

Investitionsschutz in TTIP und CETA

Thomas Fritz, PowerShift e.V.

Berlin, 12.3.2015

Stellungnahme für die öffentliche Anhörung des Ausschusses für Wirtschaft und Energie des Deutschen Bundestages am 16. März 2015

Inhalt

1. Investitionsschutz: Risiken ohne Nutzen.....	2
2. Breiter Investitionsbegriff: Briefkastenfirmen nicht wirklich ausgeschlossen.....	2
3. Marktzugang: Konflikte mit staatlicher Regulierung.....	3
4. Inländerbehandlung: Gefahr durch de-facto-Diskriminierung.....	4
5. Billige und gerechte Behandlung: Zwang zum „stabilen Regulierungsumfeld“.....	4
6. Schirmklausel: gewöhnliche Vertragsstreitigkeiten vor internationalen Tribunalen.....	5
7. Indirekte Enteignung: Ein breiter Interpretationsspielraum.....	6
8. ISDS: Reformen ändern nichts am Kern der Verfahren.....	7
9. Anhang über öffentliche Schulden: Klagen gegen Umschuldungen.....	8

1. Investitionsschutz: Risiken ohne Nutzen

Die angestrebte Integration von Investitionsschutzregeln in das TTIP-Abkommen ist nicht nur vor dem Hintergrund überflüssig, dass beide Partner entwickelte Rechtssysteme aufweisen, sondern sie ist auch ökonomisch widersinnig. Es gibt bisher keine überzeugenden Nachweise, dass bilaterale Investitionsschutzabkommen den Zufluss ausländischer Direktinvestitionen stimulieren würden, was die UNCTAD in einer jüngsten Studie erneut bestätigte.¹

Für Investitionsentscheidungen ist das Vorhandensein von Investitionsschutzabkommen weitgehend irrelevant. Entscheidende Faktoren für Investitionen sind vielmehr das Wachstum eines Marktes, eine kaufkräftige Nachfrage, qualifizierte Arbeitskräfte und eine gut ausgebaute Infrastruktur – alles Faktoren, die in der EU derzeit vor allem durch den Austeritätsskurs gefährdet werden.

Einem kaum nachweisbaren ökonomischen Nutzen stehen jedoch manifeste ökonomische Risiken entgegen, vor allem durch die hohen Entschädigungszahlungen, zu denen Regierungen in Investor-Staat-Verfahren (Investor-State Dispute Settlement – ISDS) verurteilt werden können. ISDS soll nach bisherigem Stand in das TTIP-Investitionskapitel integriert werden.

Die EU-Kommission hat Reformen des Investitionsschutzes in TTIP in einer öffentlichen Konsultation zur Diskussion gestellt. Diese Vorschläge wurden bereits zu großen Teilen in den Text des EU-Freihandelsabkommens mit Kanada (CETA) integriert.² Eine Analyse des CETA-Textes zeigt aber, dass die Reformen die zahlreichen Defizite des Investitionsschutzes und der ISDS-Verfahren nicht beseitigen.

2. Breiter Investitionsbegriff: Briefkastenfirmen nicht wirklich ausgeschlossen

Das CETA-Investitionskapitel enthält eine sehr breite kapitalbasierte Definition von Investitionen (Art. X.3). Als Investition gilt demnach jede Form von Vermögensgegenstand, die ein Investor direkt oder indirekt kontrolliert. Beispielhaft aufgelistet werden u.a.

¹ UNCTAD 2014: Trade and Development Report 2014: Global governance and policy space for development, New York/Geneva, S. 159

² Consolidated CETA Text, Published on 26 September 2014, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf

Unternehmen, Aktien, Anleihen, Konzessionen, Bauverträge sowie geistige Eigentumsrechte. Unter den Investitionsschutz fallen insofern auch Dienstleistungskonzessionen, die in der kommunalen Daseinsvorsorge eine wichtige Rolle spielen.

Laut CETA-Definition kann ein Investor sowohl ein Unternehmen als auch eine natürliche Person sein. Eine weitere Bestimmung besagt, dass Unternehmen substantielle Geschäftsaktivitäten („*substantial business activities*“) in der EU oder Kanada unterhalten müssen, um als Investoren zu gelten. Die Kommission meint, mit dieser Klausel würden Briefkastenfirmen ausgeschlossen.

Was eine substantielle Geschäftsaktivität sein soll, ist aber nicht weiter präzisiert und entsprechend interpretationsfähig. Aufgrund des breiten Investitionsbegriffs könnte es u.U. genügen, wenn ein Investor einige Aktien eines EU-Unternehmens hält, um eine „substantielle Geschäftsaktivität“ nachzuweisen und in den Genuss des Investitionsschutzes zu kommen.

3. Marktzugang: Konflikte mit staatlicher Regulierung

Die Bestimmungen über den *Marktzugang* (Art. X.4) beziehen sich auf staatliche Maßnahmen aller Verwaltungsebenen (national, regional, lokal). Sie untersagen mehrere die Investition beeinträchtigende Marktzugangsaufgaben, und zwar hinsichtlich der Zahl ausländischer Unternehmen (z.B. durch numerische Quoten oder wirtschaftliche Bedarfstests), des Werts der Investition, der Menge des Outputs oder der Höhe ausländischer Kapitalbeteiligungen. Ferner untersagt sind Auflagen, die den Unternehmen die Wahl einer Rechtsform vorschreiben.

Verschiedene staatliche Regulierungsmaßnahmen könnten in Konflikt mit den Marktzugangspflichten geraten, etwa die Verweigerung von Betriebsgenehmigungen, um Verdrängungskonkurrenz und Dumpingwettbewerb zu vermeiden. Derartige Maßnahmen könnten als unerlaubte „mengenmäßige Beschränkung“ interpretiert werden. Dies ist relevant etwa bei der Genehmigung von Einkaufszentren, Supermärkten, Verkehrsunternehmen, Praxen und Kanzleien.

Daneben könnten die Marktzugangsregeln den Privatisierungsdruck auf Sparkassen erhöhen. Einige Bundesländer erlauben es Sparkassen, Stammkapital zu bilden, was aufgrund der Handelbarkeit des Stammkapitals ein Privatisierungsrisiko birgt. Aus diesem Grunde haben

die Bundesländer die Übertragbarkeit des Stammkapitals meist in der Höhe gedeckelt und den Erwerb auf öffentlich-rechtliche Institute beschränkt. Diese Maßnahmen könnten aber als Vertragsverstöße interpretiert werden, da mengenmäßige Beschränkungen von Kapitalbeteiligungen und Auflagen über die Rechtsform vorgenommen wurden.

4. Inländerbehandlung: Gefahr durch de-facto-Diskriminierung

Die *Inländerbehandlung* (Art. X.6) verlangt, dass die Vertragsparteien den Investoren der jeweils anderen Partei keine weniger günstige Behandlung zukommen lassen als den eigenen Investoren in gleichartigen Situationen. Staatliche Maßnahmen, die inländische gegenüber ausländischen Unternehmen besserstellen, sind mit diesem Prinzip unvereinbar. Dies gilt grundsätzlich auch für Subventionen und andere Vergünstigungen.

Hinzu kommt, dass dieses Prinzip auch indirekte bzw. de-facto-Diskriminierungen erfasst. Formal neutrale staatliche Maßnahmen, die sich gleichermaßen auf in- und ausländische Anbieter beziehen, können als Verstoß gegen die Inländerbehandlung gelten, wenn nachgewiesen werden kann, dass ausländische Anbieter in besonderer oder ausschließlicher Weise betroffen sind.³

Wird der Investitionsschutz in dieser Form auch in TTIP integriert, können zum Beispiel US-Konzerne, die marktbeherrschende Stellungen in bestimmten Branchen innehaben – etwa Amazon beim Online-Buchhandel – mißliebige staatliche Auflagen als de-facto-Diskriminierung angreifen.

5. Billige und gerechte Behandlung: Zwang zum „stabilen Regulierungsumfeld“

Das in CETA enthaltene Prinzip der *billigen und gerechten Behandlung* (fair and equitable treatment - FET) ist der meist genutzte Schutzstandard in ISDS-Verfahren. Manche Tribunale haben ihn so ausgelegt, dass er Investoren ein Recht auf ein „stabiles Regulierungsumfeld“ gewährt, das ihre „legitimen Erwartungen“ erfüllt. Gesetzesänderungen oder die Einführung neuer Regulierungsaufgaben werden dadurch potenziell angreifbar.

³ Krajewski, Markus/Kynast, Britta 2014: Auswirkungen des Transatlantischen Handels- und Investitionsabkommens (TTIP) auf den Rechtsrahmen für öffentliche Dienstleistungen in Europa, Studie im Auftrag der Hans-Böckler-Stiftung, Erlangen-Nürnberg, 1. Oktober 2014

Die Kommission macht allerdings geltend, dass die FET-Definition in CETA geeignet sei, den breiten Interpretationsspielraum von Investitionstribunalen einzugrenzen. Dazu listet Artikel X.9 zum einen einige Tatbestände auf, die einen FET-Verstoß darstellen sollen, zum anderen koppelt er die „legitimen Erwartungen“ an eine „spezifische Darstellung“ (*specific representation*) von offizieller Seite gegenüber den Investoren.

Doch es ist zu bezweifeln, dass die aufgelisteten Tatbestände (etwa Verweigerung von Rechtsmitteln, Verstöße gegen Verfahrensgrundsätze, offensichtliche Willkür) die Tribunale von einer weiten Auslegung abhalten, da auch vergangene Präzisierungsversuche, wie sie etwa die NAFTA-Staaten vor einigen Jahren vornahmen, fruchtlos blieben.⁴

Zudem stützen Investoren ihre Klagen genau auf die in CETA aufgelisteten Tatbestände. So beklagt zum Beispiel das Unternehmen Lone Pine bei seiner Investitionsklage gegen Kanada, das Fracking-Moratorium der kanadischen Provinz Quebec sei „willkürlich, unberechenbar und illegal“ gewesen.⁵ In einem anderen Fall befand ein Schiedstribunal, dass die argentinische Provinz Santa Fe durch die Verweigerung von Gebührenerhöhungen die „legitimen Erwartungen“ des Wasserversorgers Suez missachtet und damit gegen das Gebot der „billigen und gerechten Behandlung“ verstoßen habe.⁶

6. Schirmklausel: gewöhnliche Vertragsstreitigkeiten vor internationalen Tribunalen

Es ist unklar, was unter einer „*specific representation*“ (spezifische Darstellung) zu verstehen ist, an welche die „legitimen Erwartungen“ eines Investors gekoppelt werden sollen. Statt zu einer Eingrenzung des Anwendungsbereichs der FET-Klausel kann diese Bestimmung auch zu einer gefährlichen Ausweitung führen, da sie die Funktion einer sogenannten Schirmklausel („*umbrella clause*“) erfüllt.⁷

4 Porterfield, Matthew C. 2013: A Distinction Without a Difference? The Interpretation of Fair and Equitable Treatment Under Customary International Law by Investment Tribunals. IISD, 22. März

5

Siehe:

<http://www.canadians.org/media/lone-pine-resources-files-outrageous-nafta-lawsuit-against-fracking-ban>

6 Suez vs. Argentine, ICSID Case No. ARB/03/17, Decision on Liability, 30.7.2010

7 Sinclair, Scott et al. 2014: Making Sense of CETA. An Analysis of the Final Text of the Comprehensive Economic and Trade Agreement, Canadian Centre for Policy Alternatives, September 2014

Nach weiten Interpretationen internationaler Schiedstribunale umfasst die Schirmklausel sämtliche Verpflichtungen, die Staaten oder staatliche Behörden gegenüber Investoren eingegangen sind.⁸ Da zu der „spezifischen Darstellung“ einer Regierung gegenüber Investoren auch vertragliche Verpflichtungen zählen können, ließe sich jegliche Verletzung eines Vertrags zwischen staatlichen Behörden und kanadischen Investoren als CETA-Verstoß interpretieren.

Die Schirmklausel hebt gewöhnliche Streitigkeiten, die üblicherweise vom nationalen Vertragsrecht geregelt werden, auf die internationale Ebene eines Handelsabkommens. Dies gilt auch für Verträge, die gar keine internationale Streitschlichtung vorgesehen haben. Damit ermöglicht die Schirmklausel eine unübersehbare Zahl potenzieller Investitionstreitfälle, die nicht mehr vor nationalen Gerichten, sondern vor internationalen Tribunalen verhandelt werden. Dies kann etwa bei großen Bauvorhaben geschehen, die sehr häufig zu Vertragsstreitigkeiten führen.

7. Indirekte Enteignung: Ein breiter Interpretationsspielraum

Als weiteren bedeutsamen materiellen Schutzstandard enthält CETA die *indirekte Enteignung* (Artikel X.11). Die in einem speziellen Anhang (Annex X.11, S. 183) enthaltene Definition dieses Standards soll ebenfalls eine breite Auslegung verhindern. Doch auch sie ist kaum geeignet, den Interpretationsspielraum einzuengen.

So wird die indirekte Enteignung als Maßnahme oder Serie von Maßnahmen definiert, deren Wirkung einer Enteignung gleichkommt, indem sie die Verfügungsrechte des Investors an seinem Eigentum substanziell beeinträchtigt. Als zulässig hingegen gelten nur solche Regierungsmaßnahmen, die nicht diskriminieren, nicht „offensichtlich exzessiv“ sind, und „legitimen öffentlichen Wohlfahrtszielen“ dienen (Annex X.11.3). Doch was als „legitimes öffentliches Wohlfahrtsziel“ gelten soll und welche Maßnahmen als nicht „exzessiv“ anzusehen sind, bleibt nach wie vor offen für weite Interpretationen.

Aufgrund des breiten Interpretationsspielraums findet auch die indirekte Enteignung häufig Anwendung in Schiedsverfahren. So beurteilte ein Tribunal die Verweigerung einer Betriebsgenehmigung für eine Sondermülldeponie durch die mexikanische Gemeinde

⁸ Marshall, Fiona 2011: Risks for Host States of the Entwinning of Investment Treaty and Contract Claims: Dispute Resolution Clauses, Umbrella Clauses, and Fork-in-the-Road. IISD, Best Practices Series, Bulletin 4

Guadalcávar als eine indirekte Enteignung.⁹ Viele weitere Maßnahmen könnten mit diesem Schutzstandard kollidieren, so etwa die in Deutschland jüngst beschlossene Mietpreisbremse. Diese ließe sich als Eingriff in die Verfügungsrechte von Anlegern interpretieren, die in den deutschen Wohnungsbestand investierten.

8. ISDS: Reformen ändern nichts am Kern der Verfahren

Der in CETA vorgesehene ISDS-Mechanismus enthält einige Reformen, die sich vor allem auf die Transparenz der Verfahren beziehen (Anhörungen wären öffentlich, Dokumente zugänglich und Stellungnahmen Dritter möglich). Vertrauliche Dokumente aber blieben weiter in Verschluss (Artikel X.33 und X.34). Unverändert bliebe auch, dass beim Gang vor ein internationales Tribunal nicht zuvor der nationale Rechtsweg ausgeschöpft werden muss (Artikel X.21).

Auch parallele Klagen bleiben möglich, wie sie etwa Vattenfall nach dem deutschen Atomausstieg anstrebte. Nachdem die Bundesregierung die Novelle des Atomgesetzes beschloss, klagte das schwedische Unternehmen 2012 sowohl vor dem Bundesverfassungsgericht in Karlsruhe als auch vor dem ICSID in Washington, wo die meisten der bekannten Investitionsverfahren verhandelt werden. Die Verfassungsbeschwerde in Karlsruhe begründete Vattenfall damit, dass das novellierte Atomgesetz sein Eigentumsrecht verletze.¹⁰ Kurz zuvor hatte der Konzern bereits das ICSID-Verfahren initiiert, um seine Entschädigungsforderung von 4,7 Milliarden € durchzusetzen.

CETA untersagt es nur, gleichzeitig vor einem Tribunal und einem nationalen Gericht in derselben Sache *auf Entschädigung* zu klagen (Artikel X.21.1). Nicht ausgeschlossen ist es aber, vor einem nationalen Gericht eine Klage *über die Rechtmäßigkeit* einer Maßnahme anzustrengen und gleichzeitig vor einem internationalen Tribunal *auf Entschädigung* zu klagen.¹¹ Genau dies war das Vorgehen Vattenfalls.

Einer der eklatantesten Mängel der Schiedstribunale – die fehlende Berufungsinstanz – bleibt ebenfalls erhalten. Hierzu sieht CETA lediglich vor, dass der unter dem Vertrag einzurichtende

9 Metalclad versus Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award, 30.8.2000

10 <http://www.zeit.de/wirtschaft/unternehmen/2012-07/vattenfall-atomausstieg-klage>

11 Nathalie Bernasconi-Osterwalder 2014: Reply to the European Commission's Public Consultation on Investment Protection and Investor-to-State Dispute Settlement in the Transatlantic Trade and Investment Partnership. IISD Report, Juni 2014

Ausschuss für Dienstleistungen und Investitionen Konsultationen führen soll (Art X.42).
Deren Ergebnis ist aber völlig offen.

9. Anhang über öffentliche Schulden: Klagen gegen Umschuldungen

CETAs Investment-Kapitel enthält daneben einen Anhang über öffentliche Schulden (Annex X: *Public Debt*), der Umschuldungen von Staatsanleihen und anderen Schuldtiteln betrifft. Dieser ist relevant für Situationen, wie sie etwa Griechenland mit seinem Schuldenschnitt im Jahr 2012 erlebte. Der Anhang regelt verhandelte Restrukturierungen von Schulden, zu denen laut Artikel 3 nicht nur ein Schuldentausch, sondern bereits die Modifikation von Anleiheverträgen zählt.

Nach Artikel 1 des Anhangs sind Investor-Staat-Klagen gegen Restrukturierungen dann zulässig, wenn Anleger einen potenziellen Verstoß gegen die Inländerbehandlung (*National Treatment*) oder die Meistbegünstigung (*Most-Favoured Nation*) als Begründung anführen. Aufgrund dieser Bestimmung könnten in Kanada domizilierte Finanzinvestoren folglich auf Entschädigung klagen, wenn EU-Regierungen Staatsanleihen umschulden oder Anleiheverträge modifizieren und einzelne Gläubiger nicht den geänderten Konditionen zustimmen.

Nach diesem Muster klagten bereits slowakische und zyprische Anleihegläubiger, die sich dem griechischen Schuldenschnitt verweigerten, vor einem ICSID-Tribunal. Ihre Klage stützt sich auf die bilateralen Investitionsschutzabkommen (BITs) zwischen Griechenland einerseits und der Slowakischen Republik und Zypern andererseits.¹²

12 Poštová banka, a.s. and ISTROKAPITAL SE v. Hellenic Republic, ICSID Case No. ARB/13/8