



Investitionsschutzrecht: Die großen Streitfragen

Von Ralph Janik
Wien, 25. Jänner 2017
ISSN 2305-2635

Handlungsempfehlungen

1. Mit der neuen Generation von Freihandelsabkommen müssen auch Länder wie Österreich verstärkt damit rechnen sich auf der Beklagtenseite wiederzufinden.
2. Eine sachliche öffentliche Debatte erscheint daher dringend geboten, wobei die starke Polarisierung von beiden Seiten kontraproduktiv war und ist.
3. Sowohl BefürworterInnen als auch GegnerInnen sollten die jeweiligen Standpunkte der Gegenseite ernstnehmen sowie die eigenen auf Basis bestehender Forschungsergebnisse kritisch hinterfragen.

Zusammenfassung

Seit den Verhandlungen um CETA und TTIP bekommt das internationale Investitionsschutzrecht mehr Aufmerksamkeit denn je. Die Diskussion verläuft dabei nicht immer entlang des simplen „Freihandel – ja oder nein?“-Gegensatzes. Eine nähere Auseinandersetzung mit den fundamentalen Kritikpunkten erscheint

dringend geboten: Wer „gewinnt“ öfter, Staaten oder Investoren? Gibt es einen „*regulatory chill*“? Wie steht es um den Zusammenhang zwischen Investitionsschutzabkommen und steigenden Investitionen? Führt Investitionsschutz zu einem regulativen „*race to the bottom*“?



Investitionsschutzrecht: Die großen Streitfragen

Am internationalen Investitionsschutzrecht scheiden sich die Geister. Die einen sehen darin ein neo-liberales bis neokolonialistisches Unterdrückungsinstrument¹, das den gesetzgeberischen Spielraum zu Gunsten großer Wirtschaftsunternehmen ungebührlich einschränkt. Andere betonen wiederum die Notwendigkeit des Investitionsschutzes um ausländisches Kapital anzuziehen und Rechtssicherheit zu garantieren. Grund genug, sich einige der Pro und Contra-Argumente zu den wesentlichen Kritikpunkten näher anzusehen.

Wer „gewinnt“ öfter? Staaten oder Investoren?

Eine der großen Streitfragen der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit dreht sich darum, ob sie eher Staaten oder Investoren bevorzugt. Manche Staaten (so etwa die USA²) und BefürworterInnen betonen, dass Investoren nur selten gewinnen – laut UNCTAD in 26,5% der Fälle, während 36,7% zu Gunsten von Staaten entschieden wurden.³ Dagegen wird eingewandt, dass diese Zahlen insofern verzerrt sind als sie die Entscheidungen zur Zuständigkeit mit jenen in der Hauptsache zusammenfassen.⁴ Sieht man sich lediglich letztere an, haben Investoren 60% der Fälle gewonnen (siehe dazu auch den UNCTAD-Bericht von 2016, Seite 107⁵).

1) Schultz, T., Dupont, C.: Investment Arbitration: Promoting the Rule of Law or Over-empowering Investors? A Quantitative Empirical Study. *Eur J Int Law* 2014, Vol. 25 No. 4, 1147–1168: <http://www.ejil.org/pdfs/25/4/2551.pdf>.

2) Office of the United States Trade Representative (2015): *FACT SHEET: Investor-State Dispute Settlement (ISDS)*: <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/fact-sheets/2015/march/investor-state-dispute-settlement-isds>.

3) UNCTAD: *Investment Dispute Settlement Navigator*: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS?status=2>.

4) Mann, H. (2015): ISDS: Who Wins More, Investors or States? *IISD Breaking News Analysis* June 2015: <http://www.iisd.org/itn/wp-content/uploads/2015/06/itn-breaking-news-june-2015-isds-who-wins-more-investors-or-state.pdf>.

5) http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2016_en.pdf.

„Ob ein Investor mit seiner Klage Erfolg hat, liegt am jeweiligen Sachverhalt – unabhängig davon, wie oft Schiedsgerichte in Summe zu Gunsten von Staaten oder von Investoren entscheiden.“

Im Grunde genommen laufen derartige Zahlenspiele jedoch an der Kernfrage vorbei. Statistiken dieser Art haben schließlich keine oder allenfalls nur beschränkte Aussagekraft. Ob ein Investor mit seiner Klage Erfolg hat, liegt am jeweiligen Sachverhalt – unabhängig davon, wie oft Schiedsgerichte in Summe zu Gunsten von Staaten oder von Investoren entscheiden.⁶ Wenn, um es extrem auszudrücken, Investoren in 99% der Fälle unbegründet klagen oder umgekehrt Staaten sich in 99% der Fälle rechtswidrig verhalten sollten, dann ist dem so. Das sagt für sich genommen nur wenig über das Investitionsschutzrecht als solches. Die UNCTAD-Zahlen sollten insofern nicht überbewertet werden – unabhängig davon, wie man sie deutet.

Der „regulatory chill“

Ein damit zusammenhängender Einwand besteht darin, dass es oft gar nicht erst zu Klagen kommt, weil Staaten aufgrund der damit einhergehenden Prozesskosten beziehungsweise allfällig zu zahlenden Entschädigungen von vielen Regulierungsmaßnahmen vorsorglich Abstand nehmen. Demgemäß könnte die *faktische* Einschränkung des staatlichen Spielraums bei der Regulierung von ausländischen Investoren weiter gehen als es die Zahl der tatsächlichen Verfahren vermuten lässt. Ein derartiger vorseilender Gehorsam wird als „regulatory chill“ beziehungsweise als „chilling effect“ bezeichnet.

6) Drahozal, C. R. (2016): *Empirical Findings on International Arbitration: An Overview*. Oxford Handbook on International Arbitration: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2888552.



Dieses Argument lässt sich seinem Wesen nach jedoch weder eindeutig belegen noch zurückweisen. Die Gedankenwelt des Gesetzgebers entzieht sich über weite Strecken der Forschung. Eine, mitunter die einzige (?), fundierte Analyse des regulatory chill findet sich jedenfalls in der an der LSE verfassten und eingereichten Dissertation von Christine Côté aus dem Jahr 2014.⁷ Darin gelangt sie zu dem Schluss, dass das Investitionsschutzrecht beziehungsweise die Furcht vor Klagen keine klaren Auswirkungen auf den politischen Entscheidungsfindungsprozess hat. Wie sie allerdings ebenfalls einräumt, lässt sich die Einschränkung des gesetzgeberischen Spielraums, der sich aus dem globalisierungsbedingten Konkurrenzkampf unter Staaten ergibt, nicht von der Hand weisen. Unternehmen siedeln sich nun einmal dort an, wo sie die für ihre Zwecke besten Bedingungen vorfinden.

Führen bilaterale Investitionsabkommen (BITs) wirklich zu mehr Investitionen?

Das Investitionsschutzrecht fußt zu weiten Teilen auf bilateralen Investitionsabkommen (es gibt derzeit 2957 solcher Abkommen⁸). Dabei handelt es sich um einen zwischen zwei Staaten geschlossenen völkerrechtlichen Vertrag mit dem Ziel, im jeweils anderen Staat Investitionen zu fördern und zu schützen. Davon sollen vor allem ärmere Staaten profitieren: Unternehmen beziehungsweise Unternehmer investieren Kapital und werden im Gegenzug vor Willkür und sonstigen Beeinträchtigungen ihrer Investitionen in Ländern mit oftmals niedrigeren rechtsstaatlichen Standards geschützt.

Dieser Zweck scheint in der Tat erreicht zu werden. Eric Neumayer und Laura Spess (LSE)⁹ zufolge können ärmere Staaten, die mehr bilaterale Investitionsabkommen abgeschlossen haben, in der Tat höhere Kapitalflüsse aus dem Ausland verbuchen (Neumayer hat diese Ergebnisse auch im Lichte neuerer Untersuchungen 2009 noch einmal bestätigt).¹⁰

„Es bleibt unklar, ob Investoren wegen dem Abschluss von BITs investieren oder ob BITs geschlossen werden, weil Investitionsflüsse bereits bestehen oder zumindest geplant wurden.“

Bei näherer Betrachtung bestehen jedoch sechs manifeste methodologische Einwände¹¹, die die genaue Bemessung des Zusammenspiels zwischen Investitionsabkommen und Investitionen erschweren: Erstens unterscheiden sich die unterschiedlichen BITs zu stark hinsichtlich der darin eingeräumten Rechte und Privilegien, um allgemeine Feststellungen zu treffen. Zweitens könnte die Forschung einem logischen Fehlschluss unterliegen, namentlich der Gleichsetzung von Korrelation mit Kausalität (*cum hoc ergo propter hoc*): Es bleibt unklar, ob Investoren wegen dem Abschluss von BITs investieren oder ob BITs geschlossen werden, weil Investitionsflüsse bereits bestehen oder zumindest geplant wurden. Ein weiteres Problem besteht darin, dass ärmere Länder parallel zum Abschluss von Abkommen häufig eine Reihe wirtschaftlicher

9) Neumayer, E., Spess, L.: Do Bilateral Investment Treaties Increase Foreign Direct Investment to Developing Countries? *World Development* Vol. 33, No. 10, pp. 1567–1585, 2005: [http://www.lse.ac.uk/geographyAndEnvironment/whosWho/staff%20profiles/neumayer/pdf/Article%20in%20World%20Development%20\(BITs\).pdf](http://www.lse.ac.uk/geographyAndEnvironment/whosWho/staff%20profiles/neumayer/pdf/Article%20in%20World%20Development%20(BITs).pdf).

10) Vis-Dunbar, D., Nikiema, H. (2009): Do Bilateral Investment Treaties Lead to More Foreign Investment? *IISD Investment Treaty News*: <https://www.iisd.org/itn/2009/04/30/do-bilateral-investment-treaties-lead-to-more-foreign-investment/>.

11) Lauge Skovgaard Poulsen; The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows. *Eur J Int Law* 2009; 20 (3): 935-938. doi: 10.1093/ejil/chp050: <https://academic.oup.com/ejil/article/20/3/935/402436/The-Effect-of-Treaties-on-Foreign-Direct>.

7) Côté, C. (2014): A Chilling Effect? *The impact of international investment agreements on national regulatory autonomy in the areas of health, safety and the environment*. The London School of Economics and Political Science: http://etheses.lse.ac.uk/897/8/Cote_A_Chilling_%20Effect.pdf.

8) UNCTAD: *International Investment Agreements Navigator*: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.



Reformen vornehmen. Insofern lässt sich der genaue Anteil des Effekts von BITs nicht feststellen. Viertens, und damit zusammenhängend, werden BITs häufig gemeinsam mit einer Reihe anderer Formen wirtschaftlicher Zusammenarbeit beschlossen, die ebenfalls einen Anteil an der Erhöhung ausländischer Investitionen haben. Fünftens hängt der Effekt von solchen Abkommen von einer Reihe politischer und sozialer Faktoren ab, die sich oft nur schwer bemessen lassen. Ein letztes Problem besteht darin, dass die Datensätze selbst oftmals keine hohe Qualität aufweisen, was jede Untersuchung notwendigerweise erschwert.

Ein „race to the bottom“?

Seit NAFTA und dem Energiecharta-Vertrag greift das Investitionsschutzrecht auch verstärkt zwischen reicheren (OECD-)Ländern.¹² Aber wieso braucht es die Schiedsgerichtsbarkeit bei Staaten mit einer jeweils gut ausgebildeten Gerichtsbarkeit? *Prima facie* greift das Argument der Notwendigkeit des Schutzes vor gerichtlicher oder staatlicher Willkür hier schließlich nicht.

Matthias Kumm (NYU) zufolge geht es daher letztlich darum, durch die Privilegierung ausländischer Investoren Kapital anzulocken. Das sei zwar begründbar, da es zu mehr Wirtschaftswachstum führen könnte. Allerdings fehle es einem derartigen regulatorischen *race to the bottom* im Namen von Wirtschaftsinteressen an demokratischer Legitimität.¹³

12) Janik, R. (2016): *Investitionsschutzrecht: Die USA auf der Anklagebank*. Gastkommentar in der NZZ vom 29.09.2016: <https://nzz.at/oesterreich/geld/die-usa-auf-der-anklagebank>.

13) Kumm, M.: An Empire of Capital? Transatlantic Investment Protection as the Institutionalization of Unjustified Privilege. *ESIL Reflections*, Volume 4, Issue 3, 2015: http://www.esil-sedi.eu/sites/default/files/ESIL%20Reflection%20KUMM%20final_0.pdf.

„Die Möglichkeit zur Anrufung von Schiedsgerichten auf gewisse Staaten zu begrenzen wäre allerdings ein politisches Unding.“

Dem muss man im Zusammenhang mit TTIP und CETA jedoch die unterschiedlichen rechtsstaatlichen Standards innerhalb der EU (aber auch in den USA) entgegenhalten. Die Möglichkeit zur Anrufung von Schiedsgerichten auf gewisse Staaten zu begrenzen wäre allerdings ein politisches Unding. Die EU kann als ökonomische und politische Einheit einzelne Mitglieder wie Rumänien oder Bulgarien nicht anders behandeln als Deutschland. Davon abgesehen scheinen manche den Rechtsstaat fast schon mythologisch zu überhöhen und bestehende Defizite (man denke an die oft überlange Verfahrensdauer, fehlende Expertise von RichterInnen in Investitionsfragen oder die Auswirkungen der Politisierung brisanter Großprozesse) kleinzureden oder gar zu ignorieren.

Investitionsschutz bleibt ein politisch heikles Feld

Das Investitionsschutzrecht hat im deutschen Sprachraum beziehungsweise in Europa überhaupt lange genug nur wenig Beachtung gefunden. Schließlich hat es traditionell Investoren aus reicheren Staaten geschützt, sie sich wiederum nicht vor Klagen fürchten mussten. Das ändert sich derzeit allerdings grundlegend. Insofern wird dieses Rechtsgebiet uns auf unabsehbare Zeit beschäftigen. Anlass genug, sich mit den wesentlichen Einwänden und postulierten Vorteilen auseinanderzusetzen.



Österreichische Gesellschaft
für Europapolitik

Über den Autor

MMag. Ralph Janik, LL.M. ist Universitätsassistent (prae doc) an der Abteilung für Völkerrecht und Internationale Beziehungen, rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Wien.

Kontakt: ralph.janik@univie.ac.at

Über die ÖGfE

Die Österreichische Gesellschaft für Europapolitik (ÖGfE) ist ein parteipolitisch unabhängiger Verein auf sozialpartnerschaftlicher Basis. Sie informiert über die europäische Integration und steht für einen offenen Dialog über aktuelle europapolitische Fragen und deren Relevanz für Österreich. Sie verfügt über langjährige Erfahrung im Bezug auf die Förderung einer europäischen Debatte und agiert als Katalysator zur Verbreitung von europapolitischen Informationen.

ISSN 2305-2635

Die Ansichten, die in dieser Publikation zum Ausdruck kommen, stimmen nicht unbedingt mit jenen der ÖGfE oder jenen, der Organisation, für die der Autor arbeitet, überein.

Schlagwörter

Investitionsrecht, Investitionsschutz, ISDS, Wirtschaftsrecht, CETA, TTIP

Zitation

Janik, R. (2017). *Investitionsschutzrecht: Die großen Streitfragen*. Wien. ÖGfE Policy Brief, 03'2017

Impressum

Österreichische Gesellschaft für Europapolitik
Rotenhausgasse 6/8-9
A-1090 Wien, Österreich

Generalsekretär: Mag. Paul Schmidt
Verantwortlich: Christoph Breinschmid, M.A.

Tel.: +43 1 533 4999
Fax: +43 1 533 4999 – 40
E-Mail: policybriefs@oegfe.at
Web: <http://oegfe.at/policybriefs>