



2. Juni 2015

Vom Wettlauf zwischen dem Hasen und dem Igel und der Taube auf dem Dach

Die Vorschläge der Europäischen Kommission, der sozialdemokratischen Handelsminister und des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie zu Innovationen beim Investitionsschutz und bei den Investor-Staat-Schiedsgerichtsverfahren im Wirtschafts- und Handelsabkommen zwischen der Europäischen Union und Kanada (CETA) und im Transatlantischen Freihandelsabkommen (TTIP)¹

Eberhard Waiz, Mitglied im AsJ-Landesvorstand NRW

¹ Für wichtige Hinweise danke ich Ingrid Heinlein und Folke große Deters

Inhaltsverzeichnis

Zusammenfassung	3
1. Die Konsultation der Europäischen Kommission	6
2. Zur bisherigen Ausgestaltung und Praxis der internationalen Investitionsschiedsgerichtsbarkeit	7
a. Privater Sonderrechtsweg für ausländische Investoren	7
b. Mehr Investorenrechte als zum Anreiz einer Investitionstätigkeit erforderlich	8
c. Keine gesetzlichen Richter	8
d. Mangelnde Neutralität der Schiedsorganisationen	8
e. Unzureichende Trennlinie zwischen Anwalt- und Richterfunktion	9
f. Rechtsprechung vermengt mit Einkommensinteressen	9
g. Großer Beurteilungsspielraum durch unbestimmte Rechtsbegriffe	9
h. Folgen: Hohe Schadensersatzforderungen und Regulatory Chill	10
3. Die Vorschläge der Europäischen Kommission in der Konsultation 2014	11
a. Das Verhandlungsmandat	11
b. Überblick über die Vorschläge der Konsultation	12
c. Der besondere Rechtsweg	14
d. Faire und gerechten Behandlung	15
e. Indirekte Enteignung	16
f. Diskriminierung	17
g. Recht auf Regulierung	17
h. Interpretierender Leitfaden	18
i. Nachvollzug internationaler Rechtsentwicklung und Praxis	19
j. Fazit	19
4. Reformvorschläge der europäischen sozialdemokratischen Handelsminister, Madrider Papier	20
5. Konzept des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie	22
6. Diskussionspapier der Europäischen Kommission vom 7. Mai 2015	25
7. Der Beschluss des Handelsausschusses des Europäischen Parlaments vom 28. Mai 2015	28
8. Ergebnis und Alternative	29

Zusammenfassung

Der internationale Investitionsschutz und die internationale Investitionsschiedsgerichtsbarkeit in ihrer bisherigen Ausgestaltung sind undemokratisch und entsprechen nicht rechtsstaatlichen Prinzipien. Sie sind eine Gefahr für die regulatorische Einhegung von Märkten, das Allgemeinwohl und für die Staatsfinanzen. Wenn Märkte nicht mehr ausreichend zur Vermeidung der von ihnen ausgehenden sozialen und umweltpolitischen Folgewirkungen reguliert werden können, geht das ans Mark der Sozialdemokratie.

Mit der internationalen Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit wurde ein strukturell einseitig zugunsten von Investoreninteressen angelegtes Streitbeilegungsverfahren geschaffen. Es ist im Kontext von hierarchischen Nord-Süd-Wirtschaftsbeziehungen entstanden. Deutschland hat zwar viele internationale Investor-Staat-Investitionsschutz-Abkommen abgeschlossen, aber mit dem CETA und dem TTIP würden mit Kanada und den USA kapitalexportierende Länder in einem Maße wie nie zuvor einbezogen. Das Koordinatensystem der Macht zwischen (ausländischer) Wirtschaft und Politik in den USA und in Europa würde sich verschieben.

Die Konsultation der Europäischen Kommission zum Investitionsschutz und zur internationalen Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit im TTIP, die sich weitgehend am CETA orientierte, hat ergeben, dass sich lediglich die Wirtschaftsverbände und die Großunternehmen einhellig für Investitionsschutz aussprechen. Dem entspricht, dass in der Vorbereitungsphase zu TTIP bei der Europäischen Kommission nahezu ausschließlich Wirtschaftsinteressen einbezogen wurden. Trotz der ganz überwiegenden Ablehnung in der Konsultation zu TTIP hat die Kommission im CETA Investitionsschutz und Investor-Staat-Streitverfahren mit Kanada zu Ende verhandelt und vorgelegt. Auch für das TTIP hält die Kommission am Investitionsschutz fest. Schließlich hat sie im Vertrag von Lissabon nach ihrer Auffassung dafür eine Kompetenz erhalten, die sie nun auch nutzen möchte.

Die Reformvorschläge laufen auf eine verstärkte Regulierung der internationalen Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit durch präzisere vertragliche Anspruchsgrundlagen, Modifizierung der Schiedsrichterauswahl, eine Berufungsinstanz und die Möglichkeit einer nachträglichen Feinsteuerung durch Leitlinien und Interpretationsvorgaben der Vertragspartner hinaus.

Die meisten der vorgeschlagenen Innovationen vollziehen die internationale Diskussion in der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit nach. Sie sind bereits in anderen Investitionsschutzabkommen oder nationalen Modellentwürfen enthalten oder werden in bestimmten Foren diskutiert. Deshalb greift auch das Argument nicht, man brauche die Reformen im TTIP, um einen besseren internationalen Standard zu setzen. Die Innovationen im System sind auch ohne die Beiträge im TTIP und im CETA in vollem Gang.

Mächtige, intelligente und von hohen Einkommenserwartungen geprägte Akteure werden sich nicht „wasserdicht“ regulieren lassen. Es dürfte kaum möglich sein, durch fein ausziselierte Vertragsbestimmungen die Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit ausreichend an die „Kandare“ zu nehmen. Das ist wie der Wettlauf zwischen dem Hasen und dem Igel. Der grundlegende Konflikt zwischen Einkommensinteressen einer „Investor-Staat-Schiedsgerichtsindustrie“, zu der die Schiedsrichter zählen, und dem staatsbürgerlichen allgemeinem Interesse an richterlicher Neutralität wird durch die Vorschläge gemildert, aber nicht beseitigt.

In den Reformvorschlägen ist die Möglichkeit enthalten, nachträglich gemeinsame bindende Leitlinien zur Interpretation des Abkommens für die Schiedsgerichte durch einen zwischenstaatlichen administrativen Handelsausschusses zu erlassen, um auf Missbrauch und Fehlentwicklungen reagieren zu können. Das setzt einen Konsens der EU und Kanada bzw. den USA zu einzelnen einschränkenden Formulierungen voraus. Ob das gelingt, ist offen. Beim Nordamerikanischen Freihandelsabkommen, NAFTA, haben sich die Vertragsparteien auf solche Leitlinien verständigt. Sie wurden aber von vielen Schiedsgerichten nicht befolgt. Es kann aber durch den Handelsausschuss auch zur Erweiterung der Anspruchsgrundlagen und damit zu haftungserweiternden Vorschriften kommen. Die Parlamente sind nicht beteiligt. Die gemeinsamen, nachträglichen Leitlinien zur Eindämmung eines eventuellen Missbrauchs kommen nach den Formulierungen im CETA auch in Betracht, um schwerwiegende Auslegungsfragen zu klären, „die möglicherweise Investitionen beeinträchtigen“.

Das im Mai 2015 bekannt gewordene, weit gehende Konzept des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie ist von der Absicht getragen, im Investitionsschutz ausländische Unternehmen materiell nicht besser zu stellen als inländische. Es sieht dazu den Verzicht auf problematische Schutzstandards oder alternativ deren weitere Einengung vor. Im zweiten Fall sollen die eng gefassten internationalen Schutzstandards den nationalen entsprechen. Wenn diese Entsprechung aber für alle 28 Mitgliedsstaaten gelten soll, dann setzt das identische nationale Schutzstandards in der EU voraus. Verfahrensrechtlich bleibt es bei einer exklusiven Gerichtsbarkeit für ausländische Unternehmen und damit auch bei einer verfahrensrechtlichen Inländerdiskriminierung. Die Möglichkeit nachträglicher Interpretationen durch einen Beamtenausschuss ist vorgesehen. Insbesondere in der Variante, die die problematischen Schutzstandards noch vorsieht, besteht die Gefahr haftungserweiternder Interpretationsvorgaben. Unklar ist, ob nicht auch haftungserweiternde Tatbestände nachträglich eingefügt werden können. Vorgeschlagen werden außerdem ein bilaterales internationales Schiedsgericht und eine Berufungsinstanz.

Die Europäische Kommission hat in einem vorläufigen Diskussionspapier vom 7. Mai 2015 ihren Vorschlag vor allem im Verfahrensrecht auch weiter entwickelt. Das Recht auf Regulierung soll zwar im materiellen Teil stärker verankert werden. Die Einfallstore für haftungserweiternde Auslegungen und Vorschriften und die vielen Unzulänglichkeiten des materiellen Rechts bleiben aber erhalten. Die Kommission greift die diesbezüglichen, weitergehenden Vorschläge des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie nicht auf. Auch die Kommission hält an der exklusiven Gerichtsbarkeit für ausländische Investoren fest. Aufgenommen wurden aus dem deutschen Papier die staatliche Liste der Schiedsrichter und die Berufungsinstanz. Die dem System innewohnende Fehl-Anreizstrukturen sollen damit angegangen werden.

Aber, inwieweit etwa die problematische Vermischung zwischen Anwalts- und Richterfunktion durch diese Regelungen wirklich beseitigt wäre, würde sich erst an der Schiedsrichter-Ernennungspraxis der Vertragsparteien zeigen. Die Berufung von Anwälten ist nicht ausgeschlossen. Angesichts der hohen Qualifikationsanforderungen und der geforderten Erfahrungen dürfte nur ein enger Personenkreis aus dem bisherigen Reservoir in Frage kommen. Wichtige Regelwerke, wie etwa der Verhaltenskodex für die Schiedsrichter und die Verfahrensvorschriften für die Schiedsgerichte, werden erst formuliert, nachdem das Abkommen in Kraft ist und können daher jetzt nicht beurteilt werden. Die fallweise Besoldung der Schiedsrichter bleibt erhalten. Die professionellen Vorerfahrungen der Schiedsrichter und insbesondere der Berufungsrichter werden für die Entwicklung des sensiblen Rechtsfeldes von großer Bedeutung sein. Handelsrichter mit weniger Erfahrungen im öffentlichen Recht pflegen eine andere Rechtskultur als Richter mit einer völkerrechtlich generellen Ausrichtung. Insofern rückt nun die Richterauswahl ins Blickfeld. Ein parlamentarisches Zustimmungserfordernis oder ein Gremium, in dem vom Parlament gewählte Mitglieder vertreten sind, wie die Richterwahlausschüsse für die obersten Gerichtshöfe in Deutschland, sind dabei nicht vorgesehen.

Die Berufungsinstanz soll aus fest benannten Personen bestehen, die aber keine fest angestellten Richter sein werden. Die Berufungsinstanz wird angesichts der immer noch bestehenden Spielräume im materiellen Recht viel Macht haben. Die Mechanismen der nachträglichen Eindämmung durch den von Beamten besetzten Handelsausschuss dürften wenig wirksam sein. Umgekehrt besteht die Gefahr, dass der Handelsausschuss seinen Spielraum für haftungserweiternde Interpretationen und für die Einfügung neuer Tatbestände nutzt. Das Europäische Parlament hat dabei keine Befugnisse, korrigierend einzugreifen.

Die vorgeschlagene Berufungsinstanz bleibt Teil des internationalen Systems. Sie erhöht zwar die interne Kontrolle des Systems und die Konsistenz der Rechtsprechung. Da aber der die Investoren begünstigende einseitige Ansatz, der große Spielraum haftungsbegründende Tatbestände heranzuziehen und problematische finanzielle Anreizwirkungen nicht oder nicht vollständig beseitigt werden, bleibt die verfehlte Rationalität des Systems erhalten und wird lediglich auf ein höheres systematisches Niveau gehoben.

Einen verfahrensrechtlichen Schritt weiter ist der Handelsausschuss des Europäischen Parlamentes am 28. Mai gegangen. Er betont die Leistungsfähigkeit der nationalen Rechtssysteme in den USA und der EU und sieht ein zusätzliches permanentes Gericht mit angestellten Berufsrichtern

vor. Allerdings bleibt das Verhältnis zwischen dem nationalen und internationalen Rechtsweg unklar. Auf der materiell-rechtlichen Seite der internationalen Gerichtsbarkeit bleiben alle Probleme des Kommissionsvorschlags erhalten. Viel hängt von der Richterbestellung ab. Wenn es schief geht, gibt es aber keine Möglichkeit mehr parlamentarisch einzugreifen.

Die Hinweise auf einen öffentlich-rechtlichen internationalen Handels- und Investitionsgerichtshof, bleiben vage. Er ist eine mittelfristige Option jenseits von TTIP. Die Verwirklichungschancen sind offen. Das ist die Taube auf dem Dach. Erforderlich dabei wäre ein Gleichgewicht prozessualer und materieller Rechte für Investoren und Rechtssubjekten mit anderen Interessen und Belangen. Der Schutz sozialer Rechte und der Schutz der Umwelt müssten in gleicher Weise gewährleistet (und einklagbar) sein wie der Schutz von Investitionen.

Auch unter Berücksichtigung der vorgeschlagenen Innovationen bleiben insgesamt erhebliche Risiken und soziale Ungleichgewichte bestehen. Das macht es erforderlich, den Schutz ausländischer Investoren auf anderem Wege sicher zu stellen.

Sigmar Gabriel ist auf der SPD-Konferenz „TTIP – Chancen und Risiken“ in Berlin am 23. 2. 2015 von der ursprünglichen deutschen Position abgerückt, dass der Investitionsrechtsschutz vor nationalen Gerichten im amerikanisch-europäischen Verhältnis ausreichend ist.² Es ist vor dem Hintergrund jahrzehntelanger Erfahrungen deutscher Unternehmen in den USA schwer nachvollziehbar, dass gerade zwischen 2014 und Anfang 2015 neue Erkenntnisse aufgetaucht sind, die dieses in Frage stellen. Beschwerden hat es lediglich vereinzelt gegeben. Insofern sind die Hinweise auf Mängel im Investitionsschutz der USA nicht überzeugend. Wenn sie aber als generelles Problem substantiierbar wären, müssten sie in die Verhandlungen mit dem Ziel der Sicherstellung nationaler Rechtssicherheit eingebracht werden.

Aus rechtspolitischer Sicht hat ein funktionsfähiges nationales Rechts- und Justizwesen den Vorrang, weil davon nicht nur ausländische Investoren, sondern auch die Inländer profitieren. Investitionsschutz und Investor-Staat-Streitverfahren in internationalen Handelsverträgen mindern den Druck auf die Nationalstaaten, die internationale Investoren anziehen wollen, für sie nationale Rechtssicherheit zu realisieren. Die davon zu erwartenden positiven Effekte auf die Rechtssicherheit insgesamt und das gesamte Justizwesen bleiben aus. Auch deswegen sind internationale Investitionsschutzverträge verfehlt.

Der internationale Investorenschutz kollidiert mit der Sozialbindung des Eigentums im Grundgesetz. Die Kommission spricht davon, einen „soliden Ausgleich“ zwischen den Interessen der Investoren und staatlicher Regulierung,³ sprich dem Allgemeinwohl, schaffen zu wollen. Diesen Interessensausgleich hat das deutsche Grundgesetz, wie auch die Verfassungen und Rechtsordnungen anderer Staaten, bereits vorgenommen. Die Ausgestaltung des Eigentums in den jeweiligen Rechtsordnungen ist geronnenes Ergebnis historischer Entwicklungen und sozialer (Aushandlungs-)Prozesse. Es sind gesellschaftliche Kompromisse. Der in anderen politischen Arenen bislang ohne öffentliche Beteiligung ausgehandelte Eigentumsschutz durch den Investitionsschutz und Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit in internationalen Handelsverträgen stellt für die Gesellschaften eine von außen eingeführte Abweichung für ausländische Investoren dar. Letztlich handelt es sich um einen Angriff auf die soziale Ausgestaltung des Eigentums in Westeuropa in der unmittelbaren Nachkriegszeit.⁴

²Zur ursprünglichen deutschen Position: Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft (TTIP) zwischen der EU und den USA, Fakten und Informationen, häufig gestellte Fragen und Antworten, Berlin, April 2014, S. 36

³European Commission, Online public consultation on investment protection and investor-to-state dispute settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement (TTIP), Commission Staff Working Document, Brüssel, 13. 1. 2015 SWD(2015) 3 final, S. 72

⁴Zur Unterminierung verfassungsrechtlicher Eigentumskompromisse durch internationale Investitionsschutzabkommen vgl. Reha Tamara Hoffmann, Universalismus oder Vollstreckung partikularer Interessen? Eigentum zwischen Menschenrecht, Investitionsschutz und demokratischem Eigentumskompromiss, *juridicum* 3/2013, S. 361 ff., Zur demokratischen und sozialen Ausrichtung der neuen nationalen Verfassungen der Nachkriegszeit in Europa, vgl. Hauke Brunkhorst, Das doppelte Gesicht Europas, Berlin 2014, S. 19 ff., zum Spannungsverhältnis zwischen internationalen Investitionsschutzabkommen und dem Eigentumsschutz im Grundgesetz am Beispiel der beiden Vattenfall-Klagen auf der Basis der Energiecharta vgl. Markus Krajewski, Vattenfall, der deutsche Atomausstieg und das internationale Investitionsrecht, *juridicum* 3/2013, S. 348 ff.

1. Die Konsultation der Europäischen Kommission

Die EU-Kommission und die US-Regierung setzen sich massiv für internationalen Investitionsschutz und Investor-Staat-Schiedsverfahren ein. Die USA möchten global das Investitionsrecht vereinheitlichen, damit mit den standardisierten Verfahren es den (US-amerikanischen) Unternehmen leichter gemacht wird, ggf. gegen Staaten zu klagen, ohne dass die unterschiedlichen Rechtsordnungen beachtet werden müssen. Die EU-Kommission möchte ihre neue Befugnis aus dem Vertrag von Lissabon ausschöpfen und einen einheitlichen europäischen Standard schaffen, den sie kontrollieren kann. Die US-Verwaltung und die EU-Kommission konkurrieren miteinander, wer sich besser durchsetzen kann.

US-Regierung und EU-Kommission waren von dem aufflammenden großen öffentlichen Widerstand überrascht. Internationale Handelsabkommen wurden bislang unter Ausschluss der Öffentlichkeit verhandelt. Und danach in aller Regel von den Parlamenten ratifiziert.⁵ Die EU-Kommission sah sich wegen des starken öffentlichen Widerstandes gegen den Investitionsschutz zu einer Konsultation über die internationale Schiedsgerichtsbarkeit im TTIP veranlasst, die vom 27. März bis zum 13. Juli 2014 durchgeführt wurde. Darin hat die Europäische Kommission ihre Vorschläge für Innovationen zur Diskussion gestellt. Am 13. Januar 2015 hat sie die Ergebnisse veröffentlicht. Wegen der Konsultation hat die Kommission die Verhandlungen mit den USA zu diesem Thema ausgesetzt.

Die Kommission erhielt fast 150 000 Eingaben. Davon waren 97 Prozent vorformulierte Masseneingaben, 3450 Eingaben waren individuell formuliert.⁶ Insgesamt zeigte sich eine ganz überwiegende Ablehnung von Investitionsschutzabkommen. Massive Kritik wurde in den Masseneingaben und überwiegend von den sich beteiligenden Gewerkschaften, Nichtregierungsorganisationen, Regierungs- und Verwaltungseinrichtungen, Verbraucherverbänden und anderen Organisationen geäußert. Die Wirtschaftsverbände und die meisten Großunternehmen sprachen sich für Investitionsschutzabkommen aus. Kleine Unternehmen waren dagegen oft kritischer.⁷

Die Zustimmung der Wirtschaftsverbände und Großunternehmen ist auch nicht verwunderlich. Die Beteiligung der gesellschaftlichen Gruppen im Vorfeld der Formulierung der EU-Positionen zum TTIP war ziemlich einseitig. Eine achtseitige Liste der von der Kommission angehörten Interessengruppen enthält nur Vertreter der Wirtschaft. Gewerkschaften. Umwelt- und Verbraucherschutzverbände und andere Interessengruppen waren nicht vertreten. Bei einer offiziellen TTIP-Veranstaltung der Kommission waren 92 Prozent der Vertreter aus der Privatwirtschaft. Es lässt sich für einige Fälle zeigen, dass sich Vorschläge der Wirtschaftsverbände in den Verhandlungspositionen der EU konkret wieder finden.⁸ Im Januar 2013 hat die Europäische Kommission allerdings auch ein 14köpfiges Beratungsgremium berufen, dem neben Vertretern verschiedener Wirtschaftsbranchen auch Verbraucherschützer und Gewerkschafter angehören.⁹

Die Kommission hatte im Gefolge der Konsultation angekündigt, mit Interessensträgern, den Mitgliedstaaten und dem Europäischen Parlament im ersten Quartal 2015 Gespräche zur weiteren Vorgehensweise im TTIP führen zu wollen.¹⁰ Das eindeutige Votum der Konsultation zum TTIP, bei der ganz überwiegend die Lösungen zum CETA zur Diskussion gestellt wurden, hat die Kommission aber nicht davon abgehalten, 2014 CETA mit Investitionsschutz und Investor-Staat-Schiedsverfahren zu Ende zu verhandeln.¹¹

⁵Justus von Daniels, Recht im globalen Nebel, Investitionsschutz und demokratische Legitimation, Leviathan 1/2015, S. 114 ff., 120, 124 f.

⁶Europäische Kommission, Bericht über die Online-Konsultation zum Investitionsschutz und zur Beilegung von Streitigkeiten zwischen Investor und Staat im Abkommen über die transnationale Handels- und Investitionspartnerschaft, Pressemitteilung vom 13. 1. 2015, S. 2

⁷European Commission, Online public consultation on investment protection and investor-to-state dispute settlement (ISDS) , a. a. O., S. 14

⁸Pia Eberhardt, Lobbyismus im TTIP, Vortrag bei der SPD Köln-Ehrenfeld am Donnerstag, den 22. Januar 2015

⁹Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, a. a. O., S. 11

¹⁰Europäische Kommission, Bericht, a. a. O., S. 3

¹¹Justus von Daniels, a. a. O., S. 124, Hertha Däubler-Gmelin, Nicht zustimmungsfähig! Rote Linien für TTIP müssen auch für CETA gelten. Zur Not muss geklagt werden, IPG-Journal, 8. 9. 2014, S. 3 <http://www.ipg-journal.de/kommentar/artikel/ceta-nicht-zustimmungsfaehig-577/>

In ihrer Rede vor dem Haushaltsausschuss des Europäischen Parlamentes vom 18. März 2015 hat EU-Handelskommissarin Cecilia Malmström nunmehr festgestellt, dass es erforderlich sei, Investitionsschutz und Investor-Staat-Schiedsgerichtsverfahren auch im TTP aufzunehmen. Sie konzediert, dass die Investitionsschutzvereinbarungen in der Vergangenheit Investoreninteressen höher gewichtet hätten als das staatliche Regulierungsrecht. Die bisherigen Vereinbarungen seien nicht geeignet. Es seien andere Lösungen erforderlich. Mit den Reformen sei im CETA-Entwurf bereits begonnen worden.¹²

2. Zur bisherigen Ausgestaltung und Praxis der internationalen Investitionsschiedsgerichtsbarkeit

Dass die Öffentlichkeit von der Aussicht eines Investitionsschutzabkommens mit den USA alarmiert ist, kommt nicht von ungefähr. Mit der internationalen Investitionsschiedsgerichtsbarkeit ist ein völkerrechtliches Gerichtssystem entstanden, das sich an der internationalen Handelsgerichtsbarkeit anlehnt, die möglichst unbürokratisch, diskret und schnell Handelskonflikte lösen sollte. Faktisch handelt es sich aber bei der Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit aufgrund ihrer politischen Folgen um eine Mischung zwischen Handels- und Verwaltungsgerichtsbarkeit.¹³ Im Kern geht es nicht um Handelsrecht (Privatrecht), sondern um Staatshaftungsrecht¹⁴. War die Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit zunächst als Notbehelf bei unsicheren Rechtsstaaten gedacht, soll sie nun, vor allem angetrieben durch die USA, Bestandteil einer neuen Welthandelsordnung werden und auch entwickelte Rechtsstaaten umfassen. Lange Zeit gab es nur wenige Klagen und Verfahren. Ihre Zahl ist aber in den letzten 15 Jahren sprunghaft angestiegen.¹⁵ Dabei bevorzugt die Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit bereits durch ihre Konstruktion strukturell Investoreninteressen. Das wird an den folgenden Merkmalen deutlich:

a. Privater Sonderrechtsweg für ausländische Investoren

Investor-Staat-Schiedsverfahren begründen nur Rechte für Investoren und keine Pflichten. Nur Investoren können Klage erheben, Staaten und sonstige Bürgerinnen und Bürger können das nicht. Es gibt für Investoren einen zur nationalen Gerichtsbarkeit zusätzlichen Rechtsweg, mit eigenen materiellen Anspruchsgrundlagen und Verfahren. Die Investitionsschutzverträge enthalten keine Verpflichtungen für Unternehmen, wie etwa die zur Einhaltung des nationalen Rechts. Handlungen der ausländischen Investoren selbst unterliegen nicht einer solchen eigenen Gerichtsbarkeit. So sind keine Klagemöglichkeiten der Bürgerinnen und Bürger etwa bei Umweltverschmutzungen oder Menschenrechtsverletzungen vorgesehen. Auch nationalen Unternehmen steht die Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit nicht offen. Insofern handelt es sich um eine Inländerdiskriminierung. Hat ein Staat mehrere Investitionsschutzabkommen abgeschlossen, kann ein Unternehmen, das

¹²Cecilia Malmström, Discussion on Investment in TTIP at the meeting of the International Trade Committee of the European Parliament, Brüssel, 18. März 2015, http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-15-4624_de.htm

¹³Justus von Daniels, a. a. O., S. 116 f., Zur Genese der Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit: Jan Ole Voß, Brauchen Investitionen im TTIP Schutz? Überlegungen zum Investitionsschutz im transatlantischen Freihandelsabkommen, Expertise im Auftrag der Abteilung Wirtschafts und Sozialpolitik der Friedrich-Stiftung, November 2014, S. 10 ff. <http://library.fes.de/pdf-files/wiso/11047.pdf>, Armin von Bogdandy, Ingo Venzke, In wessen Namen? Internationale Gerichte in Zeiten globalen Regierens, Berlin 2014, S. 122 ff., Rainer Hoffmann, Internationale Investitionsschiedsgerichtsbarkeit, Paralleljustiz im Namen des Geldes? Fakten, Geschichte und Reformbedarf des Investitionsschutzes, in: *Betrifft Justiz* 120, 12/2014, S. 196 ff., Pia Eberhardt, Peter Fuchs, Thema Internationales Investitionsrecht, Staat – Macht – Konzerne, *juridikum* 3/2013, S. 322 ff.

¹⁴Damit geht es in Deutschland nur materiell um Verwaltungsrecht, da das Staatshaftungsrecht in Deutschland überwiegend der ordentlichen Gerichtsbarkeit zugeordnet ist.

¹⁵Justus von Daniels, a. a. O., S. 115

ihn verklagen will, durch Tochtergesellschaften und durch Verlagerung von Unternehmenssitzen das Abkommen aussuchen, das für es am günstigsten erscheint.¹⁶

b. Mehr Investorenrechte als zum Anreiz einer Investitionstätigkeit erforderlich

Die Reichweite der Investitionsschutzmechanismen ist wesentlich weiter als auf den ersten Blick ersichtlich. Es ist relativ einfach, in den Genuss von Klagerechten zu kommen. Das kann, wenn in einem Land eine Investition besteht, durch den Erwerb der Staatsbürgerschaft eines anderen Landes, mit dem ein Investor-Staat-Schiedsabkommen besteht, oder durch Errichtung eines Unternehmenssitzes dort geschehen. Bei nationalen Unternehmen reicht der Transfer an einen Eigentümer im Ausland aus, mit dem ein Investor-Staat-Schiedsabkommen besteht. Dass Investitionsschutzabkommen wirklich Auslandsinvestitionen befördern und die Investitionsströme beeinflussen, ist empirisch nicht gesichert. Die Forschungsergebnisse sind nicht eindeutig. Vieles spricht dafür, dass Investitionsschutzabkommen zwar ein Faktor bei der Entscheidungsfindung über Investitionen sind, sie sind aber nicht ausschlaggebend.¹⁷ Auch ist der wirtschaftliche Mehrwert für die Gastländer nicht eindeutig belegt.¹⁸

c. Keine gesetzlichen Richter

Die Ausgestaltung und Praxis der Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit ist von rechtsstaatlichen Grundsätzen und einer Neutralität der Gerichte weit entfernt. Seit langen Jahren in der westeuropäischen Rechtstradition eingeführte Garantien richterlicher Unabhängigkeit sind verletzt. Es gibt keine gesetzlichen Richter, die einer Richterlaufbahn unterliegen, also Berufsrichter sind, die fest besoldet sind, nach Qualifikation in einem generellen Auswahlverfahren erkoren und nach einem objektiven Verfahren der jeweiligen Streitigkeit zugeordnet werden. Bei Investor-Staats-Schiedsverfahren werden für jedes Verfahren neue Personen, meist Anwälte, in eine Richterfunktion berufen. Ein Schiedsrichter wird vom klagenden Unternehmen und ein anderer vom verklagten Staat benannt. Auf den dritten Richter müssen sich die beiden Parteien einigen.¹⁹ Geschieht das nicht, etwa wenn das Verfahren bei der bedeutendsten internationalen Stelle zur Abwicklung von Schiedsverfahren, dem International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), Washington, einem Mitglied der Weltbank-Gruppe, gewählt wird, entscheidet innerhalb von 90 Tagen der Generalsekretär von ICSID, wer der vielleicht entscheidende dritte Richter sein wird.

d. Mangelnde Neutralität der Schiedsorganisationen

Die Schiedsorganisationen üben erheblichen Einfluss aus: Sie erstellen Listen von potentiellen Schiedsrichtern, die sie favorisieren. Sie entscheiden bei Streitigkeiten über die Berufung von Schiedsrichtern, wenn eine Partei Einwände gegen den Vorschlag der Gegenpartei erhebt. Sie können eine Überwachungsfunktion über Regeln und die Schiedssprüche ausüben. Drei im Normalfall vom Präsidenten der Weltbank ernannte Schiedsrichter entscheiden in ICSID-Verfahren über die Annullierung von Schiedssprüchen bei Verfahrensfehlern. Hohe Funktionäre haben somit einen Spielraum bei der Ausgestaltung bedeutender Merkmale eines rechtsförmigen Verfahrens. Viele der Organisationen zur Abwicklung der Schiedsgerichtsverfahren, wie etwa das ICSID oder der International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce, sind nicht ausrei-

¹⁶Gus Van Harten, A Critique of Investment Treaties and Investor-State Arbitration, Juridikum 3/2013, S. 341 f., 344, Justus von Daniels, a. a. O., S. 117 f., Markus Krajewski, Modalities for investment protection and Investor-State Dispute Settlement (ISDS) in TTIP from a trade union perspective, Friedrich-Ebert-Stiftung, EU Office Brussels, November 2014, S. 6, 21 <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/bruessel/11044.pdf>

¹⁷Gus Van Harten, a. a. O., S. 339 f., s. a. die Hinweise von Markus Krajewski, Modalities for investment protection, a. a. O., S. 8 und von Hertha Däubler-Gmelin, Brauchen Investitionen im TTIP oder in TISA Schutz? Kommentar, in Jan Ole Voß, a. a. O., S. 32

¹⁸Jan Ole Voß, a. a. O., S. 11

¹⁹Justus von Daniels, a. a. O., S. 118

chend neutral, mächtigen Staaten und multinationalen Unternehmen werden Vorteile eingeräumt.²⁰ Allerdings gibt es auch eine bei den Vereinten Nationen eingerichtete Stelle zur Durchführung von Schiedsgerichtsverfahren, die United Nation Commission on International Trade Law (UNITRAL), die nach einem eigenen Regelwerk verfährt.²¹ Der Entwurf des CETA-Vertrags lässt mehrere Schiedsordnungen zu, nennt aber die ICSID-Konvention an erster Stelle.²²

e. Unzureichende Trennlinie zwischen Anwalt- und Richterfunktion

Die im internationalen Schiedsgerichtswesen tätigen Juristen treten fallweise als Anwälte und dann in anderen Verfahren wiederum als Schiedsrichter auf. Es gibt keine institutionelle Trennung der beiden Funktionen. Inwieweit jeweils eine Trennung der Rollen gelingt, ist personenabhängig. Es ist nicht anzunehmen, dass die Trennung der Funktionen auf der personalen Ebene immer sauber funktioniert. Das System ist anfällig dafür, dass die Konflikte zwischen Anwalts- und Schiedsrichterfunktion durchschlagen. Es gibt Schiedsrichter, die zudem in Aufsichtsräten von Unternehmen sitzen und das auch bei Unternehmen, die schon Investor-Staat-Klagen betrieben haben. Auch das wirft Fragen nach der Unabhängigkeit und Neutralität der Schiedsrichter auf.²³

f. Rechtsprechung vermengt mit Einkommensinteressen

Es ist eine Reihe von Anwaltskanzleien im Investitionsschutz tätig. Der Konzentrationsgrad ist allerdings hoch. Anwälte vertreten wechselweise die eine und die andere Seite. Die Stundensätze betragen bis 1000 Dollar. Die durchschnittlichen Rechts- und Verfahrenskosten pro Fall belaufen sich auf 8 Mio. Dollar, sie können aber auch auf 30 Millionen Dollar ansteigen. 80 Prozent dieser Kosten landen bei den Anwaltskanzleien. Sie stellen auch viele Schiedsrichter. Diese erhalten bis zu 700 Dollar die Stunde. Das Interesse der Anwaltskanzleien und der dort tätigen Juristen, das System am Laufen zu halten, liegt auf der Hand. Entsprechend werben die Kanzleien bei potenziellen Klägern. Durch die Verquickung mit der Rechtsprechungsfunktion besteht auch die Möglichkeit, die Rechtsprechungspraxis so auszugestalten, dass Klagen für die Kläger lohnend sind. Kläger können aber nur Investoren sein. Für sie ist das System attraktiv, wenn die Wahrscheinlichkeit, eine Klage zu gewinnen, groß und die Schadensersatzsumme hoch ist. Die Rechtsfolge von Investor-Staat-Schiedssprüchen kann im Erfolgsfall der Unternehmen lediglich Schadensersatz sein.

Diese Kanzleien, Anwälte und Schiedsrichter prägen auch stark den wissenschaftlichen Diskurs über das internationale Investitionsschutzrecht. Sie verfassen den Großteil der akademischen Veröffentlichungen, sind stark in den Redaktionen der einflussreichsten Fachzeitschriften vertreten und haben Ausbildungsfunktionen an den Hochschulen inne. Prominente Anwälte beraten auch die Staaten bei der Abfassung von Investitionsschutzverträgen. Sie sind gut im politisch-administrativen System vernetzt und verfolgen langfristige Strategien.²⁴

g. Großer Beurteilungsspielraum durch unbestimmte Rechtsbegriffe

Die in den Handelsverträgen niedergelegten Investitionsschutznormen enthalten viele unbestimmte Rechtsbegriffe (z. B. faire und gerechte Behandlung, indirekte Enteignung) und konstituieren so einen weiten Beurteilungsspielraum der Schiedsrichter. Besondere Bedeutung hat der Tatbestand der fairen und gerechten Behandlung erlangt. Er stellt den Investitionsschutz jenseits von Enteig-

²⁰Gus Van Harten, a. a. O., S. 345 f.

²¹Rainer Hoffmann, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, a. a. O., S. 194 f.

²²CETA-Vertragstext, Arbeitsübersetzung des Sprachendienstes des Deutschen Bundestages, Kapitel 10, Art X.22, Abs. 2 <https://ttipstoppenffm.files.wordpress.com/2015/02/ceta-u-bersetzung-kap10-15-24-26.pdf>

²³Pia Eberhardt, Politikbekämpfung als Geschäftsmodell, die Rolle der Rechtsbranche im internationalen Investitionsrecht, *juridikum* 3/2013, S. 389

²⁴Pia Eberhardt, Politikbekämpfung als Geschäftsmodell, a. a. O., S. 386 ff.

nung und Diskriminierung sicher und sanktioniert willkürliches, unfaires und missbräuchliches Staatshandeln. Der Tatbestand wurde von den Schiedsrichtern teilweise sehr eng, teilweise aber auch sehr weit ausgelegt. In seiner weiten Auslegung stellt er die staatliche regulierende Gesetzgebung in Frage.²⁵ Äußerst problematisch ist der in diesem Zusammenhang stehende Tatbestand der legitimen Erwartungen eines Investors. Er ist von einigen Schiedsgerichten dahingehend ausgelegt worden, dass er durch den Bestand eines bestimmten regulatorischen Rahmens oder durch Regierungs-Zusicherungen aller Ebenen unabhängig von der Zuständigkeit erfüllt werden kann.²⁶

Der Rückgriff auf den Tatbestand der fairen und gerechten Behandlung hat zu einer hohen Erfolgsquote bei Investor-Staat-Schiedsverfahren geführt.²⁷ Um der expansiven Interpretation durch die Schiedsgerichte zu begegnen, haben viele Staaten versucht, den Tatbestand der fairen und gerechten Behandlung durch Verweis auf internationales Gewohnheitsrecht eng zu fassen. So hat etwa die Kommission für freien Handel, die im Rahmen des Nordamerikanischen Freihandelsabkommens (NAFTA) gebildet wurde, eine bindende Interpretation erlassen, dass der Tatbestand über die Mindeststandards des internationalen Gewohnheitsrechts nicht hinausgehen darf. Gesetzgebung und Regierungshandeln sollten dadurch geschützt werden. Der Wildwuchs der Schiedsgerichtsbarkeit konnte durch diese und andere Initiativen den Tatbestand an die Mindeststandards des internationalen Gewohnheitsrechts zu binden, nicht gestoppt werden. Es gab Schiedsgerichte, die die Vorgaben und Interpretationen der Vertragsparteien ignorierten und ihr eigenes Recht setzten.²⁸ Viele der jüngeren Klagen im Investitionsschutz wurden durch eine Ausweitung der Ansprüche induziert, die Ergebnis der sehr unbestimmten Rechtsbegriffe war.²⁹

Auch der Tatbestand der indirekten Enteignung lässt den Schiedsgerichten im Hinblick auf staatliche Regulierungen einen großen Beurteilungsspielraum und kann Grundlage hoher Schadensersatzforderungen gegen Staaten sein.³⁰

Zu dem weiten Beurteilungsspielraum und der Missachtung von Vorgaben durch die Vertragsparteien kommt eine Intransparenz der Verfahren und mangelnde Kontrolle der Schiedsrichter. Ein Berufungsverfahren gibt es nicht. Viele Schiedsgerichte nutzen extensiv die ihnen übertragene, große Macht.

Das Vorhaben, eine defekte Verfahrensstruktur zur Grundlage eines neuen globalen Standards zu machen, ohne einen belastbaren Bedarf zu haben, ist äußerst problematisch.³¹

h. Folgen: Hohe Schadensersatzforderungen und Regulatory Chill

Es ist ein völkerrechtliches Gerichtssystem entstanden, das bereits durch seine Konstruktion einseitig Investoreninteressen bevorzugt. Es wird von Konzernen intensiv genutzt, um immense Summen von Schadensersatz von Staaten zu verlangen und strengere Gesetze zum Schutz von Mensch und Umwelt zu verhindern (Regulatory Chill). Viele Entscheidungen haben zu Lasten von gemeinwohlorientierten Interessen die Interessen der Investoren zu stark berücksichtigt.

Für Regierungen ist es höchst riskant, regulierende Gesetze zu erlassen, wenn Schadensersatz auch nur droht. Der finanzielle und politische Schaden wäre immens, wenn nennenswerte Beiträge des Staatsbudgets für Schadensersatzforderungen geleistet werden müssten. Die Opposition würde das, je nach parteipolitischer Couleur, intensiv ausschlagen. So wird von Kanada berichtet, dass die Regierung als Reaktion von auf dem NAFTA basierenden Klageandrohungen US-

²⁵European Commission, Online public consultation on investment protection and investor-to-state dispute settlement (ISDS), a. a. O., S. 47

²⁶Nathalie Bernasconi-Osterwalder, Yalan Liu, Interpreting Fair and Equitable Treatment in International Investment Law, *juridicum*, 3/2013, S. 376

²⁷Nathalie Bernasconi-Osterwalder, Yalan Liu, a. a. O. S. 374

²⁸Nathalie Bernasconi-Osterwalder, Yalan Liu, a. a. O., S. 377 ff.

²⁹Justus von Daniels, a. a. O., S. 122

³⁰European Commission, Online public consultation on investment protection and investor-to-state dispute settlement (ISDS), a. a. O., S. 65

³¹Justus von Daniels, a. a. O., S. 123

amerikanischer Unternehmen Gesetzgebungsvorhaben storniert hat. Es gibt weitere Beispiele, etwa aus Neuseeland.

Deutschland hat zwar viele Investitionsschutzabkommen abgeschlossen, ist bislang aber kaum Beklagter, weil es, außer der Energiecharta, keine Abkommen mit kapitalexportierenden Ländern hat. Das soll sich nun mit TTIP und dem bereits ausverhandelten, aber noch nicht paraphierten CETA ändern.³²

3. Die Vorschläge der Europäischen Kommission in der Konsultation 2014

a. Das Verhandlungsmandat

Die „Leitlinien für die Verhandlungen über ein umfassendes Handels- und Investitionsabkommen – bezeichnet als Transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft zwischen der Europäischen Union und den Vereinigten Staaten von Amerika“,³³ das Mandat mit dem der Handelsminister die Europäische Kommission zu den Verhandlungen ermächtigt hat, knüpft die Aufnahme des Investitionsschutzes in das TTIP an die Bedingung, dass eine „zufriedenstellende Lösung“ gefunden wird. Die Grundlinien für eine solche Lösung werden knapp und entsprechend der Kürze und dem Charakter des Verhandlungsmandats schlagwortartig dargelegt.³⁴ Aufgeführt werden als Bedingungen unter anderem „Transparenz, Unabhängigkeit der Schiedsrichter und Berechenbarkeit des Abkommens [...], unter anderem durch die Möglichkeit einer verbindlichen Auslegung des Abkommens durch die Vertragsparteien“.³⁵ Gemäß des Mandats in das Abkommen aufzunehmen sind unter anderen: die „gerechte und billige Behandlung, einschließlich eines Verbots unverhältnismäßiger, willkürlicher und diskriminierender Maßnahmen“ und „Schutz vor direkter und indirekter Enteignung, einschließlich des Rechts auf unverzügliche, angemessene und effektive Entschädigung“.³⁶

Die allgemein und abstrakt im Verhandlungsmandat dargelegten Bedingungen für eine spätere Zustimmung zum Investitionsschutz lassen einen breiten Interpretationsspielraum zu und stellen keine allzu große Hürde für eine spätere Entscheidung dar. Zudem sind die besonders problematischen Tatbestände, die faire und gerechte Behandlung und die indirekte Enteignung, als eine Bedingung für eine Zustimmung ausdrücklich enthalten.

Die „innovativen Lösungen“, die die Kommission in ihrer Konsultation zur Diskussion gestellt hat, sind konkret formuliert und stützen sich weitgehend auf die Bestimmungen im CETA. Mit einer Forderung geht die Kommission über das Verhandlungsmandat hinaus. So soll eine Berufungsinstanz im Verhandlungsmandat lediglich geprüft werden, während sie in der Konsultation definitiv vorgeschlagen wird.

³²Vgl. zur Praxis der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit und den Folgeproblemen: Markus Krajewski, Modalities for investment protection, a. a. O., S. 6 f., Hertha Däubler-Gmelin, Brauchen Investitionen im TTIP oder in TISA Schutz? a. a. O., S. 33, Pia Eberhardt, Investitionsschutz am Scheideweg, TTIP und die Zukunft des globalen Investitionsrechts, Friedrich-Ebert-Stiftung, Mai 2014 <http://library.fes.de/pdf-files/iez/global/10773-20140603.pdf>, Pia Eberhardt, Blair Redlin, Cecile Toubeau, Verkaufte Demokratie – Wie die CETA-Regeln zum Schutz von Investoren das Allgemeinwohl in Kanada und der EU bedrohen, Amsterdam, Berlin, Brüssel, Montreal, Paris, Ottawa, Wien, November 2014 <http://corporateeurope.org/sites/default/files/verkaufte-demokratie.pdf> und Pia Eberhardt, Investor-Staat-Klagerechte im EU-Kanada-Handelsabkommen CETA: Eine Gefahr für öffentliche Haushalte und staatliche Regulierungsautonomie, Deutscher Bundestag, Ausschuss für Wirtschaft und Energie, Anhörung 15. Dezember 2015, Ausschussdrucksache 18(9)291 [³³Leitlinien ..., mit BMWi-Kurzkommentaren versehen, <http://www.bmw.de/BMWi/Redaktion/PDF/S-T/ttip-mandat-kommentiert,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf>](http://www.google.de/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCEQFjAA&url=http%3A%2F%2Fdokumente.linksfraktion.de%2Finhalt%2F189291-corporate-europe-observatory-pia-eberhardt-stellungnahme-.pdf&ei=hYLwVO32C8f-UNeggMAD&usq=AFQjCNHMsUKSEcBm3Nim59n5HC7YkHbDWA, zum Spannungsverhältnis zwischen nationalem Umweltrecht und Investitionsschutzrecht am Bsp. Vattenfall vgl., Markus Krajewski, a. a. O., S. 253 ff. Jan Ole Voß sieht den Regulatory Chill vor allem als ein Problem von armen Entwicklungsländern, Jan Ole Voß, a. a. O., S. 20</p>
</div>
<div data-bbox=)

³⁴Leitlinien, a. a. O., S. 5 f.

³⁵Leitlinien, a. a. O., S. 6.

³⁶Leitlinien, a. a. O., S. 5 f.

Die Kommission ist an das Mandat gebunden.³⁷ Es scheint aber flexibel gehandhabt zu werden. Auch deswegen stellt das Mandat kein Bollwerk gegen einen undemokratischen und unsozialen Investitionsschutz dar.

Die Kommission bezieht sich in ihren Verlautbarungen und Reaktionen auf die Kritik auf das bindende Mandat und darauf, dass es ihr von den Mitgliedstaaten erteilt wurde. Es ist andererseits bisher wenig Ehrgeiz der Regierungen zu erkennen, das Verhandlungsmandat zu ändern. Die Verantwortung zwischen den Ebenen diffundiert somit.³⁸ Das macht es für den Protest schwierig, den richtigen Adressaten anzusprechen. Jede der beiden Ebenen kann auf den anderen verweisen. In einem Mehrebenensystem kann durch ein Ping-Pong zwischen den Ebenen eine Protestbewegung leicht klein gearbeitet werden.³⁹

Die Europäische Kommission hat noch im November 2013 geäußert, dass die Investitionsschutzbestimmungen „im Allgemeinen [...] gut funktioniert“ haben.⁴⁰ Das ist nach den Beobachtungen und Schlussfolgerungen internationaler lobbykritischer Organisationen,⁴¹ nach Vertretern der Rechtswissenschaft⁴² und nach den Problembeschreibungen der Kommission zu ihren Innovationsvorschlägen⁴³ allerdings nicht nachvollziehbar.

b. Übersicht über die Vorschläge der Konsultation

Die Innovationen, die die Europäische Kommission nun für erforderlich hält und in der Konsultation zur Diskussion gestellt hat, beziehen sich zum einen auf das materielle Recht und zum anderen auf die Ausgestaltung der Schiedsgerichte und Verfahren.

Zum materiellen Recht wird vorgeschlagen:

- Keinen Import von materiellen Ansprüchen und Verfahrensrechten aus anderen Abkommen im Wege der Meistbegünstigung zuzulassen (Konsultationsvorschlag Nr. 2).
- Horizontale Ausnahmen bei der Pflicht zur Nichtdiskriminierung (Umwelt-, Gesundheit-, Verbraucherschutz, audiovisueller Sektor und Beihilfen) vorzusehen (Vorschlag Nr. 2).
- Der unbestimmte Rechtsbegriff „faire und gerechte Behandlung“ soll nur für einige begrenzte und grundlegende Tatbestände gelten. Legitime Erwartungen und damit einklagbare Erwartungen soll es nur geben können, wenn klare und spezifische Äußerungen einer Vertragspartei gemacht wurden, um den Investor für die Investition zu gewinnen. Er muss sich auf eine gegebene und gebrochene Zusage verlassen haben. Auf eine Pflicht zum Fortbestand des aktuellen regulatorischen Regimes soll sich der Investor nicht berufen können (Vorschlag Nr. 3).
- Der Tatbestand der indirekten Enteignung soll näher definiert und Interpretationshilfen sollen bereitgestellt werden. Eine legitime, nicht offensichtlich unverhältnismäßige staatliche Regulierung soll keine indirekte Enteignung und eine negative Auswirkung einer Regulierung auf die Investition soll für eine indirekte Enteignung nicht ausreichend sein (Vorschlag Nr. 4).

³⁷Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, a. a. O., S. 19

³⁸Justus von Daniels, a. a. O., S. 124 f.

³⁹Vgl. dazu für das Beispiel der Bundesrepublik Deutschland, Herbert Grymer, Konfliktverarbeitung und Staatsstruktur, Techniken der administrativen Entschärfung gesellschaftlicher Widersprüche, Frankfurt 1979

⁴⁰Europäische Kommission, Investitionsschutz und Beilegung von Investor-Staat-Streitigkeiten in EU-Abkommen, November 2013, S. 1

http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/december/tradoc_151995.pdf

⁴¹Pia Eberhardt, Blair Redlin, Cecile Toubeau, Verkaufte Demokratie, a. a. O.

⁴²Rainer Hoffmann, Internationale Investitionsschiedsgerichtsbarkeit, a. a. O., S. 194 ff., insbes. S. 199 ff.

⁴³European Commission, Online public consultation on investment protection and investor-to-state dispute settlement (ISDS), a. a. O., S. 47, 55, 65, 72, 80, 89, 101, 116, 121 und 126

- Verankerung des Rechtes der Vertragsparteien, Märkte zu regulieren als grundlegendes Prinzip (Vorschlag Nr. 5, dazu dienen auch die Vorschläge 2, 3, 4, 10 und 11) und des Rechts zur Sicherung der Stabilität und Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte sowie zu Kriseninterventionen bei bestimmten schweren wirtschaftlichen Ungleichgewichten.

Zur Ausgestaltung der Schiedsgerichte und der Verfahren werden vorgeschlagen:

- Mehr Transparenz: Schiedsverhandlungen und alle Dokumente sollen öffentlich sein. Ausgenommen sind vertrauliche Informationen und Geschäftsgeheimnisse. Interessierte Parteien der Zivilgesellschaft können Eingaben machen (Vorschlag Nr. 6).
- Anreize für eine vorrangige Nutzung des nationalen Rechtswegs und von Mediationsverfahren, wie etwa des Verbots einer gleichzeitigen Klageerhebung vor nationalen Gerichten und dem privaten Schiedsgericht (Vorschlag Nr. 7).
- Ethischer Verhaltenskodex. Es wird auf die Einhaltung der Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration der International Bar Association und die gemäß Kapitel 10 Art. X 42 vom Ausschuss für Dienstleistungen und Investitionen noch zu verabschiedenden ergänzenden Regeln verwiesen. Schiedsrichter, die dagegen verstoßen, werden ihres Amtes entbunden. Schiedsrichter müssen zudem unabhängig und unparteiisch sein; zudem ist - für den Fall einer Nichteinigung der Parteien - eine gemeinsame Liste möglicher Vorsitzender, vorgesehen (Vorschlag Nr. 8). In ihrer Rede vom 18. März 2015 vor dem Handelsausschuss des Europäischen Parlaments spricht Handelskommissarin Cecilia Wallström generell von einer begrenzten Liste von vertrauenswürdigen Schiedsrichtern für alle TTIP-Fälle. Offensichtlich geht das über die Liste der möglichen Vorsitzenden hinaus und ist eine abschließende Liste.⁴⁴
- Schneller Ausschluss offensichtlich unbegründeter Klagen durch Schiedsgerichte. Auferlegung aller Verfahrenskosten der unterlegenen Partei (Vorschlag Nr. 9).
- Durch Einvernehmen der Vertragsparteien mögliche Suspendierung von Klagen bei Maßnahmen zur Stabilisierung des Finanzsystems (Vorschlag Nr. 10).
- Regulierung der Schiedsgerichtsbarkeit durch Leitlinien. Möglichkeit zum Erlass von Interpretationen und Vorschriften durch die Vertragsparteien, die für die Schiedsgerichte bindend sind. Im Einzelfall kann zudem die nicht beklagte Vertragspartei in ein Investor-Staat-Verfahren der anderen Vertragspartei mit Interpretationshinweisen intervenieren. Das geht auch, wenn sich beide Parteien auf einen Interpretationshinweis verständigen. Der ist dann verbindlich (Vorschlag Nr. 11, s. a. Vorschlag Nr. 5).
- Einrichtung einer Berufungsinstanz innerhalb des völkerrechtlichen Schiedsgerichtssystems (Vorschlag Nr. 12). Cecilia Malmström hat am 18. März konkretisiert, dass die Berufungsinstanz aus permanent berufenen Schiedsrichtern bestehen soll.⁴⁵

In ihrer Rede vor dem Handelsausschuss des Europäischen Parlaments am 18. März wiederholte die EU-Handelskommissarin Cecilia Malmström die Vorschläge aus der Konsultation und fügt die o. a. Details hinzu. Ihre neuen Gedanken zum Investitionsschutz in TTIP offeriert sie als vorläufig und als noch kein vollständiges Konzept. Sie konzediert, dass die Vorschläge zu einer Liste der

⁴⁴Cecilia Malmström, a. a. O., S. 2

⁴⁵Cecilia Malmström, a. a. O., S. 3

Schiedsrichter noch nicht einem permanentem multilateralen Handels- und Investitionsgerichtshof entsprechen.⁴⁶

c. Der besondere Rechtsweg

Die grundlegenden institutionellen Probleme internationaler Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit bleiben auch nach den Reformvorschlägen bestehen, nämlich der Sonderrechtsweg mit einseitiger Klagebefugnis, die personelle Verquickung der Richter- und Anwaltsfunktion und die Verquickung der Richterfunktion mit finanziellen Eigeninteressen. Das grundlegend fragwürdige institutionelle Arrangement mit dem großen Interesse bei den beteiligten Anwaltskanzleien, die potentielle Richter stellen, das System „am Laufen“ zu halten⁴⁷, wird nicht beseitigt.

Hoch motivierte und hoch intelligente Spieler werden sich auch innerhalb eines Verhaltenskodexes souverän bewegen und ihre Interessen verfolgen können. Es gibt auch bereits Verhaltenskodices, die aber geringe Auswirkungen auf die Schiedsgerichtspraxis hatten und kein Hindernis für die Expansion der „Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit-Industrie“ waren.⁴⁸ Die Verhaltensleitlinien der International Bar Association enthalten zwar Regeln zur Lösung individueller Konflikte, berühren aber die Probleme der Anreizstrukturen zur Aufrechterhaltung des Systems nicht. Die nach Art. X.42 Investitionsschutzkapitel vom Ausschuss für Dienstleistungen und Investitionen zu ergänzenden zusätzlichen Verhaltensleitlinien, werden erst erstellt, nachdem das Abkommen in Kraft ist. Ihre Reichweite kann vorher nicht beurteilt werden.⁴⁹

Die finanziellen Interessen des beteiligten Rechtspersonals werden zufrieden gestellt, wenn es viele Verfahren gibt. Viele Verfahren gibt es, wenn für die Unternehmen, die das alleinige Klagerecht haben, die Erfolgsaussichten groß genug sind. Die in diesem Anreizmechanismus innewohnende tendenzielle Bevorzugung der Unternehmen wird durch die Vorschläge der Kommission nicht beseitigt. Auch eine Berufungsinstanz, die Teil eines solchen Systems ist, kann die Fehlbildung des institutionellen Arrangements nicht ändern. Sie unterliegt denselben Anreizwirkungen.

In dem Vorschlag der Kommission werden keine Anreize für die Investoren gesetzt, den nationalen Rechtsweg zu bevorzugen. Zwar soll es nicht möglich sein gleichzeitig den nationalen und internationalen Rechtsweg zu verfolgen, das gilt aber nur, wenn das Klageziel identisch ist. So kann immer noch international auf Schadensersatz und national auf Beseitigung der angegriffenen Vorschrift geklagt werden.⁵⁰

Die bislang besonders problematischen unbestimmten Rechtsbegriffe faire und gerechte Behandlung und indirekte Enteignung werden genauer gefasst. Die Kommission verweist dabei auf den CETA-Text.⁵¹

Der Vertreter der Europäischen Kommission führte in seiner schriftlichen Stellungnahme bei der Anhörung zum CETA im Ausschuss für Wirtschaft und Energie des Deutschen Bundestages am 15. Dezember 2015 aus: „Vielmehr wird der Behandlungsstandard in einem klaren, abgeschlossenen Text genau festgelegt, ohne dass den Schiedsrichtern unerwünschter Spielraum bleibt“.⁵²

⁴⁶Cecilia Malmström, a. a. O., S. 2 f.

⁴⁷Markus Krajewski, Modalities for investment protection, a. a. O., S. 17, Concept Paper, European Commission, Investment in TTIP and beyond – the path for reform, S. 6 f. http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF

⁴⁸Pia Eberhardt, Blair Redlin, Cecile Toubeau, a. a. O., S. 17

⁴⁹Markus Krajewski, Modalities for investment protection, a. a. O., S. 18

⁵⁰Markus Krajewski, Modalities for investment protection, a. a. O., S. 19 f.

⁵¹European Commission, Public Consultation on modalities for investment protection and ISDS in TTIP, Referenztexte zu Fragen 3 und 4

⁵²Rupert Schlegelmilch, EU-Kommission, Investitionsschutzbestimmungen im Freihandelsabkommen EU-Kanada (CETA), BT-Ausschuss für Wirtschaft und Energie, Ausschussdrucksache 18(9)293. 11. Dezember 2014, S. 1 <http://www.bundestag.de/blob/348274/629716c89e42f28e02b6b5808bc2c976/ruPERT-schlegelmilch--eu-komm--data.pdf>

d. Faire und gerechte Behandlung

Die meisten Klagen im internationalen Investitionsschutz werden auf den Tatbestand der fairen und gerechten Behandlung gestützt. Er ist die wichtigste und gefährlichste Anspruchsgrundlage.⁵³ Artikel X.9 des Kapitels 10, Investment, im CETA enthält zum Begriff faire und gerechte Behandlung folgende mögliche Anspruchsgrundlagen:

- Rechtsverweigerung in straf-, zivil- oder verwaltungsrechtlichen Verfahren.
- Wesentliche Verletzung des Rechts auf ein ordnungsgemäßes Verfahren, einschließlich einer wesentlichen Verletzung der Pflicht zur Transparenz in Gerichts- und Verwaltungsverfahren.
- Offenkundige Willkür.
- Gezielte Diskriminierung aus offenkundig ungerechtfertigten Gründen, wie beispielsweise aus Gründen des Geschlechts, der Rasse oder der religiösen Überzeugung.
- Missbräuchliche Behandlung von Investoren wie beispielsweise Nötigung, Zwang und Schikanierung.⁵⁴

Das sind aber die fünf Kategorien an Anspruchsgrundlagen, die 2012 die United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) als Ergebnis der Befunde der Schiedsgerichte zur Bestimmung des Inhaltes der fairen und gerechten Behandlung identifiziert hat. Hinzu kommen die legitimen Erwartungen.⁵⁵ Die Europäische Kommission zeichnet hier also lediglich die immanente Entwicklung der internationalen Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit nach.

Die Schwelle für Ansprüche aus der Pflicht zur fairen und gerechten Behandlung ist damit in der Tat erhöht.⁵⁶ Es bleiben aber unbestimmte Rechtsbegriffe „wesentliche Verletzung des Rechts auf ein ordnungsgemäßes Verfahren“, „offenkundige Willkür“ etc. sowie nicht abschließende beispielhafte Aufzählungen bei der gezielten Diskriminierung und der missbräuchlichen Behandlung und damit noch genügend Auslegungsspielräume für die Schiedsrichter. Hinzu kommt, dass sich in der Vergangenheit einige Schiedsrichter mehr an vorausgegangenem Fallrecht als an den unterschiedlichen Formulierungen in den Verträgen orientiert haben.⁵⁷

Mit der Aufnahme des Schutzstandards der legitimen Erwartungen eines Investors, Kapitel 10, Art. X.9 Abs. 4, wurde zudem auf Druck der EU eine Ausweitung gegenüber den nordamerikanischen Freihandelsvertrag NAFTA vorgenommen.⁵⁸ Legitime Erwartungen werden geweckt, wenn einem Investor, um eine abgesicherte Investition anzuregen, eine spezielle Zusicherung gemacht und damit ein Vertrauenstatbestand geschaffen wurde.⁵⁹ Zwar soll es auf klare und spezifische Äußerungen einer Vertragspartei ankommen, aber auch das lässt einen Beurteilungsspielraum zu.⁶⁰ Zudem wird die Gefahr gesehen, dass wegen Anwendungsschwierigkeiten dieser Vorschrift in der Praxis die Schiedsgerichte sich schwerpunktmäßig auf die Begriffe Zusicherung und legitime Erwartung konzentrieren werden. Ein Problem dabei ist, dass es nicht darauf ankommt, ob die Be-

⁵³Anna Cavazzini, Peter Fuchs, Investitionsschutz im CETA-Abkommen, in: Was steckt im EU-Kanada Freihandelsabkommen CETA? Deutsche Zusammenfassung von Scott Sinclair, Stuart Trew und Hadrian Mertins-Kirkwood (Hrsg.), Canadian Centre for Policy Alternatives, Making Sense of the CETA, November 2014, S. 4 http://power-shift.de/wordpress/wp-content/uploads/2014/12/Deutsche-Zusammenfassung-von-Making-Sense-of-the-CETA_PowerShift_November-2014.pdf, s. a. Jan Ole Voß, a. a. O., S. 21

⁵⁴Vgl. Rupert Schlegelmilch, a. a. O., S. 2, European Commission, Public Consultation on modalities for investment protection and ISDS in TTIP, Referenztext zu Frage 3

⁵⁵Nathalie Bernasconi-Osterwalder, Yalan Liu, a. a. O., S. 374

⁵⁶Jan Ole Voß kommt zu der Einschätzung, dass der Anwendungsbereich der fairen und gerechten Behandlung erheblich eingeschränkt wurde, stellt aber auch fest, dass hier die Klausel zur Sicherung der staatlichen Regulierung fehlt, Jan Ole Voß, a. a. O., S. 29

⁵⁷Markus Krajewski, Modalities for investment protection, a. a. O., S. 12, Nils Meyer Ohlendorf geht ebenfalls noch von erheblichen Auslegungsspielräumen aus, Nils Meyer-Ohlendorf, Kommentare zum Investitionsschutz nach CETA, Deutscher Bundestag, Ausschuss für Wirtschaft und Energie, Öffentliche Anhörung zu CETA vom 15. 12. 2014, S. 5 <http://www.bundestag.de/blob/348280/4d18d249b270ebb9a8a0ed88ea7cce62/nils-meyer-ohlendorf--ecologic-institute-data.pdf>

⁵⁸Anna Cavazzini, Peter Fuchs, a. a. O., S. 4

⁵⁹CETA, Kapitel 10, Art. X.9 Abs. 4

⁶⁰Auch so, Nils Meyer Ohlendorf, a. a. O.

hörde, die etwas zusichert, überhaupt nach innerstaatlichem Recht eine diesbezügliche Entscheidungskompetenz hat.⁶¹ Denkbar wäre etwa, dass ein Bürgermeister oder ein Wirtschaftsförderer etwas in Aussicht stellt, dass der Stadtrat im Rahmen der Bauleitplanung später nicht nachvollziehen möchte.

Die Anspruchsgrundlagen der fairen und gerechten Behandlung sollen regelmäßig oder auf Anforderung einer Vertragspartei überprüft werden. Zwischen dem kanadischen Handelsministerium und der GD Handel der EU-Kommission gebildete Ausschüsse können Vorschläge machen und darüber entscheiden.⁶² Somit können, wenn Konsens besteht, die für Handel zuständige Einheiten der EU-Kommission und Kanadas neue Tatbestände für Schadensersatzansprüche einführen.⁶³ Dies könnte zum Beispiel der Fall sein, wenn im internationalen Recht neue Standards auftauchen.⁶⁴ Möglicherweise weitgehende Veränderungen dieser wichtigen Vorschrift folgen dann der Entwicklung internationaler Investitionsschutzstandards. Auf die wichtige Rolle der mit Investitionsschutz befassten Anwaltskanzleien bei der Fortentwicklung des internationalen Rechts wurde bereits hingewiesen. Über Ergänzungen wird administrativ entschieden. Hierin liegt ein wichtiger Unterschied zum Gebrauch auslegungsbedürftiger unbestimmter Rechtsbegriffe im nationalen Recht. Stellt der nationale Gesetzgeber fest, dass eine Rechtsentwicklung durch die Rechtsprechung nicht seinen Intentionen folgt, kann er dem durch eine klarstellende Änderung des Gesetzes begegnen.⁶⁵ Die Schiedsgerichte haben in der Vergangenheit maßgeblich zur Ausformung und Fortentwicklung des Investitionsrechts beigetragen. Es besteht auch in Zukunft die Gefahr einer Haftungserweiterung durch rechtsfortbildende Auslegung der Schiedsgerichte.⁶⁶

e. Indirekte Enteignung

Die direkte und indirekte Enteignung sind in Kapitel 10, Art. X.11 und Anhang X.11 geregelt. Von besonderem Interesse ist die indirekte Enteignung. Sie liegt vor, wenn sie „einer direkten Enteignung gleichkommt, indem hierdurch dem Investor im Wesentlichen die grundlegenden Attribute des Eigentums an seiner Investition, einschließlich des Rechts auf Nutzung und Veräußerung seiner Investition entzogen werden, ohne dass eine formale Übertragung des Eigentums oder klare Beschlagnahme stattfindet“.⁶⁷

Art. X.11 Abs. 2, Anhang, im Kapitel 10 listet Faktoren auf, die bei einer Feststellung einer indirekten Enteignung „unter anderem“ zu berücksichtigen sind. Das sind z. B. die wirtschaftlichen Auswirkungen. Ein negativer Effekt auf den wirtschaftlichen Wert einer Investition bedeutet aber noch nicht, dass eine indirekte Enteignung stattgefunden hat.⁶⁸ Ein Faktor ist auch, „das Ausmaß, in dem die Maßnahme oder Reihe von Maßnahmen klare, vernünftige, auf die Investition gestützte Erwartungen beeinträchtigt“.⁶⁹ Und Abs. 3 stellt fest, dass nichtdiskriminierende Maßnahmen einer Vertragspartei, die zum Schutz legitimer Ziele des Gemeinwohls wie Gesundheit, Sicherheit und Umwelt bestimmt sind und angewandt werden, nur dann eine indirekte Enteignung darstellen, wenn die Auswirkungen von Maßnahmen angesichts ihres Zecks so schwerwiegend sind, dass sie

⁶¹ Markus Krajewski, Modalities for investment protection, a. a. O., S. 12 f.

⁶² European Commission, Public Consultation on modalities for investment protection and ISDS in TTIP, Referenztext zu Frage 3, vgl. auch, CETA Vertragstext, 30, Chapter 10, Administrative and Institutional Provisions, Art. X01 The CETA Joint Committee und X02 Specialised Committees <http://tagesschau.de/wirtschaft/ceta-101.html>

⁶³ Der Entscheidungsmechanismus ist derselbe wie unten bei den politischen Leitlinien und Interpretationsvorgaben beschrieben. Danach wäre zu erwarten, dass das nachträgliche Einschleichen von Tatbeständen weitgehend unterbleiben wird, weil sich die Vertragsparteien nur schwer einigen können. Angesichts der Durchschlagskraft wirtschaftlicher Interessen in der Konzipierungsphase von TTIP in der EU-Kommission und einer weit verbreiteten Skepsis gegenüber staatlichen Interventionen in den Markt in den USA, ist zu befürchten, dass in den deutsch-amerikanischen Ausschüssen, die unter der Federführung der Handelsadministrationen stehen, Konsens zugunsten von Investoren leichter hergestellt werden kann als Konsens zugunsten staatlicher Regulierung.

⁶⁴ European Commission, Public Consultation on modalities for investment protection and ISDS in TTIP, a. a. O., S. 55 f.

⁶⁵ Folke große Deters, Keine Entwarnung bei CETA und TTIP, spw 5, 2014

⁶⁶ Stephan Schill, Auswirkungen der Bestimmungen zum Investitionsschutz und zu den Investor-Staat-Schiedsverfahren im Entwurf des Freihandelsabkommens zwischen der EU und Kanada (CETA) auf den Handlungsspielraum des Gesetzgebers, S. 23, <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/C-D/ceta-gutachten-investitionsschutz,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf>

⁶⁷ CETA-Vertragstext, Arbeitsübersetzung, a. a. O., Kapitel 10, Anhang X.11 Enteignung, Abs. 1 b

⁶⁸ CETA-Vertragstext, Arbeitsübersetzung, a. a. O., Kapitel 10, Anhang X.11, Abs. 2 a

⁶⁹ CETA-Vertragstext, Arbeitsübersetzung, a. a. O., Kapitel 10, Anhang X.11, Abs. 2 c

klar überzogen erscheinen. Hier findet dann eine Prüfung auf offensichtliche Verhältnismäßigkeitsfehler statt.⁷⁰

Es müssen eine Reihe von breiten und unklaren Begriffen gegeneinander abgewogen werden. Die Schiedsgerichte könnten ihre Aufgabe so auffassen, als könnten sie aus einer generellen politischen Perspektive heraus die Zulässigkeit und Verhältnismäßigkeit von staatlichen Regulierungsmaßnahmen überprüfen. Auch der Begriff der Erwartungen ist, allerdings ohne Beschränkungen enthalten, so dass die Gefahr besteht, dass er breiter ausgelegt wird als bei der fairen und gerechten Behandlung.⁷¹

f. Diskriminierung

Entgegen den Formulierungen in der Frage 2 der Konsultation, Nichtdiskriminierung, die einen Ausschluss des Imports von Schutzstandards aus anderen Verträgen im Wege der Meistbegünstigung enthalten, ergibt eine genauere Analyse des Referenztextes aus CETA, dass der Ausschluss nur für Verfahrensbestimmungen gilt. Insofern ist der Import von Schutzstandards aus anderen Verträgen, etwa der breiter angelegten aus der Energie-Charta, möglich.

Außerdem ist die Definition der verbotenen faktischen Diskriminierung, die über eine Diskriminierung ausländischer Unternehmen durch rechtliche Vorschriften hinausgeht, relativ breit gehalten. Es gibt Investitionsschutzverträge, die die faktische Diskriminierung enger fassen.⁷²

Zwar nimmt die allgemeine Ausnahmevorschrift, Kapitel 32, Art. 02, bestimmte Regelungsbereiche von der Pflicht zur Nichtdiskriminierung aus: Öffentliche Sicherheit und Ordnung, Gesundheit und Umweltschutz. Es fehlt aber die Arbeits- und Sozialgesetzgebung. Die vorgesehene Verhältnismäßigkeitsprüfung bei Maßnahmen zu diesen Bereichen bedeutet, dass diese politische Abwägung einem schiedsrichterlichen Gremium überlassen ist.⁷³

g. Recht auf Regulierung

Das staatliche Recht auf Regulierung (Vorschlag Nr. 5) ist neben der indirekten Enteignung auch noch in der Präambel niedergelegt.⁷⁴ Präambelerwägungen stellen keinen rechtlich bindenden Teil eines Abkommens dar. Sie sind für die Auslegung des Abkommens relevant, da sie dessen Ziele darlegen. Das ist nicht besonders wirkmächtig. So blieb der Hinweis auf das Recht auf Regulierung in der Präambel des GATS in der Praxis des WTO-Streitschlichtungsverfahrens ohne Folgen.⁷⁵

Der ausdrückliche und wiederholte Verweis auf das Recht auf Regulierung bei der Enteignung in Kapitel 10, Art. X.11 Abs. 2, Anhang fehlt bei der fairen und gerechten Behandlung in Kapitel 10, Art. X.9. Das Fehlen dieser zusätzlichen Sicherung ist eine gravierende Lücke, da gerade der durch den Handelsausschuss auch noch erweiterbare Tatbestand der fairen und gerechten Behandlung, wie oben dargelegt, in der Vergangenheit massiv gegen staatliche Regulierungen genutzt wurde. Zudem sind bestimmte Ausnahmen von den Schutzstandards zugunsten von staatlichen Regulierungen seit Jahren in Investitionsschutzverträgen vorhanden, ohne dass sie signifikant wirksam geworden sind.⁷⁶

⁷⁰Nils Meyer-Ohlendorf, a. a. O., S. 6

⁷¹Markus Krajewski, Modalities for investment protection, a. a. O., S. 13 f.

⁷²Markus Krajewski, Modalities for investment protection, a. a. O., S. 10 f.

⁷³Markus Krajewski, Modalities for investment protection, a. a. O., S. 11 f.

⁷⁴European Commission, Public Consultation on modalities for investment protection and ISDS in TTIP, a. a. O., Referenztext zu Frage 5

⁷⁵Markus Krajewski, Modalities for investment protection, a. a. O., S. 15

⁷⁶Markus Krajewski, Modalities for investment protection, a. a. O., S. 15

h. Interpretierender Leitfaden

Die Kommission schlägt weiter die Möglichkeit vor, dass die Vertragsparteien, also die USA und die EU, nach Vertragsabschluss regulierend eingreifen und dazu einen Leitfaden zur Interpretation des Abkommens erlassen können. Die Vertragsparteien sollen dadurch mit verbindlichen gemeinsamen Auslegungen der Vorschriften eingreifen können, die die Schiedsgerichte zu respektieren haben. Die Vertragspartner sollen bindende Interpretationen über Rechtsprobleme annehmen, um Interpretationen zu vermeiden, die gegen die gemeinsamen Intentionen verstoßen. So sollen Einheitlichkeit und Vorhersehbarkeit des Abkommens gesichert werden.⁷⁷ Der Leitfaden wird auch im Kontext des Vorschlags Nr. 5, Recht auf Regulierung, angeführt. Es wird darauf hingewiesen, dass, wenn es nötig wird, das Recht auf staatliche Regulierung zu sichern, die Möglichkeit bestehe, Interpretationen und Vorschriften zu implementieren, die für die Schiedsgerichte bindend seien. Die Vertragsparteien könnten das Abkommen so überwachen und wenn nötig die Interpretation beeinflussen.⁷⁸

Gemäß CETA, Art. X.27 Abs. 2 im Kapitel 10, den die Kommission in ihrer Konsultation als Referenztext anführt, kann der Ausschuss für Dienstleistungen und Investitionen dem Ausschuss für Handelsfragen Auslegungsvorschläge zur Entscheidung unterbreiten. Die Annahme durch den Handelsausschuss ist dann für die Schiedsgerichte bindend. Im Ausschuss für Dienstleistungen und Investitionen sollen die je nach Thema relevanten sachkundigen Behörden bei den Sitzungen vertreten sein. Welche das sind, entscheiden die Vertragsparteien.⁷⁹

Unter Abschnitt 30, Verwaltung und Institutionen, wird ein Handelsausschuss aber nicht erwähnt. Erwähnt wird lediglich ein „Gemeinsamer Ausschuss“, unter dessen Federführung die spezialisierten Ausschüsse, wie der Ausschuss für Dienstleistungen und Investitionen, arbeiten.⁸⁰ Die Annahme ist naheliegend, dass der Handelsausschuss dem Gemeinsamen Ausschuss entspricht. Die Begrifflichkeit müsste in der momentan laufenden rechtlichen Überprüfung bereinigt werden.

In Abschnitt 30 ist nochmals geregelt, dass der Gemeinsame Ausschuss (Handelsausschuss) entscheidet. Die Vertragsparteien müssen sich dabei einigen. Seine Entscheidungen binden die Parteien.⁸¹

Bei festgestellten Übergriffen in die staatliche Regulierung sollen EU und die USA also mit weiteren nachträglichen verbindlichen Vorgaben und Interpretationen eingreifen können. Das wirft aber weitere Fragen auf. Unklar ist das Niveau der Eingriffsschwelle. Wann erfolgt ein Übergriff in das Recht auf Regulierung? Diese Feststellung werden Beamte der EU und der USA zu treffen haben.

Zudem spricht Kapitel 10, Art. X.27 Abs. 2 von „schwerwiegenden Bedenken hinsichtlich Auslegungsfragen [...], die möglicherweise Investitionen beeinträchtigen“. Von Beeinträchtigung staatlicher Regulierung ist in Art X.27, der Rechtsgrundlage der Leitlinien, nicht die Rede. Es ist zudem fraglich, ob sich die Vertragspartien im Ausschuss für Dienstleistungen und Investitionen auf gemeinsame Problemsichten und Vorschläge zur Sicherstellung der Regulierung einigen können. Dieses Problem wiederholt sich im Gemeinsamen Ausschuss (Handelsausschuss), der entscheidet. Angesichts der unterschiedlichen politischen Kulturen im Hinblick auf Regulierung diesseits und jenseits des Atlantiks dürfte eine gemeinsame Linie für mehr Regulierung nur schwer zu erreichen sein, bzw. ist zu befürchten, dass dieses Instrument nicht geeignet ist, „entgrenzte“ Schiedsgerichte in ihre Schranken zu weisen.

⁷⁷ European Commission, Online public consultation on investment protection and investor-to-state dispute settlement (ISDS), a. a. O. S. 121

⁷⁸ European Commission, Online public consultation on investment protection and investor-to-state dispute settlement (ISDS), a. a. O. S. 72 f.

⁷⁹ CETA-Vertragstext, 30, Chapter X, Administrative and Institutional Provisions, Art. X.02, Nr. 4

⁸⁰ CETA-Vertragstext, 30, Chapter X, Administrative and Institutional Provisions, Art. X.02, Nr. 1

⁸¹ CETA-Vertragstext, 30, Chapter X, Administrative and Institutional Provisions, Art. X.03.

Überdies ist die Annahme lebensfremd, dass die jeweiligen Vertragspartner einem „ihrer“ Investoren bei einem laufenden Schiedsgerichtsverfahren in den Rücken fallen werden, indem sie einer Auslegung zustimmen, die diesem nachteilig ist.

Die vom Handelsausschuss des NAFTA, wie oben dargelegt, verabschiedeten Leitlinien wurden teilweise ignoriert und führten zu großer Verwirrung. Der NAFTA-Handelsausschuss hat es seither nicht mehr versucht, solche Leitlinien zu erlassen. Das ist ein Indiz dafür, dass er sie für nicht besonders wirksam hält.⁸²

Soweit aus dem Vertragstext zum CETA ersichtlich, läuft der Erstellungsprozess des interpretierenden Leitfadens innerhalb und zwischen den Bürokratien und ist damit intransparent. Eine Kontrolle der Arbeit der gemeinsamen Ausschüsse wird schwer werden. Die Parlamente haben keine Entscheidungsbefugnisse mehr. Es bestehen daher große Zweifel, dass das nachträgliche Eindämmen von Übergriffen in die staatliche Regulierung funktioniert.

Umgekehrt ist es aber nicht ausgeschlossen, dass mit bindenden Auslegungsvorschriften eine nachträgliche Verschärfung des Abkommens ins Werk gesetzt wird. So können Regelungsgehalte, die während der Vertragsverhandlung wegen des Widerstandes der Zivilgesellschaft nicht durchgesetzt werden konnten, „durch die Hintertür“ der verbindlichen Interpretationen wieder ins Abkommen eingeschleust werden. Über Art. X 27 Abs. 2 besteht die Gefahr einer Haftungserweiterung.⁸³

i. Nachvollzug internationaler Rechtsentwicklung und Praxis

Die in CETA niedergelegten Transparenz-Vorschriften sind trotz der Grauzonen bedeutsam und ein Fortschritt. Allerdings sind hier die EU und Kanada lediglich einer Entwicklung gefolgt, die bereits im Rahmen von UNITRAL bei den Vereinten Nationen vorangetrieben wurde.⁸⁴ Die meisten der von der Europäischen Kommission vorgeschlagenen Innovationen vollziehen die internationale Diskussion in der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit lediglich nach. Sie sind bereits in anderen Investitionsschutzabkommen oder nationalen Modellentwürfen enthalten oder werden in bestimmten Foren diskutiert. Deshalb greift auch das Argument nicht, man brauche die Reformen im TTIP, um einen besseren internationalen Standard zu setzen. Die Reform des Systems ist auch ohne die Beiträge im TTIP und im CETA im vollen Gang.⁸⁵

Die nunmehr vorgeschlagene begrenzte Liste der vertrauenswürdigen Schiedsrichter ist möglicherweise nichts anderes als eine Formalisierung der bereits bestehenden Praxis. So gibt es jetzt bereits eine Konzentration. Eine Studie ergab, dass 15 Schiedsrichter zum Erhebungszeitraum über 55 Prozent der bekannten Klagen entschieden.⁸⁶

j. Fazit

Entgegen den o. a. Ausführungen der EU-Kommission sind also die Anspruchsgrundlagen für mögliche Schadensersatzzahlungen von Staaten in Investor-Staat-Schiedsverfahren im CETA weder klar noch abschließend geregelt.

Zwar setzt sich die Berücksichtigung des Rechts auf Regulierung zunehmend durch⁸⁷, aber es bestehen immer noch zahlreiche Lücken und Ansatzpunkte für haftungserweiternde Vorschriften, Interpretationen und Urteile. Es ist weiter davon auszugehen, dass es aggressive Unternehmen gibt,

⁸² Markus Krajewski, Modalities for investment protection, a. a. O., S. 20

⁸³ Stephan Schill, a. a. O., S. 22

⁸⁴ Rainer Hoffmann, a. a. O. S. 198

⁸⁵ Markus Krajewski, Modalities for investment protection, a. a. O., S. 12

⁸⁶ Pia Eberhardt, Politikbekämpfung als Geschäftsmodell, a. a. O., S. 389

⁸⁷ Jan Ole Voß, a. a. O., S. 24

die jeden Zipfel auch im Bereich des Investorenschutzes nutzen werden, um ihre Interessen durchzusetzen und ihre Gewinne zu maximieren. Es ist ebenfalls davon auszugehen, dass es viele findige Juristen in den einschlägigen Anwaltskanzleien gibt, die die Spielräume zugunsten der Unternehmen nutzen werden. Der Vorschlag der Kommission aus dem Jahr 2014 gibt den privaten Schiedsrichtern und den internationalen Konzernen nach wie vor große Macht. Es ist unrealistisch anzunehmen, dass sie davon keinen Gebrauch machen werden.

4. Reformvorschläge der europäischen sozialdemokratischen Handelsminister – Madrider Papier

Die EU-Kommission stützt sich, wie oben dargelegt, in ihrem Vorschlag für Innovationen im TTIP in weiten Bereichen auf CETA, geht aber bei der Forderung nach einer Berufungsinstanz darüber hinaus.

Sechs sozialdemokratische Handelsminister haben angesichts der „intensive(n) öffentliche(n) Debatte über die Notwendigkeit und Legitimität von ISDS-Bestimmungen in TTIP und anderen Vereinbarungen wie CETA“ und neueren Streitfällen, die „ernstzunehmende und starke Bedenken hervorgerufen haben“, im Februar 2015 ein Papier zu einem „modernen Investitionsschutz“ vorgelegt, das sogenannte Madrider Papier. Ziel ist es, sicherzustellen, dass Staaten „ihre regulatorische Tätigkeit weiterhin uneingeschränkt ausüben“ können.⁸⁸

Das Papier enthält die folgenden Vorschläge:

- Eine weitere Klärung von fairer und billiger Behandlung und legitimen Erwartungen. Auch eine „erhebliche“ Beeinträchtigung von Gewinnen durch staatliche Regulierung darf nicht zu Schadensersatzansprüchen führen können.
- Auch nachdem das Abkommen in Kraft ist, sollen die Vertragsparteien die Schutzstandards noch auslegen können.
- Ausländische Investoren sollen „grundsätzlich“ materiell-rechtlich nicht besser gestellt werden als inländische.
- Bei einer Umschuldung staatlicher Verbindlichkeiten darf es kein Risiko eines Investitionsschutzverfahrens geben. Bankenabwicklungen müssen ebenfalls ausgeschlossen bleiben.
- Erhöhte ethische Anforderungen an Schiedsrichter und Transparenz.
- Das Recht auf Regulierung des Investitionsschutzes muss verankert, ein neuer Investor-Staat-Schiedsverfahren-Mechanismus mit einem Ständigen Sekretariat muss geschaffen werden. Dieser „könnte die Form eines Handels- und Investitionsgerichts annehmen, dessen Aufgabe darin besteht, über Streitfälle im Bereich des Investitionsschutzes zu entscheiden“.
- Die Einrichtung eines Berufungsmechanismus.
- Schiedsrichter sollen aus einem festgelegten Pool von Kandidaten ausgewählt werden, über den sich die Vertragsparteien einigen. Der Pool soll, „soweit möglich, qualifizierte Berufsrichter und Wissenschaftler umfassen“.

⁸⁸ Verbesserungen an CETA und darüber hinaus – Meilensteine für modernen Investitionsschutz setzen, , vervielfältigtes Manuskript, inoffizielle Übersetzung
http://www.spd.de/linkableblob/127484/data/20150223_ceta_isds_papier_madrid.pdf

- Offenlegungspflicht für Verfahrensfinanzierungen durch Dritte.
- Vorrang der Streitbeilegung durch Beratung und Mediation.
- Abschreckung von unseriösen Klagen durch Kostenlast des Verlierers und die Möglichkeit von Strafen.
- Höchstgrenze für Verfahrenskosten und damit leichter Zugang zu Investor-Staat-Schiedsverfahren für kleine und mittlere Unternehmen.
- Zulässigkeit nur eines Rechtsweges, entweder des nationalen oder der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit nach Wahl des Investors.

Der Vorschlag der sozialdemokratischen Handelsminister wiederholt Vorschläge der Kommission, (keine parallelen Rechtswege, Berufungsinstanz, ethischer Rahmen), modifiziert und erweitert sie (Pool der Schiedsrichter, Recht auf staatliche Regulierung auch bei starken Gewinneinbußen) und geht darüber hinaus (Internationales Handels- und Investitionsgericht, Obergrenze bei Verfahrenskosten). Wie die Kommission verfolgen die sozialdemokratischen Handelsminister den Ansatz Schiedsgerichte verstärkt zu reglementieren. Sie wollen die Intensität aber steigern.

Der Ansatz der sozialdemokratischen Handelsminister wirft dabei die folgenden Probleme auf.

- a. Es verschiebt zwar die Koordinaten zwischen völkerrechtlicher Schiedsgerichtsbarkeit und staatlicher Steuerung und Kontrolle zugunsten der letzteren, unterstellt aber nach wie vor, dass sich ein System intelligenter und mächtiger Spieler hinreichend regulieren lässt. Die Erfahrung zeigt etwa im Steuerrecht: Staatliche Regulierung hinkt den cleveren privaten Akteuren immer hinterher. Bei nachträglichen Regulierungen bestehen hier ebenfalls die bereits o. a. Konsensprobleme der Vertragsparteien, Intransparenz und mangelnde Kontrolle der die Investor-Staat-Schiedsverfahren Systeme begleitenden Behörden.
- b. Der Vorschlag ist in zentralen Bereichen vage formuliert, so dass er nicht als eine harte Position gegenüber den anderen Verhandlungspartnern erscheint. Der neue Investor-Staat-Schiedsverfahren -Mechanismus „könnte“ die Form eines Handels- und Investitionsgerichts annehmen. Zwar sieht der US-amerikanische Musterentwurf zu Investitionsschutzabkommen die Möglichkeit eines multilateralen Berufungsgerichtes vor, allerdings gibt es dafür keinen internationalen Konsens⁸⁹. Das dürfte auch für ein multinationales erstinstanzliches Gericht gelten. Zudem hängt es von seiner konkreten Ausgestaltung ab, ob es wirklich die strukturelle Bevorzugung von Investoreninteressen beseitigen kann. Die sozialdemokratischen Handelsminister gehen bei einem solchen Gerichtshof von einem langfristigen Ziel aus. Selbst wenn er zu Stande käme und zufriedenstellend ausgestaltet werden könnte, bleiben die Fragen, wie lange dauert es und was geschieht in der Zwischenzeit. Das Handels- und Investitionsgericht soll über „Streitfälle“ im Bereich des Investitionsschutzes entscheiden. Das lässt sich so lesen, als sei gemeint, es diene lediglich als Berufungsinstanz.
- c. „Soweit wie möglich“ soll der Pool der Schiedsrichter aus qualifizierten Berufsrichtern und Wissenschaftlern bestehen. Dass nach wie vor von privaten Schiedsrichtern auszugehen ist, zeigt sich daran, dass die sozialdemokratischen Handelsminister konkrete Regelungen zum Interessenskonflikt zwischen Anwalts- und Schiedsrichterfunktion vorschlagen (Quarantänezeit beim Wechsel der Rollen). Auch hier werden die grundlegenden Strukturdefizite des

⁸⁹Markus Krajewski, Modalities for investment protection, a. a. O., S. 20

Schiedsgerichtssysteme nur ansatzweise ausgeräumt und große Gefahren bleiben bestehen. Auch bei qualifizierten Berufsrichtern besteht in einem System mit fallbezogener und hoher Besoldung der Konflikt zwischen Einkommensinteressen und der Richterfunktion fort.

- d. Die Formulierung, dass ausländische Investoren „grundsätzlich“ nicht besser gestellt werden sollen als einheimische, lässt viele Ausnahmen zu.
- e. Die Wahlfreiheit zwischen Investor-Staat-Schiedsverfahren und dem nationalen Rechtsweg beseitigt die völkerrechtliche Schiedsgerichtsbarkeit nicht. Das zentrale Prinzip des Rechtsstaates, das allgemeine, für alle gleich geltende Gesetz, wird damit ausgehebelt. Es dürften zwei Rechtsordnungen zur Wahl stehen - das Grundgesetz mit der Sozialpflichtigkeit des Eigentums und das Freihandelsabkommen, das weder die Sozialpflichtigkeit noch den grundrechtlichen Schutz der Arbeitnehmer oder das Sozialstaatsprinzip kennt.⁹⁰
- f. Die Rechtsgrundlagen zur Sicherung der Regulierungstätigkeit des Staates sind in CETA unzureichend. Es bliebe abzuwarten, ob sie im TTIP wirksamer ausfallen. Auch der Vorschlag einer strengeren Fassung der fairen und gerechten Behandlung und der legitimen Erwartungen kann erst bei der Vorlage eines konkreten Rechtstextes beurteilt werden.

Unklar ist, inwieweit die christdemokratischen Koalitionspartner in der Bundesregierung sich zum dem Vorschlag, insbesondere zum dem internationalen Handels- und Investitionsgericht, verhalten. EU-Handelskommissarin Cecilia Malmström hat auf der SPD-Konferenz „TTIP – Chancen und Risiken“ in Berlin am 23. Februar 2015 den Vorschlag als „eine sehr gute Idee“ im Hinblick auf TTIP bezeichnet. Allerdings gehe das nicht so schnell.⁹¹ Derzeit finde die juristische Überprüfung von CETA statt. In diesem Rahmen seien nur noch kleinere Änderungen möglich. In ihrer Rede vor dem Handelsausschuss des Europäischen Parlamentes am 18. März unterstützte Cecilia Malmström die Idee eines internationalen Handels- und Investitionsgerichts. Sie hat ihre Behörde angewiesen, darauf hinzuwirken. Es handele sich aber um ein mittelfristiges Projekt, jenseits von TTIP, das parallel mit den USA verhandelt werden solle. Vorschläge zur internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, die über CETA hinausgehen und über die in der EU Konsens besteht, sollen den Kanadiern vorgelegt werden. Malmström dämpfte aber die Hoffnung, dass sich Kanada noch bewegen werde.⁹²

5. Konzept des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie

Am 2. Mai 2015 wurde durch eine Presseveröffentlichung ein Konzept des Bundeswirtschaftsministeriums zum Investorenschutz bekannt.⁹³ Der von dem Erlanger Völkerrechtler Markus Krajewski ausgearbeitete Modell-Investitionsschutzvertrag sieht in Modifikation vom CETA vor:⁹⁴

- Die überarbeitete Präambel enthält zusätzliche Hinweise auf die Medienfreiheit und Medienvielfalt und die gleiche Reichweite der in- und ausländischen Investorenrechte. Die handelspezifischen Erwägungsgründe entfallen.

⁹⁰Andreas Fisahn, Facebook-Post, 27. 2. 2015

⁹¹Süddeutsche Zeitung, 24. Februar 2014, S. 15

⁹²Cecilia Malmström, a. a. O., S. 2 f.. Der Vorstoß zu einem multinationalen Handelsabkommen (MAI) ist in den 90er Jahren aufgrund der starken öffentlichen Proteste gescheitert. Dabei wurde auch die Einrichtung eines Gerichtes diskutiert. Die Staaten hatten dazu eine zurückhaltende Auffassung. Dazu, Justus von Daniels, a. a. O., S. 119

⁹³Süddeutsche Zeitung 2./3. Mai 2015, S. 6

⁹⁴Markus Krajewski, Modell-Investitionsschutzvertrag mit Investor-Staat-Schiedsverfahren für Industriestaaten unter Berücksichtigung der USA, Projekt Nr. 83/15 des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/M-O/modell-investitionsschutzvertrag-mit-investor-staat-schiedsverfahren-gutachten,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf>

- Ausgenommen wurde der Investitionsschutz bei Entschuldungen, Bankenaufösungen und Bankenumstrukturierungen sowie der öffentliche Beschaffung.
- Der Investitionsbegriff wurde weit gelassen, aber in einer abschließenden Liste gestrafft, und es wurde deutlich gemacht, dass es auf typische und klassische Investoreneigenschaften ankommt.
- Bei der Inländerbehandlung wird klargestellt, dass nur der Investitionsbestand betroffen ist. Die Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem Eigentum soll keine Diskriminierung sein. Ausgenommen von der Inländerbehandlung sind Beihilfen, Besteuerungsmaßnahmen und audiovisuelle Dienste sowie Kultur-Industrien.
- Der Ausschluss der Übertragung von Standards und Verfahren aus anderen Verträgen im Meistbegünstigungsartikel wurde klarer als im CETA gefasst.
- Für den gleichen Schutzstandard ausländischer wie inländischer Investoren soll die vorgesehene Inländerbehandlung ausreichend sein. Der Schutzstandard der fairen und gerechten Behandlung und der Eigentumsschutz sind daher bei Staaten, die ein funktionierendes Rechtsstaatssystem vergleichbar wie Deutschland haben, entbehrlich, da sie dazu dienen, ausländischen Investoren einen höheren Schutzstandard zu ermöglichen. Dennoch werden alternativ dazu Formulierungen vorgeschlagen, die allerdings nicht über den Schutzstandard funktionierender Rechtsstaaten hinausgehen sollen. So wird eine weitere Einengung der Schutzstandards gegenüber dem CETA vorgeschlagen. Der Standard der legitimen Erwartungen soll gestrichen oder aber an die verwaltungsrechtliche Zusicherung des deutschen Verwaltungsverfahrensgesetzes angepasst werden. Ausdrücklich ist in dem Vorschlag nun auch das Recht auf Regulierung als Abwägungsgrund bei der fairen und gerechten Behandlung enthalten. Von den Vertragsparteien kann der Standard der fairen und gerechten Behandlung überprüft werden. Der dafür zuständige Ausschuss der Vertragsparteien kann aber nur Empfehlungen aussprechen. Der Tatbestand der indirekten Enteignung wird enger gefasst als im CETA und das Recht auf Regulierung deutlicher formuliert.
- An die Stelle von ad hoc-Schiedsrichtern soll ein ständiges bilaterales internationales Gericht mit einer noch zu bestimmenden Zahl an Richtern insgesamt treten, das nur tagt, wenn Fälle anhängig sind. Es wird durch ein Sekretariat administrativ und logistisch unterstützt. Die Ernennung der Richter obliegt den Staaten. Jede Vertragspartei benennt jeweils ein Drittel der Richter. Das letzte Drittel, aus dem die Vorsitzenden rekrutiert werden, wird gemeinsam ernannt. Je nach Wahl der Richter soll der Einfluss großer Anwaltskanzleien ausgeschlossen werden können. Die Spruchkammern setzen sich aus einem von der EU und den USA benannten Richter und dem Vorsitzenden aus der gemeinsamen Liste zusammen. Das Tribunal arbeitet nicht nach einer der bekannten Schiedsordnungen, sondern soll eine eigene Verfahrensordnung erhalten. Der Ausschuss der Vertragsparteien soll einen Verhaltenskodex erarbeiten.
- Finanzielle Zugangsbarrieren kleiner und mittlerer Unternehmen sollen beseitigt werden. Der Ausschuss der Vertragsparteien soll dazu ein Jahr nach Inkrafttreten des Vertrags Abhilfemaßnahmen entwickeln. Denkbar sind Prozesskostenhilfen und Verfahrenserleichterungen.
- Wie beim CETA soll es zunächst eine außergerichtliche Streitbeilegung geben. Der Ausschuss der Vertragsparteien arbeitet das Mediationsverfahren aus.

- Das Verhältnis zur nationalen Rechtsprechung soll entweder sukzessiv oder alternativ ausgestaltet werden. In der ersten Variante kann das bilaterale internationale Gericht nur nach Erschöpfung des nationalen Rechtsweges angerufen werden. In der zweiten Variante muss sich der Kläger zwischen dem nationalen und internationalen Rechtsweg entscheiden.
- In Ergänzung der Transparenz-Vorschriften im CETA sollen auch die Vergleiche veröffentlicht werden.
- Der Schadensersatz wird auf unmittelbare Verluste beschränkt. Zukünftig erwartete Gewinne sind ausgeschlossen.
- Das Berufungsgericht besteht aus fünf Mitgliedern, die gemeinsam von den Vertragsparteien benannt werden. Die einmal verlängerbare Amtszeit beträgt vier Jahre. An persönliche Integrität und Qualifikation werden höchste Ansprüche gestellt. Die Berufungsrichter sollen unparteiisch und unabhängig sein. Die Berufungsgründe gehen über die Gründe einer Annullierung der ICSID-Konvention hinaus und umfassen auch Rechtsanwendungsfehler und offensichtliche Irrtümer bei der Sachverhaltsermittlung sowie das Bekanntwerden neuer Tatsachen.
- Ein Ausschuss der Vertragsparteien wird errichtet. Er überwacht jährlich die Umsetzung des Abkommens und erarbeitet und beschließt die Verfahrensregeln des ständigen bilateralen internationalen Gerichts, den Verhaltenskodex der Richter sowie die Zugangserleichterungen für kleine und mittlere Unternehmen. Er kann außerdem bindende Entscheidungen über die Interpretation der Bestimmungen in dem Abkommen treffen.

Der Vorschlag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie konkretisiert und modifiziert das Papier der sozialdemokratischen Handelsminister in wichtigen Punkten und geht noch darüber hinaus. Es ergeben sich aber noch folgende Probleme:

- a. Wichtig ist der Vorschlag, den Investitionsschutz für ausländische Investoren dem nationalen Investitionsschutz materiell gleich zu stellen. Hier ist das Konzept aber nicht eindeutig. Vorzugswürdig wäre die Variante, die Schutzstandards der fairen und gerechten Behandlung und der indirekten Enteignung ganz zu streichen und es bei der gegenüber dem CETA nachgebesserten Inländergleichbehandlung zu belassen. Der in der zweiten Variante unternommene Versuch, die beiden Schutzstandards so zu formulieren, dass materiell keine Besserstellung für ausländische Investoren besteht, setzt voraus, dass die Schutzstandards in allen EU-Mitgliedstaaten auch im Detail identisch sind.
- b. Verfahrensrechtlich bleibt es bei dem eigenen Rechtsweg für ausländische Unternehmen mit der asymmetrischen Verteilung von Rechten und Pflichten.
- c. Es sollen ein eigenständiges Sekretariat und ein eigenständiges Verfahrensrecht geschaffen werden, so dass etwa auf das problematische ICSID nicht zurückgegriffen werden muss. Das Verfahrensrecht soll erst noch entstehen und kann noch nicht beurteilt werden. Das gilt auch für den Verhaltenskodex der Schiedsrichter.
- d. Ein Fortschritt ist, dass die Richter ausschließlich von den Staaten benannt werden. Mitglieder von Anwaltskanzleien können, wenn die Vertragsparteien das tun, aber durchaus noch berufen werden. Eine Verquickung von Richter- und Anwaltsfunktion ist weiter wahrscheinlich. Die Zahl der Personen, die die geforderte Qualifikation und Erfahrung haben, ist begrenzt. Es handelt sich überwiegend um Rechtsanwälte und manchmal auch um pensionierte

Richter, Diplomanten und Wissenschaftler. Einer Untersuchung zu Folge, auf die bereits oben hingewiesen wurde, war die Hälfte der zum Untersuchungszeitraum bekannten Fälle von 15 Rechtsanwälten entschieden worden. Die Schiedsrichter rekrutieren sich aus einer kleinen Zahl spezialisierter internationaler Anwaltskanzleien.⁹⁵ Es ist daher anzunehmen, dass nach wie vor eine erhebliche Anzahl von Anwälten zu Schiedsrichtern berufen wird.

- e. Die Gerichte tagen fallweise, also wenn Verfahren anhängig sind. Das weist darauf hin, dass die Schiedsrichter nicht ein festes Gehalt, sondern ein Honorar bekommen. Die Verquickung von Richterfunktion und Einkommensinteressen wird nicht aufgelöst.
- f. Der Ausschuss der Vertragsparteien, über dessen Besetzung nichts gesagt wird, der aber vermutlich aus Kommissions- und US-Beamten bestehen wird, kann verbindliche Interpretationen des Abkommens erlassen. Es ist auch vorgesehen, dass er die Verpflichtung zur fairen und gerechten Behandlung überprüfen und in dieser Hinsicht Empfehlungen abgeben kann. Da das Recht, verbindliche Interpretationen zu erlassen, an anderer Stelle geregelt ist, könnte es hier um die Einführung weiterer Tatbestände gehen. Der Ausschuss der Vertragsparteien empfiehlt hier nur. Unklar bleibt, wer die Entscheidungen trifft.
- g. In der Variante mit den eingefügten Schutzstandards zur fairen und gerechten Behandlung und indirekten Enteignung mit den engeren unbestimmten Rechtsbegriffen ist eine Rechtsfortentwicklung nach wie vor möglich. Die wird wegen der Berufungsinstanz konsistenter sein. Bei einer problematischen Rechtsfortentwicklung besteht keine parlamentarische Möglichkeit rechtskorrigierend einzugreifen.
- h. Ein Problem könnte die Haltung des EuGH zu einem Investitionsgerichtshof sein. In dem Gutachten des EuGH zur Vereinbarkeit des Entwurf eines internationalen Übereinkommens zum Beitritt der Europäischen Union zur Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten mit den europäischen Verträgen wird deutlich, dass der EuGH auch einen Investitionsgerichtshof für unvereinbar mit den EU-Verträgen halten dürfte.⁹⁶

6. Diskussionspapier der Europäischen Kommission vom 7. Mai 2015

Die EU-Kommission hat am 5. Mai 2015 ein Konzeptpapier zur Weiterentwicklung der Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit vorgelegt. Es soll das TTIP „retten“.⁹⁷ Das Konzept⁹⁸ hat aber keine präjudizierende Wirkung für die endgültige Meinungsbildung der Kommission.⁹⁹ Das Papier zeichnet die Debatte um die Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit teilweise nach, wiederholt die in CETA enthaltenen Vorschläge und geht darüber hinaus. Diese neuen Vorschläge sind:

- Im materiellen Teil des Vertragstextes soll ein Artikel zur Sicherung des Rechts auf Regulierung aufgenommen werden.
- Das Investitionsschutzrecht soll nicht der Rückabwicklung von Beihilfen, die von den Beihilfekontrollbehörden als rechtswidrig eingestuft worden sind, entgegenstehen.¹⁰⁰

⁹⁵Markus Krajewski, Modalities for investment protection, a. a. O., S. 18

⁹⁶Andreas Fischer-Lescano, Irrealpolitik à la Gabriel, taz.de, 7. 5. 2015, S. 2 <http://www.taz.de/1/archiv/digitaz/artikel/?ressort=me&dig=2015%2F05%2F07%2Fa0141>

⁹⁷So die Süddeutsche Zeitung, 6. Mai 2015, S. 19

⁹⁸Concept Paper, a. a. O.

⁹⁹Concept Paper, a. a. O., S. 4

¹⁰⁰Concept Paper, a. a. O., S. 6

- Es dürfen nur Schiedsrichter von den Streitparteien berufen werden, die auf einer vorab von den Vertragsparteien erstellten Liste stehen.
- Zusätzliche Qualifikationserfordernisse könnten gestellt werden, etwa die Befähigung zum Richteramt nach den jeweils nationalen Vorschriften und Kenntnisse bei der Anwendung des internationalen Rechts. Dies soll, so die Kommission, abweichende Interpretationen der Vorschriften stark reduzieren.
-
- Dritte sollen über das Recht zur Stellungnahme hinaus, weitere Interventionsmöglichkeiten erhalten.¹⁰¹
- Ein bilaterales Berufungsgericht soll im TTIP und in allen EU-Handels- und Investitionsverträgen aufgenommen werden. Berufungen sollen bei Rechtsanwendungsfehlern und erheblichen Tatsachenfehlern möglich sein. Der Aufbau des Gerichts und die Qualifikationserfordernisse der Richter könnten sich am Berufungsgericht der WTO anlehnen, mit jeweils zwei Richtern der Vertragsparteien und drei mit anderen Nationalitäten. Ein unterstützendes Sekretariat ist eingeschlossen. Die Kommission sieht gute Realisierungschancen, da die USA seit 2002 in die von ihr unterzeichneten Handelsverträge einen Hinweis auf ein mögliches Berufungsgericht hineinverhandelt habe.¹⁰²
- Parallelklagen vor nationalen Gerichten und vor Investor-Staat-Schiedsgerichten sollen ausgeschlossen werden. Das geschieht entweder durch eine verbindliche Wahl eines Rechtswegs zu Beginn des Rechtsstreits oder durch einen Verzicht auf Rechte aus nationalen Rechtswegen, sobald eine Investor-Staat-Schiedsverfahren eröffnet wird. Die Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit soll kein nationales Recht anwenden können. Vorgenommene Interpretationen des nationalen Rechts sollen gegenüber nationalen Gerichten keine Bindungswirkung entfalten.¹⁰³
- Die EU sollte die Errichtung eines multilateralen, permanenten Handels- und Investitionsgerichtshofes mit fest angestellten Richtern (tenured judges) betreiben. Die Kommission hat mit der Erarbeitung eines Vorschlags begonnen.¹⁰⁴

Der Vorschlag enthält gegenüber der bisherigen Position der Kommission lediglich Konkretisierungen und graduelle Verbesserungen, bleibt aber gegenüber dem Vorschlag des Bundeswirtschaftsministeriums zurück:

- a. Auch hier gilt, dass es bei einem zusätzlichen Rechtsweg für ausländische Unternehmen mit der asymmetrischen Verteilung von Rechten und Pflichten bleibt. Auch wenn Parallelklagen ausgeschlossen werden, bleibt für ausländische Unternehmen der Weg der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit. Somit ergibt sich nach wie vor eine verfahrensrechtliche Inländerdiskriminierung.
- b. Es sieht so aus, als würde das Recht der Staaten auf Regulierung stärker verankert als bisher. Endgültig lässt sich das erst bewerten, wenn Wortlaut und systematische Stellung der Vorschrift bekannt sind. Durch diese Vorschrift wird der Beurteilungsspielraum zwar in Richtung staatlicher Regulierung beeinflusst, die problematischen unbestimmten Rechtsbegriffe der Schutzstandards als solche bleiben aber unberührt. Die Kommission ist keinem der Vor-

¹⁰¹ Concept Paper, a. a. O., S. 7 f.

¹⁰² Concept Paper, a. a. O. S., 8 f.

¹⁰³ Concept Paper, a. a. O., S. 10 f.

¹⁰⁴ Concept Paper, a. a. O., S. 11 f.

schläge des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie, die problematischen Schutzstandards ganz wegzulassen oder deutlich zu modifizieren, gefolgt. Die materiell-rechtliche Besserstellung ausländischer Unternehmen bleibt bestehen.

- c. Die Einfallstore für nachträgliche haftungsverschärfende Interpretationen und Vorschriften in Art X .9 Behandlung von Investoren und abgesicherten Investitionen (faire und gerechte Behandlung), in Art. X.27, Geltendes Recht und Auslegung sowie in Art. X 7, Meistbegünstigung bleiben erhalten.
- d. Auch hier gilt, dass bei staatlich vereinbarten, feststehenden Listen von möglichen Schiedsrichtern nach wie vor anzunehmen ist, dass Kandidaten aus Anwaltskanzleien berufen werden. Der angelegte Rollenkonflikt ist nicht zwingend beseitigt.
- e. Die Kommission will die Berufungsinstanz institutionell an die Berufungsinstanz des WTO-Streitbeilegungsverfahrens anlehnen. Es gibt dort zwar fest benannte aber wohl keine fest angestellten Richter.¹⁰⁵ Allerdings erstellt im WTO-Berufungsverfahren das Berufungsgremium keine abschließenden Urteile, sondern einen Bericht, der von dem Streitbeilegungsgremium (Dispute Settlement Body – DSB), dem Hauptorgan des Streitbeilegungsverfahrens der WTO, dem alle Mitgliedstaaten angehören, angenommen und uneingeschränkt von den Streitparteien akzeptiert werden muss. Im Konsens kann das Streitbeilegungsgremium den Bericht ablehnen.¹⁰⁶ Die Macht des Berufungsgremiums in der Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit wäre mit bindenden Letztentscheidungen ungleich höher. Auch für die Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit mit Berufungsinstanz gilt das, was oben bereits dargelegt wurde. Sie lässt sich, einmal ins Werk gesetzt, politisch kaum mehr steuern.
- f. Beim Berufungsgremium würde zudem viel davon abhängen, ob Handelsexperten oder Richter mit völkerrechtlich genereller Ausrichtung berufen werden.¹⁰⁷ Die Kommission spricht sich in Anlehnung an die WTO-Berufungsinstanz für eine Besetzung durch Personen mit einer breiten Qualifikation aus¹⁰⁸, die in der Tat vorzugswürdig wäre.
- g. Wie die Erfahrungen der WTO gezeigt haben, kann eine Berufungsinstanz auch eine Vermehrung der Zahl der Klagen bewirken.¹⁰⁹ Das ist aber bei der Fragwürdigkeit eines zusätzlichen Rechtsweges für Investoren nicht erwünscht.

¹⁰⁵ Art. 17 Abs. 3 Annex II zum WTO-Abkommen sieht nämlich die ständige Verfügbarkeit der Personen die an der Berufungsinstanz dienen (to serve on) vor. Das müsste bei angestellten Richtern nicht betont werden. Art. 17 Abs. 8 spricht ebenfalls von Personen, die an der Berufungsinstanz dienen (to serve on), ihnen werden Aufwendungen einschließlich für Reisen und für Unterhalt erstattet, Annex 2 of the WTO Agreement, Understanding on rules and procedures governing the settlement of disputes https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dsu_e.htm#17

¹⁰⁶ Art. 17, Abs. 14, Annex II zum WTO-Abkommen, a. a. O.

¹⁰⁷ Armin von Bogdandy, Ingo Venzke, a. a. O., S. 119 f., 121, weisen darauf hin, dass dies für die Berufungsinstanz der Streitbeilegung der WTO von entscheidender Bedeutung war, da die berufenen Völkerrechtler das Welthandelsrecht als Teil des Völkerrechts ansahen und die enge Orientierung des Systems in einen breiteren rechtlichen Kontext einbetteten. Jan Ole Voß weist darauf hin, dass die Schiedsrichter unterschiedlicher Rechtstraditionen entstammen und dass insbesondere die Schiedsrichter aus der Handelsgerichtsbarkeit oft wenig mit öffentlich-rechtlichen Fragestellungen vertraut sind, Jan Ole Voß, a. a. O., S. 16

¹⁰⁸ Concept Paper, a. a. O., S. 9

¹⁰⁹ Armin von Bogdandy, Ingo Venzke, a. a. O., S. 119

7. Der Beschluss des Handelsausschusses des Europäischen Parlaments vom 28. Mai 2015

Der Rechtsausschuss des Europäischen Parlaments hat sich am 18. April 2015 gegen Schiedsgerichte in jeder Form ausgesprochen. Nationale Rechtswege als juristisches Mittel bei Investor-Staats-Streitigkeiten seien ausreichend.¹¹⁰

Der Handelsausschuss des Europäischen Parlaments hat am 28. Mai 2015 seine Beschlussempfehlung für das Plenum verabschiedet. Berichterstatter und Vorsitzender des Handelsausschusses, ist MdEP Bernd Lange, Hannover. Auf seiner Homepage stellt er die sozialdemokratischen Errungenschaften der TTIP-Resolution u. a. auch für die Schiedsgerichtsbarkeit heraus:

„Keine privaten Schiedsstellen / neues nur ergänzendes System Investitionsgerichte (d) (xiii) + (xiv) +(xv)

- Die bisherigen privaten Schiedsstellen haben keinen Bestand mehr in TTIP.
- Die bestehenden Rechtswege sind zwischen den USA und der EU ausreichend.
- Nur bei ungelösten Fragen, könnte ein neues System zum Schutz greifen (Öffentliches Gericht, transparente Verhandlungen geführt von öffentlich ernannten unabhängigen Richtern, Revisionsmechanismus, uvm.).¹¹¹ Und: „Private Schiedsstellen sind tot.“¹¹²

Die Resolution weist auf die entwickelten Rechtssysteme in den USA und in der EU hin und schlägt für Streitigkeiten zwischen Investoren und Staaten als permanente Lösung öffentlich angestellte, unabhängige Berufsrichter, öffentliche Verhandlungen und einen Berufungsmechanismus sowie mittelfristig einen Internationalen Gerichtshof vor. Die Unternehmen sollen zudem auf Verhaltensprinzipien der OECD und der UN verpflichtet werden.¹¹³

Unklar bleibt aber das Verhältnis zwischen dem nationalen und dem internationalen Rechtsweg. Wann kann das permanente internationale Gericht angerufen werden? Ist das permanente Gericht dazu gedacht, einen weiteren Klageweg nach dem Ausschöpfen der nationalen Instanzen zu eröffnen? Ein solches Verfahren, zumal noch mit Berufungsinstanz des internationalen Gerichts, wäre aber langwierig. Es würde letztlich doch dazu führen, den nationalen Rechtsweg auszuhebeln.

Im Übrigen bleibt im internationalen Rechtsweg die Problematik des materiellen Rechts aus dem Vorschlag der Kommission voll erhalten. Die Resolution baut ausdrücklich auf dem Papier der Kommission vom 7. Mai auf. Sie spricht sich auch (in d X iv) für die problematischen Schutzstandards der fairen und gerechten Behandlung und der indirekten Enteignung aus, die allerdings präzisiert sein müssten, um das Recht auf Regulierung zu schützen. Es ist davon auszugehen, dass die materiell-rechtlichen problematischen Interpretationsspielräume, die Möglichkeiten zu nachträglichen Interpretationsvorgaben und Ergänzungen der Tatbestände, die Einfallstore für Haftungserweiterungen darstellen, erhalten bleiben. Das permanente öffentliche Gericht hat viel Macht. Viel wird von der konkreten Bestellung der Richter abhängen. Und auch hier gilt: Wenn es schief geht, fehlen die parlamentarischen Instrumente korrigierend einzugreifen.

¹¹⁰Opinion of the Committee on Legal Affairs for the Committee on International Trade on the recommendations to the European Commission on the negotiations for the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP), 2014/2228(INI), S. 4 http://spdnet.sozi.info/nrw/eruhr/dkoester/dl/2015-04-17_Koester_Opinion.pdf

¹¹¹ Bernd Lange, S&D Errungenschaften in der INTA TTIP-Resolution, u. a., 28/05/2015 http://www.bernd-lange.de/imperia/md/content/bezirkhannover/berndlange/2015/sozialdemokratische_errungenschaften_in_der_inta_ttip_end.pdf

¹¹² <http://www.bernd-lange.de/aktuell/nachrichten/2015/367734.php>

¹¹³Committee on International Trade of the European Parliament, Report containing the European Parliament's recommendations to the European Commission on the negotiations for the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) 2014/2228 INI, A8-0175/2015, d Xiii, d XV <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-%2f%2fEP%2f%2fNONSGML%2bREPORT%2bA8-2015-0175%2b0%2bDOC%2bPDF%2bV0%2f%2fEN>

8. Ergebnis und Alternative

Die Ansätze der Europäischen Kommission, der sozialdemokratischen Handelsminister, des Ministeriums für Wirtschaft und Energie und des Europäischen Parlamentes, die Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit zu reformieren, können nicht überzeugen.¹¹⁴ Die Vorschläge beinhalten in unterschiedlicher Intensität eine Einengung des Beurteilungsspielraums der Schiedsrichter und versuchen ebenfalls in unterschiedlicher Intensität die Rollen- und Interessenskonflikte der Schiedsrichter anzugehen. Der grundsätzlich problematische und asymmetrische zusätzliche Rechtsweg für Investoren wird nicht symmetrisch ausgestaltet oder beseitigt. Insbesondere bei den Vorschlägen der Europäischen Kommission bleiben aber zudem noch Mechanismen, die nach dem Inkrafttreten des Abkommens haftungserweiternd wirken können. Die Rollen- und Interessenskonflikte der Schiedsrichter werden nur ansatzweise beseitigt. Das wird wohl erst bei einem öffentlich-rechtlichen internationalen Handels- und Schiedsgerichtshof mit fest angestellten Berufsrichtern möglich sein. Die Kommission arbeitet an Vorschlägen, auf die man gespannt sein darf. Realistische Verwirklichungschancen sind derzeit aber nicht ersichtlich. Viel hängt auch bei solchen Gerichten von der konkreten Besetzung (Handelsexperten versus allgemeine Völkerrechtler) jenseits der allgemein formulierten Integritäts- und Qualifikationsanforderungen ab, so dass auch ein solcher internationaler, multilateraler Gerichtshof Risiken birgt, die wenn sie eintreten sollten, nicht mehr reparabel sind.

Bevor nun mit einem erheblichen Aufwand und mit fraglichem Ausgang versucht wird, ein in seiner Anlage problematisches System zu reformieren, stellt sich nach wie vor die Frage, ob zwischen Staaten mit entwickeltem Rechtsstaatssystem überhaupt eine internationale Investitionsschutzgerichtsbarkeit erforderlich ist. Soweit kein rechtstaatliches Gefälle besteht und das ist zwischen der EU, USA und Kanada nicht der Fall, bedarf es keiner Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit.¹¹⁵ Ursprünglich sollten rechtstaatliche Defizite bestimmter Staaten kompensiert werden. Jetzt geht es aber um entwickelte Rechtsstaaten, bei denen es eine vergleichbare Schutzlosigkeit von Investoren nicht geben dürfte.¹¹⁶

Sigmar Gabriel hat auf der SPD-Konferenz „TTIP – Chancen und Risiken“ in Berlin am 23. Februar 2015 u. a. mit dem Hinweis auf gewählte Richter im mittleren Westen der USA, die eher lokalen und nationalen Unternehmen verpflichtet seien, die Erforderlichkeit bejaht. Man könne die deutsche Rechtsstaatlichkeit nicht übertragen. Damit ist er von der ursprünglichen deutschen Position abgerückt, dass der Rechtsschutz vor nationalen Gerichten im amerikanisch-europäischen Verhältnis ausreichend ist.¹¹⁷ Wenn es in Einzelfällen Lücken im nationalen Investitionsschutz geben sollte, stellt sich die Frage nach den Schlussfolgerungen.¹¹⁸ Es ist allerdings schwer nachvollziehbar, dass, vor dem Hintergrund, dass jahrzehntelange Erfahrungen deutscher Unternehmen in den USA vorliegen, gerade in dem Zeitraum zwischen 2014 und Anfang 2015 neue Erkenntnisse aufgetaucht sind, die einen systemischen Mangel im nationalen Investitionsschutz der USA begründen.

Cecilia Malmström stellt fest, dass es kein US-Gesetz gibt, das verbietet, ausländische Investoren zu diskriminieren und dass sich Kläger vor US-Gerichten nicht auf internationales Recht berufen können. Bei Staat-Staat-Schiedsverfahren wären kleine und mittlere Unternehmen faktisch ausgeschlossen, da die EU nur in der Lage wäre, einige wenige große Fälle zu verfolgen. Investitions-

¹¹⁴Rainer Hoffmann sieht das anders. Er spricht von einer sinnvollen Entpolitisierung der Investor-Staat-Streitverfahren durch private Schiedsgerichte und hält einen modernen Investitionsschutz im TTIP für erstrebenswert. Die Regelungen im CETA könnten ein Vorbild sein. Rainer Hoffmann, a. a. O., S. 201, auch Jan Ole Voß, hält die Mängel für überwindbar und eine merkliche Verbesserung des Systems zur Beibehaltung seiner Vorteile für möglich, Jan Ole Voß, a. a. O., S. 25

¹¹⁵Franz C. Mayer, Rechtliche Aspekte des Freihandelsabkommens EU-Kanada, Thesen zur öffentlichen Anhörung, Deutscher Bundestag, Ausschuss für Wirtschaft und Energie, 14. Dezember 2014, S. 3, 7 ff. <http://www.bundestag.de/blob/348398/f864dce4b150e7f9af971286222c0c53/franz-c--mayer--uni-bielefeld-data.pdf>, Nils Meyer-Ohlendorf, a. a. O., S. 1, Jan Ole Voß sieht keine zwingende Notwendigkeit zur Aufnahme des Investitionsschutzes in das TTIP. Er unterstellt aber eine Förderwirkung auf Direktinvestitionen und befürwortet daher eine Aufnahme, Jan Ole Voß, a. a. O., S. 30

¹¹⁶ Jan Ole Voß, a. a. O., S. 27

¹¹⁷ Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, a. a. O., S. 36

¹¹⁸ Nils Meyer-Ohlendorf, a. a. O., S. 2

schutz und Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit würden diese Lücke schließen.¹¹⁹ Cecilia Malmström äußert sich aber nicht dazu, inwieweit nach nationalem US-Recht und in der Praxis faktisch ein Schutzproblem ausländischer Investitionen in den USA besteht. In der Tat gibt es bislang über Einzelfälle hinaus, keine Beschwerden von Unternehmen über eine willkürliche oder diskriminierende Rechtsprechung in Kanada und den USA. Dennoch scheuen viele deutsche Unternehmen den Gang vor ein US-Gericht. Allerdings wird Misstrauen in die nationale Rechtsprechung gestreut, um den völkerrechtlichen Investitionsschutz rechtfertigen zu können.¹²⁰

Wenn ein systemischer Mangel im Investitionsschutz bestehen sollte, dann käme noch immer eine Reform der nationalen Rechtssysteme in Betracht.¹²¹ Wenn bei den nationalen Rechtswegen ein Mangel substantiierbar sein sollte, müsste er in den Verhandlungen angesprochen und ggf. Verhandlungsgegenstand werden. So könnte dem von Sigmar Gabriel geschilderten Problem, zum Beispiel dadurch begegnet werden, dass für Investitionsschutzklagen Gerichte zuständig sind, die im nationalen Instanzenzug höher angesiedelt und mit spezialisierten Kammern ausgestattet sind. So könnten die USA und auch die EU eigene regionale Handelskammern für ausländische Investoren einrichten.¹²² Internationale Investitionsschutzvorschriften und eine internationale Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit wären dann entbehrlich.

Cecilia Malmström führt auch an, dass neun Mitgliedstaaten der EU Investitionsschutzverträge der alten problematischen Machart mit den USA haben. Ohne einen reformierten Investorenschutz im TTIP würden diese unvorteilhaften Verträge in Kraft bleiben.¹²³ Eine Alternative wäre es, die bestehenden Verträge zum Investitionsschutz zu kündigen, wie es einige Staaten im globalen Süden bereits getan haben.¹²⁴ Schließlich ist, wie oben dargelegt, die Attraktionswirkung von Investitionsschutz- und Investor-Staat-Schiedsgerichtsabkommen zumindest fragwürdig.

Wenn Mängel im nationalen Rechts- und Justizwesen in Mitgliedstaaten der EU vorhanden sind, dann muss gerade in der EU ein vorrangiges Interesse daran bestehen, dass diese beseitigt werden. Durch Verbesserung des nationalen Rechtswesens wird Rechtsstaatlichkeit mehr gefördert als durch den Ausbau einer fragwürdigen internationalen Schiedsgerichtsbarkeit.

Jeder Staat, der internationale Investoren anziehen möchte, muss ein Interesse daran haben, einen ausreichenden Investorenschutz im nationalen Rechtssystem zu gewährleisten. Wenn ein solcher nicht besteht, wäre das ein negativer Standortfaktor. Investitionsschutzklauseln und Investor-Staats-Schiedsgerichtsbarkeit in Handelsverträgen, die die notwendige Investitionssicherheit gewährleisten sollen, sind für solche Staaten ein negativer Anreiz, sich um funktionierende nationale Investitionssicherheit für ausländische Investoren zu bemühen und auch von daher rechtspolitisch fragwürdig.

¹¹⁹ Cecilia Malmström, a. a. O., S. 2

¹²⁰ Justus von Daniels, a. a. O., S. 115, 119 f., Jan Ole Voß hält eine empirische Untersuchung dazu erforderlich, ob europäische Unternehmen vor US-Gerichten benachteiligt werden, aber eine Durchführung für kaum realistisch, Jan Ole Voß, a. a. O., S. 27

¹²¹ Nils Meyer-Ohlendorf, a. a. O.

¹²² Justus von Daniels, a. a. O., S. 123

¹²³ Cecilia Malmström, a. a. O., S. 2

¹²⁴ Jan Ole Voß, a. a. O., S. 21, Pia Eberhard, Peter Fuchs, a. a. O., S. 335 f.