

Prof. Dr. Markus Krajewski
Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg

Stellungnahme zu Investitionsschutz und Investor-Staat-Streitbeilegung im Transatlantischen Handels- und Investitionspartnerschaftsabkommen (TTIP)

Öffentliche Anhörung des Ausschusses für Wirtschaft und Energie
des Deutschen Bundestages

16. März 2015

1. Hintergrund

Im Rahmen der seit 2013 zwischen den USA und der EU verhandelten Transatlantischen Handels- und Investitionspartnerschaft (TTIP) gehören Vorschriften über den Schutz ausländischer Investitionen und Investor-Staat-Schiedsverfahren zu den zentralen öffentlichen Kritikpunkten. Die Europäische Kommission hatte im Sommer 2014 eine öffentliche Konsultation hierzu durchgeführt, deren Auswertung sie im Januar 2015 veröffentlichte.¹ Dabei sah die Kommission einen weitreichenden Reformbedarf des Investitionsschutzes, hielt an diesem im Rahmen des TTIP jedoch grundsätzlich fest.

Die folgende Stellungnahme gliedert sich in zwei Teile: Teil 1 geht der grundsätzlichen Frage nach, ob ein – wie auch immer ausgestaltetes – Kapitel zum Schutz ausländischer Investitionen und Investoren im TTIP sinnvoll ist bzw. welche Folgen sich grundsätzlich aus einem Investitionsschutzkapitel im TTIP ergeben können. Teil 2 der Stellungnahme bezieht sich auf die vier von der EU-Kommission identifizierten Bereiche, die als reformbedürftig angesehen wurden und geht auf einzelne Reformvorschläge ein.

2. Grundsätzliche Bewertung eines Investitionsschutzkapitels mit Investor-Staat-Streitbeilegung im TTIP

Das grundsätzliche politische Ziel des Investitionsschutzes besteht darin, ausländischen Investoren einen Rechtsschutzmechanismus zur Verfügung zu stellen, der sie gegenüber inländischen Investoren privilegiert. Regelmäßig wird der Investorenschutz als effektiver und für den ausländischen Investoren fairer als der innerstaatliche Rechtsschutz angesehen. Zweck dieser Privilegierung ausländischer Unternehmen ist es, ausländische Investitionen anzuziehen.

Diese Überlegung lag den klassischen bilateralen Investitionsschutzabkommen zwischen kapitalexportierenden und kapitalimportierenden Staaten zu Grunde. Bislang ging die herrschende Meinung in Wissenschaft und Praxis auch davon aus, dass Investitionsschutzabkommen Investitionen fördern und damit einen Beitrag zur

¹ European Commission, Report - Online public consultation on investment protection and investor-to-state dispute settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement (TTIP), 13 January 2015, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc_153044.pdf.

wirtschaftlichen Entwicklung leisten. Auch wenn ein gesicherter empirischer Nachweis dieser These weiter aussteht, ist das u. a. der Grund, warum der heute wichtigste Mechanismus für Investor-Staat-Schiedsverfahren - das ICSID – bei der Weltbank angesiedelt ist.

Mit Blick auf das TTIP ist diese Überlegung jedoch mehr als zweifelhaft. Es ist kaum zu erwarten, dass ein Investitionsschutzkapitel in einem Abkommen zwischen den USA und der EU einen spürbaren Beitrag zu weiteren Investitionen US-amerikanischer Unternehmen in der EU oder umgekehrt leisten wird. Die Entscheidung, in den USA bzw. der EU zu investieren dürfte für ein Unternehmen kaum dadurch beeinflusst werden, dass neben dem in den EU-Mitgliedstaaten und den USA ohnehin bestehenden Rechtsschutzmöglichkeiten ein weiterer Mechanismus besteht. Angesichts des bereits heute hohen Verflechtungsgrads der transatlantischen Wirtschaftsbeziehungen kann eine Investitionsförderwirkung allenfalls marginal ausfallen.

Ein weiteres Argument für Investitionsschutz im TTIP wird darin gesehen, dass manche osteuropäischen Staaten nach wie vor an besonders strikte Investitionsschutzabkommen mit den USA gebunden sind, die mit einem reformierten Investitionsschutz im TTIP abgelöst und überwunden werden könnten. Dazu ist jedoch anzumerken, dass diese bilateralen Abkommen gekündigt und ggf. neu verhandelt werden könnten. Ein Investitionsschutzkapitel im TTIP ist hierzu jedenfalls nicht erforderlich.

Auch ein reformierter Investitionsschutz im TTIP würde die fundamentalen Probleme des Investitionsschutzes nicht beseitigen. Diese bestehen u. a. darin, dass nur ausländischen Unternehmen die Möglichkeit zur Verfügung steht, mit einem speziellen Mechanismus staatliches Handeln auf seine Vereinbarkeit mit allgemeinen Grundprinzipien (faire und gerechte Behandlung, indirekte Enteignung) zu überprüfen.

Es sollte daran erinnert werden, dass die USA und Kanada in den Verhandlungen über das NAFTA-Abkommen vor über zwanzig Jahren auf einem Investitionsschutzkapitel aus Angst vor Enteignungen ihrer Investoren in Mexiko bestanden. Mexikanische Enteignungen blieben jedoch aus. Stattdessen nutzen vor allem US-amerikanische und kanadische Unternehmen den NAFTA-Investitionsschutz, um gegen missliebige Regulierungen und Gesetze im jeweils anderen Land vorzugehen, auch wenn in den USA und Kanada die innerstaatlichen Gerichte hinreichend Rechtsschutz gewähren.² Ebenso ist in Erinnerung zu rufen, dass das Investitionsschutzkapitel im Energiecharta-Vertrag mit dem Argument gerechtfertigt wurde, europäische Investoren vor der unsicheren Rechtslage in den Nachfolgestaaten der Sowjetunion schützen zu wollen. Heute nutzt der schwedische Staatskonzern Vattenfall den Investitionsschutz in der Energiecharta, um gegen die Art und Weise des deutschen Atomausstiegs zu klagen. Ein Verfahren in gleicher Sache ist – ebenfalls unter Beteiligung von Vattenfall – auch vor dem BVerfG anhängig.³

Hierin zeigt sich, dass das grundsätzliche Problem der Investor-Staat-Investitionsschiedsgerichtsbarkeit weniger in den tatsächlichen Verurteilungen staatlichen Verhaltens besteht, sondern in dem Droh- und Druckpotential, das dieser Mechanismus grundsätzlich gegenüber staatlichen Regulierungsmaßnahmen entfalten kann. Selbst ein

² Bis Anfang Januar 2015 wurden 35 Fälle gegen Kanada, 22 Fälle gegen Mexiko und 20 gegen die USA gezählt. Siehe Scott Sinclair, NAFTA Chapter 11 Investor-State Disputes to January 1, 2015, <https://www.policyalternatives.ca/publications/reports/nafta-chapter-11-investor-state-disputes-january-1-2015>

³ Markus Krajewski, Umweltschutz und internationales Investitionsschutzrecht am Beispiel der Vattenfall-Klagen und des Transatlantischen Handels- und Investitionsabkommens (TTIP), ZUR 2014, S. 396-403.

reformierter Investitionsschutz hätte Vattenfall, Philip Morris u.a. nicht grundsätzlich an einer Klage gehindert.

In diesem Zusammenhang ist zu bedenken, dass aufgrund der intensiven EU-US-Investitionsbeziehungen das Klagepotential bei einem Investitionsschutzkapitel im TTIP erheblich wäre. Dies lässt sich an einem einfachen Rechenbeispiel veranschaulichen: Die Investitionen von US-Investoren in Kanada beliefen sich im Jahre 2012 auf ca. 351 Mrd. US\$. Im jährlichen Durchschnitt klagten ca. ein bis zwei US-Investoren gegen Kanada auf der Grundlage des Investitionsschutzkapitels im NAFTA-Übereinkommen. US-amerikanische Investitionen in der EU beliefen sich im Jahre 2011 auf ca. 3,7 Bio. US\$, d. h. auf ca. das Zehnfache.⁴ Es sollte daher nicht überraschen, wenn auf der Grundlage eines Investitionsschutzkapitels im TTIP ca. 10 bis 20 US-Investoren pro Jahr Klagen gegen die EU erheben würden. Zwar handelt es sich dabei immer noch um eine vergleichsweise geringe Zahl. Angesichts der potentiell negativen Auswirkungen dieser Klagen, wäre jedoch zu fragen, ob der vermutete Nutzen des Investor-Staat-Schiedssystems im TTIP den Schaden übersteigt.

3. Bewertung von Reformansätzen im Rahmen der EU-Konsultation

Als Ergebnis der Konsultationen zum Investitionsschutz im TTIP hat die EU-Kommission vier Gebiete als reformbedürftig im Rahmen eines Investorenschutzkapitels angesehen

- Schutz des Rechts auf Regulierung
- Einrichtung und Funktion von Schiedsgerichten
- Verhältnis zwischen der innerstaatlichen Justiz und ISDS
- Überprüfung der rechtlichen Korrektheit von Entscheidungen im Rahmen von ISDS durch einen Berufungsmechanismus

Im Folgenden soll auf einzelne Aspekte dieser Bereiche eingegangen werden.

a) Schutz des Rechts auf Regulierung

Der Schutz der staatlichen Regulierungsautonomie bemisst sich im Rahmen eines Investitionsschutzabkommens vor allem durch die Reichweite des Umfangs des Investitionsschutzes und durch die materiellen Schutzstandards, insbesondere der gerechten und billigen Behandlung und der Entschädigungsleistung bei indirekten Enteignungen.

Anwendungsbereich

Die EU folgt im CETA und dem TTIP-Konsultationsdokument dem in den meisten bilateralen Investitionsschutzabkommen (BITs) verwendeten weiten kapitalbasierten („asset-based“) Investitionsbegriff und nicht die z.B. im NAFTA-Abkommen benutzten unternehmensbasierte Definition („enterprise-based“).⁵ Die Verwendung der kapitalbasierten Definition führt grundsätzlich zu einem weiten Anwendungsbereich. So werden nicht nur klassische Formen

⁴ Zahlen des USTR, <http://www.ustr.gov/countries-regions/americas/canada> sowie <http://www.ustr.gov/countries-regions/europe-middle-east/europe/european-union>.

⁵ UNCTAD, Scope and Definition, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, 2011, S. 22.

ausländischer Direktinvestitionen, sondern auch sog. Portfolio-Investitionen geschützt.⁶ In der Sache werden neben Unternehmen und Anteilen an Unternehmen auch wirtschaftliche Interessen geschützt, die sich aus öffentlichen Genehmigungen ergeben.

Der grundsätzlich weite Investitionsbegriff erfährt jedoch eine wichtige Einschränkung, die sich darauf bezieht, dass nur Investitionen, die im Einklang mit nationalem Recht erfolgt sind und die bereits durchgeführt wurden, vom Abkommen erfasst werden. Damit werden nach dem jeweiligen Recht unzulässige Investitionen und lediglich geplante Investitionen ausgeschlossen. Beide Einschränkungen finden sich auch in zahlreichen anderen Investitionsschutzabkommen bzw. beruhen auf Teilen der schiedsgerichtlichen Praxis.⁷ Auch die Einschränkung, dass Geldansprüche dann nicht dem Investitionsbegriff unterfallen, wenn sie lediglich Gegenleistungen von Warenlieferungen oder Dienstleistungen sind, entspricht internationaler Praxis.

Eine Besonderheit ist die Einschränkung des Investorbegriffs auf Investoren, die substantielle geschäftliche Aktivitäten („substantial business activities“) in dem Land, in dem sie registriert sind, entfalten und der Ausschluss von rechtlich unselbständigen Zweigstellen oder Filialen. Die Formulierung greift auf bereits bestehende Abkommen zurück, in denen jedoch zumeist nur die Möglichkeit eingeräumt wurde, in Fällen ohne substantielle Geschäftspraxis den Investitionsschutz zu versagen („denial of benefits“-Klausel).⁸ Indem der EU-Ansatz derartige Investoren von vorneherein aus dem Anwendungsbereich ausschließt, schafft er größere Rechtsklarheit.

Die EU will auf diese Weise verhindern, dass sog. Briefkastenfirmen dem Schutzbereich des Investitionsschutzkapitels unterfallen. Die von der EU vorgeschlagene Einschränkung ist sinnvoll, da sie verhindert, dass bei der Bestimmung der Investoreneigenschaft ausschließlich auf die gesellschaftsrechtliche Verfassung des Unternehmens abgestellt wird.⁹ Allerdings wäre zu überlegen, ob der Begriff „substantial business activities“ nicht näher konkretisiert werden sollte.

Faire und gerechte Behandlung

Der Standard der fairen und gerechten Behandlung (Fair and equitable treatment, FET) gehört zu den wichtigsten materiell-rechtlichen Standards des internationalen Investitionsrechts. In zahlreichen bedeutsamen Schiedsverfahren der jüngeren Zeit stand er im Mittelpunkt der jeweiligen Klage. Aufgrund seiner Unbestimmtheit wurde er in der Vergangenheit häufig benutzt, um gegen regulative Maßnahmen des Gaststaats vorzugehen. Zudem ist der Standard von Schiedsgerichten häufig unterschiedlich interpretiert worden, was zu Rechtsunsicherheit geführt hat.

Die EU schlägt als Reaktion hierauf eine Präzisierung des FET-Standards durch eine beispielhafte, abschließende Aufzählung von konkreten Situationen, die als Verstoß gegen FET angesehen werden können, und durch weitere Definitionen vor. Die beispielhafte Präzisierung

⁶ Kritisch dazu auch Rainer Geiger, *The Transatlantic Trade and Investment Partnership: A critical perspective*, Columbia FDI Perspectives, No. 119, April 14, 2014, <http://www.vcc.columbia.edu/content/fdi-perspectives>.

⁷ UNCTAD, *Scope and Definition* (o. Fn. 9), S. 36 ff.

⁸ UNCTAD, *Scope and Definition* (o. Fn. 9), S. 86 ff.

⁹ Ähnlich Griebel, *Die TTIP- Verhandlungsposition der EU-Kommission – ein überzeugender Reformansatz mit leichten Schwächen im Detail*, 16.4.2014, <http://www.verfassungsblog.de/de/die-ttip-verhandlungsposition-der-eu-kommission-ein-ueberzeugender-reformansatz-mit-leichten-schwaechen-im-detail/>

umfasst z. B. die Verweigerung von Zugang zu Rechtsschutz, wesentliche Verstöße gegen Grundsätze der Verfahrensgerechtigkeit in gerichtlichen und administrativen Verfahren oder offensichtliche Willkür. Diese Konkretisierungen beruhen überwiegend auf schiedsgerichtlicher Praxis und zielen darauf ab, die Reichweite des FET-Standards zu beschränken.

Zur weiteren Konkretisierung des FET-Standards wird auch auf die legitimen Erwartungen des Investors abgestellt, die jedoch auf spezifischen Versprechungen gegenüber dem Investor beruhen müssen. Damit wird ausgeschlossen, dass der FET-Standard sämtliche Erwartungen des Investors in die Stabilität des Rechtssystems schützt. Dies führt dazu, dass die Kategorie der „legitimen Erwartungen“ gegenüber der bisherigen Praxis an Bedeutung verlieren könnte.¹⁰ In der Schiedsgerichtspraxis ist dieser Topos zum Teil sehr weit ausgelegt worden.

Allerdings ist der Bezug auf konkrete Versprechungen auch nicht unproblematisch: Zahlreiche Investitionsschiedsverfahren beruhen im Kern darauf, dass in Vorgesprächen zwischen Investor und Regierung Zusagen gemacht wurden, für deren Einhaltung nicht die Regierung sondern andere Stellen zuständig waren. Indem sich der Investor auf die Zusagen einer anderen Stelle berufen konnte, wurde die zuständige Behörde unter Druck gesetzt. Insofern könnte der Hinweis auf die konkreten Versprechungen dadurch ergänzt werden, dass Versprechungen nur dann ein legitimes Interesse begründen können, wenn sie durch die jeweils zuständige Person oder Institution gemacht werden und im Übrigen den demokratischen Gesetzgebungsprozess nicht berühren können.

Indirekte Enteignung

Die Entschädigungspflicht bei indirekten Enteignungen ist problematisch, da in der Schiedsgerichtspraxis hierunter auch regulative Maßnahmen verstanden wurden, die den wirtschaftlichen Wert einer Enteignung erheblich reduzieren. Damit können der Schutz vor Enteignungen und legitime staatliche Regulierungsinteressen in ein Spannungsverhältnis geraten.

Die EU-Kommission greift dieses – in Praxis und Literatur unbestrittene – Problem auf und schlägt vor, den Begriff der indirekten Enteignung durch eine Abgrenzung von legitimer staatlicher Regulierung weiter zu konkretisieren. Neben einer Ausnahme zugunsten von Zwangslizenzen nach dem TRIPS-Abkommen erfolgt die Konkretisierung vor allem durch einen Annex, in dem der Enteignungsbegriff definiert wird. Diese Regelungstechnik entspricht der Praxis neuerer nordamerikanischer Investitionsschutzabkommen¹¹ und findet sich auch im kanadischen Musterabkommen von 2004.¹² Die Definition im EU-Konsultationsdokument entspricht weitgehend dem kanadischen Mustertext.

Danach ist zur Beurteilung, ob eine Maßnahme eine indirekte Enteignung darstellt, eine tatsachenbasierte Bewertung im Einzelfall erforderlich, die u.a. auf die wirtschaftlichen Auswirkungen der Maßnahme, ihre Dauer, ihren Zweck und Kontext sowie ihr Ziel abstellt und darauf, ob die Maßnahme konkreten, nachvollziehbaren Erwartungen des Investors widerspricht. Dem in Teilen der Schiedsgerichtspraxis entwickelte Ansatz, ausschließlich auf

¹⁰ So auch Dederer, Neujustierung der Balance von Investorenschutz und „right to regulate“, 16 Apr 2014, www.verfassungsblog.de/de/neujustierung-der-balance-von-investorenschutz-und-right-to-regulate/

¹¹ UNCTAD, Expropriation, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, 2012, S. 60.

¹² Annex B.13(1) Canada 2004 Model BIT.

die wirtschaftlichen Auswirkungen abzustellen („sole effects“-Doktrin) wird eine Absage erteilt. Nichtdiskriminierende Maßnahmen, die einem legitimen Politikziel dienen, werden im Allgemeinen nicht als indirekte Enteignungen angesehen, es sei denn, die Auswirkungen der Maßnahmen sind so schwer, dass sie offensichtlich unangemessen erscheinen.

Diese – dem US- und kanadischen Standard entsprechenden – Konkretisierungen dürften eine allzu weite Auslegung des Begriffs der indirekten Enteignung erschweren. Sie enthalten jedoch auch offene Formulierungen wie „distinct, reasonable investment-backed expectations“ oder „manifestly excessive“, die subjektive Bewertungen eines Schiedsgerichts ermöglichen und deren Reichweite insofern kaum einschätzbar ist. Daher wären weitere Klarstellungen sinnvoll, z. B. durch eine Inbezugnahme der „legitimen Erwartungen“ im Rahmen des FET-Standards.

b) Einrichtung und Funktion von Schiedsgerichten

Transparenz

Investor-Staat-Schiedsverfahren werden u.a. deshalb kritisiert, weil sie nicht transparent sind, insbesondere nicht öffentlich tagen und ihre Entscheidungen nicht regelmäßig veröffentlichen. Hierzu schlägt die EU-Kommission eine grundlegende Reform des bisherigen Ansatzes vor. Danach sollen die im Dezember 2013 von der UN-Generalversammlung angenommenen „UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State-Arbitration“ in modifizierter Form als allgemeine Regeln im TTIP-Investitionsschutzkapitel verpflichtend gemacht werden, wobei die Modifikationen grundsätzlich zu einer Erweiterung der Transparenzanforderungen führen.

Nach den durch die EU modifizierten UNCITRAL-Regeln sollen alle verfahrensleitenden Anträge sowie alle Schriftsätze einschließlich der entsprechenden Anlagen veröffentlicht werden. Zudem sollen die Anhörungen vor dem Schiedsgericht grundsätzlich öffentlich sein. Schließlich soll es nicht an dem Streit beteiligten Dritten wie z. B. Verbänden oder NGOs (*amicus curiae*) möglich sein, dem Schiedsgericht eigene schriftliche Stellungnahmen zu dem Rechtsstreit vorzulegen. Die Öffentlichkeitsregeln können eingeschränkt werden, um legitime Geschäftsinteressen zu schützen.

Die neuen UNCITRAL-Regeln stellen derzeit den weitestreichenden Standard an Transparenzregeln im internationalen Investitionsschutz dar, allerdings sind sie praktisch noch nicht verwendet worden. Das CETA dürfte eines der ersten Abkommen sein, das die neuen UNCITRAL-Regeln verbindlich zum Regelverfahren macht. Die Verwendung der UNCITRAL-Regeln ist in jedem Fall zu begrüßen. Es ist allerdings zu sehen, dass die Transparenzstandards – jedenfalls in Bezug auf die Öffentlichkeitsbeteiligung – im Kern bereits in ähnlicher Form in anderen Abkommen, wie dem CAFTA oder dem kanadischen Muster-BIT vorhanden sind.

Im Übrigen ist zu fragen, ob und wie die neuen Regeln in der Praxis angewendet werden können. So stellt sich z. B. die Frage, ob SchiedsrichterInnen, die bislang überwiegend vertrauliche Verfahren geführt haben, gegenüber den neuen Transparenz- und Öffentlichkeitsanforderungen hinreichend aufgeschlossen sind oder ob Ausnahmen zugunsten von Vertraulichkeit weit ausgelegt werden. Im Einzelnen wäre auch zu fragen, wie das Recht eines Schiedsgerichts gem. Art. 6 (3) UNCITRAL-Regeln aus „logistischen Gründen“ von

einer öffentlichen Anhörung abzusehen, gehandhabt werden wird. Es fällt auch auf, dass in dem EU-Konsultationsdokument die in den UNCITRAL-Regeln erwähnte Möglichkeit von Videoaufzeichnungen (Art. 6 (1) UNCITRAL-Regeln) nicht aufgeführt wird. An diesen Punkten ist der EU-Vorschlag verbesserungswürdig.

Verhaltenskodex und Qualifikationsvoraussetzungen für Schiedsrichter

Die EU-Kommission schlägt verschiedene Maßnahmen zur Verbesserung der Unabhängigkeit von Schiedsrichtern vor. So sollen die Schiedsrichter von einer durch die Vertragsparteien festgelegten Liste ausgewählt werden, wenn sich die Parteien nicht einigen können. Darüber hinaus soll festgelegt werden, dass die Schiedsrichter unabhängig sind und keine Anweisungen von einer Streitpartei oder einem beteiligten Staat entgegen nehmen dürfen.

Weiter schlägt die EU vor, dass Schiedsrichter die Regeln zu Interessenkonflikten bei Internationaler Schiedsgerichtsbarkeit der International Bar Association beachten müssen. Darüber hinaus müssen sie die Regeln eines zusätzlichen Verhaltenskodex (Code of Conduct) befolgen, wenn die Vertragsparteien (EU und Kanada) diesen erlassen haben. Damit folgt das CETA auch an dieser Stelle dem kanadischen Modellvertrag. Wenn ein Schiedsrichter die in dem Verhaltenskodex genannten Anforderungen nicht erfüllt, kann eine Streitpartei die Entfernung des Schiedsrichters verlangen oder die Aufhebung des Schiedsspruchs beantragen.

Es wäre wünschenswert, wenn das TTIP den Vertragsparteien EU und USA klar vorgibt, welchen Inhalt und welchen Zweck der Verhaltenskodex haben soll und einen Zeitrahmen bestimmt, innerhalb dessen der Kodex verabschiedet werden muss.

c) Verhältnis zur staatlichen Gerichtsbarkeit

Eine weitere Problematik im Zusammenhang mit der Staat-Investor-Schiedsgerichtsbarkeit besteht in ihrem Verhältnis zur staatlichen Gerichtsbarkeit. Insbesondere die parallele Beschreitung des innerstaatlichen und des internationalen Rechtswegs kann zu Unsicherheiten führen. Die allgemeine völkerrechtliche Regel, wonach ein internationales Gericht erst nach Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs („exhaustion of local remedies“) angerufen werden kann, gilt in den allermeisten Investitionsschutzverträgen nicht. Auch die EU-Kommission schlägt nicht vor, diese Regel für das TTIP einzuführen, obwohl die EU – laut Konsultationsdokument – den nationalen Rechtsweg bevorzugt. Vielmehr schlägt die EU Instrumente vor, die als Anreize dienen sollen, nicht vorschnell ein Verfahren vor einem Investitionsschiedsgericht anzustrengen oder alternative Streitbeilegungsmechanismen (Mediation) zu benutzen.

Weiterhin wird eine Klausel vorgeschlagen, welche die parallele Anrufung eines staatlichen Gerichts und eines Investitionsschiedsgerichts ausschließen soll. Hat der Investor vor einem staatlichen Gericht Klage eingereicht, kann er erst ein Schiedsgericht anrufen, wenn das Verfahren vor dem nationalen Gericht abgeschlossen wurde oder wenn er die Klage vor dem nationalen Gericht zurücknimmt. Zudem muss der Investor bei Klagerhebung vor einem Schiedsgericht darauf verzichten, Klagen vor innerstaatlichen Gerichten zu erheben. Dies gilt jedoch nur, wenn die Klage vor dem innerstaatlichen Gericht und dem Schiedsgericht auf die gleiche Rechtsfolge abzielen. Damit würde eine Situation, wie sie gegenwärtig im Verfahren Vattenfall II besteht, weiterhin möglich sein, da Vattenfall vor dem Bundesverfassungsgericht nicht auf Schadensersatz klagt.

Vor diesem Hintergrund sollte der Investorenschutz mit Investor-Staat-Streitbeilegung grundsätzlich die Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtsschutzes voraussetzen, soweit dieser effektiv zur Verfügung steht oder wenigstens eine umfassende „fork-in-the-road“-Klausel enthalten, die parallele Klagen in der gleichen Sache vermeidet.

d) Berufungsinstanz

In der Vergangenheit haben divergierende Entscheidungen von Schiedsgerichten immer wieder zu Kritik und Rechtsunsicherheit geführt. Teilweise wurden ähnliche oder gar gleichlautende Klauseln unterschiedlich ausgelegt. Daher ist in Praxis und Wissenschaft immer wieder die Einrichtung einer Berufungsinstanz (Appellate Mechanism) gefordert worden. Diese Vorschläge haben sich bezüglich einer umfassenden Berufungsinstanz nicht durchgesetzt.

Die EU schlägt eine Berufungsinstanz ausschließlich für Entscheidungen, die auf der Grundlage des TTIP ergehen, vor. Damit würde das Problem divergierender Entscheidungen die auf unterschiedlichen Abkommen beruhen, nicht gelöst. In der Praxis bestand das Problem jedoch regelmäßig nicht darin, dass das gleiche Abkommen unterschiedlich ausgelegt wurde, sondern dass gleiche Texte unterschiedlicher Abkommen unterschiedlich ausgelegt wurden. Vor diesem Hintergrund trägt der EU-Vorschlag nicht zu einer Vermeidung von Inkonsistenz zwischen den Abkommen bei, sondern vergrößert sogar das Problem, da nun neben „normale“ Entscheidungen von Investitionsschiedsgerichten auch die Entscheidungen der TTIP-Berufungsinstanz treten würden. Hierin könnte sogar der Versuch der EU und der USA gesehen werden, die Weiterentwicklung des Investitionsschutzrechts zu beeinflussen, da die Berufungsinstanz möglicherweise von anderen Schiedsgerichten als besondere Autorität angesehen werden könnte. Damit würde dem TTIP-Berufungsinstanz faktisch eine globale Sonderstellung eingeräumt werden.