlinski, P., Ortino, F. und Schreuer, C. (eds.) (2008):** The Oxford Handbook of International Investment Law.

**Peinhardt, C. und Allee, T. (2012):** Failure to Deliver: The Investment Effects of US Preferential Economic Agreements, *The World Economy*, S. 757–783.

**Poulsen, L., Bonnitcha, J. und Yackee, J. (2015):** Transatlantic Investment Treaty Protection, Paper No. 3 in the CEPR-CTR Project on “TTIP in the Balance” and CEPS Special Report No. 102.

**Sachs, M. (Hg.) (2014):** Grundgesetz, Kommentar, 7. Auflage.

**Schill, S. (2014):** 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 (Kurzgutachten).

**Schmidt-Bleibtreu, B., Hofmann, H. und Henneke, H.-G. (Hg.) (2014):** Grundgesetz, Kommentar, 13. Auflage.

**Schöbener, B. und Markert L. (2006):** Das International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID): Organisation, Verfahren und aktuelle Entwicklungen, *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft (ZVglRWiss)* Band 105, S. 65–116.

**The World Justice Project (2015):** Rule of Law Index 2015.

**Thym, D. (2015):** Verhinderte Rechtsanwendung: deutsche Gerichte, CETA/TTIP und Investor-Staat-Streitigkeiten, *Verfassungsblog* vom 4. Januar, <http://www.verfassungsblog.de/verhinderte-rechtsanwendung-deutsche-gerichte-cetatiip-und-investor-staat-streitigkeiten/> (zuletzt abgerufen am 19. Juli 2015).

**Tobin, J. und Rose-Ackerman, S. (2003):** Foreign Direct Investment and the Business Environment in Developing Countries: the Impact of Bilateral Investment Treaties, *William Davidson Institute Working Paper Number 587*.

**Umbach, D. C. und Clemens, T. (Hg.) (2002):** Grundgesetz, Mitarbeiterkommentar.

**Von Arnould, A. (Hg.) (2014):** Enzyklopädie Europarecht (EnzEuR), Band 10: Europäische Außenbeziehungen.

**Walter, C. (1999):** Die Europäische Menschenrechtskonvention als Konstitutionalisierungsprozess, in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV)* Band 59, S. 961–983.

**World Economic Forum (2014):** The Global Competitiveness Report 2014-2015.



**2015 erschienen in dieser Reihe:**

- 13/2015: Reform des Emissionshandels (Juli 2015)
- 12/2015: Was tun mit der EU-Arbeitszeitrichtlinie? (Juni 2015)
- 11/2015: Die Europäische Bürgerinitiative. Erfahrungen der ersten drei Jahre (Juni 2015)
- 10/2015: Das Braunkohle-Paradoxon. Klimaschutz durch „Klimabeitrag“? (Juni 2015)
- 09/2015: Exceptions to Copyright. Should optional exceptions be made mandatory? (Juni 2015)
- 08/2015: Netzneutralität (April 2015)
- 07/2015: Basel III: Liquiditätsquote für Banken (April 2015)
- 06/2015: Gemeinsamer Gaseinkauf (März 2015)
- 05/2015: Erweitert das Emissionshandelssystem! (März 2015)
- 04/2015: Subsidiarität mit Leben füllen (März 2015)

**Die Autoren:**

Dr. Matthias Kullas leitet am cep | Centrum für europäische Politik den Fachbereich Binnenmarkt und Wettbewerb.

RA Oliver Sauer leitet am cep | Centrum für Europäische Politik den Fachbereich Institutionelles Recht, Justiz und Verbraucherschutz.

**cep | Centrum für Europäische Politik**

Kaiser-Joseph-Straße 266 | D-79098 Freiburg

Telefon +49 761 38693-0 | [www.cep.eu](http://www.cep.eu)

Das cep ist der europapolitische Think Tank der gemeinnützigen Stiftung Ordnungspolitik. Es ist ein unabhängiges Kompetenzzentrum zur Recherche, Analyse und Bewertung von EU-Politik.