

Draper, Peter et al.

Article

Streitpunkt Investitionsschutz: Für und Wider des Investitionsschutzes im TTIP-Abkommen

ifo Schnelldienst

Provided in Cooperation with:

Ifo Institute – Leibniz Institute for Economic Research at the University of Munich

Suggested Citation: Draper, Peter et al. (2014) : Streitpunkt Investitionsschutz: Für und Wider des Investitionsschutzes im TTIP-Abkommen, ifo Schnelldienst, ISSN 0018-974X, ifo Institut - Leibniz-Institut für Wirtschaftsforschung an der Universität München, München, Vol. 67, Iss. 12, pp. 3-19

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/165439>

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.

Streitpunkt Investitionsschutz: Für und Wider des Investitionsschutzes im TTIP-Abkommen

Die Verhandlungen zwischen den USA und der EU über das Transatlantische Freihandels- und Investitionsabkommen (TTIP) sind in den letzten Monaten in das öffentliche Interesse gerückt. Umstritten ist vor allem das vorgesehene Investitionskapitel, das neben der Investitionsliberalisierung Investitionsschutzbestimmungen und Regeln zur Durchsetzung dieser Bestimmungen enthält. Sind die Befürchtungen, US-Investoren könnten auf diesem Weg europäische Gesetzgebung etwa im Umwelt- und Sozialbereich anfechten, berechtigt?

TTIP braucht Investitionsschutz, aber keine internationale Schiedsgerichtsbarkeit

Seit über einem Jahr verhandelt die Europäische Union mit den Vereinigten Staaten das Transatlantische Freihandels- und Investitionsabkommen (TTIP). Die gesamtwirtschaftlichen Effekte des TTIP werden recht positiv eingeschätzt (vgl. Felbermayr und Larch 2013); konkret wird eine Ausweitung des transatlantischen Handels von bis zu 50% und eine recht ansehnliche Zunahme des BIP von bis zu 5% in der EU erwartet, wenn neben den Zöllen auch nicht-tarifäre Handelshemmnisse und Investitionsbarrieren abgebaut werden (vgl. Erixon und Bauer 2010).

Im Vergleich zu früheren Versuchen der bilateralen transatlantischen Integration, namentlich der sog. TAFTA in der Mitte der 1990er Jahre, wirken die heutigen Ziele weiter gesteckt. Damals ging es ausschließlich um den Abbau von Zöllen und nicht-tarifären Handelsbarrieren (vgl. Donges, Freytag und Zimmermann 1997). Dies ist heute anders und komplizierter. Denn neben der Liberalisierung des Handels hat das TTIP in seiner gegenwärtig geplanten Form auch die Vertiefung gegenseitiger Investitionsströme zum Ziel. Denn schon heute machen die bilateralen Investitionen einen Großteil amerikanischer und europäischer ausländischer Direktinvestitionen aus, diese fruchtbare Zusammenarbeit über den Atlantik soll – zumal in Zeiten sich ständig verlängernder Wertschöpfungsketten – ausgebaut werden.

Investoren brauchen Rechtssicherheit. Seit den Hullschen Verträgen aus den 1930er Jahren ist Investorenschutz eine Selbstverständlichkeit. Deshalb schließen Regierungen der Herkunftsländer der Investoren mit deren Zielländern Verträge ab, die das Verhalten der Zielländer den Investoren gegenüber und vor allem die Behandlung von Streitfällen regeln. Weltweit existieren rund 2 900 bilaterale Investitionsschutzabkommen, Deutschland hat ungefähr knapp 150 bilaterale Verträge abgeschlossen, von denen etwa 130 in Kraft sind. Diese Abkommen schützen Investoren vor Diskriminierungen, vor entschädigungslosen Enteignungen, vor unbilliger Behandlung oder vor dem Verbot der Gewinn- und Kapitaltransfers in die Heimatländer bzw. in Drittländer. Sie dienen mithin auch dem freien Kapitalverkehr, der Knappheit überwinden hilft und letztlich die Allokation verbessert. Gerade letzteres darf nicht unterschätzt werden. Wenn Länder ihren ausländischen Investoren hingegen die Repatriierung ihres Kapitals untersagen, werden sie zu »Mausefallen« (Wilhelm Röpkke), die in Zukunft weiträumig gemieden werden dürften. Interessant sind in diesem Zusammenhang auch Veränderungen der Rechtslage, die die erwarteten Erträge eines bereits eingegangenen langfristigen Investments verringern. Hier kann dann das regulatorische Interesse von Staaten mit dem langfristigen Interesse von Investoren kollidieren. Für die Staaten selber ergibt sich zudem ein interner Konflikt zwischen dem Regulierungsinteresse und dem Interesse an ausländischen Investitionen mit ihren potenziell positiven Auswirkungen auf Produktivität und Beschäftigung im Inland.



Peter Draper*



Andreas Freytag**

* Peter Draper ist Direktor der Tutwa Consulting, Pretoria.

** Prof. Dr. Andreas Freytag ist Inhaber des Lehrstuhls für Wirtschaftspolitik an der Friedrich-Schiller-Universität Jena und Honorarprofessor an der University of Stellenbosch.

Durchgesetzt werden die Verträge in der Regel vor internationalen Schiedsgerichten wie dem bei der Weltbank angesiedelten International Centre for Settlement

of Investment Disputes (ICSID) oder mit Hilfe von Gerichten bei der UNO oder der Internationalen Handelskammer in Paris. Die meisten Fälle werden vor dem ICSID verhandelt, deren Rechtsprechung bindend ist und nicht angefochten werden kann. Für andere Schiedsgerichte gilt dies nicht (vgl. Hummer 2014).

Investitionsschutzabkommen sind somit ambivalent zu beurteilen. Einerseits ist es positiv zu sehen, dass internationale Investoren nicht der Willkür von herrschenden Eliten in Entwicklungsländern ausgesetzt sind. Je weniger rechtsstaatlich ein Zielland zu sein scheint, desto eher verlassen sich die internationalen Investoren nur auf internationale Schiedsgerichte. Mit Sicherheit darf im Übrigen nicht die Sicherheit oder gar Garantie von Gewinnen gemeint sein; darum geht es nicht. Gemeint ist Rechtssicherheit und Stabilität der Bedingungen des unternehmerischen Handelns; es muss Rechtsstaatlichkeit gewährleistet sein. Die Rechtssicherheit ist das zentrale Argument, und es darf angenommen werden, dass die internationalen Investitionen ohne entsprechende Schutzklauseln deutlich geringer ausfallen werden.

Insofern schützen die Investitionsschutzverträge nicht nur ausländische Investoren vor der Willkür von Regierungen, sondern auch das betroffene Land selber. Es kann im kurzfristigen Interesse von Regierungen liegen, ausländische Investoren zu diskriminieren oder zu enteignen; entweder um die eigenen Firmen zu schützen, aus ideologischen Gründen oder um in nepotistischer Weise die herrschenden Eliten zu bedienen (oder alles gleichzeitig). Die langfristigen Folgen für das Land können dramatisch negativ sein, wenn Investoren ausbleiben und das Land von globalen Wertschöpfungsketten ausgeschlossen wird. Durch ein Investitionsschutzabkommen binden sich die Regierungen der Zielländer selber und verpflichten sich zu einem vorhersehbaren und fairen Verhalten den ausländischen Investoren gegenüber.

Genau dies wird gelegentlich kritisiert, weil es sich um eine Aufgabe der Souveränität handeln soll. Faktisch ist dies nicht so, denn grundsätzlich besteht mit Blick auf die eigenen Regulierungs- und Umweltstandards kein Problem. Sie haben mit Investitionsschutz zunächst einmal nichts zu tun. Jeder Investor, ob heimisch oder ausländisch, hat sich an die heimischen Umweltstandards, Arbeitsschutzbestimmungen und Produktnormen (letztere nur, sofern für den Inlandsmarkt produziert wird) zu halten. Hier droht von einem Investitionsschutzabkommen keine Gefahr, solange nicht zwischen Inländern und Ausländern diskriminiert wird.¹

Dennoch ist das Bild von Investitionsschutzabkommen und ihrer Durchsetzung nicht so eindeutig positiv. Negativ schlägt

¹ Im Fall des TTIP spricht alles dafür, die Standards gegenseitig anzuerkennen und eine strenge Auszeichnungspflicht einzuführen. Dies entspricht im Kern dem Europäischen Binnenmarkt mit dem Ursprungslandprinzip.

zu Buche, dass sich das Schiedsgerichtsverfahren offenbar zu einem lukrativen Geschäft für geschäftstüchtige, bisweilen skrupellose Anwälte entwickelt hat (vgl. DIE ZEIT 2014). Diese scheinen den Begriff Enteignung sehr weit zu fassen und schon die kleinste Rechtsänderung zum Anlass nehmen zu wollen, Entschädigung oder Unterlassung einzufordern. So wird eben doch befürchtet, dass bei Existenz eines Investitionsschutzabkommens mit privater Schiedsgerichtsbarkeit berechnete Verbraucherschutz- und Umweltstandards zu Fall gebracht werden. Dies ist ein Problem, das nicht gelehrt werden kann; vor allem in Fällen, in denen die ausländischen Investoren sehr wichtig für das Land sind (im Fall des TTIP kann das bezweifelt werden). Regierungen müssen deshalb Regulierungen gut planen, ihre Veränderungen in einem langfristigen Rahmen durchführen und sicherstellen, dass Regulierungen keinen diskriminierenden Zweck haben, sondern wirklich der Vermeidung von Marktversagen dienen.

Ein Problem entsteht folgerichtig dann, wenn Länder die zum Zeitpunkt der Investitionsentscheidung bestehenden Standards während der Laufzeit von Investitionsprojekten ändern, vor allem dann, wenn diese Änderung dramatisch ist. Ein solcher (innereuropäischer) Fall ist Gegenstand der Klage der Firma Vattenfall gegen die Bundesrepublik Deutschland. Nach der Katastrophe von Fukushima beschloss die Bundesregierung eine Verkürzung der Restlaufzeiten von Atomkraftwerken, was die Rentabilität der Investitionen von Vattenfall natürlich reduziert. Deswegen klagt Vattenfall, was gerade in der umweltpolitisch orientierten Zivilgesellschaft großes Unverständnis hervorruft (vgl. DIE ZEIT 2014);² man spricht in diesem Zusammenhang dann gern vom unternehmerischen Risiko: Pech gehabt. Der Fall ist allerdings komplizierter, denn die Investition von Vattenfall in den deutschen Strommarkt wäre bei Kenntnis der Regeländerung wohl ausgeblieben. Auf der anderen Seite ist Vattenfall in einem Markt aktiv, der stark und offenbar zugunsten der Anbieter reguliert ist, so dass von einem unternehmerischen Risiko nicht die Rede sein kann. Aus den sicheren Gewinnen werden dann über Nacht für den Energieproduzenten sichere Verluste. Insofern ist das Verfahren auch eines, das Grundfragen deutscher Energiepolitik stellt – es kann vermutlich dieser Komplexität wegen nicht als Maßstab für die Effektivität und Fairness internationaler Schiedsgerichtsbarkeit gelten, zeigt aber deren Problematik auf.

Ein weiteres Problem besteht dann, wenn die Verfahren intransparent durchgeführt werden und die zugrunde liegenden Regeln und Rechtsordnungen nicht klar sind. Dies ist vor allem deshalb kritisiert worden, weil es offenbar vor allem Anwälte mit angloamerikanischem Hintergrund sind, die in den Schiedsgerichten als Richter tätig sind. Vor allem daran

² Es ist allerdings auch zu berücksichtigen, dass die deutschen Investoren der Stromerzeugung ebenfalls klagen, aber selbstverständlich vor deutschen Gerichten. Man kann bereits gespannt darauf warten, ob die Entscheidungen inhaltlich voneinander abweichen.

entzündet sich die Kritik aus Europa – sie wird dadurch von einem allgemeinen Unwohlsein mit den transatlantischen Beziehungen in Intellektuellenkreisen überlagert. In jedem Fall sollten die Verfahren transparent, neutral und offen geführt werden.

In der Realität werden etwa 70% der Streitfälle bei solchen Schiedsgerichten zu Lasten der Staaten und zu Gunsten der Unternehmen entschieden. Auch diese Zahl treibt die Sorge der Gegner des transatlantischen Abkommens. Allerdings liegt der Grund für diese Quote vermutlich darin, dass die meisten Investitionsschutzabkommen zwischen Industrieländern auf der einen und Entwicklungs- bzw. Schwellenländern auf der anderen Seite abgeschlossen worden sind. Sie dienen dem Schutz der Investoren aus den Industrieländern vor Enteignung oder Diskriminierung durch schwache und korrupte Regierungen. Insofern wundert die Quote von 70% der Entscheidungen für die Unternehmen und gegen die Regierungen nicht. Wie ernst die Industrie Investitionsschutzklauseln nimmt, zeigt sich daran, dass die Kündigung des bilateralen Vertrags Deutschlands mit Südafrika durch die dortige Regierung im Oktober 2013 bei der deutschen Wirtschaft für große Aufregung gesorgt hat.

Außerdem drohen (und existieren in der Praxis) zum Teil sehr hohe Entschädigungen durch die Schiedssprüche, die es gerade für ärmere Länder sehr riskant werden lassen, Investitionsschutzabkommen zu unterzeichnen, bzw. die sie bewohnen haben, die Abkommen zu kündigen (vgl. BDI 2014).

Hier liegt ein weiteres Problem. Während im Fall des TTIP über den Abschluss eines Investitionsschutzabkommens diskutiert wird, kündigen einige Entwicklungs- und Schwellenländer die Abkommen. Damit wird ihre Bedeutung und Glaubwürdigkeit vermindert. Zudem sinkt die Rechtssicherheit für ausländische Investoren mit der Folge möglicher globaler Desintegration. Insofern ist es geboten, die Praxis der Verfahren zu reformieren. Abgeschafft werden sollte die internationale Schiedsgerichtsbarkeit aber nicht.

Damit kommen wir zum Investitionsschutz im TTIP: Das geplante TTIP ist ein Abkommen zwischen zwei hochentwickelten Räumen mit stabiler Rechtsordnung. Deshalb ist zu klären, ob ein solches Abkommen mit internationaler Schiedsgerichtsbarkeit im transatlantischen Fall überhaupt nötig ist. Wird Europa systematisch gegen US-Unternehmen diskriminieren? Planen die USA die Enteignung deutscher Firmen? Wird auf der anderen Seite ein unabhängiges Gericht z.B. in Deutschland immer zu Gunsten der Regierungsposition entscheiden? Glaubt also, wer ein internationales Schiedsgericht fürchtet, dass man abhängige nationale Gerichte braucht, um regierungsamtliche Positionen durchzusetzen? Wenn es so wäre, würde es die Glaubwürdigkeit solcher Regierungspositionen nicht gerade erhöhen. Uns scheint die Sorge im Fall der USA und der EU übertrieben.

Aus dieser Perspektive betrachtet ist der Investitionsschutz keine *Conditio sine qua non* für das TTIP.

Dennoch spricht nichts dagegen und ist es für die gegenseitige Attraktivität der Investitionsstandorte in keiner Weise von Nachteil, den Schutz von ausländischen Direktinvestitionen vor Diskriminierung und Enteignung zu garantieren. Deshalb sollte TTIP generelle Investitionsschutzklauseln enthalten, sich aber ansonsten auf die nationalen Systeme zur Durchsetzung von Verträgen stützen. Streitfälle werden somit vor den Gerichten des Gastlandes entschieden. Internationale Schiedsstellen in den transatlantischen Beziehungen zu nutzen, scheint übertrieben und vor dem Hintergrund der allgemeinen Stimmungslage eher kontraproduktiv zu sein. Die Nutzung der Rechtsordnung tut es auch. Ergänzend zur Nutzung der Rechtsordnung könnte man eine Schiedsstelle einrichten, die mit Mitgliedern aus den USA und der EU paritätisch besetzt wird. Sie würde nur beratend tätig und als Mediator wirken, um Streitfälle früh beizulegen, so dass Rechtsstreitigkeiten vermieden werden können.

Investitionsschutz schafft Vertrauen; im Fall der transatlantischen Beziehungen ist eine Formalisierung weniger nötig, aber auch unschädlich. Man darf sich getrost auf die Rechtsordnung verlassen. Investitionsschutz wird den Umwelt- und Verbraucherschutz dann nicht negativ beeinträchtigen, so dass dieses Problem ein überaus schwaches Argument gegen das transatlantische Handels- und Investitionsabkommen darstellt.

Literatur

BDI – Bundesverband der Deutschen Industrie e.V. (2014), *Positionspapier: Schutz europäischer Investitionen im Ausland: Anforderungen an Investitionsschutzabkommen der EU*, Berlin.

Donges, J.B., A. Freytag und R. Zimmermann (1997), »TAFTA: Assuring its Compatibility with Global Free Trade«, *The World Economy, Supplement: Global Trade Policy* 20, (August), 567–580.

Erixon, F. und M. Bauer (2010), »A Transatlantic Zero Agreement: Estimating the Gains from Transatlantic Free Trade in Goods«, Brüssel, ECIPE Occasional Paper Nr. 4/2010.

Felbermayr, G. und M. Larch (2013a), »Transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft: Welche Effekte sind zu erwarten?«, *ifo Schnelldienst* 66(6), 3–6.

Hummer, W. (2014), »Die ›Transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft: (TTIP) zwischen der EU und den USA. Investitionsschutz und Streitbeilegung – Die Suche nach einem gerechten Ausgleich zwischen staatlichem Regulativ und unternehmerischen Interessen«, Österreichische Gesellschaft für Europapolitik, *ÖGfE Policy Brief* 12, Wien.

DIE ZEIT (2014), »Schattenjustiz: Im Namen des Geldes«, (10), 10. März, online verfügbar unter: <http://www.zeit.de/2014/10/investitionsschutz-schiedsgericht-icsid-schattenjustiz>, aufgerufen am 11. Juni 2014.



Frank Schorkopf*

Investitionen – Eigentum – Menschenrechte – Gemeinwohl: Zur Vereinbarkeit des Transatlantischen Investitionsschutzes mit Rechtsstaat und Demokratie

Amerika und Europa wollen gegenseitige Handelsschranken aufheben. Das amerikanische Handelsministerium und die Europäische Kommission verhandeln seit Juli 2013 über die Rahmenbedingungen, unter denen Waren, Dienstleistungen und Kapital zwischen den beiden transatlantischen Wirtschaftsräumen gekauft, beauftragt und investiert werden können. Eine »Transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft« zwischen den Vereinigten Staaten von Amerika und der Europäischen Union soll Zölle senken, geistiges Eigentum schützen, die jeweiligen Regulierungsstandards anerkennen und den Wert langfristiger Kapitalbindung in Vermögensgegenständen sichern.¹

Eben dieser Investitionsschutz durch einen völkerrechtlichen Vertrag ist Anlass für eine Debatte. Dass überhaupt öffentlich diskutiert wird, ist erfreulich, geht es doch um ein europa- und wirtschaftspolitisches Großvorhaben mit Auswirkungen für jeden Bürger. Dass gerade der Schutz von Auslandsinvestitionen durch eine eigene Schiedsgerichtsbarkeit dabei lebhaft Kritik auf sich gezogen hat, ist verständlich, aber zugleich auch irritierend. Hinter der Irritation stehen möglicherweise ein verzerrtes Bild überstaatlicher Streitschlichtung und bislang noch unreflektierte Motive.

Die Kritik ist zunächst der Reflex einer auf ihre rechtsstaatlichen Errungenschaften stolzen Bürgerschaft. Bürger mo-

* Prof. Dr. Frank Schorkopf ist Lehrstuhlinhaber am Institut für Völkerrecht und Europarecht und Dekan der Juristischen Fakultät an der Georg-August-Universität Göttingen.

¹ Das Verhandlungsmandat, das der Rat der Europäischen Kommission mit Beschluss vom 14. März 2013 erteilt hat (COM (2013) 136 final), ist nicht offiziell veröffentlicht. Ausgenommen von den Handelsgesprächen sind audio-visuelle Dienstleistungen, die Buchpreisbindung und – mit Blick auf das Thema »Wasserversorgung« – öffentliche Monopole, vgl. Deutscher Bundestag, Pressemitteilung vom 24. März 2013, online verfügbar unter: http://www.bundestag.de/presse/hib/2014_02/01/261652.

derner Verfassungsstaaten sind skeptisch, wenn Streitigkeiten aus einem Rechtsverhältnis den staatlichen Gerichten entzogen werden, um sie anderen Spruchkörpern zuzuweisen, die wir oftmals zu Recht nicht als »Gericht« bezeichnen wollen. Es entsteht eine »Paralleljustiz«, deren institutioneller Rahmen und personelle Besetzung undurchsichtig sind, deren Rechtsmaßstäbe für ein gleichheitsgerechtes Entscheiden unzugänglich bleiben und deren Vertrauensgrundlage kaum sichtbar ist. Es entsteht der Eindruck, als sei die eigene, demokratisch legitimierte Rechtsordnung für entsprechend mächtige Subjekte verhandelbar, als seien die rechtsstaatlichen Garantien und damit letztlich die Grund- und Menschenrechte relativiert.

Für ein Beispiel müssen wir nicht internationale Streitigkeiten bemühen, sondern können an einen delikaten nationalen Fall erinnern, in dem Deutschland selbst zum Instrument der Schiedsgerichtsbarkeit greift. Das seit dem Jahr 2005 anhängige Schiedsverfahren zwischen dem Bund und dem Toll-Collect-Konsortium über die verspätete Einführung der Lkw-Maut auf deutschen Bundesautobahnen,² soweit sich jemand an diesen 5½ Mrd. Euro schweren Streit überhaupt erinnert, dürfte die Kritik bestätigen.

Doch pathologische Fälle sind ein kaum geeigneter Eichpunkt, um eine Institution wie die Schiedsgerichtsbarkeit abschließend zu beurteilen. Die Schiedsgerichtsbarkeit wird von der deutschen Rechtsordnung seit langem als ehrwürdige Form der Streitbeilegung in zwischenstaatlichen Beziehungen und im Verhältnis zwischen Privaten anerkannt. Gerade einige Mitglieder der Bundesregierung, die sich zuletzt sehr zurückhaltend gegenüber dem Investitionsschutz in einem transatlantischen Abkommen äußerten, sind an das Grundgesetz zu erinnern. Es beauftragt den Bund, zur Regelung zwischenstaatlicher Streitigkeiten Vereinbarungen über eine »allgemeine, umfassende, obligatorische, internationale Schiedsgerichtsbarkeit« beizutreten.³ Die Regelungen zum Schiedsverfahren in der Zivilprozessordnung reichen bis in das letzte Drittel des 19. Jahrhunderts zurück.⁴

Noch weiter gehend, kann Deutschland sogar für sich beanspruchen, den völkervertraglichen Investitionsschutz in den 1950er Jahren miterfunden zu haben. Investitionsschutzabkommen waren eine Antwort auf den zweimaligen Verlust des deutschen Auslandsvermögens nach den Weltkriegen. Insgesamt 138 solcher bilateralen Investitionsförderungs- und -schutzverträge hat die Bundesrepublik Deutsch-

² Vgl. dazu die Kleine Anfrage im Bundestag nebst Antworten der Bundesregierung, BT-Drucks 18/43 vom 13. November 2013; mit besonderem Augenmerk für die Verfahrenstransparenz Johanna Wolff, Grenze der Heimlichkeit – Nicht-öffentliche Schiedsverfahren mit Beteiligung der öffentlichen Hand am Maßstab des Verfassungsrechts, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2012, 205.

³ Art. 24 Abs. 3 GG.

⁴ §§ 1025 ff. ZPO.

land mittlerweile abgeschlossen.⁵ Diese Verträge sehen regelmäßig eine Streitschlichtung durch Schiedsgerichte vor.⁶

Nun werden Kritiker diese Hinweise nicht als Entkräftung, sondern wohlmöglich wieder als Bestätigung ihrer Grundsatzkritik lesen. Andere werden auf die Vertragspartner der Investitionsschutzabkommen deuten, bei denen es sich überwiegend um Entwicklungs- und Schwellenländer handelt, deren rechtsstaatliche Standards noch als unzureichend empfunden werden.⁷ Da die Vertragspartner eines transatlantischen Freihandelsabkommens ausgewachsene Rechtsstaaten verkörpern, sei weder in den Vereinigten Staaten noch in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union mit diskriminierenden oder willkürlichen hoheitlichen Beeinträchtigungen wechselseitiger Investitionen zu rechnen.

In der Tat geht es bei dem transatlantischen Freihandelsabkommen um die Kooperation der zwei führenden Handelsblöcke der OECD-Welt, die trotz stets vorhandener Unzulänglichkeiten im Kleinen und Optimierungspotenzial über leistungsfähige Rechtsordnungen einschließlich entsprechender Justizorgane verfügen. Die übliche Rechtfertigung für eine Schiedsgerichtsbarkeit scheint – jedenfalls in diesem Fall – nicht durchzugreifen.

Dieses auf den ersten Blick sehr plausible Argument beruht auf dem Vorverständnis eines eher gusseisernen Instrumentariums der Investitionsbeeinträchtigung: Enteignungen, willkürliche bis hin mit Gewalt bewirkte Depossedierungen der Investoren sind das Leitbild. Die Praxis des Investitionsschutzes zeigt hingegen, dass mehr und mehr auch OECD-Staaten zu Beklagten eines Schiedsverfahrens werden, weil moderne Regulierungs- und Steuerungsinstrumente – um im Bild zu bleiben, digitales Instrumentarium – ausländische Investitionen beeinträchtigen. Die Wendungen in der Energiepolitik haben etwa im Jahr 2013 zu insgesamt 13 neuen Verfahren gegen Tschechien und Spanien geführt; in den 568 bekannten Investitionsstreitigkeiten weltweit sind in 96 Fällen EU-Mitgliedstaaten die Beklagten;⁸ in Deutschland haben die beiden Verfahren von Vattenfall gegen den Bund Bekanntheit erlangt.⁹

⁵ 130 Verträge sind in Kraft getreten, eine Übersicht veröffentlicht das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, unter <http://www.bmwi.de/DE/Themen/Aussenwirtschaft/Aussenwirtschaftsfoerderung/finanzierung-und-absicherung-von-auslandsgeschaeften.html> (Stand: 14. Mai 2014).

⁶ Auch der Europäische Gerichtshof kann über Schiedsklauseln und -verträge (Art. 272 f. AEUV) mit solchen Verfahren befasst werden.

⁷ Bundesregierung, Antwort auf Kleine Anfrage, BT-Drucks 18/919, Antwort auf Frage 3.

⁸ Insgesamt sind OECD-Staaten in 162 Fällen Beklagte eines Investitionsstreits; einen guten Überblick gibt die jährlich von der UNCTAD veröffentlichte Zusammenfassung der ICSID-Aktivitäten, zuletzt UNCTAD's annual review of investor-State dispute settlement (ISDS), IIA Issues Notes series, No. 1 2014, zugänglich unter <http://unctad.org>.

⁹ Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany (ICSID Case No. ARB/09/6), beigelegt durch Vergleich am 11. März 2011, die Entschädigungssumme soll sich zwischen 750 und 800 Mill. Euro bewegen; Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany (ICSID Case No. ARB/12/12), das Verfahren ist noch anhängig.

Die verantwortlichen Regierungen und die Politik antworten mit dem Argument, dass legitime Regulierung im öffentlichen Interesse weiterhin möglich sein müsse. Es sei undenkbar, so Bundeswirtschaftsminister Sigmar Gabriel, durch Investitionsschutzabkommen die Willensbildung in Parlamenten, die demokratische Entscheidungsstruktur, zu beeinflussen oder aufzuhalten.¹⁰ Es müsse in jedem Fall ausgeschlossen sein und bleiben, dass allgemeine und angemessene Regelungen zum Schutz von Gemeinwohlzielen, die in demokratischen Entscheidungen rechtsstaatlich zustande kommen, ausgehebelt oder umgangen werden oder dass ein Marktzugang eingeklagt werden könne.¹¹

Doch was ist »angemessen« und wer entscheidet darüber? Für einen Investor ist es nur ein gradueller Unterschied, ob die Regierung eines Entwicklungslandes die Betriebserlaubnis für ein Industriewerk entzieht oder ob die Regierung eines OECD-Staates infolge einer »Energiewende« die Betriebsgenehmigungen für Kraftwerke verändert. Dieses Beispiel mag verdeutlichen, wie sehr die Beurteilung des Investitionsschutzes eine Frage des geographischen Standpunktes ist.

Es ist auch eine Errungenschaft des modernen Verfassungsstaates, dass sich die demokratisch legitimierte Hoheitsgewalt an den Grundrechten messen lassen muss. Die Minderheit muss der Mehrheit nicht unter allen Umständen weichen, weil letztere über eine allgemeine Wahl ein entsprechendes Gestaltungsmandat für die Wahlperiode erhalten hat. Wir haben uns zu sehr daran gewöhnt, die Sichtweise pauschal zu übernehmen, dass Investitionsschutz und Menschenrechtsschutz prinzipielle Gegensätze seien. Sie sind es ebenso wenig wie Demokratie und Rechtsstaat.

Hinter Investitionen stehen Eigentümer, häufig auch Bürger, die über Pensionsfonds und Anlagegesellschaften für das Alter und die Ausbildung ihrer Kinder sparen. Und wer meint, dass Kapitaleigentum eine mindere, d.h. weniger schutzwürdige Eigentumsform sei, der sei auf das Grundrecht der unternehmerischen Freiheit in der Grundrechtecharta der Europäischen Union verwiesen,¹² das – neben historischen Erfahrungen mit der Negation privaten Kapitaleigentums – letzte Zweifel ausräumen dürfte.

Investitionsschutz steht zudem in einem mittelbaren Zusammenhang mit Menschenrechten. Direktinvestitionen sind ein

¹⁰ Pressestatement von Bundeswirtschaftsminister Sigmar Gabriel zum Dialog über die Transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft (TTIP) vom 5. Mai 2014, Berlin.

¹¹ Bundeswirtschaftsminister Sigmar Gabriel, Brief an Karel de Gucht, Mitglied der Europäischen Kommission, vom 26. März 2014, 2. Der bislang für Handelspolitik zuständige Kommissar de Gucht hat auf die Kritik in einem Zeitungsartikel geantwortet, vgl. DIE ZEIT vom 12. Juni 2014, Nr. 25, 41: Ein transatlantisches Freihandelsabkommen unterläge durch die Ratifikation sowohl seitens der EU als auch der Mitgliedstaaten (und ihrer Parlamente) einer doppelten demokratischen Legitimation. Mit dieser Stellungnahme dürfte faktisch entschieden sein, dass das Freihandelsabkommen als gemischtes Abkommen, d.h. von der EU und den Mitgliedstaaten gemeinsam geschlossen werden wird.

¹² Art. 16 GRCh.

begehrtes Gut, weil sie als ein erfolversprechender Weg zu wirtschaftlichem und sozialem Fortschritt, zu Wohlstand und Bildung gelten. Direktinvestitionen haben für die Beschäftigung in einem Staat, für die Verringerung von Armut und Diskriminierung einen fördernden Effekt. In Industrieländern wird dieser Effekt semantisch nur anders codiert, es geht dann darum, die Wettbewerbsfähigkeit zu stärken, die Wirtschaft zu modernisieren und das Wohlstandsniveau zu halten, um mit entsprechenden Steuern und Abgaben den Sozialstaat zu finanzieren.¹³

Der Hinweis des Bundeswirtschaftsministers darauf, dass Marktzugang über ein Investitionsschutzabkommen nicht eingeklagt werden dürfe, lenkt die Aufmerksamkeit auf eine weitere Irritation, die in der Debatte mehr Aufmerksamkeit verdient. Mit dem Hinweis korrespondiert die Aussage der Europäischen Kommission, dass völkervertraglicher Investitionsschutz notwendig sei, weil das Freihandelsabkommen vor den europäischen Gerichten nicht anwendbar sei.¹⁴

Was wie eine unabänderliche Tatsache klingt, ist das Ergebnis einer Jahrzehnte währenden Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs. Der Gerichtshof verweigert dem Welthandelsrecht die unmittelbare Anwendbarkeit in der Europäischen Union, d.h. Bürger und Unternehmen können sich vor nationalen Gerichten wie auch dem Europäischen Gerichtshof nicht auf für sie vorteilhafte Normen berufen.¹⁵ Mit anderen Worten, der Gerichtshof verzichtet in diesen Fällen darauf, die Bürger in den Dienst für die Durchsetzung des Welthandelsrechts zu nehmen. Zunächst begründete er diese Rechtsprechung mit der diplomatisch-flexiblen Natur dieses Rechts, womit die Eigenschaft als »Recht« relativiert würde. Später verlagerte der Gerichtshof die Argumentation auf die Gegenseitigkeit, d.h. solange die anderen Vertragsparteien den Einzelnen keine Rechte zugestehen, auf die sie sich vor den nationalen Gerichten unmittelbar berufen können, sieht auch das Unionsrecht von diesem Schritt ab.

Ohne weiter die Einzelheiten auszubreiten, wird deutlich, dass die Europäische Union und die Vereinigten Staaten in dem geplanten Abkommen vereinbaren könnten, dass das neu geschaffene Recht wechselseitig vor Gericht den Einzelnen Rechte geben soll – die Gegenseitigkeit wäre hergestellt. Dass das nicht geschehen wird, hat seinen Grund im

weiterhin hochpolitischen Status des Welthandelsrechts, in dem sich die Politik das Heft des Handelns nicht von unabhängigen Gerichten aus der Hand nehmen lassen will. Diese Argumentation hat durchaus ihre Berechtigung, denn es ist nicht in erster Linie eine Rechtsfrage, ob etwa eine Gesellschaft gentechnisch veränderte Organismen in ihrer Umwelt zulassen möchte – die Beispiele lassen sich auf beiden Seiten des Atlantiks anhand der gegenwärtigen Debatte erweitern.

In der lebhaften Debatte über den Investitionsschutz eines transatlantischen Freihandelsabkommens darf sich nicht der Eindruck verfestigen, die Beteiligten betrieben ein Rosinenpicken und legten doppelte Maßstäbe an. Der Eigentumschutz ist auch zwischen OECD-Staaten ein schutzbedürftiges Menschenrecht.

Der berechtigten Kritik am gegenwärtigen Zustand der Institution »Investitionsschutz«, die zumindest eine Revisionsinstanz, bessere Verfahrensgrundsätze und ein Mittel gegen die »Flucht in die Vertraulichkeit« benötigt, kann Rechnung getragen werden. Wollen die Vereinigten Staaten und die Europäische Union mit ihrem Abkommen ein Faktum für andere Staaten setzen, ein *game changer* sein,¹⁶ können sie das Investitionsschutzkapitel im geplanten Abkommen vorbildhaft ausgestalten. Eingriffe in Investments sind auch heute im öffentlichen Interesse möglich, wenn sie verhältnismäßig sind und dem betroffenen Investor keine individuelle und exzessive Last aufbürden. Gegenüber der Kritik am Investitionsschutz, die einen versteckten und kostengünstigen Politikwechselvorbehalt rechtfertigen will, sollten wir hingegen skeptisch sein.

¹³ Näher dazu Frank Schorkopf, Das Verhältnis von Umwelt- und Menschenrechtsschutz zum Investitionsschutz, in: D. Ehlers, H.-M. Wolfgang und U.J. Schröder (Hrsg.), Rechtsfragen internationaler Investitionen, 2009, 137 ff.; zuletzt im Kontext des transatlantischen Freihandelsabkommens, Europäischer Rat, Schlussfolgerungen des Vorsitzes vom 7./8. Februar 2013, EUCO 3/13, Ziff. 1–2 und Europäische Kommission, Commission Staff Working Document Impact Assessment Report on the Future of EU-US Trade Relations, SWD (2013) 68 final vom 12. März 2013, 12 ff.

¹⁴ Vgl. etwa Europäische Kommission, Investitionsschutz und Beilegung von Investor-Staat-Streitigkeiten in EU-Abkommen, Kurzdarstellung, November 2013, 5.

¹⁵ EuGH, Rs. C-149/96, Portugal/Rat, Slg. 1999, I-8395, Rn. 49; Rs. C-76/00, Petrotub und Republica/Rat, Slg. 2003, I-79, Rn. 53–56, st.Rspr.

¹⁶ Peter-Tobias Stoll, Zur falschen Zeit am falschen Ort – Reform des Investitionsrechts auf Abwegen, Verfassungsblog vom 13. Mai 2014, <http://www.verfassungsblog.de>.



Christian Bellak*

Das Investor-Staat-Streitbeilegungsverfahren im TTIP-Abkommen

Das Investor-Staat-Streitbeilegungsverfahren ISDS soll aufgrund juristischer, demokratiepolitischer und ökonomischer Argumente nicht in das TTIP aufgenommen werden.

Die EU und die USA befinden sich aktuell in der 5. Verhandlungsrunde des »Transatlantic Trade and Investment Agreement« (TTIP). Die Verhandlungen haben in den letzten Monaten sowohl in Europa als auch in den USA große öffentliche Aufmerksamkeit erfahren. Ein kontroverses Thema ist das geplante Investitionskapitel in TTIP. Es umfasst neben der Investitionsliberalisierung zwei Aspekte: Investitionsschutzbestimmungen und Regeln zur Durchsetzung dieser Bestimmungen. Erstere beinhalten beispielsweise eine »Entschädigungspflicht bei direkter oder indirekter Enteignung« oder die »gerechte und billige Behandlung von Investoren«. Kurz gefasst, ermöglichen diese Bestimmungen die Rückwälzung des politischen Risikos einer Investition vom Investor auf den Gaststaat.

Zur Durchsetzung der Investitionsschutzbestimmungen im Rahmen des TTIP wird ein sogenanntes Investor-Staat-Schiedsgerichtsverfahren (ISDS – Investor State Dispute Settlement) gewählt. Dieses erlaubt ausländischen Investoren, Klagen gegen Staaten einzureichen, wenn diese gegen Bestimmungen, die im Investitionsschutzabkommen festgelegt sind, verstoßen. Ein aus drei Personen bestehendes Schiedsgericht entscheidet über die Klage. Berufung gegen eine getroffene Entscheidung ist nicht möglich.

Aufgrund der durch dieses Themas ausgelösten Kontroversen (insbesondere in jenen Ländern, die bereits von ausländischen Investoren verklagt wurden) hat die EU die Verhandlungen über ISDS in TTIP ausgesetzt und eine öffentliche

Konsultation gestartet.¹ Bis Anfang Juli können sich Bürgerinnen und Organisationen an der Konsultation beteiligen.

Möglichkeiten der Investor-Staat-Streitbeilegung

Die Schutzbedürftigkeit von ausländischen Investoren wurde ursprünglich damit begründet, dass ausländische Investoren der Gastlandregierung »ausgeliefert« sind und rechtliche Möglichkeiten, wirksam dagegen vorzugehen, oft nicht bestehen.² Obwohl es die DG Trade in Stakeholder Briefings anders darstellt³, ist ISDS nur eine mögliche Reaktion auf politisches Risiko bei Auslandsinvestitionen. Es gibt nämlich fünf weitere Möglichkeiten:

1. Ausschöpfung des lokalen Rechtsweges unter Bezug auf lokale Gesetze, die staatliches Handeln kontrollieren,
2. Ausschöpfung des lokalen Rechtsweges unter Bezug auf Investitionsschutzabkommen (bilateral oder regional),
3. Ausschöpfung des lokalen Rechtsweges unter Bezug auf einen Investor-Staat-Vertrag,
4. diplomatischer Schutz (gewohnheitsrechtliche Regelungen des Völkerrechts) und
5. Versicherung gegen politisches Risiko auf Märkten mit privaten oder öffentlichen Anbietern.

Das Bestehen der Marktalternative (Punkt 5) bedeutet, dass staatliche Intervention in Form von Investitionsschutzabkommen mit ISDS einer Rechtfertigung bedarf. Die übliche Begründung für eine Intervention bezieht sich auf zwei Formen von Marktversagen: dem Hold-up-Problem und dem Vorliegen asymmetrischer Information über die Investitionspolitik des Gastlandes. Beide Formen des Marktversagens sind allerdings in den USA und der EU schwach ausgeprägt, und daher sind zu erwartende Effizienzgewinne der Intervention sehr gering einzustufen.

Im Verhandlungsmandat der EU ist allerdings nur die Möglichkeit des ISDS vorgesehen.⁴ Die EU begründet die geplante Aufnahme von ISDS damit, dass »the fact that a country has a strong legal system does not always guarantee

¹ Vgl. <http://trade.ec.europa.eu/consultations/index.cfm>.

² Beispielsweise, weil die Gerichte einen »Home Bias« hätten oder weil grundlegende Institutionen der Gerichtsbarkeit fehlten oder weil die von der Regierung gesetzten Tatbestände nicht einklagbar sind oder die Gerichte des Gastlandes nicht tätig werden. Das langfristige Ziel in solchen Staaten sollte jedoch primär sein, das heimische Rechtswesen soweit zu entwickeln, dass spezielle Investor-Staat-Konfliktregelungen für Auslandsinvestoren nicht mehr notwendig sind.

³ Nachzuhören und -sehen unter <https://scic.ec.europa.eu/streaming/index.php?es=2&sessionno=6616758da438b02b8d360ad83a5b3d77>, ungefähr bei 1:14:34; behauptet D. Jorgenson sinngemäß, dass es »beide Systeme – also nationale und ISDS – braucht, da bestimmte Angelegenheiten ausschließlich vor nationale Gerichte und andere ausschließlich vor Schiedsgerichte gebracht werden können.« Es ist nicht anzunehmen, dass die Juristin der DG Trade die oben genannten Alternativen nicht kennt.

⁴ »We don't want to throw out the baby with the bathwater.« (R. Schlegelmilch, <https://scic.ec.europa.eu/streaming/index.php?es=2&sessionno=6616758da438b02b8d360ad83a5b3d77>).

* Univ.Prof. Dr. Christian Bellak lehrt am Institut für Wirtschaftspolitik und Industrieökonomie, Department für Volkswirtschaft, an der WU (Wirtschaftsuniversität Wien).

foreign investors will be adequately protected. ... Although the EU and the US are developed economies, investors can still come across problems affecting their investments which their domestic courts systems are not always able to deal with effectively.«

Die Brisanz von ISDS besteht nun darin, dass mit einer Aufnahme von ISDS in das TTIP das lokale Rechtssystem der Mitgliedstaaten bzw. der USA durch Anwendung von ISDS bei Investor-Staat-Konfliktfällen überhaupt keine Rolle spielen würde. Lokales Recht der EU-Mitgliedstaaten würde automatisch durch die völkerrechtlichen Bestimmungen des TTIP ersetzt werden, wenn ausländische Investoren das wollen.⁵ In diesem Zusammenhang stellt die DG Trade auf ihrer Website zur Frage »will the TTIP automatically trump EU laws?« fest: »No. The TTIP will not automatically overrule, repeal or amend EU laws and regulations.« Das ist zwar nicht falsch, suggeriert allerdings, dass damit auch gewährleistet ist, dass auch das Recht der EU-Mitgliedstaaten nicht automatisch durch TTIP »getrumpft« wird.

Es gibt viele Hinweise dafür, dass ISDS auf jeden Fall in das TTIP aufgenommen werden soll. Eine mögliche Interpretation ist, dass die DG Trade starkem Lobbying durch multinationale Unternehmen ausgesetzt ist, welches von relevanten Aspekten ablenken soll. Die eingangs erwähnte öffentliche Konsultation könnte dabei in erster Linie lediglich dazu dienen, die geplante Einführung von ISDS zu stützen, da in der Konsultation ein Verzicht auf ISDS gar nicht zur Debatte steht.

Es stellt sich die nüchterne Frage, warum unter den oben genannten Optionen der Streitbeilegung das von der EU favorisierte ISDS in das TTIP inkludiert werden soll. Oder wie es Geiger (2014) pointierter formuliert hat: »Is there value in privatizing justice for the sole benefit of foreign investors when treaty partners have well-developed legal systems and independent judiciaries?«

Zur Beantwortung dieser Frage werden einige Zielsetzungen des Investor-Staat-Streitbeilegungssystems bezüglich der Zielerreichung überprüft. Nachdem dieser Beitrag mit der Vermutung einer hohen realpolitischen Wahrscheinlichkeit der Aufnahme von ISDS in TTIP endet, werden für diesen Fall die Risiken und Optionen der EU diskutiert. Nachdem über die TTIP-Verhandlungen nicht viel bekannt ist, wird für die Analyse ein dem TTIP nicht unähnliches Abkommen hinzugezogen, nämlich CETA (Comprehensive Economic and Trade Agreement), das zwischen der EU und einem Nachbarstaat der USA, Kanada, verhandelt wird. CETA schränkt nämlich nicht nur den Verhandlungsspielraum der EU im Rahmen der TTIP-Verhandlungen ein, es gibt auch viele Aufschlüsse über die Verhandlungspositionen der EU.

⁵ Natürlich könnte der Staat einem Schiedsgerichtsverfahren auch einfach nicht zustimmen: Dies ist jedoch graue Theorie, denn in der Praxis verursacht das hohe Reputationskosten (s.u.).

Evaluierung der Ziele von ISDS in Investitionsschutzabkommen

Um die Übertragung der Investor-Staat-Schiedsgerichtsverfahren, die ursprünglich für die Risikoübernahme bei Investitionen in Ländern mit unzureichenden Rechtssystemen oder politischen Ordnungen entwickelt wurden, auf die höchst entwickelten Wirtschaftsräume der Welt zu legitimieren, müsste ISDS wohl zumindest die folgenden drei Standards erfüllen:

- ISDS müsste eine wirksamere Kontrolle staatlichen Handelns gegenüber Unternehmen darstellen, als durch bestehende Institutionen (wie z.B. Höchstgerichte) gewährleistet wäre.
- ISDS müsste effizienter als die lokalen Rechtssysteme sein.
- ISDS müsste geeignet sein, Dispute um öffentliche Regulierung zu lösen.

Wirksamere Kontrolle staatlichen Handelns durch ISDS-Entscheidungen?

In der Vergangenheit haben Investor-Staat-Konflikte oft zu diplomatischen Konflikten geführt. ISDS soll zu einer Depolitisierung von Investor-Staat-Konflikten beitragen. Allerdings werden politisch heikle und große Fälle nach wie vor diplomatisch gelöst, das zeigen nicht zuletzt die vielen »settled Cases«. Aus demokratiepolitischer Perspektive sind zudem die folgenden Aspekte entscheidend: (i) demokratische Standards, wie beispielsweise die Transparenz von Schiedsgerichtsverfahren, die eine bessere Kontrolle staatlichen Handelns ermöglichen würde. Allerdings enthalten nur 35 von 1 600 Investitionsschutzabkommen, die von der OECD analysiert wurden, Bestimmungen, die fordern, dass die Entscheidungen der Schiedsgerichte öffentlich gemacht werden (OECD 2012, S. 35); (ii) die Frage der Unabhängigkeit der Justiz (zur Interessengebundenheit der Schiedsrichter vgl. Eberhart und Olivet 2012.).

Die Beurteilung der rechtlichen Qualität von Investitionsschutzabkommen ist höchst komplex, jedoch ist es ein objektives Faktum, dass einige Standards im internationalen Investitionsschutzrecht geringer sind als in anderen Bereichen des Völkerrechts und nationaler Rechtsordnungen. Es fehlt (i) die Notwendigkeit der Ausschöpfung lokaler Gerichtsbarkeit⁶; (ii) ein Internationaler Gerichtshof; und (iii) eine Berufungsmöglichkeit. Des Weiteren sind die Ad-hoc-Natur der Schiedsgerichte und die besondere prozedurale Ausgestaltung des Systems des internationalen Investiti-

⁶ »Traditional international law requires the exhaustion of remedies in the local courts before a claim may be presented on the international plane.« (Schreuer, o.J.) Die spezielle Behandlung von ausländischen Investoren ergibt sich aus Artikel 26 der ICSID Convention, die »indicates that the exhaustion of local remedies is not required, as a rule, before investor-state arbitration may be initiated.« (ibidem)

onsschutzes zu nennen, oder, wie es die OECD (2012) bezeichnete, »a relatively thinly defined procedural framework compared to advanced domestic procedural frameworks«;⁷ und (vi) das weitgehend fehlende Erfordernis, »to provide reasons for decisions (which) is mentioned in only 32 treaties, and its application is often limited to tribunals established under UNCITRAL rules.« (OECD 2012, S. 36) Das Setup eines Ad-hoc-Schiedsgerichtes mit staatlichen Höchstgerichten, wie etwa einem Verwaltungs- oder Verfassungsgerichtshof, zu vergleichen, hinkt insofern, als man staatliche Höchstgerichte erst nach Ausschöpfung des Instanzenzuges anrufen kann.

Diese und andere Aspekte führen zu teils inkonsistenter Rechtsprechung, was einer wirksamen Kontrolle staatlichen Handelns entgegensteht (für Beispiele vgl. etwa Bütthe und Milner 2009, die anführen, dass es sich nicht um Einzelfälle handelt). Gewiss ist das Völkerrecht nicht einheitlich, und es gibt sicherlich Gründe für Differenzierungen der rechtlichen Standards, jedoch lassen diese (und andere Punkte mehr) die Aufgabe nationaler Souveränität in Form einer Ad-hoc-Schiedsgerichtsbarkeit, die sich wesentlich von nationalen und völkerrechtlichen Standards entfernt, besonders bedenklich erscheinen – gerade, wenn es sich um hochentwickelte Rechtssysteme wie jene der USA und der EU handelt.

Es wäre jedenfalls unzutreffend, die Ablehnung des ISDS als Ablehnung staatlicher Kontrolle zu interpretieren, denn das Gegenteil ist der Fall. Die ganze Argumentation läuft darauf hinaus, eine *wirksame* Kontrolle staatlichen Handelns zu haben.

Effizienteres System?

Eine weitere Zielsetzung von ISDS besteht in einer Substitution der Gastlandjurisdiktion durch Schiedsgerichte, um Investitionsschutz schneller und effizienter als auf dem lokalen Rechtsweg durchzusetzen.

Falls die These mit den Effizienzgewinnen zutrifft, stellt sich in Bezug auf die gesamtwirtschaftliche Effizienz zunächst die Frage, warum mögliche Effizienzgewinne nur einer Gruppe von Investoren, nämlich den Auslandsinvestoren, zugute kommen sollten und inländischen Investoren diese Möglichkeit nicht offen steht (wettbewerbsverzerrende Wirkungen, kein level playing field).

Einige Argumente lassen allerdings an der These von Effizienzgewinnen zweifeln: (i) die Heterogenität der derzeit ca. 2 900 bilateralen Investitionsschutzabkommen führt zu hohen Transaktionskosten des Systems sowohl für die betei-

ligten Parteien als auch aus juristischer Perspektive; (ii) inkohärente Ergebnisse von Schiedsgerichtsverfahren führen zu einem hohen Risiko bei der Nutzung der Klagemöglichkeit; und (iii) dauern Schiedsgerichtsverfahren lange und verursachen hohe Kosten (vgl. Raviv 2014). Daher kann vermutet werden, dass die bilaterale Ausgestaltung des derzeitigen Systems höhere Kosten verursacht als eine regionale oder gar multilaterale Ausgestaltung. TTIP hätte zwar die Vorzüge eines regionalen Abkommens, das die gesamte EU umfasst, es würde de facto aber nur wenige bilaterale Verträge mit den USA (< 10) ersetzen.

Lösung von Disputen um öffentliche Regulierung?

Die bisher beschriebenen vielfältigen Unzulänglichkeiten des Systems werfen die Frage auf, warum multinationale Unternehmen dieses System so stützen und lobbyieren. Die Antwort liegt in der zusätzlichen Möglichkeit von ausländischen Multis, mittels ISDS auf Dispute um öffentliche Regulierung zu reagieren: Ökonomisch gesehen erhöht ISDS die Reputationskosten einer Regierung, die sich nicht an das Investitionsschutzabkommen hält (vgl. Bütthe und Milner 2009; Aisbett 2009).

Das Verhandlungsmandat der EU enthält unter anderem das Prinzip, dass »TTIP provisions shall not affect the ultimate sovereign right of either party to regulate in pursuit of its public policy objectives and shall not be used as a means of lowering the levels of protection provided by either party.«⁸ Dieses »Right to regulate« wird wohl von allen Mitgliedstaaten der EU als wichtiges Prinzip angesehen.

Auf den ersten Blick könnte man annehmen, dass dieses Prinzip die substantiellen und nicht die prozeduralen Regelungen von Investitionsschutzabkommen betrifft. Auf den zweiten Blick sind es aber gerade die prozeduralen Regelungen, wie ISDS, welche die Einhaltung dieses Prinzips verunmöglichen könnten (vgl. Bellak 2007).

ISDS kann nämlich erstens dazu verwendet werden, sich gegen die Auswirkungen von (Änderungen) öffentlicher Regulierung zu »versichern«, also entschädigen zu lassen. Diese erste Konsequenz erwähnt die DG Trade noch auf ihrer Website: »At most, it can lead to compensation being paid.« Die Aufnahme von ISDS in das TTIP kann dazu führen, dass Regierungen im Klagefall in Zukunft zu Entschädigungen verurteilt werden können. Das ist an sich nichts Besonderes, allerdings geht es hier nicht um Entschädigung für Vertragsverletzungen mit dem ausländischen Investor oder für die Enteignung seiner Assets oder für ungerechte Behandlung von ausländischen Investoren, sondern für Maßnahmen im öffentlichen Interesse (beispielsweise die Änderung umweltpolitischer Regelungen oder die Anhebung von Mindestlöh-

⁷ Beispielsweise steht im bilateralen Investitionsschutzabkommen zwischen Österreich und China, Artikel 10 (7): »Das Schiedsgericht soll sein Verfahren selbst regeln.« (http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/austria_china_ger.pdf).

⁸ Vgl. unter http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/february/tradoc_150519.pdf.

nen). Johnson und Volkov (2014) argumentieren treffend, dass dies »shifts the risk of regulatory change from the investor to the government.«

Eine zweite Konsequenz hat die DG Trade vergessen, auf ihrer Website zu erwähnen, nämlich, dass ein Staat gesellschaftlich sinnvolle Regulierungen nicht umsetzt (»regulatory chill«). Dies hat Salacuse bereits 1990 (S. 674) erwähnt: »A BITs (bilateral investment treaty, CB) mandatory dispute settlement provisions and the ultimate prospect of compulsory arbitration will cause host country officials to pause before taking actions toward foreign investment.« Natürlich kann ein Schiedsrichterspruch nicht zur Konsequenz haben, dass ein Staat Maßnahmen im öffentlichen Interesse nicht einführen oder ändern darf. Aber dafür Entschädigung zahlen zu müssen, kann dem gleichkommen, nämlich wenn die Entschädigung in einer Höhe geleistet werden muss, die den gesellschaftlichen Kosten des Unterbleibens der Maßnahme entspricht.

Als Schlussfolgerung muss festgehalten werden, dass ISDS nicht geeignet ist, Regulierungsdispute zu lösen, da im ersten Fall die Regulierung selbst im öffentlichen Interesse durch Entschädigungszahlungen vom Staat erkaufte werden muss und im zweiten Fall eine gesamtwirtschaftlich effiziente Regulierung unterbleibt.

Da bislang auch die Frage offenbleibt, wie die EU »Regulierung im öffentlichen Interesse« definiert, besteht zudem die Gefahr, dass die Bedingungen, unter denen Entschädigungszahlungen zu leisten sind, auch weiterhin sehr weiten Interpretationsspielraum lassen.

Optionen der EU

Aufgrund der im vorigen Abschnitt angeführten Punkte ist dem Argument der DG Trade von November 2013 zu widersprechen, dass »investment protection provisions⁹, including investor-state dispute settlement ... have generally worked well.« Wie gezeigt, stellt das System weder eine wirksame Kontrolle staatlichen Handelns dar; noch ist es ein effizientes System; noch ein geeignetes Mittel, um Dispute um öffentliche Regulierung auszutragen. Daher benötigt man einen Systembruch anstatt kleiner Veränderungen des Systems. Ein Systembruch ist allerdings nicht absehbar.

Drei Fälle sind in Bezug auf ISDS im TTIP denkbar:

- a) Die erstbeste Lösung: TTIP kommt aufgrund der Diskussion über ISDS überhaupt nicht zustande; bzw. TTIP kommt zustande, aber ohne Investitionskapitel.

⁹ Diese waren zwar nicht Gegenstand dieses Beitrages, allerdings ist die Kritik an den substantiellen Bestimmungen in Investitionsschutzabkommen ebenfalls groß.

Weder ISDS noch Investitionsschutz wären dann seitens der EU geregelt, die dazu die Kompetenz aufgrund des Vertrages von Lissabon hat.

- b) Die unwahrscheinlichste Lösung: TTIP kommt zustande und enthält nur Investitionsschutz, nicht aber ISDS.

Multinationalen Unternehmen aus der EU stünden in den Fällen (a) und (b) die fünf weiteren einleitend erwähnten Optionen offen. Da es sich um Wirtschaftsräume mit effizienten Rechtssystemen handelt, geringes Marktversagen in Bezug auf die Investitionspolitik besteht und es gleichzeitig große Märkte sind, wäre es in den Fällen (a) und (b) unwahrscheinlich, dass die Konsequenz geringere Auslandsinvestitionen wären, als wenn ISDS im TTIP verankert wäre.

- c) Die realpolitische Lösung: TTIP kommt zustande und enthält ISDS.

Aufgrund der Inklusion von ISDS in das Freihandelsabkommen CETA ist TTIP ohne ISDS unwahrscheinlich. CETA enthält beispielsweise das Verbot, zeitgleich Rechtsmittel bei nationalen Gerichten einzulegen und auf die Regelung zur Beilegung von Investor-Staat-Streitigkeiten zurückzugreifen. Des Weiteren wurden Themen wie Schutz vor potenziellen Schiedsrichterkonflikten, ein verbindlicher Verhaltenskodex für Schiedsrichter und der nachhaltige Schutz vor belanglosen und unbegründeten Klagen, uneingeschränkte Transparenz in das CETA aufgenommen. Soweit bekannt, wird in TTIP auch eine Begrenzung des »treaty shoppings«¹⁰ angestrebt, das – unverständlicherweise – bisher zu den in Schiedsgerichtsverfahren nicht-hinterfragten Praktiken der multinationalen Unternehmen gehörte.

Leider werden Kernthemen der Kritik, wie die Anrufung der nationalen Gerichte, nur *unverbindlich befürwortet* oder lediglich die *Möglichkeit* erwähnt, einen Berufungsmechanismus vorzusehen. Gemessen an der jahrzehntelangen Kritik in diesen Bereichen und der Selbstverständlichkeit dieser Instrumente sowohl im nationalen als auch im Völkerrecht, sind das k(l)eine Fortschritte. In diesem Fall würden seit langem bekannte Mängel des ISDS durch das TTIP prolongiert.

Für diesen dritten Fall sollten die Regierungen der EU-Mitgliedstaaten die Kommission drängen, die Ausschöpfung lokaler Rechtsmittel zur Vorbedingung der Anrufung eines Schiedsgerichts zu machen. Das ist nicht nur lokalen Investoren zumutbar, sondern auch multinationalen Unternehmen. Auslandsinvestoren müssten dann zur Durchsetzung ihrer Ansprüche zuerst auf die nationale Gerichtsbarkeit des

¹⁰ Als »treaty shopping« oder »nationality planning« wird die Möglichkeit bezeichnet, dass Unternehmen, die in mehreren Staaten tätig sind, Klagen nach dem für sie vorteilhaftesten (bilateralen) Abkommen führen, so dass das Abkommen, welches ihr Heimatstaat geschlossen hat, nicht unbedingt zur Anwendung kommen muss. Dies bedeutet eine Ausbeutung des politischen Spielraumes der Vertragspartner, nämlich des Heimatstaates und des Gaststaates.

Gastlandes zurückgreifen, die dann internationales Recht – beispielsweise TTIP – anwenden müsste.

Literatur

Aisbett, E.K. (2009), »Bilateral Investment Treaties and Foreign Direct Investment: Correlation versus Causation«, in: K.P. Sauvant und L.E. Sachs (Hrsg.), *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment*, Oxford University Press, Oxford, 395–435.

Bellak, C. (2007), »Bilateral Investment Treaties – Shift of the use of BITs as a shield to using them as a sword against government activity?«, *Intervention – Journal of Economics* 4(2), 235–242.

Büthe, T. und H.V. Milner (2009), »Bilateral Investment Treaties and Foreign Direct Investment: A Political Analysis«, in: K. P. Sauvant und L.E. Sachs (Hrsg.), *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment*, Oxford University Press, Oxford, 171–224.

Eberhart, P. und C. Olivet (2012), *Profiting from Injustice*, Corporate Europe Observatory, Brüssel.

Johnson, L. und O. Volkov (2014), »State Liability for Regulatory Change: How International Investment Rules are Overriding Domestic Law«, *Investment Treaty News* 5(1), 3–6.

OECD (2012), *Dispute settlement provisions in international investment agreements: A large sample survey*, Paris.

Raviv, A. (2014), »Achieving a Faster ICSID«, *Transnational Dispute Management* 1, www.transnational-dispute-management.com.

Salacuse, J.W. (1990), »BIT by BIT: The growth of bilateral investment treaties and their impact on foreign investment in developing countries«, *The International Lawyer* 24(3), 655–675.

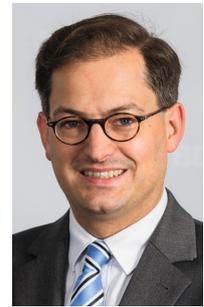
Schreuer, C. (o.J.), »Investments, International Protection«, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, online verfügbar unter: <http://www.mpepil.com/home>.



Stormy-Annika Mildner*



Elizabeth Johnson**



Christoph Sprich***

Investitionsschutz im Kreuzfeuer der Kritik: Warum die USA und die EU trotzdem nicht auf das »I« in TTIP verzichten sollten

»Klagen ist ein Geschäftsmodell in den USA«, konstatierte Ende Februar die Grünen-Abgeordnete Katharina Dröge in einem Interview mit ZEIT online. Mit dem Titel »Europa vor Gericht«, kritisierte die Süddeutsche Zeitung Anfang Mai internationale Schiedsverfahren zur Lösung von Investitionsstreitigkeiten. Internationale Investitionsschutz- und -förderverträge (IFV) stehen im Kreuzfeuer öffentlicher Kritik. Der Grund hierfür sind die Verhandlungen über die Transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft (TTIP). TTIP soll kein klassisches Freihandelsabkommen werden. Neben dem Abbau von Zöllen wollen die EU und USA vor allem nicht-tarifäre Handelshemmnisse beseitigen. Zudem soll TTIP zahlreiche Handels-Plus-Themen umfassen: Neben der öffentlichen Auftragsvergabe und Wettbewerbsfragen gehört dazu auch ein Kapitel zu Investitionen, das sowohl Marktzugangsfragen als auch dem Schutz von Investitionen gewidmet sein soll. Besonders umstritten ist die Schaffung eines in Investitionsabkommen üblichen Investor-Staat-Streitbeilegungsverfahrens (Investor-State Dispute Settlement – ISDS). Kritiker fürchten, dass US-Investoren mit Hilfe von ISDS europäische oder auch deutsche Gesetzgebung etwa im Umwelt- und Sozialbereich anfechten könnten. Kontrovers diskutiert wird darüber hinaus der Anspruch auf Kompensation bei schleichender oder »indirekter« Enteignung, etwa wenn eine Gesetzesänderung den Wert einer Investition bzw. eines Investors mindert.

Nicht nur Umwelt- und Menschenrechtsorganisationen lehnen ISDS vehement ab. Auch Gewerkschaften stehen einem Investitionskapitel in TTIP kritisch gegenüber. Sowohl die Grünen im deutschen Bundestag als auch große Teile der

* Dr. Stormy-Annika Mildner ist Leiterin der Abteilung Außenwirtschaftspolitik des BDI.

** Elizabeth Johnson ist Fellow der Robert Bosch Stiftung.

*** Dr. Christoph Sprich ist Referent in der Abteilung Außenwirtschaftspolitik des BDI.

SPD-Fraktion fordern einen Neustart der TTIP-Verhandlungen – und zwar ohne Investitionsschutz und ISDS. Auch unter TTIP-Befürwortern mehren sich kritische Stimmen: Die transatlantischen Investitionsbeziehungen funktionierten so gut, dass Investitionsschutz nicht notwendig sei, argumentieren die einen. Andere befürchten, Investitionsschutz unter TTIP könnte ein schlechtes Vorbild für zukünftige Investitionsschutzverträge werden. Denn TTIP wäre gespickt mit Ausnahmen. Würde TTIP zum neuen Standard, wären Investoren weitaus schlechter geschützt, als dies unter bestehenden deutschen IFV der Fall gewesen wäre.

Die EU-Kommission nimmt diese Kritik sehr ernst. Ende Januar setzte sie die TTIP-Verhandlungen über Investitionen vorerst aus. Ende März 2014 leitete sie ein öffentliches Konsultationsverfahren ein. Das Konsultationsverfahren soll Anfang Juli abgeschlossen werden. Ist die Kritik berechtigt? Sollte das ‚I‘ in TTIP gestrichen werden? IFV sind ein wichtiges Instrument, um Direktinvestitionen im Ausland (ADI) zu fördern, indem Investoren vor Risiken abgesichert werden und über Schiedsverfahren die Schlichtung von Investitionsstreitigkeiten ermöglicht wird. IFV sind ursprünglich entstanden, um Investitionen in weniger entwickelte Länder mit schlecht funktionierenden Rechtssystemen zu schützen. Aber auch in einem Abkommen mit einem hoch entwickelten Land wie den USA, welches ein verlässliches Rechtssystem besitzt, ist es sinnvoll, Investitionsschutz zu verhandeln. Anstatt ISDS kategorisch abzulehnen, geht es vielmehr darum, bestehende Verfahren zu verbessern. TTIP bietet eine Chance dafür, die nicht ungenutzt bleiben sollte.

Investitionsschutzverträge – nichts Neues im internationalen Wirtschaftsrecht

Frühe Vorläufer der modernen Investitionsschutzabkommen waren Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsverträge zwischen einzelnen Staaten. Während diese Abkommen zwar bereits teilweise Regeln zum Schutz von Investitionen enthielten, boten sie noch keinen Mechanismus, um Streitigkeiten beizulegen. Den weltweit ersten modernen IFV schloss Deutschland im Jahr 1959 mit Pakistan. Doch auch die erste Generation von IFV der 1950er bis 1980er Jahre enthielt noch kein ISDS-Verfahren, wie wir es heute kennen. In den späten 1980er und frühen 1990er Jahren explodierte dann nicht nur die Zahl von IFV. Die neuen IFV enthielten neben den wesentlichen Schutzstandards nun auch Investor-Staat-Schiedsverfahren. Grund hierfür war zum einen die Schuldenkrise Lateinamerikas, in der deutlich wurde, welchen politischen Risiken ausländische Investoren ausgesetzt sind, und zum anderen das Ende des Ost-West-Konflikts und die Öffnung der Märkte der Transformationsländer. Im Jahr 2012 gab es 3 196 internationale Investitionsabkommen weltweit. Deutschland verfügt mit 131 aktiven IFV weltweit über die größte Anzahl dieser Verträge.

Schon lange werden IFV nicht mehr nur zwischen Industrie- und Entwicklungsländern geschlossen. Auch Industrieländer unterhalten IFV untereinander – das Nordamerikanische Freihandelsabkommen (NAFTA) zwischen den USA, Kanada und Mexiko ist ein genauso prominentes Beispiel hierfür wie der Energiecharter-Vertrag. Ebenso schließen Schwellen- und Entwicklungsländer untereinander IFV ab.

Zu den wesentlichen Schutzstandards von IFV gehört an erster Stelle der Schutz vor Diskriminierung. Das Prinzip der Inländerbehandlung (*national treatment*) verlangt, dass ein Investor des Vertragspartners grundsätzlich nicht schlechter behandelt werden darf als ein einheimischer Investor. Das Prinzip der Meistbegünstigung (*most favored nation treatment*) verbietet eine Schlechterstellung eines ausländischen Investors gegenüber anderen ausländischen Investoren. Zweitens wird der Investor vor kompensationsloser direkter und indirekter Enteignung geschützt. Eine Enteignung ist nur dann gestattet, wenn die zur Enteignung führende Maßnahme in einem angemessenen Verhältnis zum öffentlichen Interesse vorgenommen wird, nicht-diskriminierend und transparent ist sowie zügig, angemessen und effektiv kompensiert wird. Drittens schützt ein IFV vor unbilliger und ungerechter Behandlung. Die Behandlung ist beispielsweise nicht billig und gerecht, wenn dem Investor der Zugang zum nationalen Rechtsweg verweigert wird, er politisch unter Druck gesetzt wird und die Regierungsentscheidungen intransparent sind. Viertens wird der freie Transfer von Kapital garantiert. Die meisten IFV sehen Schiedsverfahren zur Schlichtung von Investitionsstreitigkeiten vor.

Europäische und US-amerikanische IFV

Mit Inkrafttreten des Lissabon-Vertrags im Dezember 2009 ist die Regelungskompetenz für ausländische Direktinvestitionen von den EU-Mitgliedstaaten auf die Europäische Union übergegangen. Bisher hat die EU-Kommission noch kein eigenständiges Investitionsabkommen mit einem Drittstaat unterzeichnet. Daher sind die IFV der Mitgliedstaaten momentan noch die gültige Rechtsgrundlage. Die EU-Mitglieder unterhalten insgesamt 1 400 IFV. Im Oktober 2013 hat der Handelsministerrat der EU der Europäischen Kommission ein Mandat zur Verhandlung über ein Investitionsschutzabkommen mit China erteilt. Regeln über Investitionsschutz und Marktzugang sollen zudem Eingang in mehrere präferenzielle Handelsabkommen, die die EU zurzeit verhandelt, finden. Das Abkommen mit Kanada (*Comprehensive Economic and Trade Agreement*, CETA), das in den kommenden Monaten unterzeichnet werden soll, ist das erste Handelsabkommen der EU, das ein umfassendes Investitionskapitel enthält.

Die USA haben bis zum jetzigen Zeitpunkt 47 bilaterale Investitionsabkommen (BITs; im September 2012 waren da-

von 41 Abkommen aktiv) sowie zwölf Freihandelsabkommen (FTAs) geschlossen, welche Regeln zu Investitionen enthalten. Wie die EU verhandeln auch die USA ein IFV mit China. Auch in das transpazifische Partnerschaftsabkommen (TPP) soll ein Investitionskapitel integriert werden. Mit Deutschland unterhalten die USA bislang kein IFV. Allerdings haben sie IFV mit einer Reihe von neueren EU-Mitgliedstaaten unterzeichnet: Polen (1990), Bulgarien (1992), der Tschechischen Republik (1991), der Slowakei (1991), Rumänien (1992), Estland (1994), Lettland (1995), Kroatien (1996) und Litauen (1998).

Die USA verhandeln ihre Investitionsabkommen auf der Grundlage eines Modellvertrags (*U.S. Model Bilateral Investment Treaty*, kurz Model-BIT). Dieser wurde mehrmals überarbeitet, beispielsweise im Jahr 2004, nachdem es unter NAFTA zu einem starken Anstieg von ISDS-Fällen und erheblicher öffentlicher Kritik gekommen war. In der Folge wurden unter anderem die Verfahrensregeln für ISDS genauer definiert, Regeln für mehr Transparenz hinzugefügt und die Präambel um Umwelt- und Arbeitsstandards ergänzt. 2012 wurde das Model-BIT erneut überarbeitet: Regelungen für den Umgang mit Staatsunternehmen wurden verschärft, die Möglichkeiten für US-Unternehmen, im Gastland bei der Ausarbeitung neuer Standards mitzuwirken, erweitert, neue Anforderungen für transparentes Regieren etabliert und das Verbot von Leistungsanforderungen ausgebaut. Letzteres soll verhindern, dass ein Gastland bestimmte Leistungen von ausländischen Investoren fordern kann (wie beispielsweise den Zugang zu bestimmten Technologien). Auch wurden im Model-BIT neue Arbeits- und Umweltstandards festgeschrieben. Anders als die meisten IFV der EU-Mitgliedstaaten legen US-BITs schon heute einen stärkeren Schwerpunkt auf Marktzugang. Sie folgen dem *Right-of-Establishment*-Modell. Demnach untersagt das Investitionsabkommen bereits für die *Pre-Establishment*-Phase, also bevor die Investition getätigt worden ist, »bezüglich der Etablierung, der Übernahme, dem Management, der Führung, der Betätigung, dem Verkauf« eine Diskriminierung ausländischer Investoren. Für europäische IFV ist hingegen bislang das *Admission-Clause*-Modell charakteristisch. Demnach greift der im Vertrag festgelegte Schutz erst nach der Tätigkeit einer Investition. CETA zeigt gleichwohl, dass auch die EU Marktzugangsfragen in zukünftigen Investitionsabkommen angehen will, auch wenn die Reichweite des Schutzes auf die *Pre-Establishment*-Phase noch nicht genau ausbuchstabiert ist.

Sowohl Investoren aus EU-Mitgliedstaaten als auch den USA nutzen ISDS aktiv. Die meisten der bis einschließlich 2012 weltweit erfassten 514 ISDS-Fälle wurden von US-Klägern initiiert (123 Fälle bzw. 24% aller bisher erfassten Fälle). Nimmt man alle EU-Mitgliedstaaten zusammen, sind Investoren aus der EU die häufigsten Kläger. Innerhalb der EU

nutzten deutsche Investoren solche Schiedsinstanzen nach britischen und niederländischen Investoren am häufigsten. Deutsche Investoren haben bisher insgesamt 27-mal geklagt. Verklagt wurde Deutschland bis heute zweimal (beide Male von Vattenfall). Gegen die USA richteten sich laut UNCTAD bislang 15 Verfahren, von denen sich alle auf einen Verstoß gegen das Investitionsschutzabkommen im NAFTA bezogen.¹

Warum das »I« in TTIP?

Investitionen – Motor und Rückgrat des transatlantischen Marktes: Die Dynamik im transatlantischen Markt liegt nicht im Handel von Gütern, sondern in den gegenseitigen Investitionen. Die USA sind das wichtigste Ziel für ausländische Direktinvestitionen (ADI) aus der EU: Im Jahr 2011 betrug der Bestand von ADI aus der EU in den USA 1 421,3 Mrd. Euro. 29% aller ADI-Bestände europäischer Investitionen finden sich somit in den USA.² Den größten Anteil aller ADI in den USA hielt 2011 Großbritannien (17% gefolgt von den Niederlanden und Deutschland (jeweils 9%).³ Investiert wird vor allem in die Bereiche Produktion, Finanzen/Versicherungen, Großhandel und Informationstechnik. Betrachtet man die entgegengesetzte Richtung der Investitionsströme, dann sind die USA nicht weniger wichtig als Investor in der EU. Im Jahr 2011 erreichten die ADI-Bestände aus den USA 1 344,3 Mrd. Euro, was 35% des gesamten ADI-Bestandes in der EU entsprach. US-Investitionen flossen vor allem in Finanzdienstleistungen, gefolgt von der Produktion (insbesondere Herstellung von Computern, Elektronik und optischen Produkten).⁴

Marktzugang: So eng wie die EU und die USA auch miteinander verflochten sind, treffen Investoren doch immer wieder auf Hemmnisse im Partnerland. Die OECD unterteilt Investitionsbarrieren grob in drei Kategorien: erstens Beschränkungen des ausländischen Kapitaleigentums; zweitens obligatorische Untersuchungs- und Genehmigungsverfahren und drittens operative Beschränkungen wie die Begrenzung der Zahl ausländischer Staatsangehöriger, die in Tochterunternehmen arbeiten. Investitionsbarrieren finden sich in den USA in zahlreichen Sektoren, beispielsweise in der Schiff- und Luftfahrt, dem Bergbau, der Energiegewinnung, der Kommunikation oder auch dem Bankenwesen. Nach US-Recht müssen beispielweise 75% der Stimmrechtsanteile von US-Fluggesellschaften von US-Bürgern gehalten wer-

¹ UNCTAD Databased of Treaty-Based Investor-State Dispute Settlement Cases (Pending and Concluded), online verfügbar unter: <http://iadbcases.unctad.org/>, aufgerufen am 28. Februar 2014.

² Eurostat, »Foreign Direct Investment Statistics«, online verfügbar unter: http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics_explained/index.php/Foreign_direct_investment_statistics, aufgerufen am 10. März 2014.

³ Kevin Barefoot and Marilyn Ibarra-Caton, Direct Investment Positions for 2011. Country and Industry Detail, Bureau of Economic Analysis, Juli 2012.

⁴ Eurostat, »Foreign Direct Investment Statistics«, aufgerufen am 10. März 2014.

den. Auch US-Investoren stoßen im EU-Markt auf zahlreiche Marktzugangsbarrieren. Die meisten Hemmnisse finden sich auch hier im Dienstleistungssektor, allen voran im Verkehr, in der Telekommunikation, bei Finanzen und Elektrizität. TTIP wird nicht alle diese Barrieren beseitigen können. Indem TTIP den Schutz von Investitionen auf die *Pre-Establishment*-Phase ausdehnt, wird jedoch die Basis für eine größere Offenheit im transatlantischen Markt geschaffen.

Investitionsschutz: Auch wenn es wenig bekannte Fälle über Investitionsstreitigkeiten gibt, sind diese im transatlantischen Verhältnis alles andere als ausgeschlossen. So ist weder garantiert, dass Rechte aus Investitionsabkommen von nationalen Gerichten tatsächlich angewendet werden, noch dass sie Vorrang gegenüber nationalen Gesetzen erhalten. Es könnte also sein, dass ein europäischer Investor in den USA, der sich auf eine Vereinbarung im Rahmen von TTIP beruft, vor einem US-Gericht keinen Erfolg hat. Ein Investitionskapitel würde den notwendigen Schutz auch für die Zukunft garantieren. Gerade aus Sicht der USA ist dies ein wichtiges Anliegen, bewerten sie die Investitionssicherheit doch nicht in allen EU-Mitgliedstaaten als gleichermaßen hoch wie in Deutschland. Für EU-Länder, die bereits IFV mit den USA unterhalten, wäre TTIP schließlich eine Chance, die alten IFV durch ein verbessertes Abkommen abzulösen.

Reformen im Investitionsschutz: IFV haben sich bewährt. Gleichwohl gibt es Reformbedarf. Der Handelsvertrag der EU mit Kanada trägt dem Rechnung, auch wenn für TTIP noch einmal nachgebessert werden sollte. Die Kommission will zukünftig ungerechtfertigte beziehungsweise unseriöse Klagen (*frivolous claims*) rigoros unterbinden. Nicht nur sollen laut CETA Informationen über die Registrierung, Einleitung, Beendigung sowie Art der Beendigung eines Schiedsverfahrens veröffentlicht werden. Auch soll die Öffentlichkeit umfangreicher über laufende Schiedsverfahren informiert werden. Grundsätzlich wird ein transparentes Auswahlverfahren der Richter, Veröffentlichung von Dokumenten und Zugang zu den Anhörungen vorgesehen. Ein »Code of Conduct« für Richter des Schiedsverfahrens soll Leitplanken für die Streitschlichtung setzen. Zentrale Begrifflichkeiten wie indirekte Enteignung werden in CETA präziser definiert. Auch die Möglichkeit eines Berufungsmechanismus ist im Vertragstext angelegt. Schließlich soll CETA eine bessere Balance von Investorenschutz und dem Recht von Staaten, im öffentlichen Interesse Gesetze etwa im Bereich des Umwelt-, Gesundheits-, Klima- und Verbraucherschutzes zu erlassen (*right to regulate*), herstellen. Vieles davon findet sich bereits in US-Investitionsschutzabkommen. Beispielsweise betonen diese das *right to regulate*. Auch die USA haben ein Interesse daran, einen besseren Standard für den Investitionsschutz zu etablieren. Denn nur so kann die Legitimität des Systems gewahrt werden. Dies ist wichtiger denn je, haben doch bereits einige Länder IFV aufgekündigt (Südafrika, Bolivien und Ecuador) oder denken ernsthaft darüber

nach, dies zu tun. Ein transatlantisches Abkommen wäre ein wichtiges Signal für diese Länder.

Schaffung eines globalen Standards: Anders als für den Handel von Gütern und Dienstleistungen, der den strengen Vorschriften der Welthandelsorganisation (WTO) unterliegt, gibt es für ADI kein vergleichbares multilaterales Regelwerk. Versuche, ein Multilateral Investment Agreement (MAI) unter dem Dach der OECD abzuschließen, scheiterten Ende der 1990er Jahre. Investitionsregeln waren zwar zunächst Teil der Doha-Verhandlungsrunde der WTO, wurden jedoch auf Wunsch der Entwicklungs- und Schwellenländer 2003 von der Agenda gestrichen. Sicherlich wäre ein multilaterales Investitionsabkommen, ähnlich der WTO, bilateralen Verträgen vorzuziehen. Erfolgversprechend wären Verhandlungen im aktuellen Klima hingegen nicht. Ein Investitionsvertrag mit den USA könnte somit ein wichtiger Zwischenschritt hin zu einem verbesserten multilateralen Investitionsschutz sein. Einigten sich die EU und USA auf einen gemeinsamen Standard für zukünftige IFV, könnte dies dem Trend einer steigenden Zahl unterschiedlicher IFV mit unterschiedlichen Regeln entgegenwirken. Je stärker das Recht weltweit angeglichen ist, desto ungehinderter kann im Ausland investiert werden. Zudem können gemeinsame Grundsätze die Verhandlungsmacht der EU und der USA gegenüber Drittländern stärken und den transatlantischen Partnern helfen, ihre Ordnungsvorstellungen international durchzusetzen. Das Ergebnis der TTIP-Verhandlungen wird auch das Investitionsabkommen mit China beeinflussen. Daher braucht TTIP ein starkes Investitionskapitel.

Literatur

Gerstetter, Chr. und N. Meyer-Ohlendorf (2014), *Investor-State Dispute Settlement under TTIP – a Risk for Environmental Regulation?*, Heinrich-Böll-Stiftung, Berlin.

Krajewski, M. (2014), »Die Konsultation der EU-Kommission zum Investitionsschutz: Was lernen wir daraus über die TTIP-Verhandlungen?«, *Verfassungsblog* 27. Mai.

Mildner, St.-A. und S. Mair (2013), *Im Schulterschluss für offene Märkte und Investorenschutz. Transatlantische Prinzipien für internationale Investitionsabkommen*, SWP-Aktuell/A 15, Februar.

Mildner, St.-A. und Chr. Sprich (2014), *Schutz europäischer Investitionen im Ausland: Anforderungen an Investitionsabkommen der EU*, BDI Positionspapier, März.

Schriell, St. (2014), »Internationaler Investitionsschutz und Verfassungsrecht«, *Verfassungsblog* 14. April.

Skovgaard Poulsen, L.N., J. Bonnitcha und J. Webb Yackee (2013), *Costs and Benefits of an EU-US Investment Protection Treaty*, LSE Enterprise.

UNCTAD (2014), *Recent Developments in Investor-State Dispute Settlement (ISDS)*, IA Issue Note No. 1.



Stefan Beck*



Christoph Scherrer**

Investitionsschutzklauseln: Privilegierung von Konzernen auf Kosten der Demokratie

In den Diskussionen zum geplanten transatlantischen Handels- und Investitionsabkommen (TTIP) schält sich ein Verhandlungsgegenstand als besonders problematisch aus zivilgesellschaftlicher Sicht heraus: eine Investor-Staat-Streitschlichtung. Ein solches außergerichtliches Streitschlichtungsverfahren ermöglicht ausländischen Investoren gegen Staaten zu klagen, und zwar wenn ihre Profiterwartungen aufgrund einer geänderten Gesetzeslage oder Verwaltungsbestimmung beeinträchtigt werden. Ein solches Klagerecht findet sich bereits in den meisten der ca. 3 000 zwischenstaatlichen Investitionsschutzabkommen. Ursprünglich waren solche Investitionsschutzabkommen mit Staaten mit geringer Rechtssicherheit und für definierte Tatbestände vereinbart worden. Seit geraumer Zeit sind die zur Klage berechtigten Tatbestände ausgeweitet worden: Ging es früher vornehmlich um willkürliche Enteignungen oder Diskriminierung von Seiten staatlicher Autoritäten, so werden die Investitionsabkommen in jüngerer Zeit vermehrt gegen demokratische Regelungen, die dem öffentlichen Interesse dienen sollen – d.h. sich nicht unmittelbar gegen das betreffende Unternehmen richten – und nationalem Recht entsprechen, in Anschlag gebracht. Zudem werden solche Abkommen auch zunehmend zwischen Staaten mit hoher Rechtssicherheit ratifiziert: zum Beispiel im Rahmen des nordamerikanischen Freihandelsabkommens zwischen den USA und Kanada (NAFTA), zwischen Hongkong und Australien und im Energiebereich zwischen 47 europäischen und zentralasiatischen Ländern. Derzeit streben die US-Regierung und die EU-Kommission im Rahmen des TTIP die Vereinbarung eines solchen Unternehmensklagerechtes außerhalb der jeweiligen staatlichen Justiz an.

Als Standards für die Behandlung ausländischer Anbieter strebt die EU an, »unzumutbare«, willkürliche und diskrimi-

nierende Formen der Behandlung auszuschließen und die Prinzipien der Inländerbehandlung sowie Meistbegünstigung festzuschreiben. Nach dem Prinzip der Inländerbehandlung müssen ausländische und inländische Anbieter gleich behandelt werden; die Meistbegünstigung verpflichtet einen Staat, alle handelspolitischen Vergünstigungen, die einem Staat gewährt wurden, allen anderen Staaten ebenfalls einzuräumen. Neben Fragen der Sicherheit soll sich der Investitionsschutz auf Formen einer direkten und indirekten Enteignung, einschließlich des Rechts auf angemessene Entschädigung und ungehinderte Kapitalflüsse erstrecken. Der Investitionsschutz soll durch ein unabhängiges Investor-Staat-Streitschlichtungssystem und ein zwischenstaatliches Streitschlichtungssystem sowie durch eine Rahmenbestimmung sichergestellt werden. Insbesondere das Investor-Staat-Schlichtungsverfahren soll die Unternehmen vor ungerechtfertigten Ansprüchen schützen. Ein solches Verfahren ist erstmals von der EU im Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) mit Kanada vereinbart, aber noch nicht ratifiziert worden.

Sprunghafter Anstieg von Investor-Staat-Streitschlichtungsverfahren

Bisher haben Handelsabkommen mit wenigen Ausnahmen, insbesondere NAFTA, den Investoren eine solche Klagemöglichkeit nicht gewährt. Sie können sich derzeit entweder an die Gerichte im Gastland wenden oder ihre Heimatregierung auffordern, ihr Anliegen gegenüber der Regierung des Handelspartners vorzutragen und gegebenenfalls ein Staat-zu-Staat-Streitschlichtungsverfahren anzustrengen. Die Klagemöglichkeit vor einem internationalen Schiedsgericht gewähren jedoch bereits bilaterale Investitionsschutzabkommen. Sie bestehen zumeist zwischen einem reichen und einem armen Land und sind Ausdruck des Misstrauens gegenüber der Justiz im armen Land. In den Ländern der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD) kann von einem funktionierenden Rechtssystem ausgegangen werden. In Europa besteht zudem die Möglichkeit, den Gerichtshof der Europäischen Union anzurufen.

Bei den derzeitigen Schiedsstellen unter Aufsicht des zur Weltbank-Gruppe gehörenden International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) oder nach der Schiedsordnung des UN Committee on International Trade Law (UNCITRAL) handelt es sich um nicht-öffentliche, oft intransparente Verfahren, deren Schlichter oder Anwälte nicht hoheitlich oder demokratisch legitimiert sind. Die Schlichter und Anwälte der großen Mehrzahl der Verfahren rekrutieren sich aus nur rund 20 großen, international agierenden Kanzleien, die sich quasi abwechseln und die Rollen tauschen. Diese Kanzleien pflegen nicht nur enge Beziehungen zu den großen Unternehmen, sondern »scannen« nati-

* Dr. Stefan Beck ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Fachgebiet Globalisierung und Politik an der Universität Kassel.

** Prof. Dr. Christoph Scherrer ist Leiter des Fachgebiets Globalisierung und Politik an der Universität Kassel.

onale Politiken und Regulierungsvorhaben auf erfolgversprechende Klagemöglichkeiten, unterbreiten entsprechende Vorschläge und refinanzieren die Klage über den Finanzmarkt. Entsprechend den hohen Streitwerten bis hin zu Beträgen über einer Milliarde Euro sind die Honorare der beteiligten privaten Richter und Schlichter mit 1 000 bis 3 000 US-Dollar pro Stunde enorm. Daher ist es plausibel, dass die Kanzleien ein Eigeninteresse an der Initiierung solcher Verfahren haben, wobei ein erfolgreicher Abschluss, das heißt die Durchsetzung von Forderungen, der Nachfrage dienlich sein dürfte. Da die Schlichter in anderen Verfahren als Anwälte tätig sind, kann nicht ausgeschlossen werden, dass sie die vor ihnen liegenden Fälle zugunsten ihrer Klienten in anderen Verfahren entscheiden. Da den Schiedsgerichten keine Instanz übergeordnet ist, kommt Präzedenzfällen eine große Bedeutung zu. Ein prominenter Anwalt in Streitschlichtungsverfahren, George Kahale, bezeichnet diese als Orte, »wo die Schlichter ohne Angst vor einem Berufungsgericht ihren präferierten Rechtsschulen folgen oder gar Recht erfinden« (Thomson 2014; Übersetzung ChS). Inkonsistenz und Widersprüchlichkeit wird diesen Verfahren auch von anderen bescheinigt (vgl. z.B. Gerstetter und Meyer-Ohlendorf 2013). Angesichts einiger Fälle von Schiedssprüchen, die nachweislich auf juristischen Fehlern beruhten, konstatiert Kahale zudem, dass »das Verhalten der Schlichter völlig unakzeptabel für einen Bundesrichter in den USA wäre« (Thomson 2014). Ohne Berufungsinstanz kann Unrecht auch nicht korrigiert werden.

Seit dem Jahr 2000 haben solche Verfahren sprunghaft zugenommen, Ende 2012 waren 500 Verfahren anhängig. US-amerikanische und europäische Unternehmen führen den Trend an. Beispielsweise klagte ein europäischer Investor vor dem ICSID gegen Südafrika, weil er sich durch die Fördermaßnahmen für schwarze Geschäftsleute diskriminiert sah. Das Urteil entband den Investor faktisch von den südafrikanischen Auflagen und bescherte der Regierung Rechtskosten in Höhe von 5 Mill. Euro. Auf beiden Seiten des Atlantiks gibt es rund 75 000 Tochterunternehmen, die – hypothetisch betrachtet – im Gefolge eines entsprechenden Abkommens den jeweiligen Investitionsstandort verklagen könnten.

Skepsis bezüglich Legitimation, Transparenz und Unabhängigkeit

Angesichts des hohen Maßes an Rechtsstaatlichkeit im transatlantischen Raum stellt sich die Frage, warum die EU den Investoren eine solche zusätzliche Klagemöglichkeit verschaffen möchte. In ihren handelspolitischen Verlautbarungen betont die EU-Generaldirektion Handel immer wieder die Notwendigkeit, zur Förderung des Handels staatliche Regelungen zu beschränken. Konkret begründet die EU die Forderung nach einem Investor-Staat-Streitbeilegungsme-

chanismus mit einigen Fällen, in denen US-Gerichte ausländische Firmen nicht fair behandelt hätten und dass generell internationale Abkommen in den USA vor Gericht keine Beachtung fänden. Eine Studie des Juristen Jan Kleinheisterkamp von der London School of Economics hat diese Fälle genauer untersucht und kommt zu dem Ergebnis, dass zum einen internationale Verpflichtungen der USA vor US-Gerichten sehr wohl zur Anwendung kommen und dass zum anderen die konkret genannten Fälle eher mehr Zweifel an der Effizienz und Angemessenheit von Investorenschiedsgerichten aufkommen lassen als an der US-Justiz (vgl. Kleinheisterkamp 2014, S. 3).

Der verantwortliche Redakteur für Wirtschaft der Frankfurter Allgemeinen Zeitung, Rainer Hank, hat in einem Kommentar zum TTIP mit dem bezeichnenden Titel »Demokratie ist überbewertet« behauptet: »Tatsächlich wertet der ›Investitionsschutz‹ damit den Rechtsstaat als höheres Gut als im Vergleich zur Demokratie« (8. Juni 2014). Dabei übersieht er, dass solche Streitschlichtungsverfahren eben nicht rechtsstaatlichen Prinzipien genügen. Recht hat er allerdings, dass der geplante Investorenschutz die Demokratie einschränkt. Denn in den Investor-Staat-Streitschlichtungsverfahren steckt auch Drohpotenzial gegen staatliche Regulierungsmöglichkeiten. Die Androhung einer Klage kann staatliche Stellen von der Setzung neuer Regeln abhalten, wenn die entsprechenden staatlichen Körperschaften keine hohen Entschädigungszahlungen riskieren wollen. Die Klage von Phillip Morris gegen die Antirauchergesetze in Australien hat in Neuseeland zur Rücknahme eines entsprechenden Gesetzesentwurfs geführt (vgl. Poulsen et al. 2013). Zwar verspricht die EU, Regeln im legitimen öffentlichen Interesse von einem solchen Verfahren auszunehmen, doch die Bestimmungen darüber, was ein »legitimes« öffentliches Interesse darstellt oder was als »indirekte« Enteignung angesehen werden kann, sind unpräzise formuliert. Die bisherige Auslegung in Schiedssprüchen hing von der jeweils präferierten Rechtsdoktrin ab (vgl. Gerstetter und Meyer-Ohlendorf 2013).

Eine indirekte Enteignung kann etwa vorliegen, wenn sich staatliche Maßnahmen nicht direkt gegen den Investor richten, als Nebeneffekt jedoch den Wert der Investition beeinträchtigen. Was eine »legitime« Beeinträchtigung darstellt, ist auslegungsoffen und interessenabhängig. Gerade sozial- und arbeitsrechtliche Regelungen der deutschen Gesetzgebung, aber auch Vereinbarungen der Sozialpartner könnten künftig als investitionsschädigend betrachtet werden – im Bereich des Arbeitsrechts etwa (erweiterte) Mitbestimmungsrechte der Belegschaft, höhere Tarifabschlüsse o. Ä., die als (nachträgliche) Beeinträchtigung und Verletzung der unternehmerischen Investitionsfreiheit gewertet werden könnten. Im Bereich des Sozialrechts könnten z.B. gesetzliche Vorgaben zur Gewährleistung der existentiellen Grundversorgung der Bevölkerung mit Wasser- und Sanitärleis-

tungen zu sozial verträglichen (niedrigen) Preisen als investitionsschädigend betrachtet werden.

Die Bewertung des Umfangs einer Beeinträchtigung ist ebenfalls mit Unsicherheiten behaftet: Erstens werden Unternehmensinterna über Produktionsabläufe, Bewertungspraxen oder Investitionsentscheidungen nicht offengelegt; zweitens sind zukünftige Marktentwicklungen essenziell mit Ungewissheit behaftet; drittens unterliegt die Bewertung von Unternehmen und Investitionen erheblichen Schwankungen und ist – wie Übernahmekämpfe zeigen – manipulierbar. Je größer das Auslegungsspektrum ist, desto bedeutsamer werden die Qualitäten des Verfahrens, zum Beispiel was Legitimationsgrundlage, Transparenz und Unabhängigkeit angeht. Hinsichtlich dieser Kriterien ist erhebliche Skepsis gegenüber den Investor-Staat-Schlichtungsverfahren angebracht.

Ein reformiertes Streitschlichtungssystem?

Auf die weitverbreitete Kritik reagiert die EU-Kommission mit Vorschlägen zur Verbesserung des Investor-Staat-Schiedsgerichtsverfahren. Ersten sollen die Investitionsschutzregeln klarer definiert werden. Dies soll ungerechtfertigte Klagen verhindern. Zweitens soll die Transparenz der Schiedsgerichtsverfahren erhöht werden. Das Auswahlverfahren der Richter soll transparenter werden, der Zugang zu den Anhörungen und den Dokumenten soll erleichtert werden. Für die Schlichter sollen Leitlinien erlassen werden.

Damit ändert die Kommission allerdings nichts Grundsätzliches an der Investitionsschiedsgerichtspraxis. Rechtsprofessor Krajewski hat im Auftrag der grünen Bundestagsfraktion die Reformvorschläge analysiert und dabei insbesondere positiv den Ausschluss von Klagemöglichkeiten von sog. Briefkastenfirmen hervorgehoben. Doch die Privilegierung ausländischer Investoren durch einen Sonderrechtsschutzmechanismus, der die »Regulierungsautonomie des Staates einschränken kann« (Krajewski 2014, S. 13), bleibt bestehen. Ad hoc einberufenen, nicht ordentlich konstituierten, Schiedsgerichten wird die Möglichkeit eingeräumt, staatliche Maßnahmen zu überprüfen. Darin sieht Krajewski weiterhin erhebliches Droh- und Druckpotenzial. Dieses Potenzial wird auch nicht dadurch gemindert, dass Staaten durchaus auch Klagen gewinnen, denn wie Kahale zur Recht sagt, sind solche gewonnenen Fälle wenig aussagekräftig, da »viele dieser Klagen völlig substanzlos waren« (Thomson 2014, Übersetzung ChS).

Keine Begründung für Investor-Staat-Streitschlichtungssysteme

Je häufiger es zu Klagen mit hohen Streitwerten und Kosten kommt, desto wahrscheinlicher ist, dass allein schon die

mögliche Androhung einer Klage prohibitive Wirkung auf die politischen Vertretungen entfaltet. Auf diese Weise werden demokratische, aber von Unternehmen abgelehnte Politikmaßnahmen nicht nur potenziell teuer, sondern von vornherein verhindert. Insofern können die Klagemöglichkeiten mittelbar Einfluss auf staatliche Regulierungen ausüben, und die Befürchtung, dass dadurch Umwelt-, Gesundheits-, oder Arbeitsstandards untergraben werden, ist nicht unbegründet. Zudem entziehen nicht erst die Aufwendungen bei Verfahrensniederlagen, sondern bereits die hohen Verfahrenskosten den Staaten Finanzmittel.

Insgesamt kann festgehalten werden, dass es für ein Investor-Staat-Streitschlichtungsverfahren zumindest im Fall demokratisch entwickelter und institutionell verlässlicher Rechtssysteme keine Begründung gibt.

Literatur

Gerstetter, Chr. und N. Meyer-Ohlendorf (2013), *Investor-state dispute settlement under TTIP – a risk for environmental regulation?*, The Ecologic Institute, Heinrich Böll Foundation TTIP Series.

Kleinheisterkamp, J. (2014), »Is there a Need for Investor-State Arbitration in the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)?« LSE Department of Law, online verfügbar unter: <http://ssrn.com/abstract=2410188>.

Krajewski, M. (2014), *Kurzgutachten zu Investitionsschutz und Investor-Staat-Streitbeilegung im Transatlantischen Handels- und Investitionspartnerschaftsabkommen*, 05/2014, für Bündnis 90/Die Grünen Bundestagsfraktion, Berlin.

Skovsgaard Poulsen, L.N., J. Bonnitcha und J. Webb Yackee (2013), *Costs and Benefits of an EU-US Investment Protection Treaty*, LSE Enterprise, online verfügbar unter: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/260380/bis-13-1284-costs-and-benefits-of-an-eu-usa-investment-protection-treaty.pdf.

Thomson, D. (2014), »Kahale calls for overhaul of BIT system, Global Arbitration Review«, 11 April, online verfügbar unter: <http://globalarbitrationreview.com/news/article/32567/kahale-calls-overhaul-bit-system/>.