

Braucht TTIP Investitionsschutzvorschriften?

Anforderungen an den materiellen Investitionsschutz und an die Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit

Matthias Kullas und Oliver Sauer

Executive Summary

Investitionsschutzvorschriften in internationalen Abkommen umfassen materielle Bestimmungen und Verfahrensregeln zu deren Durchsetzung. Der materielle Investitionsschutz umfasst insbesondere Schutz vor Enteignung, Inländerbehandlung und Meistbegünstigung. Zu seiner Durchsetzung werden in der Regel Investor-Staat-Schiedsgerichte vereinbart.

Da kein vollständiger Entwurf eines TTIP-Investitionsschutzkapitels vorliegt, wird nachfolgend auf das ausverhandelte Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) zwischen der EU und Kanada Bezug genommen, das dem Vernehmen nach als Blaupause für TTIP dient.

Materielle Bestimmungen

Enteignungsschutz in TTIP nicht notwendig

- ▶ Der Enteignungsschutz für ausländische Investoren kann zu zwei Problemen führen:
- ▶ Erstens kann der Schutz vor Enteignung staatliche Regulierung unangemessen erschweren. Dem kann Rechnung getragen werden, indem – wie in CETA – die Regulierung gestattet ist, soweit sie diskriminierungsfrei erfolgt, legitimen Gemeinwohlzwecken dient und nicht offensichtlich unverhältnismäßig ist. Ein regulatory chill ist dann nicht zu befürchten.
- ▶ Zweitens kann der Schutz vor Enteignung zu Wettbewerbsverzerrungen führen, indem ausländische Investoren bei einer Enteignung entschädigt werden, heimische hingegen nicht (Inländerdiskriminierung). In Deutschland ist dies insbesondere bei indirekten Enteignungen denkbar, die nach deutschem Recht entweder rückgängig zu machen oder hinzunehmen sind; eine Entschädigung ist für inländische Investoren grundsätzlich ausgeschlossen.
- ▶ **cepEmpfehlung:** Ein spezieller Enteignungsschutz für ausländische Investoren sollte nicht in TTIP aufgenommen werden. Vielmehr sollte der in der EU und in den USA den Inländern gewährte Enteignungsschutz, soweit nicht bereits der Fall, konsequent auch ausländischen Investoren gewährt werden.

Inländerbehandlung – wie in CETA formuliert – auch in TTIP

- ▶ Inländerbehandlung bedeutet, dass der ausländische Investor genauso wie ein inländischer zu behandeln ist. Andernfalls kann das inländische Recht ausländischen Investoren Rechte vorenthalten, die es inländischen gewährt. Ohne Inländerbehandlung gäbe es Wettbewerbsnachteile für ausländische Investoren.
- ▶ Die Inländerbehandlung, wie CETA sie vorsieht, meint keine vollständige Gleichbehandlung aus- und inländischer Investoren. Vielmehr enthält CETA Ausnahmeklauseln, die in bestimmten Fällen eine ungleiche Regulierung erlauben, etwa aus Gründen des Gesundheitsschutzes.
- ▶ **cepEmpfehlung:** Die in CETA enthaltenen Regelungen zur Inländerbehandlung stellen einerseits weitgehend einheitliche Wettbewerbsbedingungen zwischen inländischen und ausländischen Investoren sicher, schränken andererseits aber die staatlichen Regulierungsmöglichkeiten auch nicht übermäßig ein. Eine entsprechende Regelung in TTIP ist daher zu empfehlen.

Meistbegünstigung – wie in CETA formuliert – auch in TTIP

- ▶ Meistbegünstigung bedeutet, dass jeder ausländische Investor sich auf die für ihn günstigsten Vorschriften berufen kann, die der Gaststaat mit einem beliebigen Drittstaat vereinbart hat. Der Investor kann sich das für ihn günstigste Recht aussuchen (daher auch „Rosinentheorie“).
- ▶ Die bei der Inländerbehandlung erwähnten Ausnahmen gelten in CETA auch für die Meistbegünstigung, sodass auch insoweit keine strikte Gleichbehandlung – hier gegenüber Investoren aus Drittstaaten – besteht.
- ▶ **cepEmpfehlung:** Die in CETA enthaltene Meistbegünstigung vermeidet eine Diskriminierung zwischen ausländischen Unternehmen weitgehend, ohne die staatlichen Regulierungsmöglichkeiten übermäßig einschränken. Eine entsprechende Regelung in TTIP ist daher zu empfehlen.

Verfahrensregeln

Internationales Gericht statt privates Schiedsgericht

- ▶ Private Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit bedeutet, dass sich der Gaststaat bei Investitionsschutzstreitigkeiten dem Urteil privater Dritter unterwirft.
- ▶ Die Staaten folgen den Schiedssprüchen in aller Regel anstandslos. Vollstreckungshindernisse gibt es praktisch nicht. Warum diese De-facto-Hoheitsgewalt Privaten anvertraut sein sollte, ist in besonderem Maße rechtfertigungsbedürftig. Vorgebliche Neutralität oder Effizienz sind keine zureichenden Rechtfertigungsgründe, da sie sich auch auf anderem Wege erreichen lassen.
- ▶ **cepEmpfehlung:** Zur Durchsetzung der materiellen Investitionsschutzvorschriften ist ein internationales Gericht den bislang üblichen – und auch in CETA vorgesehenen – privaten Schiedsverfahren vorzuziehen.

Unabhängige Richter, Instanzenzug, Rechtsmittel

- ▶ Die Schiedsrichter haben ein Eigeninteresse an Schiedsverfahren. Je öfter sie gegen die klagenden Unternehmen entscheiden, desto weniger Anreize setzen sie für deren Klagen, und umso weniger Schiedsverfahren wird es geben. Das könnte tendenzbildend auch für den Inhalt der Schiedssprüche wirken – zugunsten der klagenden Unternehmen.
- ▶ Der bei privaten Schiedsgerichten fehlende Instanzenzug ist in zweierlei Hinsicht problematisch: Zum einen gibt es keine Fehlerkorrektur durch ein Rechtsmittelgericht. Zum anderen leidet so auch die Kohärenz der Rechtsprechung, weil es keine übergeordnete Instanz gibt, die die Einheitlichkeit der Rechtsprechung wahren und das Recht fortbilden kann.
- ▶ **cepEmpfehlung:** Künftig sollte es eine echte Gerichtsbarkeit zur Streitbeilegung geben. Deren Richter müssen unabhängig sein, insbesondere unabhängig von den zu entscheidenden Fällen entlohnt werden. Ein Instanzenzug mit Rechtsmitteln ist für die Rechtssicherheit unverzichtbar.

Der Investor selbst soll klagen können

- ▶ Das Argument, ein Klagerecht des Investors entpolitisiere die Streitigkeiten und sei deshalb zu befürworten, ist zweischneidig. Ist dieses Klagerecht seinerseits ein Politikum, läuft es ins Leere. Die Politisierung verschiebt sich dann nur: Sie erfolgt nicht mehr zwischen den Staaten, sondern zwischen dem ausländischen Investor und dem Gaststaat.
- ▶ Für ein unmittelbares Klagerecht des Investors spricht jedoch die dezentrale und so effizientere Durchsetzung der materiellen Standards: Der Umweg über eine Klage des Heimatstaates gegen den Gaststaat entfällt.
- ▶ **cepEmpfehlung:** Die dezentrale Durchsetzung der materiellen Standards durch den Investor selbst ist im Zweifel effizienter. Daher ist auch für TTIP eine Klagemöglichkeit des Investors im Ergebnis zu befürworten.