

Stellungnahme: Freihandelsabkommen EU und Kanada (CETA), Investitionsschutz

Univ.-Prof. Dr. Ursula Kriebaum

Einleitung

Die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit dient zwei hauptsächlichen Zielen: Das eine ist die wirtschaftliche Entwicklung, darauf einzugehen, überlasse ich Ökonomen; das andere die Vermeidung internationaler Konflikte. Letzteres erklärt, warum es auf dem Höhepunkt des kalten Krieges in einem völkerrechtlichen Vertrag, der ICSID Konvention 1965 verankert wurde.

Es gab eine Zeit als die Konflikte über die Behandlung ausländischer Investoren die Ursache erbitterter Konfrontationen zwischen den Gaststaaten und den Heimatstaaten der Investoren waren. Manchmal führten diese Konflikte bis zu bewaffneten Auseinandersetzungen. Beispielsweise hat der noch immer nicht beigelegte Konflikt zwischen Kuba und den USA seinen Ursprung in einem Investitionsstreit. Das gleiche gilt für die kriegerischen Auseinandersetzungen zwischen Großbritannien und Frankreich einerseits und Ägypten andererseits nach der Verstaatlichung des Suez Kanals im Jahre 1956. Diese Streitigkeiten waren das Ergebnis der Unfähigkeit, Investitionsstreitigkeiten in geordneter Weise durch Schiedsgerichte beizulegen.

Auch unterhalb der Schwelle der Waffengewalt sind die Alternativen zur Schiedsgerichtsbarkeit für die beteiligten Staaten keineswegs erfreulich. Der Schutz von Investoren durch deren Heimatstaat mittels diplomatischen Schutzes führt unweigerlich zu einem zwischenstaatlichen Streit und ist eine Belastung der politischen Beziehungen.

Bisher waren Bilaterale Investitionsschutzverträge (BITs) die wichtigste rechtliche Basis für den Investitionsschutz (es gibt ca. 3500). Das CETA verbindet ein klassisches Freihandelsabkommen mit dem typischen Inhalt eines BITs. BITs sind nicht nur im Nord-Süd und im Ost-West Verhältnis abgeschlossen worden. Eine wachsende Anzahl wird nunmehr auch zwischen Entwicklungsländern abgeschlossen (ca. 600). Es ist schwer vorstellbar, dass all diese Staaten ein halbes Jahrhundert lang unter einem wirtschaftspolitischen Irrtum gehandelt haben oder im Interesse von mächtigen Multis vorgingen. Deutschland hat besonders viele solcher Verträge. Etwa die Hälfte aller weltweit abgeschlossenen BITs haben EU Mitglieder als Vertragsparteien.

Ein Blick auf Schiedsverfahren, die nach BITs abgewickelt wurden, zeigt, dass diese überwiegend zum Vorteil von EU Mitgliedsstaaten und deren Investoren ausgegangen sind. Während der Prozentsatz der EU Mitglieder an den beklagten Staaten mit nur 12% gering ist, ist der Prozentsatz von EU Investoren unter den Klägern sehr hoch. In mehr als der Hälfte aller ICSID Fälle (54%) war die Klägerin aus einem EU Mitgliedsstaat. Dabei lag die Erfolgsquote für Kläger aus der EU mit 48% etwas höher als für Kläger insgesamt. (Quelle: Statistik von ICSID).

Solange Investitionsschutzverträge von europäischen Staaten mit Entwicklungsländern oder Staaten des früheren Ostblocks abgeschlossen wurden, nahm kaum jemand Anstoß an ihnen und deren Schiedsklauseln. Die Ablehnung entstand erst, als versucht wurde, diese Mechanismen auf Verträge zwischen entwickelten Industrieländern auszudehnen. Die Vorstellung, dass man diese Schutzsysteme nur im Verhältnis zu bestimmten Staaten mit offenbar minderwertigeren Rechtssystemen braucht, signalisiert eine deutliche Herablassung gegenüber diesen Staaten.

Materielle Schutzstandards im CETA

Das Verhandlungsmandat führte als Ziel an: „*highest possible level of legal protection and certainty for European investors*“, „*promotion of the European standards of protection*“. Die Abkommen sollen aufbauen auf „*the Member States’ experience and best practice regarding their bilateral investment agreements*“. Im Vertragsentwurf mit Kanada (*Consolidated CETA Text, 1 August 2014*) hat man hier erhebliche Abstriche gemacht.

Der in der Praxis wichtigste Standard in Investitionsschutzabkommen ist faire und gerechte Behandlung (fair and equitable treatment (FET)). Der CETA Entwurf enthält zwar eine Bestimmung über FET enthält aber eine Reihe einschränkenden Qualifikationen: Ein „*breach of due process*“ muss „*fundamental*“ sein. *Arbitrariness* muß „*manifest*“ sein. *Discrimination* muß nicht nur „*targeted*“ sein sondern auch „*on manifestly wrongful grounds, such as gender, race or religious belief*“ erfolgen. Dazu kommt, dass der Begriff des FET einer laufenden Überprüfung durch die Vertragsparteien unterliegen soll. Dies trägt nicht zur Rechtssicherheit bei. Wenn dies auch während laufender Verfahren passieren sollte, was der Text nicht ausschließt, ist dies rechtsstaatlich bedenklich.

Auch der sehr wichtige Begriff der „*full protection and security*“ wird im CETA Entwurf einschränkend umschrieben. Er soll sich nur mehr auf die physische Sicherheit und nicht mehr auch auf rechtliche Sicherheit von Investoren beziehen. Dieser Punkt ist in der bisherigen Schiedspraxis umstritten. Es wurde auch hier die restriktive Variante und nicht das „*highest possible level of legal protection*“ gewählt.

Die Bestimmung über die Enteignung geht zunächst von den traditionellen 4 Elementen für deren Legalität aus: a) öffentlicher Zweck, b) faires Verfahren, c) keine Diskriminierung sowie d) prompte, angemessene und effektive Entschädigung. Diese Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein, damit eine rechtmäßige Enteignung vorliegt. Allerdings wird im CETA Entwurf in einem Annex die sog *police powers* Doktrin ausdrücklich übernommen. Sie wird dort wie folgt umschrieben:

For greater certainty, except in the rare circumstance where the impact of the measure or series of measures is so severe in light of its purpose that it appears manifestly excessive, non-discriminatory measures of a Party that are designed and

applied to protect legitimate public welfare objectives, such as health, safety and the environment, do not constitute indirect expropriations.

Diese Einschränkung trägt dem von ISDS Kritikern vorgetragenen Wunsch nach Absicherung der staatlichen Regulierungsmöglichkeiten, ohne schadenersatzpflichtig zu werden, Rechnung.

Die Einschränkung ist nicht neu und findet sich schon bisher in einigen Entscheidungen (zB *Methanex*) und in den neueren US und kanadischen Model BITs. Dennoch sollte man sich über die Folgen dieser Einschränkung im Klaren sein: Sofern zwei der Kriterien für die Legalität einer Enteignung erfüllt sind (Nichtdiskriminierung und öffentliches Interesse) liegt keine Enteignung vor und das vielleicht wichtigste Kriterium (Entschädigung) entfällt. Anders ausgedrückt: Enteignungsgleiche Maßnahmen im öffentlichen Interesse waren immer erlaubt, allerdings musste Entschädigung bezahlt werden. Jedoch nach der police powers Doktrin liegt gar keine Enteignung vor, sofern legitime öffentliche Interessen verfolgt werden („*legitimate public welfare objectives*“). Die Folge ist, dass die Entschädigungspflicht entfällt. Die finanziellen Konsequenzen der Maßnahmen im öffentlichen Interesse werden also von der öffentlichen Hand auf den Investor überwält.

Ebenfalls ein Novum in Enteignungsbestimmungen ist, dass für die Feststellung, ob eine indirekte Enteignung vorliegt, auch „*intent*“ also die Absicht des enteignenden Staates erheblich sein soll. Dies widerspricht der bisherigen Praxis und bedeutet eine fast unüberwindliche Beweislast für Investoren.

Ein wichtiger Grundsatz im Internationalen Investitionsrecht ist eine Meistbegünstigungsklausel (MFN). Sie verspricht dem Investor die beste Behandlung, auf die ein Drittstaatsangehöriger Anspruch hat. Das Verhandlungsmandat mit Kanada sprach von „*unqualified most-favoured nation treatment*“. Der CETA Text beinhaltet jedoch eine extrem eingeschränkte MFN Klausel. Nicht nur wird die Anwendung der Meistbegünstigungsklausel auf die Streitbeilegung ausgeschlossen. Sie soll auch nicht auf materielle Standards in anderen Verträgen mit Drittstaaten anwendbar sein. Die Anwendung von MFN Klauseln auf die Streitbeilegung war bisher umstritten. Hier wurde also die restriktivere Variante gewählt. Die Anwendung von MFN Klauseln auf Standards in anderen Verträgen ist aber im Investitionsrecht in der Praxis akzeptiert und wird als das wesentliche Element einer Meistbegünstigungsklausel angesehen. Ihr Ausschluss ist eine drastische Beeinträchtigung des Schutzes vor Diskriminierung.

Das CETA Verhandlungsmandate sah auch die Aufnahme einer in Investitionsschutzverträgen üblichen sogenannten Schirmklausel („*umbrella clause*“) vor. Eine derartige Klausel sichert die Einhaltung ‚sonstiger Verpflichtungen‘ etwa nach staatlichem Recht zu. Eine derartige Klausel wurde jedoch nicht in den CETA Text aufgenommen.

Insgesamt lässt sich also im CETA Text eine Absenkung des Investitionsschutzes gegenüber typischen europäischen BITs feststellen. Die Änderungen gegenüber typischen europäischen BITs bei der Formulierung der Schutzstandards trägt hauptsächlich dem Wunsch nach Absicherung der entschädigungslosen staatlichen Regulierungsmöglichkeiten Rechnung.

Schiedsverfahren

Bei Investor-Staat Schiedsgerichten handelt es sich nicht um private Sondergerichte, sondern um ein von einem zwischenstaatlichen Vertrag vorgesehenes Verfahren, was dem System die Privatheit nimmt. Diese Art der Streitschlichtung ist im internationalen Verkehr sowohl zwischen Staaten als auch zwischen Staaten und Individuen üblich und kommt oft gerade in heiklen Situationen zum Einsatz. So wurde etwa der jahrelange Streit zwischen Slowenien und Kroatien um die Staatsgrenzen und den Zugang zum Mittelmeer einem Schiedsgericht überantwortet.

Auch im nationalen wie im internationalen Wirtschaftsverkehr hat die Schiedsgerichtsbarkeit seit langer Zeit einen festen Platz. Der größte Teil von Meinungsverschiedenheiten, die sich aus internationalen Wirtschaftstransaktionen ergeben, wird nicht durch die Gerichte sondern durch von den Parteien vereinbarte Schiedsgerichte beigelegt. Die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit ist also keineswegs eine Besonderheit oder Ausdruck spezieller Privilegien.

Transparenz

Einer der wichtigsten Kritikpunkte an den Schiedsverfahren betraf die Transparenz bei deren Durchführung. In diesem Bereich haben in den letzten Jahre sehr wesentlichen Entwicklungen stattgefunden: etwa die Neufassung der ICSID Arbitration Rules im Jahre 2006 oder die UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration aus dem Jahre 2013. Diese neuen Normen, sind alle im CETA berücksichtigt. Die darin vorgesehene Transparenz in Investitionsschiedsgerichtsverfahren geht weit über die in staatlichen Gerichtsverfahren hinaus. Schriftsätze, ExpertInnen Gutachten sind ebenso wie die Schiedssprüche und Prozessleitenden Verfügungen öffentlich zu machen. Die Anhörungen werden ebenfalls öffentlich sein. In der Praxis wird das Problem nicht in mangelnder Transparenz sondern in der fast nicht mehr überschaubaren Fülle von Informationen liegen.

Unberechtigte Klagen

Ein anderer Vorwurf lautet die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit öffne das Tor für unerwünschte und unberechtigte Klagen. Die Beispiele für diesen Vorwurf betreffen fast immer Fälle, die noch anhängig sind, wo also noch gar keine Sachentscheidung vorliegt (zB *Philip Morris v. Australien*).

Ein System zur Streitbeilegung sollte man nach seinen Ergebnissen bewerten und nicht nach den erhobenen Ansprüchen. In jedem Rechtssystem, sei es durch Gerichte oder Schiedsgerichte, gibt es Klagen, die ungerechtfertigt erscheinen. Das mag ein Grund sein, diese Klagen abzuweisen, nicht aber ein Grund, den Rechtsschutz in Frage zu stellen. Wollte man ein Rechtssystem nicht nach den von ihm produzierten Entscheidungen beurteilen, sondern danach ob die erhobenen Ansprüche berechtigt sind, müsste man den Europäischen Menschenrechtsgerichtshof abschaffen. Die große Mehrheit der dort erhobenen Klagen scheitert.

Im CETA wurde zur schnellen Behandlung unberechtigt scheinender Klagen eine Bestimmung vorgesehen, gemäß welcher der beklagte Staat bei einer offensichtlich unbegründeten Klagen („manifestly without legal merit“) deren Abweisung in einem Schnellverfahren beantragen kann.

Abschließende Bemerkungen

Ein häufig geäußertes Vorwurf lautet, der Investitionsschutz beeinträchtigt den regulativen Freiraum der Staaten. Tatsächlich schränkt die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit aber nicht die legitime regulative Tätigkeit des Staates ein. Vielmehr stellt sie sicher, dass die regulative Tätigkeit tatsächlich legitim ist. Die Judikatur zeigt, dass die Schiedsgerichte legitime staatliche regulative Tätigkeit stets respektiert haben. Das zeigt sich etwa deutlich in Fällen, in denen es um Maßnahmen zum Schutze der Umwelt ging. Ich kenne keinen Fall, in dem ein Schiedsgericht gegen einen Staat entschieden hat, der eine Maßnahme ergriffen hat, die genuin im öffentlichen Interesse war. Der CETA Text sichert die staatlichen Möglichkeiten zu regulierenden Maßnahmen, ohne entschädigungspflichtig zu werden, ausdrücklich ab.

Die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit ist auch nicht undemokratisch, wie manchmal behauptet wird. Gerade die Einschränkung des staatlichen Handlungsspielraums durch allgemein gültige Normen und Entscheidungen durch unabhängige und unparteiische Instanzen entsprechen dem Wesen der Demokratie.