

Investitionsschutz in TTIP und CETA: ein ökonomischer Staatsstreich gegen die Demokratie?

Hippe, Thorsten

Veröffentlichungsversion / Published Version
Zeitschriftenartikel / journal article

Zur Verfügung gestellt in Kooperation mit / provided in cooperation with:
Verlag Barbara Budrich

Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:

Hippe, T. (2014). Investitionsschutz in TTIP und CETA: ein ökonomischer Staatsstreich gegen die Demokratie? *GWP - Gesellschaft. Wirtschaft. Politik*, 63(4), 541-551. <https://doi.org/10.3224/gwp.v63i4.17264>

Nutzungsbedingungen:

Dieser Text wird unter einer CC BY Lizenz (Namensnennung) zur Verfügung gestellt. Nähere Auskünfte zu den CC-Lizenzen finden Sie hier:
<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>

Terms of use:

This document is made available under a CC BY Licence (Attribution). For more information see:
<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>

Investitionsschutz in TTIP und CETA: ein ökonomischer Staatsstreich gegen die Demokratie?

Thorsten Hippe

Zusammenfassung

Die geplanten Wirtschaftsabkommen der EU mit den USA (Transatlantic Trade and Investment Partnership, TTIP) und Kanada (Canada EU Trade Agreement, CETA) sind heftiger öffentlicher Kritik ausgesetzt. Der Artikel erörtert exemplarisch anhand eines Teils der Abkommen (Investitionsschutz), inwieweit die Kritik berechtigt ist.

1. Fragestellung

Die geplanten Wirtschaftsabkommen der EU mit den USA (TTIP) und Kanada (CETA) werden von vielen zivilgesellschaftlichen Gruppen (BUND, Greenpeace u.ä.) heftig kritisiert, da diese Abkommen aus ihrer Sicht Rechtsstaat und Demokratie untergraben. Besonders umstritten ist, dass TTIP und CETA keine reinen Freihandelsabkommen sind, sondern auch Investitionsschutzabkommen unter Einbezug internationaler Schiedsgerichte umfassen. Für Heribert Prantl, Leiter des Ressorts Innenpolitik der Süddeutschen Zeitung, stellen diese einen „Anschlag auf die parlamentarische Demokratie“, einen „Staatsstreich in Zeitlupe“ dar. Auch europäische Grüne und der europäische Gewerkschaftsbund teilen die Kritik.

Die EU-Kommission, die die Verhandlungen für die EU – inhaltlich relativ autonom und ohne Beteiligung anderer EU-Organen – führt, hat wegen der Kritik die Verhandlungen zum Investitionsschutz zwar temporär ausgesetzt und eine öffentliche Konsultation abgehalten, weist die Kritik aber zurück. Es gehe darum, seit langem existierende, aber veraltete Investitionsabkommen zu verbessern, indem man den



Dr. Thorsten Hippe
Universität Bielefeld
Fakultät für Soziologie

Rechtsschutz internationaler Investitionen, aber auch das staatliche Recht auf deren Regulierung stärke. Industrieverbände wie Business Europe bestärken die Kommission. Auch die Journalistin Helene Bubrowski weist Prantls Staatsstreich-Vorwurf zurück: Investitionsschutz sei nichts Gefährliches, sondern schütze gerade mittelständische Firmen vor Diskriminierung im Ausland und stärke die Rechtssicherheit internationaler Investitionen. Internationale Schiedsgerichte verfügten dort über mehr Expertise und seien neutraler: „Schiedsgerichte sind gerechter“ (Bubrowski, FAZ 25.1.2014).

Im Folgenden analysiere ich, ob das heutige internationale Investitionsschutzregime und dessen Schiedsgerichtsbarkeit demokratisch-rechtsstaatlichen Standards genügen oder ob sie diese Standards auf nationaler/europäischer Ebene aushöhlen könnten. Inwiefern und für wen ist diese Schiedsgerichtsbarkeit (un)gerechter? Stellt der Vorschlag der EU-Kommission zum Investitionsschutz im TTIP eine Verbesserung gegenüber bisherigen Abkommen dar? Welche Alternativen gibt es?

2. Das globale Investitionsschutzregime

In Investitionsschutzabkommen, die bisher meist bilateraler, selten plurilateraler Natur sind, sichern sich Staaten für Investoren aus dem Land des Vertragspartners *reziprok* vier Schutzgarantien zu: 1) Verbot der Diskriminierung ausländischer Investoren, 2) Verbot entschädigungsloser Enteignung der Investoren, 3) faire und rechtmäßige Behandlung der Investoren und 4) Recht auf Rücktransfer des Kapitals.

Global gibt es ca. 3500 Abkommen; Deutschland ist mit 134 Abkommen Spitzenreiter. Zentrales Movens der Entstehung des Investitionsschutzregimes nach der Kolonialzeit war, dass Konzerne kapitalexportierender Industrieländer Schutz für ihre Investitionen in kapitalimportierenden Entwicklungsländern suchten, wo deren Judikative dies wegen mangelnder Rechtsstaatlichkeit nicht garantieren konnte. Indem man die Gefahr der opportunistischen Ausbeutung (z.B. Enteignung) ausländischer Investoren nach getätigter Investition durch heimische Regierungen vertraglich ausschloss, wollte man Investitionsanreize steigern und die Entwicklung armer Länder fördern.

Um die bindende Wirkung der Verträge zu stärken, enthalten Investitionsabkommen vier wichtige prozedurale Vorgaben:

- 1) *Der Investor selbst* kann den Gaststaat bei Vertragsverletzung verklagen (im Kontrast zur Welthandelsorganisation (WTO), wo nur der *Staat* des Exporteurs den Importstaat bei Protektionismus anklagen *kann*).
- 2) Die Klage wird nicht vor einem nationalen Gericht des Gaststaats, sondern vor einem der *internationalen Schiedsgerichte* verhandelt (meist das ICSID, International Centre for Settlement of Investment Disputes, eine Organisation der Weltbank).
- 3) Der Investor kann bei Erfolg das Urteil (monetäre Kompensation) in jedem der heute 143 Mitgliedsländer der ICSID-Konvention *direkt wie ein letztinstanzliches Urteil jedes nationalen Gerichts vollstrecken*, z.B. via Beschlagnahmung von Eigentum des Gaststaats.
- 4) Der Schutz für getätigte Investitionen *dauert 10-20 Jahre* nach möglicher Kündigung des Abkommens *fort*.

Die Zahl der Streitfälle vervierfachte sich von weniger als 13 pro Jahr vor 2000 auf über 50 pro Jahr ab 2010. Die Gesamtzahl der Fälle beträgt zurzeit 568 (davon 96 gegen EU-Staaten), von denen 274 entschieden sind. In 31% war der Investor erfolgreich, in 43% der Staat; in 26% kam es zum Vergleich. Der Schadensersatz im Erfolgsfall betrug im Schnitt 10 Mio. \$. Die bisher höchste Entschädigung entsprach 3% des BIP des Staats.

Zunehmend werden Investitionsabkommen auch zwischen Industrieländern abgeschlossen, sodass diese immer mehr von Klagen betroffen sind: 2013 richteten sich 42% der Klagen gegen ein EU-Mitglied.

Fallbeispiel: Suez u.a. vs. Argentinien

1993 privatisierte Argentinien die Wasserversorgung von Buenos Aires, die von europäischen Investoren (Suez u.a.) erworben wurde. Um die notorische Inflation einzudämmen und ausländischen Investoren Sicherheit bzgl. des Werts ihrer Einnahmen zu geben, wurde die Währung Peso im Verhältnis von 1:1 fest an den Dollar gebunden und im Vertrag vereinbart, dass die Investoren bei evtl. Abwertung des Peso die Wasserpreise gleichermaßen erhöhen dürfen.

Im Jahr 2000 erlebte Argentinien eine schwere, teils selbst verursachte Wirtschaftskrise, deren Linderung eine Abwertung des Pesos um 70% erforderte. Die Investoren wollten die Wasserpreise daher vertragsgemäß verdreifachen. Da dies die Wasserversorgung für viele Bürger unbezahlbar gemacht hätte, froh die Regierung die Preise ein. Daraufhin verklagten die Investoren Argentinien auf Basis von dessen Investitionsabkommen mit Frankreich u.a. am ICSID. Die Mehrheit des Tribunals gab den Klägern wegen Verletzung ihrer legitimen Erwartungen Recht. Die Schadenssumme steht noch aus; sie dürfte einige hundert Mio. Dollar betragen.

3. Kritik am globalen Investitionsschutzregime

3.1. Schiedsrichter mit Bias?

Investitionsschiedsgerichte konstituieren sich anders als ordentliche nationale Gerichte. Sie bestehen aus drei Schiedsrichtern, von denen je einer durch die zwei Streitparteien ernannt wird; der dritte Schiedsrichter wird im Konsens durch diese beiden Schiedsrichter bestimmt. Die Schiedsrichter sind keine öffentlich bestellten, fest angestellten Amtsträger mit festem Gehalt. Vielmehr können die Parteien jede Person wählen, die sie für geeignet halten; die Zuordnung von Streitfällen zu Richtern erfolgt nicht per Rotation o.ä. Das Metier weist eine hohe Konzentration auf: 55% aller Fälle wurden von einem elitären Kreis aus 15 Schiedsrichtern entschieden (CEO/TNI 2012, 38). Auch Staaten müssen, wenn sie Erfolg haben wollen, Anwälte und Schiedsrichter aus diesem Elitezirkel wählen, da nur diese das nötige Insiderwissen besitzen um Streitfälle zu gewinnen. Der Stundenlohn eines Schiedsrichters beträgt zwischen 375 und 700 \$; bei Fällen mit einer Klagesumme von 100 Mio. \$ verdient er im Schnitt bis zu 350000 \$ (ebd., 35).

Bei den Schiedsrichtern handelt es sich oft um Rechtsanwälte aus internationalen Großkanzleien, die auf Wirtschaftsrecht spezialisiert sind und nicht auf Verwaltungs-, Umwelt-, Verbraucherrecht etc., obwohl diese Belange in den Prozessen oft wichtig sind. Im Gegensatz zu nationalen Richtern ist es Investitionsschiedsrichtern erlaubt, in anderen Investitionsstreitfällen als Anwalt eines Investors oder Staats zu arbeiten.

Mehr als 50% der Schiedsrichter haben als Anwalt einen Investor vertreten, 10% einen Staat (Gerstetter & Meyer-Ohlendorf 2013, 7).

Juristische Kritiker (van Harten 2014) werfen dem System einen Interessenkonflikt, d.h. mangelnde Unabhängigkeit der Schiedsrichter vor, da es Anreize zur investorenfreundlichen Auslegung der vage formulierten Verträge (s.u.) und Rechtsprechung setze: Je investorenfreundlicher Schiedsrichter das Recht auslegen und so implizit andere Investoren zu künftigen Klagen ermuntern, umso mehr Einkommen können sie als Schiedsrichter und Anwälte verdienen, zumal sich die hohen Verdienste auf eine kleine Gruppe konzentrieren. Vielleicht noch wichtiger für einen möglichen Bias der Schiedsrichter ist ihre spezifische berufliche Sozialisation im Wirtschaftsrecht. Diese Kritik ist bisher nicht eindeutig empirisch belegt. Schon der Anschein ist aber heikel, zumal manche Anwälte und Schiedsrichter vor- und nachher in Regierungspositionen an der Formulierung der geheim verhandelten Investitionsabkommen beteiligt waren.

3.2. Inkonsistente Rechtsprechung und fehlendes Berufungsgericht

Ein zentrales Problem bisheriger Investitionsabkommen liegt darin, dass deren Inhalte sehr vage formuliert sind. Dies eröffnet den Schiedsrichtern Auslegungsspielräume, was teils zu divergenten Interpretationen von Vertragsklauseln und unterschiedlichen Bewertungen von Fällen bei gleichem Sachverhalten führt (Gerstetter & Meyer-Ohlendorf 2013): „*Widersprüchliche Schiedssprüche, die trotz Präzedenzfallorientierung zu zahlreichen wichtigen Fragen des Investitionsrechts existieren, stellen den Grundsatz der Rechtssicherheit und damit das Rechtsstaatsprinzip in Frage.*“ (Schill 2014)

Unklar ist u.a. die exakte Bedeutung der Termini „indirekte Enteignung“ und „fair and equitable treatment“, die oft über den Erfolg einer Klage entscheiden.

Neben dem Verbot entschädigungsloser Enteignungen untersagen Investitionsabkommen auch staatliche Maßnahmen mit „*ähnlichem Effekt*“. Dieses Konzept der indirekten Enteignung stellt Maßnahmen wie z.B. den Entzug der Betriebserlaubnis und prinzipiell jede staatliche Vorschrift, die Eigentumsrechte begrenzt, auf den Prüfstand des Gerichts. Während manche Schiedsgerichte das Vorliegen einer entschädigungspflichtigen Regulierung nur anhand des Umfangs der ökonomischen Folgen für den Eigentümer bestimmt haben (sole effects doctrine), analysieren andere Schiedsgerichte, ob das Handeln der Regierung notwendig für ein legitimes öffentliches Interesse ist (police power doctrine). Bei letzterem sind die Regulierungsfreiräume des Staats größer, doch auch zur Frage, was als „notwendig“ und „legitim“ gilt, gibt es unterschiedliche Schiedsurteile.

Verletzung von „fair and equitable treatment“ (FET) interpretieren Schiedsgerichte so, dass es neben Verweigerung des Rechtswegs, Diskriminierung, Nötigung u.ä. auch vagere Konzepte wie „*manifest arbitrariness*“ und „*protection of legitimate expectation*“ umfasst: der Staat soll ökonomische (Rendite-)Erwartungen des Investors vor der Investition bzw. die der Staat gehegt hat, nicht ex post durch unerwartbare Maßnahmen vereiteln. Zu Verurteilungen aufgrund der FET-Klausel kam es bisher i.d.R. nur bei vorherigen Verträgen und Absprachen der Regierung mit dem Investor. Dabei wurde FET aber z.T. unterschiedlich streng ausgelegt.

Eine Ursache der inkonsistenten Rechtsprechung liegt darin, dass man gegen Urteile keine Berufung im üblichen Sinn einlegen kann: ein echtes Berufungsgericht fehlt. Das ist ein Unterschied zur Welthandelsorganisation (WTO), deren Berufungs-

instanz mit ihren sieben Mitgliedern, die fest auf vier Jahre repräsentativ von Vertretern aller WTO-Staaten gewählt werden, viel zur Konsistenz der WTO-Rechtsprechung beigetragen hat.

3.3. Parallelklagen, ökonomistischer Bias und verfassungsrechtliche Kollision

Ausländische Investoren können im Streitfall vor einem globalen Schiedsgericht klagen ohne zuvor den nationalen Rechtsweg ausschöpfen zu müssen. Dagegen gilt in allen anderen Bereichen des Völkerrechts wie z.B. bei Verletzung von Menschenrechten das Gebot der Ausschöpfung des nationalen Rechtswegs. Zudem dürfen ausländische Investoren einen Staat parallel vor einem nationalen Gericht und einem internationalen Schiedsgericht verklagen.

Inländische Investoren sind dagegen auf den nationalen Rechtsweg beschränkt. Dies stellt Inländerdiskriminierung dar und ist ein Verstoß gegen das Gebot der Wettbewerbsgleichheit und Art. 3 GG (Gleichheit vor dem Gesetz) (Flessner 2014; Bellak 2014). Während Schiedsgerichte bei indirekten Enteignungen nach dem Prinzip „Dulde und liquidiere“ verfahren, d.h. illegale Regulierungen werden nicht revidiert, sondern monetär entschädigt, verfährt das Bundesverfassungsgericht bei übermäßiger regulatorischer Beschränkung des Eigentumsrechts umgekehrt, da es das Prinzip „Dulde und liquidiere“ ablehnt. Ausländische Investoren haben im Erfolgsfall somit zusätzlich Zugang zu Entschädigungszahlungen, die inländischen Investoren nicht zustehen.

Eine besonders eklatante Asymmetrie des Investitionsregimes liegt darin, dass ausländische Investoren vor internationalen Schiedsgerichten klagen können, aber dort nicht *verklagt* werden können. Das internationale Klagerecht ausländischer Investoren wird damit begründet, dass sie wegen möglicher nationalistischer Bias der Gerichte des Gaststaats diskriminiert werden können, da es vielen Ländern an Rechtsstaatlichkeit mangelt. Das ist ein triftiges Argument. Doch ebenso bedeutsam und häufig sind andere Konflikte, in denen mächtige ausländische Konzerne die Menschen-, Arbeits-, Umweltrechte etc. inländischer Bürger verletzen, ohne dass deren Regierung dagegen vorgeht, da sie ausländische Investoren wegen ökonomischen Gründen, Korruption etc. nicht abschrecken will. Dabei kommt es vor, dass *die Bürger* vor heimischen Gerichten kein Recht bekommen, wenn es eins der vielen Länder ist, deren Judikative über zu wenig Unabhängigkeit gegenüber der Exekutive verfügt.

Will man also ausländische Investoren in Ländern mit schwacher Rechtsstaatlichkeit gegen Diskriminierung schützen, müsste man so konsequent sein, auch die Bevölkerung dieser Staaten gegen die Macht ausländischer Konzerne zu schützen, und zwar so, dass die Konzerne selbst (und nicht nur der ignorante Staat, d.h. die Steuerzahler) zur Entschädigung verurteilt werden können (van Harten 2010). Heute können Bürger vor internationalen Gerichten jedoch *bestenfalls* Staaten und nur bei Verletzung von Menschenrechten *im engeren Sinn* verklagen, wobei sie im Gegensatz zu ausländischen Investoren im Investitionsrecht erst den nationalen Rechtsweg durch alle Instanzen ausschöpfen müssen. Selbst wenn sie den internationalen Rechtsweg erreichen und Erfolg haben, sind Entschädigungssummen und effektive Durchsetzbarkeit der Urteile geringer als im Investitionsrecht. Auch können sie anders als Investoren nicht die personelle Besetzung des Gerichts mitbestimmen. Diese Privilegierung von Investoren und ihren Eigentumsrechten gegenüber Bürgern und ihren Men-

schen-, Umwelt-, Arbeitsrechten etc. zeigt den ökonomistischen Bias des globalen Investitionsregimes.

Heikel ist zudem, dass Schiedsgerichte die diffizile Abwägung privater Eigentumsrechte vs. öffentlicher Regulierungsrechte betreiben, denn dies sind verfassungsrechtliche Fragen. Die Schiedsgerichte sind dabei nicht an die nationalen Verfassungen und Urteile der Verfassungsgerichte gebunden, sondern „entwickeln“ auf Basis dünner Vertragstexte „*peu à peu vom nationalen Recht unabhängige, eigene Rechtmäßigkeitsstandards für staatliches Handeln*“ (Schill 2014). Ein Verfassungsgericht kann das Urteil eines Schiedsgerichts nicht aufheben, auch wenn es dem Verfassungsrecht zuwiderläuft.

Erstens ist dies rechtsstaatlich fragwürdig, da dieselbe Sachfrage zugleich vor einem Schiedsgericht und dem Verfassungsgericht verhandelt werden kann, die zu konträren Urteilen kommen können. So hat der schwedische Energiekonzern Vattenfall Verfassungsbeschwerde gegen den Atomausstieg 2011 vor dem Bundesverfassungsgericht eingelegt und zugleich auf Basis des Energiecharta-Vertrags eine Klage gegen den deutschen Staat beim ICSID angestrengt, da es die Eigentumsrechte an seinen Investitionen in stillgelegte Kraftwerke verletzt sieht. Auch Australien ist zugleich mit einer Verfassungsbeschwerde und einer Klage auf Basis eines bilateralen Investitionsvertrags konfrontiert: Tabakkonzerne sehen durch die gesundheitspolitisch motivierte Einführung brauner Einheitsverpackungen für Zigaretten ihr geistiges Eigentumsrecht an den Marken(logos) verletzt. Das australische Verfassungsgericht hat die staatliche Maßnahme für legal erklärt, doch kann das Schiedsgericht anders urteilen, zumal der Investitionsvertrag Investorenrechte stärker betont.

Solche Verhältnisse sind zweitens inhaltlich fragwürdig, da die Beurteilungsgrundsätze differieren. So bildet z.B. im deutschen Grundgesetz das Konzept der Sozialbindung des Eigentums (Art. 14, 2) einen anerkannten Pfeiler der Verfassung, der sich so in keinem Investitionsabkommen findet (Hoffmann 2013). Das Grundgesetz orientiert sich am öffentlichen Gemeinwohl; in Investitionsabkommen steht die Rechtsposition des Investors im Mittelpunkt.

Drittens ist dies demokratiethoretisch fragwürdig, denn die Macht der Schiedsgerichte (und damit ihr Vorrang vor dem Verfassungsrecht bei ausländischen Investments) kann man nicht wie Tietje & Baetens (2014, 92) damit legitimieren, dass der Abschluss von Investitionsabkommen die Entscheidung demokratisch gewählter Regierungen sei. Denn die demokratische Öffentlichkeit war sich beim Abschluss von Investitionsabkommen bis vor kurzem gar nicht bewusst, welche gravierenden Folgen damit verbunden sein können, sodass sie keine Notiz davon nahm. Verfassungen und deren Interpretation durch Verfassungsgerichte sind dagegen stark von der politischen Öffentlichkeit geprägt (empirisch dazu Vanberg 2005), da die Bürger deren Relevanz kennen. Insofern ist deren demokratische Legitimität weit höher als von Investitionsabkommen, zumal diese wie TTIP und CETA per Geheimdiplomatie verfasst werden. Überdies können Bundestag und Bundesrat die von der EU-Kommission ausgehandelten Abkommen faktisch *nur in toto* befürworten oder ablehnen und nicht wie bei nationalen Gesetzen einzelne Teile ändern. Zudem können Staaten Investitionsabkommen (bzw. deren Interpretation durch Schiedsrichter) wegen des Einstimmigkeitsprinzips viel schwieriger reformieren als nationale Gesetze. Wichtige Politikinhalte werden so per Minderheitsblockade der Änderung durch künftige neue demokratische Mehrheiten entzogen.

3.4. Intransparenz und fragwürdige Verteilung der Prozesskosten

Die Verhandlungen der Schiedsgerichte, die eingereichten Dokumente und Stellungnahmen sind nicht öffentlich, was die öffentliche Kontrolle der Rechtsprechung erschwert.

Gängige Praxis der ICSID-Schiedsgerichte ist, dass jede Partei unabhängig vom Urteilsspruch ihre Prozesskosten selbst trägt: Staaten bzw. deren Steuerzahler müssen i.d.R. auch dann hohe Kosten tragen, wenn ein Investor seine Klage verliert; diese belaufen sich im Schnitt auf 8 Mio. \$ und übersteigen zuweilen 30 Mio. \$. Dies erhöht das Risiko, dass Regierungen aus Furcht vor Klagen auf politische Maßnahmen verzichten.

4. Das Verhandlungskonzept der EU-Kommission

Die EU-Kommission hat im März 2014 eine öffentliche Konsultationsphase eingeleitet, in der sie ihr Konzept zum Investitionsschutz erläutert und mit Auszügen aus CETA konkretisiert. Sie behauptet, alle Probleme bisheriger Investitionsverträge gelöst zu haben. Das ist jedoch fraglich.

Das Problem möglicher Bias und Interessenkonflikte der Schiedsrichter wird kaum angesprochen. Die EU-Kommission schlägt nur vor, dass ein EU-US-Komitee einen Verhaltenskodex für Schiedsrichter aufstellen soll, ohne dessen Inhalt anzugeben, z.B. ob Schiedsrichter weiter zugleich als Anwalt arbeiten dürfen. Das Komitee soll auch eine Schiedsrichter-Liste erstellen, die aber nur für den dritten Schiedsrichter gilt, wenn die Streitparteien sich nicht auf diesen einigen können. Sonst besteht weiter die (scheinbar) freie Wahl der Schiedsrichter (faktisch begrenzt auf Personen des Elitezirkels, s.o.). Die Ersetzung der Schiedsrichter durch ordentliche Richter mit Expertise über das Wirtschaftsrecht hinaus und fester Entlohnung, die Streitfällen per Blindverfahren zugewiesen werden, ist nicht geplant (van Harten 2014).

Zum Problem der Interpretationsfreiräume und inkonsistenten Rechtsprechung schlägt die EU-Kommission vor, dass nicht-diskriminierende politische Regulierungen im öffentlichen Interesse keine indirekte Enteignung sein sollen, außer in „rare circumstances“, wenn diese „manifestly excessive“ seien. Es ist offen, ob diese Formeln die Schiedsrichter nicht wieder zu subjektiven Auslegungen einladen (Krajewski 2014a; IISD 2014). Zum „fair and equitable treatment“ hat sie eine Liste von Indikatoren erstellt, ohne explizit klarzustellen, dass die Liste nicht vom Schiedsgericht erweitert werden darf (van Harten 2014). Ebenso wird nicht klargestellt, dass die Wahrung der „legitimate expectations“ des Investors keinen Anspruch auf Stabilität regulatorischer Gesetze verbürgt und Investoren „legitimate expectations“ nur auf Basis schriftlicher Staatszusagen o.ä. einklagen können (IISD 2014; van Harten 2014). Die EU-Kommission meint dennoch, das „right to regulate“ der Staaten gesichert zu haben. Eine Klausel im Vertrag selbst, die dieses Recht auf die gleiche Stufe mit Investorenrechten stellt, fehlt jedoch (IISD 2014; van Harten 2014). Nur in der Präambel tauchen derlei Wendungen auf, doch ist deren Relevanz strittig: einige Juristen halten sie für „wirkungslos“ (Krajewski 2014a), andere für „wichtig“ (Tietje & Baetens 2014). Ähnlich inkonsistent könnten Schiedsrichter damit umgehen.

Die EU-Kommission schlägt zudem vor, dass ein EU-US-Komitee jederzeit Interpretationen für Vertragsklauseln vorgeben kann, die für Schiedsrichter verbindlich sein sollen, um ungewollte Interpretationen durch diese zu stoppen. Diese Regelung

gibt es bereits im Investitionskapitel von NAFTA (Freihandelsvertrag zwischen Kanada, USA und Mexiko). Die Erfahrung damit ist aber eher ernüchternd, da ein Teil der Schiedsgerichte diese Vorgaben ignoriert oder fragwürdig auslegt (Krajewski 2014a; van Harten 2014). Zudem erfordern die Vorgaben den Konsens aller Vertragsstaaten, was Klarstellungen z.B. zum Umweltschutz erschwert, wenn z.B. marktradikale Republikaner die US-Regierung stellen.

Die neuralgische Frage bleibt, wie Schiedsrichter mit ihrer (Interpretations-)Macht umgehen werden: „Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass ... Schiedsgerichte ... den Standard der offensichtlichen Willkür im Einzelfall weit, ggf. deutlich weiter als es dem verfassungsrechtlichen Verständnis entsprechen würde, auslegen. (...) Anders als im nationalen Recht genügt eine extreme Außenseiterposition eines Schiedsgerichts, um den Handlungsspielraum des Gesetzgebers nachhaltig zu beeinträchtigen, da diese Entscheidung keiner weiteren Kontrolle unterliegt.“ (Krajewski 2014b)

Laut EU-Kommission *soll* ein EU-US-Komitee dennoch nur *prüfen*, ob die Einführung einer Berufungsinstanz sinnvoll sein *könnte*. Weitere Informationen dazu fehlen. Derlei Versprechen stehen auch in anderen Investitionsabkommen, ohne dass sich viel getan hätte.

Die EU-Kommission verzichtet zudem darauf, vor Anrufung der Schiedsgerichte (wie sonst im internationalen Recht) die Ausschöpfung des nationalen Rechtswegs zu verlangen oder den Nachweis, dass das nationale Rechtssystem nicht vertrauenswürdig ist. Auch das Problem der Parallelklagen geht sie unzureichend an, da sie nur solche Doppelklagen vor Gerichten ausschließt, die beide eine Entschädigung anstreben. Da viele nationale Gerichte keine Entschädigung, sondern die Rücknahme der staatlichen Maßnahme anordnen, wären solche Parallelklagen vor einem internationalen Schiedsgericht und nationalen Gericht weiter möglich (IISD 2014).

Alle Prozesskosten soll laut EU-Kommission im Regelfall der Verlierer tragen. Ein Schiedsgericht darf aber davon abweichen, wenn es dies in einem Fall für „unreasonable“ hält.

In punkto Transparenz der Verfahren stellt das Konzept der EU-Kommission eine Verbesserung dar: alle verfahrensleitenden Anträge, Schriftsätze inkl. der Anlagen und Anhörungen vor den Schiedsgerichten sollen öffentlich zugänglich sein.

5. Alternativen

Unter Juristen ist strittig, ob die Rechte ausländischer Investoren in den Rechtsstaaten der EU und der USA sicher genug sind oder einer relevanten Gefahr nationalistischer Diskriminierung unterliegen. Im ersten Fall kann man ein Investitionsabkommen in TTIP und CETA für unnötig halten. Im zweiten Fall kann man dieses für sinnvoll halten. Dann stellt sich aber die Frage, warum die EU-Kommission den Investorenschutz nicht zielgenau auf das Problem, mit dem sie dessen Notwendigkeit begründet, zuschneiden will, d.h. auf die Diskriminierung ausländischer Investoren, sondern darüber hinausgehende Generalformeln wie „fair and equitable treatment“ (FET) etc. anstrebt, die das Potential haben, demokratisch legitimiertem (Verfassungs-)Recht zuwiderzulaufen. Klodt (2014) schlägt daher für TTIP vor, Klagen vor globalen Schiedsgerichten nur zuzulassen, wenn ein ausländischer Investor gegenüber inländischen Investoren vom Staat diskriminiert wird und die nationale Judikative dies nicht verhindert. Generalformeln wie FET u.a. will Klodt streichen. Das wäre für *TTIP und CETA* ein sachgerechter Kompromiss und entspräche dem Subsidia-

ritätsprinzip: die höhere politische Ebene wird nur dann und soweit tätig, wie die untere Ebene keine angemessene Lösung findet. Das wäre kein Novum, da Investitionsverträge mancher Länder kein FET vorsehen.

Denkt man aber über TTIP hinaus an das Problem des Schutzes ausländischer Investoren *in der ganzen Welt*, sieht man aber, dass dies *dafür* womöglich keine wasserdichte Lösung ist. So verfügt Deutschland über 134 Investitionsabkommen mit anderen Ländern, darunter Schwellen- und Entwicklungsländer. Es ist möglich, dass künftig multinationale Konzerne via Tochterunternehmen aus diesen Ländern, die in Deutschland investieren, den deutschen Staat verklagen – unter den in Kapitel 3 gezeigten prekären Bedingungen. Selbst wenn man daher diese Verträge gemäß Klodts Vorschlag neu verhandeln könnte und wollte, um den Regulierungsspielraum des deutschen Staats zu sichern, würde sich dann das Problem ergeben, ob es genügt, deutsche Unternehmen in Schwellen- und Entwicklungsländern mit schwacher Rechtsstaatlichkeit nur gegen Diskriminierung zu schützen. Denn es mag sein, dass es *in solchen Ländern* keine vergleichbaren inländischen Unternehmen gibt oder ein Staat die Eigentumsrechte *aller* Unternehmen illegitim verletzt. Man kann nicht für deutsche Investoren in diesen Ländern Schutzstandards festlegen, die über Nicht-Diskriminierung hinausgehen, aber Investoren aus diesen Ländern in Deutschland nur Anspruch auf Nicht-Diskriminierung gewähren. Das verstieße gegen das völkerrechtliche Prinzip der Reziprozität (Schill 2014).

Diese Überlegung ist auch deshalb wichtig, weil das zentrale Motiv der USA und EU für TTIP darin liegt, einen Präzedenzfall, einen *globalen* Standard zu schaffen für hohen Investitionsschutz, den sie dann auch in künftigen Verhandlungen mit Schwellen- und Entwicklungsländern durchsetzen können. So verhandelt die EU seit 2013 ein Investitionsabkommen mit China. Es wäre diplomatisch schwierig, von China hohen Investitionsschutz zu verlangen, wenn man in TTIP darauf verzichtet.

Manche Kritiker wollen ganz auf Investitionsabkommen verzichten: deutsche Unternehmen sollen sich durch gängige Privatversicherungen gegen das politische Risiko in Schwellen- und Entwicklungsländern schützen. Das wäre volkswirtschaftlich aber nicht kostenlos, da Unternehmen die Versicherungskosten auf ihre Kunden umlegen, mit gewissem Recht öffentliche Subventionen für Versicherungsbeiträge einfordern o.ä. Das Problem illegitimer Staatsübergriffe gegen Eigentum würde monetär kompensiert, nicht kuriert.

Kritische Reformen wie van Harten (2014) befürworten einen internationalen Investitionsgerichtshof, dessen Richter unabhängig, öffentlich bestellt, fest entlohnt und dauerhaft angestellt wären, nicht als Anwalt arbeiten dürfen und breite Expertise im öffentlichen Recht besitzen. Zwingende Bedingung müsste dann auch sein, dass Investoren dort nicht nur Staaten wegen Verletzung von Eigentumsrechten anklagen können, sondern dass Investoren dort oder vor einem anderen internationalen Gericht auch von Bürgern bei Verletzung von Menschen-, Arbeits- und Umweltrechten etc. auf Entschädigung verklagt werden können, falls ihre nationale Judikative so dysfunktional ist, dass sie kein Recht bekommen.

Doch auch ein internationaler Investitionsgerichtshof würde Urteile fällen, die verfassungsrechtliche Implikationen haben, und es ist möglich, dass es zu einem unbeabsichtigten Kontrollverlust der Staaten gegenüber dem Gericht käme, denn auch unabhängige internationale Gerichte neigen dazu, eigenmächtig ihre Kompetenzen zu erweitern und autonome Rechtsfortbildung bis zur Vertragsumdeutung zu betreiben, was bestimmte politische Ideologien begünstigen kann (dazu Höpner 2011 am Beispiel des Europäischen Gerichtshofs). Internationale Richter als Vertreter des Völker-

rechts gehören oft einer epistemischen Community an, die von einer globalen Mission beseelt ist und dem Subsidiaritätsprinzip wenig Beachtung schenkt (ebd.).

Kann man den Selbstermächtigungsdrang von Richtern einhegen? Juristen haben dazu unterschiedliche Ideen. Schill (2014) appelliert an den guten Willen der Schiedsrichter: sie sollen sich bei Abwägung privater Investorenrechte und öffentlicher Regulierungsrechte in ihren Urteilen (freiwillig) fragen, wie nationale Verfassungsgerichte, der Europäische Gerichtshof u.ä. urteilen würden, auch wenn es nicht in den Abkommen steht. Tams (2014) argumentiert dagegen, dass die Staaten selbst schuld seien, wenn Schiedsrichter investorenfreundlich urteilen, da die Verträge falsch formuliert seien. Die Schiedsrichter könnten daher gar nicht anders urteilen als sie es tun.

Führt man *beide* Ansätze zusammen, ergibt sich folgendes: Investitionsabkommen müssten die zwingende Vorgabe für Schiedsrichter enthalten, bei einem Streitfall zur Investition in einem Land private Eigentumsrechte und öffentliche Regulierungsrechte *auf Basis der Verfassung dieses Landes* abzuwägen statt auf Basis vager Klauseln wie „fair and equitable treatment“. Dies könnte das demokratische Selbstbestimmungsrecht der Völker schützen und zugleich Investoren Rechtsschutz vor einem international-neutralen Forum geben. Doch das würde voraussetzen, dass Autokratien wie China ihre Verfassung zugunsten eines besseren Schutzes individueller Eigentumsrechte ändern, was unwahrscheinlich ist. Zudem können Autokraten, die Investoren enteignen wollen, eine rechtsstaatliche Verfassung zuvor rasch ändern.

Unterm Strich bleibt ein Zielkonflikt: Wenn deutsche Investoren in Ländern mit hohem politischen Risiko *wasserdichten* Schutz vor (in)direkter Enteignung etc. haben sollen, muss sich aus Gründen völkerrechtlicher Reziprozität der deutsche Staat vor internationalen Gerichten dem *Risiko* aussetzen, für aus deutscher Sicht verfassungsgemäßen Regulierungen von ausländischem Eigentum zu Schadensersatz verurteilt zu werden. Und umgekehrt: Lehnt man letzteres ab, muss man akzeptieren, dass das Eigentum deutscher Investoren im Ausland nicht *wasserdicht* geschützt sein kann.

6. Fazit

Somit ist beim globalen Investitionsschutz das Spannungsverhältnis zwischen friktionsloser ökonomischer Globalisierung und nationaler demokratischer Selbstbestimmung kaum in Gänze aufzulösen. Rodrik (2012) hat Ähnliches für die globale Handelspolitik gezeigt. Es gibt diverse Optionen zur Vermittlung der zwei Ziele, die aber alle das eine stärker auf Kosten des anderen begünstigen. Es liegt somit ein Interessen- und Wertekonflikt vor, bei dem rational und fair denkende Bürger zu konträren Urteilen kommen können. Daher bedarf es schon *vor dem Start von Verhandlungen* zu Abkommen wie TTIP und CETA einer öffentlichen Diskussion mit *offenem Ausgang über das Wie und Ob* des Investorenschutzes. Die technokratische Geheimdiplomatie der EU-Kommission und der von ihr extrem beschränkte Zugang zu Verhandlungsdokumenten selbst für EU-Parlamentarier (Giegold 2014) sind damit unvereinbar.

Literatur

- Bellak, C. (2014): Das Investor-Staat-Streitbeilegungsverfahren im TTIP-Abkommen. ifo Schnelldienst 67 (12), 9-13
- CTI / TNI (Corporate Europe Observatory / Transnational Institute) (2012): Profiting from Injustice. <http://www.tni.org/files/download/profitfrominjustice.pdf>
- Flessner, A. (2014): TTIP und Verfassungsrecht. <http://www.verfassungsblog.de/ttip-und-das-verfassungsrecht/>
- Gerstetter, C. & Meyer-Ohlendorf, N. (2013): Investor-state dispute settlement under TTIP. <http://www.ecologic.eu/de/10400>
- Giegold, S. (2014): Lasst uns mitlesen! Die Zeit, 11.10.14
- Höpner, M. (2011): Der Europäische Gerichtshof als Motor der Integration. Berliner Journal für Soziologie 21 (2), 203-229
- Hoffmann, R. (2013): Universalismus oder Vollstreckung partikularer Interessen? Juridikum 24 (3), 361-373
- IISD (International Institute for Sustainable Development) (2014): Reply to the European Commission's Public Consultation on ISDS in TTIP. http://www.iisd.org/sites/default/files/publications/iisd_reply_eu_isds_ttip.pdf
- Klodt, H. (2014): Transparenz verbessern, Missbrauch erschweren. Wirtschaftsdienst 94 (7), 459-463
- Krajewski, M. (2014a): Kurzgutachten zu Investitionsschutz und Investor-Staat-Streitbeilegung im TTIP <http://katharina-droege.de/ttip/>
- Krajewski, M. (2014b): Anmerkungen zum Gutachten von Dr. Stephan Schill. <http://power-shift.de/?p=4701>
- Rodrik, D. (2012): Das Globalisierungsparadox. München
- Schill, S. (2014): Internationaler Investitionsschutz und Verfassungsrecht. <http://www.verfassungsblog.de/internationaler-investitionsschutz-und-verfassungsrecht/>
- Tams, C. (2014): Die Debatte über TTIP und die Schiedsgerichtsbarkeit. <http://www.verfassungsblog.de/ships-pass-night-die-debatte-ueber-ttip-und-die-schiedsgerichtsbarkeit/>
- Tietje, C. & Baetens, F. (2014): The Impact of ISDS in TTIP. <https://de.scribd.com/doc/239155935/The-Impact-of-Investor-State-Dispute-Settlement-ISDS-in-TTIP>
- Van Harten, G. (2010): Five Justifications for Investment Treaties. In: Trade, Law and Development 2 (1), 19-58
- Van Harten, G. (2014): Why Arbitrators Not Judges? http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2466688
- Vanberg, G. (2005): The Politics of Constitutional Review. Cambridge