

Sie bewegen sich – doch nicht

Die verfehlte Reformdebatte von EU-Kommission und BMWi zum Investitionsschutz in TTIP¹

Zusammenfassung

Angesichts der Kritik an den geplanten Freihandelsabkommen der EU mit Kanada und den USA (CETA und TTIP) beginnt die Politik nun zögerlich, die längst überfällige Reform des internationalen Investitionsschutzes anzugehen. Die ersten konkreteren Vorschläge der Europäischen Kommission und des deutschen Bundeswirtschaftsministeriums (BWi) lassen jedoch erkennen, dass der politische Wille für grundlegende Verbesserungen bislang fehlt.

Festzuhalten ist:

- Die EU ist noch immer auf dem Weg, mit CETA, TTIP, dem EU-Singapur-Abkommen und weiteren Freihandels- und Investitionsverträgen (Japan, China, Myanmar, Vietnam etc.) weitreichende völkerrechtliche Privilegien für ausländische Investoren auf Kosten des Gemeinwohls zu schaffen.
- Der Investitionsschutz in CETA und TTIP kann nicht getrennt voneinander behandelt werden. Aufgrund der engen wirtschaftlichen Verflechtung Nordamerikas könnten die vielen US-Investoren mit Tochterfirmen in Kanada sich das jeweils günstigere Abkommen aussuchen. Die EU braucht daher ein einheitliches Konzept für beide Vertragspartner.
- Es gibt keine überzeugende Erklärung oder gar einen systematischen empirischen Nachweis für die Notwendigkeit von Investitionsschutzabkommen zwischen funktionierenden Rechtsstaaten wie EU, USA und Kanada.
- Für die Durchsetzung einseitiger Privilegien von ausländischen Investoren vertraut die EU weiter bewusst auf private Schiedsrichter, die strukturell ein finanzielles Interesse an investorenfreundlichen Entscheidungen haben. Statt diesen entscheidenden rechtsstaatlichen Mangel zu beheben, will sie die Reichweite der Schiedsgerichtsbarkeit mit den geplanten Abkommen deutlich ausweiten – in der vagen Hoffnung auf eine spätere multilaterale Reform.
- Auch der Modell-Vertrag des BMWi („Krajewski-Vorschlag“) zieht keine roten Linien für eine klare



© Jakob Huber, Campact-TTIP (Flickr mit CCLicense)

Abkehr vom bisherigen System. Er enthält zwar Optionen für echte Verbesserungen des bisherigen Investitionsschutzes, allerdings dürften diese kaum in den neuen Abkommen mit den USA und Kanada stattfinden. Positiv könnten etwa sein:

- die Beschränkung der materiellen Schutzrechte auf ein Diskriminierungsverbot für ausländische Investoren,
 - der Ausschluss von Kompensationen für entgangenen Gewinn,
 - die Einrichtung eines internationalen Gerichts mit Rechtsmittelinanz,
 - die Verpflichtung zur Ausschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs,
 - sowie die zwingende Veröffentlichung auch von Vergleichsvereinbarungen zwischen Staat und Investor.
- Da die EU-Kommission diese Reformen und vor allem die Einrichtung eines öffentlichen, unabhängigen Gerichts nicht zum Bestandteil von CETA und TTIP machen will, droht die hiesige Diskussion um einen permanenten Gerichtshof zu einer reinen ‚Nebelkerze‘ zu werden, hinter der in Wirklichkeit ein massiver Ausbau des Systems privater ISDS-Schiedsgerichtsbarkeit stattfindet.
 - Eine zeitgemäße Regulierung des internationalen Investitionsverkehrs müsste dagegen vor allem die negativen Auswirkungen von globalen Unternehmenspraktiken auf Mensch und Natur in den Blick nehmen. Betroffene von Lohndumping, fehlendem Arbeitsschutz, Landnahme, Menschenrechtsverletzungen und Umwelterstörung brauchen rechtlichen Schutz und Klagemöglichkeiten. Von verbindlichen Pflichten für internationale Investoren und von Klagerechten für Betroffene findet sich bislang allerdings nichts in den KOM- oder BMWi-Vorschlägen.

¹ Für die Mitarbeit an dieser Analyse danken wir *Malte Marwedel* (Ass. iur.), Akademischer Mitarbeiter, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg.

I. Einleitung: Europäischer Investitionsschutz auf Abwegen

Seit die Europäische Kommission 2009 die Kompetenz für Investitionsschutzpolitik bekommen hat, folgt sie einem Glaubenssatz: Sonderklagerechte für Unternehmer vor Investitionsschiedsgerichten sind unverzichtbar.² Angesichts der breiten und anhaltenden öffentlichen Ablehnung dieses sogenannten *Investor-State Dispute Settlement* (ISDS) beginnt sie nun, ihre Politik zu überdenken. Die neue Handelskommissarin Cecilia Malmström möchte sich aber trotzdem nicht von den Schiedsgerichten und den damit verbundenen Privilegien für Investoren verabschieden. Sie schlägt eine Reihe von Reformen vor³, um die bei Investoren und Wirtschaftsjuristen beliebten Sonderklagerechte doch noch zu retten – und ihre Reichweite durch die Verankerung in den geplanten Freihandelsabkommen mit den USA (TTIP – *Transatlantic Trade and Investment Partnership*) und Kanada (CETA – *Comprehensive Economic and Trade Agreement*) drastisch auszudehnen. Einen kleinen Schritt weiter geht der deutsche Bundeswirtschaftsminister Sigmar Gabriel, dessen neuer Modell-Vertrag ein ständiges Investitionsschiedsgericht vorsieht.⁴

Diese Vorschläge kommen zu einem Zeitpunkt, in dem das internationale Investitionsschutzrecht „am Scheideweg“ steht.⁵ Das Regime aus über 3.200 meist bilateralen völkerrechtlichen Verträgen steht in der Kritik, weil es ausländischen Investoren besondere Schutzrechte gegen staatliche Maßnahmen im Dienste des Gemeinwohls bietet – seien es Gesetze, Verwaltungsentscheidungen oder Gerichtsurteile. Wenn diese Maßnahmen seine Investition beeinträchtigen, kann der Investor den Staat meist unmittelbar vor internationalen Investor-Staat-Schiedsgerichten auf Ausgleichszahlungen verklagen. Private Schiedsrichter, die oft auch als

Wirtschaftsanwälte arbeiten,⁶ entscheiden dann in bisher überaus intransparenten Verfahren über Ansprüche gegen den Staat in Millionen- oder sogar Milliardenhöhe. Sie sind eine Gefahr für die demokratische Politikgestaltung, weil sie die gesamte Bandbreite der Unternehmensregulierung einem enormen Kostenrisiko aussetzen: So verklagt etwa der schwedische Energiekonzern Vattenfall Deutschland wegen dem Atomausstieg auf 4,7 Milliarden Euro entgangenen Gewinn.⁷ Für internationales Aufsehen sorgten etwa auch Klagen gegen ein Fracking-Moratorium in Kanada,⁸ gesundheitsschützende Regeln für Tabakverpackungen in Australien,⁹ die Einführung eines Mindestlohns in Ägypten,¹⁰ Maßnahmen zur Überwindung der Folgen der Apartheid in Südafrika¹¹ oder zur Beendigung der Finanz- und Wirtschaftskrise in Argentinien.^{12 13}

Dementsprechend überprüfen derzeit viele Länder ihre bisherige Investitionsschutzpolitik, einige haben bereits begonnen, aus dem System auszusteigen.¹⁴ Die EU könnte hier vorangehen, indem sie die Beendigung oder deutliche Reform der Abkommen ihrer Mitgliedstaaten in die Wege leitet – sie machen fast die Hälfte aller weltweiten Abkommen aus. Stattdessen ist sie im Begriff, die Reichweite von Investorenprivilegien und ISDS massiv auszuweiten. Sie verhandelt derzeit Abkommen zur Investitionsförderung mit 12 Staaten, darunter China, Indien, und die USA.¹⁵ Bereits ausgehandelt sind die Investitionsschutzkapitel in den Freihandelsabkommen mit Kanada und Singapur. Entgegen der Ankündigungen der Kommission enthalten diese keine echten Verbesserungen, sondern eine

2

2 Vgl. die Mitteilung der Kommission, Auf dem Weg zu einer umfassenden europäischen Auslandsinvestitionspolitik, 07.07.2010, KOM (2010) 343 endg., S. 11.

3 KOM, Generaldirektion Handel, Investment in TTIP and beyond – the path for reform, Konzeptpapier vom 05.05.2015, abrufbar unter http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF; Malmström, Rede vom Ausschuss für Internationalen Handel des Europäischen Parlaments vom 18.03.2015, abrufbar unter: europa.eu/rapid/press-release_SPE-ECH-15-4624_en.pdf.

4 Siehe den im Auftrag des BMWi vom Völkerrechtsprofessor Markus Krajewski entworfenen „Modell-Investitionsschutzvertrag mit Investor-Staat-Schiedsverfahren für Industriestaaten unter Berücksichtigung der USA“, abrufbar unter: http://www.bmw.de/BMWi/Redaktion/PDF/M-O/modell-investitionsschutzvertrag-mit-investor-staat-schiedsverfahren-gutachten_property=pdf,bereich=bmwiz012,sprache=de,rwb=true.pdf.

5 Hierzu Eberhardt, Investitionsschutz am Scheideweg – TTIP und die Zukunft des globalen Investitionsrechts, Internationale Politikanalyse, Mai 2014, abrufbar unter: <http://library.fes.de/pdf-files/iez/global/10773-20140603.pdf>.

6 Die vielfachen Interessenkonflikte der untereinander meist gut vernetzten Schiedsrichter werden anschaulich dargestellt in *Corporate Europe Observatory u. a. (Hrsg.), Profit durch Un-Recht*, November 2014, abrufbar unter: <http://corporateeurope.org/de/international-trade/2014/11/profit-durch-un-recht>.

7 Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany, ICSID Case No. ARB/12/12.

8 Lone Pine Resources Inc. v. The Government of Canada, ICSID Case No. UNCT/15/2.

9 Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12.

10 Veolia Propreté v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/12/15.

11 Piero Foresti, Laura de Carli & Others v. The Republic of South Africa, ICSID Case No. ARB(AF)/07/01.

12 Statt vieler: Siemens A.G. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/8.

13 Weitere problematische Bsp. u. Informationen zum jeweiligen Sachverhalt bei Eberhardt (Fn. 5), S. 7 u.12.

14 Hierzu zählen insbesondere Südafrika, Indonesien, Bolivien, Ecuador und Venezuela; 2011 hatte die damalige australische Regierung erklärt, künftig keine Schiedsklauseln mehr in Investitionsschutzabkommen aufzunehmen, siehe Peterson, In policy switch, Australia disavows need for investor-state arbitration provisions in trade and investment agreements, IA Reporter v. 14.04.2011, abrufbar unter: <http://www.iareporter.com/articles/20110414>.

15 Siehe den Überblick der Kommission: <http://ec.europa.eu/trade/policy/accessing-markets/investment/>.

Fortschreibung des bestehenden Systems mit marginalen Änderungen.¹⁶ Dies ist besonders gravierend, weil allein die geplanten regionalen Abkommen der EU und der USA das ISDS-System von derzeit 15-20 % auf 80 % der weltweiten Auslandsinvestitionen ausdehnen würden.¹⁷ Dabei würde das Klagerisiko exponentiell ansteigen, weil in fast allen beteiligten Staaten finanzstarke, klagebereite Investoren beheimatet sind. Ein solcher Schritt macht ein ausgereiftes Reformkonzept unumgänglich.

Weder der Vorschlag der Kommission noch Gabriels Modell-Vertrag sind jedoch geeignet, die wesentlichen strukturellen Probleme des internationalen Investitionsschutzes zu lösen. Die zentralen Kritikpunkte lauten:

Durch besondere Schutzrechte und Klagewege werden ausländische Investoren besser gestellt als alle anderen. Ihre Eigentums- und Gewinninteressen werden völkerrechtlich abgesichert und erhalten so Vorrang vor dem Gemeinwohl, vor Bürgerrechten – und vor konkurrierenden Unternehmen.

Die Investoren erhalten diese Privilegien, ohne selbst irgendwelche Pflichten auferlegt zu bekommen – etwa zur Schaffung von Arbeitsplätzen oder zur Beachtung von Menschen-, Arbeitnehmer- und Verbraucherrechten sowie Gesundheits- und Umweltschutzstandards. Die Forderungen nach ‚Corporate Accountability‘ (samt der dazu aktiven Organisationen, Netzwerke und ExpertInnen¹⁸) werden weiterhin ignoriert. Statt auf ‚Rechte für Menschen – Regeln für Unternehmen‘ setzen EU und EU-Mitgliedstaaten völkerrechtlich weiterhin auf einseitigen ‚Rechten für Investoren‘.

Die privaten Schiedsrichter haben ein eigenes finanzielles Interesse daran, die Klagerechte der Investoren großzügig auszulegen. Je öfter die Konzerne klagen, desto öfter können sie neue lukrative Aufträge als Schiedsrichter oder Anwälte erhalten. Diesen schweren rechtsstaatlichen Mangel hat die Kommission nun sogar eingeräumt, möchte daran aber vorerst nichts Entscheidendes ändern.

Die Schutzrechte der Investoren sind so unklar formuliert, dass selbst unter Experten große Unsicherheit herrscht, wann Staaten erfolgreich verklagt werden können. Investoren nutzen dieses Drohpotenzial, um Regierungen und Parlamente von Maßnahmen im Gemeinwohlinteresse abzuhalten, die ihre Profite schmälern würden.

II. Drei schlechte Gründe für Investitionsschutz in TTIP

Bevor auf die Vorschläge näher eingegangen wird, ist nochmals zu betonen, dass Investitionsschutz in TTIP (und CETA) überhaupt nicht erforderlich ist. Dies hat auch die jetzige Bundesregierung stets betont.¹⁹ Kommissarin Malmström nennt im Wesentlichen drei Gründe für die Einbeziehung in TTIP,²⁰ die jedoch alle nicht überzeugen können:

Erstens behauptet sie, Investitionsschutz in TTIP sei notwendig, weil das US-Recht nicht die Diskriminierung europäischer Investoren verbiete.

→ Damit unterstellt sie ein Problem, wo keines ist. Tatsächlich ist weder in den USA noch in der EU eine relevante, ungerechtfertigte Benachteiligung ausländischer Investoren erkennbar. In den wenigen bekannten Ausnahmefällen in den USA hat sich gezeigt, dass Abhilfe nicht durch Investitionsschutz, sondern nur durch Reformen der staatlichen Justiz zu erreichen war.²¹ Vor allem aber gehen die von der Kommission bisher vorgeschlagenen Schutzstandards erheblich über ein Diskriminierungsverbot hinaus. Sie schaffen sogar im Gegenteil weitreichende Privilegien für einige ausländische Investoren gegenüber allen anderen. Ihr Eigentumsrecht und ihr Vertrauen in eine gleichbleibende Rechtslage, Genehmigungen oder sogar in bloße Absichtserklärungen von Behörden sind deutlich stärker geschützt, als dies bei inländischen Unternehmen und Bürgerinnen und Bürgern etwa in Deutschland der Fall ist. Sie haben daher sehr viel öfter Anspruch auf hohe Kompensationen für staatliche Maßnahmen. Die Ausgleichsansprüche umfassen meist auch erwartete künftige Gewinne, die nach staatlichem Recht vielfach nicht geschützt wären. Und statt auf den innerstaatlichen Rechtsweg angewiesen zu sein, erhalten die Investoren Sonderklagerechte vor internationalen Schiedsgerichten.

¹⁶ Siehe etwa die Analyse von *Van Harten*, Comments on the European Commission's Approach to Investor-State Arbitration in TTIP and CETA, Juli 2014, abrufbar unter: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2466692.

¹⁷ *Van Harten*, A report on the flawed proposals for investor-state dispute settlement (ISDS) in TTIP and CETA, Osgoode Hall Law School, Research Paper No. 16 Vol. 11/Issue. 04/ (2015), S. 12 f. abrufbar unter: <http://ssrn.com/abstract=2595189>.

¹⁸ Vgl. für Deutschland das Netzwerk ‚CorA – Netzwerk für Unternehmensverantwortung‘: <http://www.cora-netz.de/cora/> – für Europa siehe: <http://www.corporatejustice.org>

¹⁹ Siehe hierzu die Bundestagsrede von Bundeswirtschaftsminister Gabriel vom 25.09.2014: http://www.spd.de/aktuelles/123966/201040925_gabriel_rede_ceta_bundestag.html.

²⁰ *Malmström*, Rede (Fn. 3), S. 2.

²¹ Siehe die Analyse von *Kleinheisterkamp*, Is there a Need for Investor-State Arbitration in the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)?, 2014, S. 2 f., abrufbar unter: http://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=172188.

Wenn es der Kommission dagegen wirklich nur um Ungleichbehandlungen ginge, könnte sie die umfangreiche Liste an Schutzrechten im Übrigen auf ein einfaches Diskriminierungsverbot für ausländische Investoren reduzieren (sog. *National Treatment*).²²

Zweitens verweist die Kommission auf die bereits bestehenden Investitionsschutzabkommen zwischen den USA und 9 osteuropäischen Mitgliedstaaten.²³ Die Kommission will sie dringend durch modernere Regelungen in TTIP ablösen.

→ Bei diesen Abkommen handelt es sich in der Tat um Auslaufmodelle mit extrem weitreichenden Investorenrechten. Sie decken aber bisher nur etwa 8 % der von US-Investoren kontrollierten Unternehmen in der EU ab – und könnten von den Mitgliedstaaten problemlos binnen Jahresfrist gekündigt werden.²⁴ Die Kommission sollte auf eine Kündigung dieser überholten Verträge hinwirken, statt sie nun mit marginalen Änderungen auf den gesamten transatlantischen Investitionsverkehr auszuweiten.

Drittens sieht die Kommission das Investitionsschutzkapitel in TTIP angeblich als Chance, das bisherige System des internationalen Investitionsschutzes mit seinen rund 3.200 meist bilateralen Verträgen zu reformieren. Hierfür sei es nötig, mit einem Partner wie den USA auf der Grundlage gemeinsamer Werte einen neuen Standard zu setzen, der sich anschließend weltweit durchsetzen soll.

→ Der bisherige Verlauf der Verhandlungen von CETA und TTIP weckt jedoch erhebliche Zweifel, ob der Kommission eine bedeutende Reform auf diesem Weg gelingen kann. So enthalten die Investitionsschutz-Regeln im CETA-Entwurf keine wesentlichen Ansätze für Neuerungen²⁵ und tragen auch gar keine europäische Handschrift. Vielmehr orientieren sie sich ganz überwiegend am Investitionsschutzkapitel des über 20 Jahre alten *North American Free Trade Agreements*

(NAFTA) zwischen den USA, Kanada und Mexico. Auch wird deutlich, dass die künftigen Vertragspartner weit davon entfernt sind, einträchtig an einer Verbesserung des Systems zu arbeiten. Die Verhandlungen von Freihandelsabkommen sind dafür auch eindeutig nicht der richtige Ort. Durch die Verknüpfung mit einem Tauziehen um Zollsenkungen, gegenseitige Marktöffnung und Liberalisierungspflichten im Handelsbereich gerät die „Reform“ des Investitionsschutzes zur Verhandlungsmasse – die möglicherweise dann zugunsten eines verbesserten Zugangs europäischer Bauunternehmen zu öffentlichen Aufträgen in den USA fallen gelassen wird.

Der plötzliche Reformeifer überspielt zudem, dass es gerade die USA und die europäischen Mitgliedstaaten waren, die das heutige mangelhafte Investitionsschutzregime entwickelt und geprägt haben – gegen den Widerstand und zum Leidwesen vieler Entwicklungsländer. Noch heute blockieren sie gemeinsam aktiv multilaterale Reformbemühungen, die das Investitionsschutzrecht rechtsstaatlich, demokratisch und menschenrechtsfreundlich ausgestalten könnten.

Es gibt somit keine guten Gründe, Investitionsschutz in TTIP aufzunehmen. In einem Freihandelsabkommen zwischen marktwirtschaftlich geprägten, funktionierenden Rechtsstaaten stellen sie ohnehin einen Fremdkörper dar. Abkommen zum Investitionsschutz wurden bisher vor allem vereinbart, um (vorgeblich oder real) ausländische Investoren in Entwicklungsländern gegen politische Veränderungen und Korruption abzusichern. Schon dort sind sie wie gesagt umstritten, weil die starken Schutzrechte der Investoren demokratisch legitimierte Politikwechsel beeinträchtigen, die bisher gängigen Schiedsverfahren rechtsstaatliche Mängel aufweisen und die immensen Schadensersatzforderungen den Haushalt der Entwicklungsländer erheblich belasten können. Umso befremdlicher ist es, wenn dieses Investitionsschutzregime nun ausgerechnet auf die transatlantischen Investitionen ausgedehnt werden soll. Der transatlantische Investitionsverkehr bildet auch ohne solchen Schutz den größten Anteil an ausländischen Investitionen in die EU (USA allein: 1,54 Billionen Euro oder 39 %) und von der EU in andere Länder (1,65 Billionen Euro oder 32 %).²⁶ Für die EU-Staaten und die USA stiege durch TTIP aber das Risiko, vor einem Schiedsgericht auf Milliardensummen verklagt zu werden, drastisch an. Denn anders als im Verhältnis zu den Entwicklungsländern ist der Investitionsstrom

²² Vgl. Art. 6 CETA-Entwurf aber auch den vorzugswürdig eingeschränkten Art. 3 des Modell-Vertrags vom BMWi (Fn. 4), S. 9 f. Dessen Absatz 1 Satz 1 lautet: „Each Contracting Party shall accord to investors of the other Contracting Party and to covered investments, treatment no less favourable than the treatment it accords, in like situations to its own investors and to their investments with respect to the conduct, operation, management, maintenance, use, enjoyment and sale or disposal of their investments in its territory.“

²³ Bulgarien, Estland, Lettland, Litauen, Kroatien, Polen, Rumänien, Slowakei und Tschechien.

²⁴ Sie alle enthalten Ausstiegsklauseln wie etwa Art. XVII Abs. 2 des Investitionsschutzabkommens USA-Kroatien von 1996: „A Party may terminate this treaty at the end of the initial ten year period or at any time thereafter by giving one year's written notice through diplomatic channels to the other Party.“ Die zehnjährige Mindestlaufzeit ist jeweils bereits abgelaufen.

²⁵ Siehe Fn. 16.

²⁶ Stand Ende 2012, siehe die offizielle Statistik von Eurostat: http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Foreign_direct_investment_statistics#North_America_remains_the_main_location_of_EU-27_FDI_outward_stocks_in_non-member_countries.

hier keine Einbahnstraße. Und auf beiden Seiten des Atlantiks finden sich mehr als genug Großkonzerne, die eine Investitionsschutzklage finanziell und organisatorisch bewältigen können.

III. „Reform“ des internationalen Investitionsschutzes durch die Kommission

Nach alledem sind TTIP und CETA ein denkbar schlechter Rahmen, um eine sinnvolle Reform des internationalen Investitionsschutzes zu beginnen. Wie schon der CETA-Entwurf²⁷ bieten die neuesten Ansätze der Kommission kaum Impulse für eine grundlegende Verbesserung des Regimes jenseits dieser Abkommen. Denn dies würde überzeugende Antworten auf die zwei Kernfragen voraussetzen: Welche Schutzrechte für Investoren sind angemessen – und wie kann man sie effektiv durchsetzen, ohne Rechtsstaat und Demokratie zu gefährden?

1. Schutz staatlicher Regulierungsspielräume (*right to regulate*)

Die Kommission schlägt vor, die Freiheit der Regierungen zur Verfolgung von Gemeinwohlinteressen durch einen eigenen Vertragsartikel im TTIP abzusichern. Außerdem will sie klarstellen, dass der Investitionsschutz den Investoren keine Garantie für eine gleichbleibende Rechtslage bietet.²⁸

→ Derartige Klauseln zu staatlichen Regulierungsspielräumen (*right to regulate*) sind keine Neuheit im Investitionsschutzrecht. Sie haben sich allerdings in der Praxis nicht bewährt, da sie bei der Entscheidung von Investorenklagen meist keine Rolle spielen. Das liegt vor allem an der extrem investorenfreundlichen Struktur des Investitionsschutzrechts: Staatliche Maßnahmen zulasten der Gewinnkalkulation der Investoren sind nach dieser Logik eine regelwidrige Ausnahme. Sie können gegen eine Reihe von vage formulierten Schutzstandards²⁹ verstoßen und müssen daher besonders gerechtfertigt werden. Um mit diesem Vorverständnis zu brechen, müsste man die Schutzrechte der Investoren von vornherein auf ein erträgliches Mindestmaß reduzieren: Etwa auf ein schlichtes Diskriminierungsverbot im Vergleich zu inländischen Unternehmen (s.o.).

Der Ansatz der Kommission, die gängigen Investorenprivilegien nur etwas genauer zu definieren und durch einzelne Vertragsartikel zum Schutz von Regulierungsspielräumen zu begrenzen, ist dagegen keine echte Lösung. Er lässt den Schiedsrichtern zu viel Raum für großzügige Auslegungen und Abwägungen auf Kosten der demokratischen Gestaltungsfreiheit und des Gemeinwohls. Das gilt erst Recht, wenn er so halbherzig umgesetzt wird wie im Entwurf des CETA-Abkommens mit Kanada: Die Definitionen der Investorenrechte lassen reichlich Raum für Interpretation.³⁰ Ein grundsätzliches Bekenntnis zu Regulierungsspielräumen fehlt im Investitionsschutzkapitel. Die Erwähnungen des *right to regulate* in der Präambel und zwei nachrangigen Kapiteln³¹ sind dagegen schwach formuliert, stehen teilweise unter dem Vorbehalt der übrigen Vertragsbestimmungen – und ermöglichen Schiedsrichtern sogar den Umkehrschluss, dass eine derartige Garantie im Investitionsschutzrecht gerade nicht bestehe. Ein wasserdichter Schutz des Gemeinwohls sieht anders aus.

2. Interessenkonflikte der Schiedsrichter

Die Kommission möchte außerdem Interessenkonflikte der Schiedsrichter vermeiden, indem sie ein Verzeichnis von „vertrauenswürdigen“ und rechtlich qualifizierten Schiedsrichtern anlegt.³²

→ Der strukturelle rechtsstaatliche Mangel des Schiedssystems bleibt durch diesen Vorschlag völlig unangetastet: Wie bisher bestünden erhebliche finanzielle Anreize für alle Schiedsrichter, ihr eigenes Interesse an weiteren lukrativen Aufträgen als Schiedsrichter – und häufig sogar als Anwälte in anderen Verfahren – einfließen zu lassen. Dies stellt Kommissarin Malmström sogar selbst fest.³³ Trotzdem präsentiert sie der Öffentlichkeit das Schiedsrichterverzeichnis und die Qualifikationsanforderungen, die beide in ähnlicher Form bereits bestehen,³⁴ als tiefgreifenden

27 Siehe Fn. 16.

28 KOM, Konzeptpapier (Fn. 3), S. 6; Malmström, Rede (Fn. 3), S. 2 f.

29 Praktisch besonders bedeutsam und problematisch sind etwa die nicht näher definierte „faire und gerechte Behandlung“ (*fair and equitable treatment* – FET) oder der Schutz vor „indirekter Enteignung“ (*indirect expropriation*), der uU Gewinnschmälerungen durch allgemeine Gesetze mit Enteignungen gleichsetzt und eine entsprechende Entschädigungspflicht auslöst.

30 So enthält der FET-Standard in Art. X.9 Abs. 4 CETA-Entwurf einen sehr allgemeinen Verweis auf „berechtigte Erwartungen“ der Investoren aufgrund nicht näher benannter staatlicher Äußerungen sowie eine Öffnungsklausel zur Festlegung weiterer Fallgruppen (Abs. 2 am Ende); die Voraussetzungen einer indirekten Enteignung werden zwar im Annex zu Art. X.11 konkretisiert – dort wird aber in Abs. 3 nur die Verfolgung bestimmter „legitimer“ öffentlicher Interessen geschützt und zugleich einer Verhältnismäßigkeitskontrolle der Schiedsgerichte ausgesetzt.

31 Vgl. dort Art. 2 des Kapitels 24 (Trade and Labour), Art. X.4 des Kapitels 25 (Trade and Environment).

32 KOM, Konzeptpapier (Fn. 3), S. 7 f.; Malmström, Rede (Fn. 3), S. 3.

33 Malmström, Rede (Fn. 3), S. 3: “Of course, this [proposal] does not go the whole way to creating a permanent investment court, with permanent judges who would have no temptation to think about future business opportunities”.

34 Siehe die Regeln der meistgenutzten Schiedseinrichtung, dem bei der Weltbank angesiedelten International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID): Art. 12-15 u. 40 ICSID-Konvention zur dortigen Schiedsrichterliste, dem *Panel of Arbitrators*, und insbesondere Art. 14 zu den Qualifikationen der Schiedsrichter.

Reformimpuls. Dabei scheint die Kommission zu erwägen, den inakzeptablen Einfluss der Investoren auf die Auswahl „ihrer“ Schiedsrichter zu beenden oder einzuschränken. Ihr Ansatz³⁵ bleibt aber auch hier unzureichend, denn er schließt nicht aus, dass Investoren doch weiter ein Mitentscheidungsrecht bei der Schiedsrichter-Benennung erhalten. Viel wichtiger aber ist: Die Kommission, aber auch der BMWi-Vorschlag schlagen keine wasserdichten Regelungen vor, die wie u.a. von Professor Gus Van Harten gefordert, die Unabhängigkeit der Schiedsrichter als rechtsstaatlicher Mindeststandard effektiv gewährleisten.³⁶ Hierfür bräuchte es wie in der staatlichen Justiz feste Amtszeiten, feste Gehälter und ein Verbot von Nebentätigkeiten im Kontext von Schiedsverfahren.

3. Rechtsmittel

Einen kleinen Schritt in Richtung Rechtsstaatlichkeit schlägt die Kommission mit der Einführung einer Rechtsmittelinstanz (appellate mechanism) vor.³⁷

→ Ohne einen effektiven Kontrollmechanismus ist eine echte ISDS-Reform nicht denkbar. Das bisherige System wird inzwischen fast einhellig dafür kritisiert, dass es durch widersprüchliche Entscheidungen vor allem für die beklagten Staaten unerträgliche Rechtsunsicherheiten erzeugt. Es ist grundsätzlich zu begrüßen, dass die Kommission hier nun einen ersten Schritt machen will. Jedoch bleibt abzuwarten, ob sie diesen Kurs in den Verhandlungen konsequent verfolgt und wie umfassend die Kontrolle ausgestaltet wird. Angesichts der weitreichenden Folgen der Schiedssprüche erscheint eine volle Überprüfung unabdingbar. Sie müsste daher ähnlich einer nationalen Berufungsinstanz nicht nur die Rechtsfragen und das Verfahren, sondern auch die zugrundeliegenden Tatsachen des Falles umfassen.

Gänzlich unverständlich bleibt, dass die Kommission offenbar bereit ist, im CETA-Abkommen zu nächst hinter diesem Standard zurückzubleiben. Sollte es ihr nicht gelingen, die Kanadier nachträglich zu überzeugen, könnten die USA sich darauf berufen und ihrerseits die Berufungsinstanz in TTIP ablehnen. Die vielen US-Konzerne mit Niederlassungen in Kanada könnten sich ohnehin durch eine geschickte Abwicklung ihrer Investitionen auf das CETA-Abkommen stützen – und so eine für sie ungünstige Berufung durch den beklagten Staat ausschließen.

³⁵ KOM, Konzeptpapier (Fn. 3), S. 7.

³⁶ Grundlegend *Van Harten*, Investment Treaty Arbitration and Public Law, 2007, S. 167 ff.

³⁷ KOM, Konzeptpapier (Fn. 3), S. 8 f.; *Malmström*, Rede (Fn. 3), S. 3.

4. Konflikte mit innerstaatlichem Rechtsschutz

Schließlich empfindet die Kommission als ungerecht, dass Investoren die Entscheidungen innerstaatlicher Gerichte vor Investitionsschiedsgerichten aushebeln können – und so eine zweite Chance auf Rechtsschutz³⁸ oder sogar doppelte Entschädigung³⁹ erhalten. Dies will sie beheben, indem sie die Investoren zwingt, sich für einen der beiden Rechtswege zu entscheiden. ISDS solle jedenfalls ausgeschlossen sein, wenn der Investor zuvor den innerstaatlichen Rechtsweg bis zur höchsten Gerichtsinstanz ausgeschöpft hat.

→ Schon die Diagnose der Kommission liegt hier daneben. Sie geht davon aus, dass ISDS eine gleichwertige Alternative zu nationalen und europäischen Gerichten darstellt. Dabei verkennt sie, dass sowohl das Schiedsverfahren als auch die dort geltenden materiellen Schutzstandards erhebliche Vorteile für Investoren mit sich bringen (s.o.). Wenn man ISDS für nötig hielte (etwa weil die nationalen Gerichte keinen effektiven Rechtsschutz böten oder Ausländer diskriminierten), wäre das Problem auch nicht, dass Investoren im Anschluss an nationale Gerichtsprozesse eine internationale Stelle einschalten können. Problematisch ist vielmehr, dass sie sich vorher überhaupt nicht an staatliche Gerichte wenden müssen. Hieran ändern auch die Vorschläge der Kommission nichts. Im Gegenteil: Kein Konzern, der sich eine kostspielige Schiedsklage leisten kann, würde sich unter diesen Voraussetzungen mit der staatlichen Justiz begnügen. Auch schließen die Vorschläge der Kommission Parallelverfahren bislang nicht aus, da sie sich nur auf Schadensersatzklagen beziehen. Es bliebe weiterhin möglich, dass ein Investor vor nationalen oder europäischen Gerichten die Aufhebung einer staatlichen Maßnahme verlangt – und gleichzeitig vor einem Schiedsgericht Schadensersatz für die wirtschaftlichen Nachteile einklagt.

Sinnvoll wäre es, den internationalen Investitionsschutz von der Ausschöpfung des nationalen Rechtswegs abhängig zu machen. Diese ist etwa Voraussetzung für den Menschenrechtsschutz vorm Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte und hat sich im Völkerrecht allgemein bewährt. Dem jeweiligen Staat wird dadurch die Möglichkeit gegeben, etwaige Verstöße gegen internationale Standards selbst zu beheben. Auch ist das staatliche Gericht viel besser in der Lage, den zugrundeliegenden Sachverhalt zu ermitteln und die nationale Rechtslage aufzubereiten. Dies entlastet somit das anschließende internationale Gerichtsverfahren. Im Übrigen ist auch nicht nachvollziehbar, warum

³⁸ *Malmström*, Rede (Fn. 3), S. 3.

³⁹ KOM, Konzeptpapier (Fn. 3), S. 9 ff.

man Investoren die Ausschöpfung des Rechtswegs nicht zumuten will, sie aber ohne weiteres von Opfern staatlicher Folter oder sonstigen Menschenrechtsverletzungen verlangt.

Unterm Strich sind die Antworten der Kommission auf die Kernfragen einer Investitionsschutz-Reform unbefriedigend. Bei allen Änderungen im Detail setzt sie weiter auf die bedenkliche Kombination von weitreichenden Investorenprivilegien und latent voreingenommenen privaten Schiedsrichtern. Bedeutendere Änderungen wie die Einrichtung eines rechtsstaatlich ausgestalteten Investitionsgerichtshofs vertagt sie auf unbestimmte Zeit nach Abschluss der aktuell geplanten Abkommen. Zugleich untergräbt sie in den transatlantischen Verhandlungen bisher selbst jeden denkbaren Reformschritt, indem sie für das CETA-Abkommen mit Kanada an dem bestehenden System festhält. Die vielen US-Konzerne mit Niederlassungen in Kanada werden diese Hintertür dankbar annehmen.

IV. Gabriels Vorschlag: Internationales Investitionsgericht als Ausweg?

Einen auf den ersten Blick deutlicheren Bruch mit dem bestehenden privaten Investitionsschutzregime hat nun der deutsche Bundeswirtschaftsminister Sigmar Gabriel ins Spiel gebracht. Unter dem Druck der Öffentlichkeit erwägt er nun einen Schutz für ausländische Investoren, der nicht über die Rechte inländischer Unternehmer hinausgeht. Statt Schiedsgerichten soll ein ständiges bilaterales Gericht mit einer Rechtsmittelinstanz für die Schadensersatzklagen der Investoren zuständig sein.

Das hierzu mit Blick auf TTIP kürzlich vorgelegte Modell für künftige Investitionsschutzverträge von Industriestaaten⁴⁰ leidet allerdings an einer Reihe von grundsätzlichen Widersprüchen und Mängeln:

Erstens bleibt auch hier völlig unklar, warum es ausgerechnet zwischen Industriestaaten eines solchen Abkommens bedarf. Wenn die ausländischen Investoren tatsächlich keine Rechte erhielten, die über jene der inländischen hinausgehen, und das internationale Gericht einem staatlichen weitgehend ähnelte, wäre das relativ unbedenklich – aber zwischen zwei funktionierenden Rechtsstaaten, die alle Investoren grundsätzlich gleichbehandeln ist es auch völlig überflüssig.

Zweitens bleibt sich der Modell-Vertrags selber nicht treu was die Einschränkung der Schutzstandards angeht. Zwar versichert die Präambel vielversprechend, dass das Abkommen den ausländischen Investoren „kein höheres Schutzniveau bietet“ als

den inländischen. Konsequenter wäre es, die Investorenrechte auf ein Diskriminierungsverbot für ausländische Investoren zu reduzieren (s.o.). Trotzdem enthält der Modell-Vertrag eine Option für weitergehende Schutzstandards (insbes. Art. 5 u. 7), deren einziger Zweck darin besteht, Privilegien für ausländische Investoren zu schaffen – wie der Autor des Entwurfs selbst kritisch anmerkt.⁴¹ Seiner Empfehlung folgend sollte man daher auf vage formulierte Privilegien wie das Recht auf „faire und gerechte Behandlung“ und den Schutz vor indirekter Enteignung künftig unbedingt verzichten.

Drittens sollen auch der Modell-Vertrag und das ständige bilaterale Gericht ausschließlich der Durchsetzung von Investoreninteressen dienen. Damit wird einer stärker am Gemeinwohl ausgerichteten Regelung des globalen Investitionsverkehrs eine Absage erteilt. Der Modell-Vertrag erwähnt zwar die „soziale Verantwortung der Unternehmen“ (vgl. Art. 11 zur *Corporate Social Responsibility*). Statt echter Verpflichtungen der Investoren sieht er aber nur vor, dass diese „ermutigt“ werden sollen, sich an Richtlinien zur Beachtung der Menschenrechte zu halten. Menschen, die von den Unternehmenspraktiken globaler Konzerne wie Lohndumping, fehlendem Arbeitsschutz, Landnahme und Umweltzerstörung betroffen sind, erhalten auch weiterhin keine Gelegenheit, notfalls internationalen Rechtsschutz gegen davon profitierende ausländische Investoren zu erlangen. Der Modell-Vertrag sichert ihnen nicht einmal echte Beteiligungsrechte⁴² vor dem ständigen Investitionsgericht. Damit fällt er sogar hinter den jüngsten Vorschläge der Kommission zurück, die Betroffenen künftig ein – allerdings noch nicht näher beschriebenes – „Interventionsrecht“ bei Investorenklagen gewähren möchte.⁴³

Viertens birgt die Einseitigkeit des Modell-Vertrags die Gefahr, dass das ständige bilaterale Gericht sich ebenso wie die privaten Schiedsrichter als institutionellen „Hüter der Investorenrechte“ versteht – und deren Privilegien entsprechend weit auslegt. Denn wie alle mächtigen Institutionen neigen internationale Gerichte zur Erweiterung ihrer Kompetenzen. Umso bedenklicher ist, dass die

41 Siehe den Hinweis von *Krajewski* (Fn. 4), S. 10 f. des Modell-Vertrags, wo es auch heißt: „Aus diesen Gründen ist es empfehlenswert, im Rahmen eines Abkommens mit den USA oder anderen Staaten, die über ein funktionierendes Rechtssystem verfügen, das dem deutschen Rechtsstaat vergleichbar ist, auf die Schutzstandards der fairen und gerechten Behandlung und indirekten Enteignung zu verzichten und nur Nichtdiskriminierungsstandards aufzunehmen.“

42 Die in Art. 28 Abs. 1 des Modell-Vertrags sowie Art. X.33 Abs. 1 CETA-Entwurf in Bezug genommenen UNCITRAL Transparency Rules sehen in Art. 4 nur schwache Mitwirkungsrechte als sog. *amicus curiae* vor. Die Zulassung solcher „Freunde des Gerichts“ liegt im weiten, nicht nachprüfbar Ermessen der Schiedsgerichte. Ihre Anträge und Stellungnahmen müssen in der Sachentscheidung nicht einmal berücksichtigt werden.

43 Vgl. KOM, Konzeptpapier (Fn. 3), S. 8.

40 Siehe Fn. 4.

Sicherung der richterlichen Unabhängigkeit auch hier hinter gängigen rechtsstaatlichen Standards zurück bleibt. Die Richter wären nicht unbedingt hauptamtlich tätig⁴⁴ und ihr Gehalt muss nicht fallunabhängig festgelegt werden, so dass sie auch ein finanzielles Interesse an weiteren Investorenklagen hätten.

Fünftens wird hier zwar richtigerweise die Ausschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs als Voraussetzung für internationale Investorenklagen empfohlen.⁴⁵ Dennoch wird eine alternative Klausel formuliert, die den Investoren ein Wahlrecht zwischen internationalem und nationalem Rechtsschutz bietet (Art. 27). Immerhin ist diese so ausgestaltet, dass Parallelverfahren tatsächlich ausgeschlossen würden.

Sechstens will der Modell-Vertrag kleinen und mittelständischen Unternehmen den Zugang zum Investitionsgericht erleichtern (vgl. Art. 23). Hierzu wird neben Regeln zur Prozesskostenhilfe auch eine Einschränkung der Rechtsmittel des beklagten Staates gegen die erstinstanzliche Entscheidung erwogen. Beides könnte eine deutliche Zunahme an Investorenklagen auslösen. Die Rechtsmittelbeschränkung würde eine wichtige rechtsstaatliche Verbesserung des Systems so gleich wieder relativieren.

Einige konkrete Optionen im Modell-Vertrag wären zu begrüßen, wenn sie - um Investorenpflichten ergänzt - wirklich für eine grundlegende Reform des Investitionsschutzes innerhalb und jenseits von TTIP und CETA genutzt würden. Die bereits genannte Beschränkung auf ein Diskriminierungsverbot, die Schaffung eines internationalen öffentlichen Gerichtes sowie die zwingende Ausschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs sind hier zu nennen (ggf. auch die zwingende Veröffentlichung von Vergleichen (Art. 28 Abs. 2) sowie die Eingrenzung der möglichen Kompensationsansprüche (Art. 31)). Bislang aber bleibt der BMWi-Modell-Vertrag mit dem Vorschlag eines internationalen Investitionsgerichtes nur eine unverbindliche „Argumentationshilfe für die Bundesregierung“⁴⁶ und spielt für die tatsächlichen CETA-, TTIP- und sonstigen Vertragsverhandlungen der EU keine Rolle. Er droht davon abzulenken, dass in Wirklichkeit gerade ein massiver und gefährlicher Ausbau des Systems privater Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit im Gange ist.

44 Art. 19 Abs. 6 Satz 1 des Modell-Vertrags bestimmt nur, dass die Richter jederzeit kurzfristig verfügbar sein müssen.

45 Siehe Art. 27 des Modell-Vertrags inkl. Erläuterungen.

46 BMWi, Fragen und Antworten zum Vorschlag eines Investitionsgerichtshofs für Industriestaaten/Krajewski-Gutachten, Berlin, 4.5.2015, Download unter <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/F/fragen-und-antworten-zum-vorschlag-eines-investitionsgerichtshofs-fuer-industriestaaten-krajewski-gutachten.property=pdf,bereich=bmwiz2012,sprache=de,rwb=true.pdf>

Impressum/Kontakt:

Herausgeber:
PowerShift - Verein für eine ökologisch-solidarische Energie- & Weltwirtschaft e.V.
Greifswalder Str. 4 (Haus der Demokratie & Menschenrechte, Aufgang A, R. 1308)
10405 Berlin | Deutschland / Germany
Peter.Fuchs@power-shift.de
<http://power-shift.de>

Verantwortlicher/Redaktion: Peter Fuchs
Mitarbeit: Malte Marwedel
Layout: Monika Brinkmüller
Satz/Reinzeichnung: Tilla Balzer | balzerundkoeniger.de

PowerShift dankt der *Grassroots Foundation* für die finanzielle Förderung unserer Arbeit und dieser Publikation.

Berlin, Mai 2015
© PowerShift e.V.