

OSGOODE HALL LAW SCHOOL

LEGAL STUDIES RESEARCH PAPER SERIES

Research Paper No. 16

Volume 12, Issue 4, 2016

Zentrale Schwachstellen in den Vorschlägen der EU-Kommission zum Investitionsschutz in TTIP

Gus Van Harten

Die Publikation kann hier kostenfrei heruntergeladen werden:

<http://ssrn.com/abstract=2735076>

Weitere Veröffentlichungen und eine Publikationssammlung der Osgoode Hall Law School

Legal Studies Research Paper Series findet sich hier:

<http://www.ssrn.com/link/Osgoode-Hall-LEG.html>

Redaktion:

Hauptverantwortliche Redaktion: Carys J. Craig (Associate Dean of Research & Institutional Relations and Associate Professor, Osgoode Hall Law School, York University, Toronto)

Redaktion und Produktion: Kiana Blake (Osgoode Hall Law School, York University, Toronto)

Zentrale Schwachstellen in den Vorschlägen der EU-Kommission zum Investitionsschutz in TTIP

Gus Van Harten

Kurzzusammenfassung:

Im November 2015 hat die Europäische Kommission einen Entwurf für den Investitionsschutz im Abkommen zur EU-US Transatlantischen Handels- und Investitionspartnerschaft (TTIP) veröffentlicht.¹ Dieser Kommissionsvorschlag weist eine Reihe von Schwachstellen im Hinblick auf das System des Investitionsschutzes als auch hinsichtlich einiger Einzelaspekte auf. Diese Schwachstellen lassen insbesondere die Behauptung der Europäischen Kommission zweifelhaft erscheinen, sie habe das System der Investor-Staat-Schiedsverfahren (Investor-state dispute settlement, ISDS) reformiert und biete nun einen ausreichenden Schutz für das Staatliche Regulierungsrecht. Gleichzeitig verweisen diese Schwachstellen auf grundsätzliche Defizite in den Vorschlägen der Kommission zum Investitionsschutz in Abkommen wie dem TTIP. Mit dieser Analyse werde ich sechs zentrale Defizite darstellen.

Author(s):

Gus Van Harten

Osgoode Hall Law School

E: gvanharten@osgoode.yorku.ca

Zentrale Schwachstellen in den Vorschlägen der EU-Kommission zum Investitionsschutz in TTIP

Gus Van Harten
Ordentliches Fakultätsmitglied
Osgoode Hall Law School
18. November 2015

Kurzzusammenfassung:

Im November 2015 hat die Europäische Kommission einen Entwurf für den Investitionsschutz im Abkommen zur EU-US Transatlantischen Handels- und Investitionspartnerschaft (TTIP) veröffentlicht.¹ Dieser Kommissionsvorschlag weist eine Reihe von Schwachstellen im Hinblick auf das System des Investitionsschutzes als auch hinsichtlich einiger Einzelaspekte auf. Diese Schwachstellen lassen insbesondere die Behauptung der Europäischen Kommission zweifelhaft erscheinen, sie habe das System der Investor-Staat-Schiedsverfahren (Investor-state dispute settlement, ISDS) reformiert und biete nun einen ausreichenden Schutz für das staatliche Regulierungsrecht. Gleichzeitig verweisen diese Schwachstellen auf grundsätzliche Defizite in den Vorschlägen der Kommission zum Investitionsschutz in Abkommen wie dem TTIP. Mit dieser Analyse werde ich sechs zentrale Defizite darstellen.

1. ISDS lebt in den Kommissionsvorschlägen weiter

Der von der EU-Kommission verfolgte Ansatz zum Investitionsschutz beruhte von Beginn an auf dem zu Recht häufig kritisierten Verfahren der Investor-Staat-Streitbeilegung.² Im jüngsten Entwurf zu TTIP führt die Kommission eine neue

1 Europäische Union, *Transatlantic Trade and Investment Partnership – Trade in Services, Investment and E-Commerce (Chapter II – Investment)*, Für Verhandlungen mit den USA vorgesehener Entwurf (veröffentlicht am 12. November 2015) online: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf (zuletzt aufgerufen am 17. November 2015) (Kommissionsvorschlag) (in englischer Sprache). Dieser Entwurf könnte sich auf weitere ausstehende Abkommen wie das EU-Kanada Abkommen CETA (Comprehensive Economic Trade Agreement) und das EU-Singapur-Freihandelsabkommen auswirken.

2 ISDS wird berechtigterweise dafür kritisiert, dass zur verbindlichen Entscheidung über das öffentliche Recht und Politik betreffende Maßnahmen auf Schiedsverfahren zurückgegriffen wird. Aber auch die Verteilung von öffentlichen Mitteln an private Akteure steht in der Kritik. Die den meisten ISDS-Verfahren betreffen Gesetze, Regulierungen sowie gerichtliche und andere souveräne Entscheidungen, die die Zivilgesellschaft tangieren. In diesem, das öffentliche Recht betreffenden, Kontext widerspricht die Anwendung von Schiedsverfahren grundlegenden Prinzipien der demokratischen und öffentlichen Verantwortung, der Regulierungsfreiheit, der haushaltspolitischen Flexibilität sowie der richterlichen Unabhängigkeit und der prozeduralen Fairness. Für eine Besprechung dieser Aspekte, siehe Gus Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law* (Oxford: OUP, 2007) 'Kapitel 7; Gus Van Harten, *Sovereign Choices and Sovereign Constraints* (Oxford: OUP, 2013) Kapitel 1 und 4. (in englischer Sprache)

Kurzbezeichnung ein, um ISDS zu beschreiben: die neue Abkürzung ICS steht für ein „Investment Court System“.³

Trotz meiner anfänglichen Begeisterung über ICS beim Lesen der entsprechenden Pressemitteilung und obwohl die Details positive Elemente aufweisen, wurde mir nach einer Analyse des Entwurfstextes klar, dass mit dem ICS vor allem das bekannte ISDS-System umetikettiert wird. Zu viele Schwachpunkte, die ISDS aufweist, verbleiben in dem Entwurf – darunter auch Elemente, die den inakzeptablen Anschein der Befangenheit der ICS-„Richter“ erwecken. Auch sind die Bezeichnungen wie „Richter“ und „Gericht“ für Laien irreführend.

Besonders hervorzuheben ist, dass ICS-„Richter“ auch weiterhin ein finanzielles Interesse an zukünftigen ISDS-Verfahren hätten, da sie (lukrative) Tagessätze erhalten innerhalb eines Systems, in dem nur eine Seite – nämlich ausländische Investoren – klagen können.⁴ Die „Richter“ könnten weiterhin nach den gewöhnlichen ISDS Schiedsregeln tätig werden,⁵ wären nicht an die irgendwelche länderspezifischen Anforderungen für eine Ernennung ins Richteramt gebunden⁶ oder daran gehindert, nebenbei auch als Schiedsrichter in ISDS-Verfahren aufzutreten.⁷ Aufgrund der Aussage mancher Amtsträger, ISDS sei nun tot⁸, sehe ich mich veranlasst zu sagen, dass mich der Kommissionsvorschlag zu ICS dann an einen Zombiefilm erinnert.

Allerdings enthält der Vorschlag der Europäischen Kommission auch ein vielversprechendes Signal, denn offenbar setzt sich die Kommission für einen vollwertigen internationalen Gerichtshof ein, der ISDS in den geltenden Verträgen

3 Europäische Kommission, „Commission proposes new Investment Court System for TTIP and other EU trade and investment negotiations“, Pressemitteilung (16. September 2015) (in englischer Sprache).

4 Kommissionsvorschlag, siehe Fußnote 1, Section 3, Article 9(14) (Die Vergütung wird hier an die Anzahl der Fälle geknüpft. Dies geschieht unter Bezugnahme auf die großzügigen Tagessätze, die ISDS-Schiedsrichter gemäß den ICSID-Verordnungen erhalten.).

5 Kommissionsvorschlag, siehe Fußnote 1, Section 3, Article 6(2) (ermöglicht Investor-Staat-Klagen nach den klassischen Schiedsregeln: den ICSID-, den ICSID Additional Facility- und den UNCITRAL-Regelungen.).

6 Kommissionsvorschlag, siehe Fußnote 1, Section 3, Articles 9(4) und 10(7) (erleichtern durch die Hinzufügung der Kategorie „Juristen mit anerkannten Qualifikationen“ die Ernennung von Juristen, die kein Richteramt inne haben. Dies entspricht der bisherigen Praxis bei ISDS-Verfahren.).

7 Kommissionsvorschlag, siehe Fußnote 1, Section 4, Article 11(1) (vermeidet die Formulierung „Schiedsrichter“ („arbitrator“) bei der Auflistung der erlaubten Nebentätigkeiten der ICS-„Richter“.).

8 So beispielsweise D Vicenti, Pittella: „ISDS is dead, EU-Canada trade deal must be reopened“ *EurActiv.com* (3. Juli 2015).

ersetzen soll.⁹ Dennoch wird dieser Eindruck, wie unten erläutert wird, getrübt durch das von der Kommission geplante weitere Vorgehen.

2. Es besteht nach wie vor kein Anlass für Investitionsschutz in TTIP

Durch das Investitionsschutzsystem wird ausländischen Investoren ein besonderer Status, der im Grunde einer öffentlichen Subvention gleichkommt, zur Absicherung gegen klassische Risiken demokratischer Regulierungen eingeräumt. Mit TTIP schlägt die Europäische Kommission eine Ausweitung dieses Systems auf Länder mit einer verlässlichen, gut zugänglichen und unabhängigen Rechtsprechung vor, die den Investor-Staat-Schiedsverfahren weit überlegen ist.

Um die Ausweitung der Investor-Staat-Schiedsverfahren in diesen ungewöhnlichen Kontext zu rechtfertigen, wurden zahlreiche Argumente vorgebracht. Dennoch liefern diese Argumente meiner Meinung nach keine handfesten Beweise dafür, dass europäische oder US-Gerichte systematische Mängel aufweisen, um zu rechtfertigen, dass ausländischen Investoren ein so außergewöhnliches internationales Rechtsmittel gewährt wird.

So führt die Europäische Kommission an, dass ISDS zum Schutz von Investitionen kleiner und mittlerer Unternehmen (KMU) notwendig ist. Dennoch führt die Kommission weder ein Nachweis für die tatsächlichen Vorteile von ISDS für KMU an, noch finden dabei die erheblichen Kosten solcher Verfahren Erwähnung. So haben ISDS-Schiedsgerichte kleinen und mittleren Unternehmen in den bekannten Klagefällen beispielsweise nur einen geringen Anteil der Entschädigungen zugesprochen. Und für die überwiegende Mehrheit der KMU, die ein Investor-Staat-Verfahren angestrengt haben, überstiegen die damit verbundenen Rechts- und Verfahrenskosten die zugesprochenen Entschädigungen bei Weitem.¹⁰ Zudem verschlechtert sich die

9 Europäische Kommission, siehe Fußnote 3 („...die Kommission wird gemeinsam mit weiteren Staaten auf die Einrichtung eines permanenten Internationalen Investitionsgerichtshofes hinarbeiten. Dabei wird angestrebt, dass dieser Internationale Investitionsgerichtshof mit der Zeit alle Streitbeilegungsmechanismen bei Investitionsstreitigkeiten, die in EU-Abkommen, in Abkommen der EU-Mitgliedstaaten mit Drittstaaten sowie in Handels- und Investitionsabkommen zwischen Nicht-EU-Staaten enthalten sind, ersetzt. Dadurch würde die Effizienz, Einheitlichkeit und Legitimation des Streitbeilegungssystems für internationale Investitionen erhöht.“ (Hervorhebung durch den Autor).

10 G. Van Harten und P. Malysheuski, „Ordered financial transfers due to ISDS: Size and wealth of beneficiaries“ (dt.: „Durch ISDS zugesprochene Finanztransfers: Größe und Vermögen der Zahlungsempfänger“ Entwurf einer Studie für das PluriCourts-Projekt (in Vorbereitung) der Universität Oslo. Die durch den Kommissionsvorschlag eingeführten geringfügigen Anpassungen des ISDS-Verfahrens im Hinblick auf KMUs adressieren die folgenden Problembereiche unzureichend: Die im Vergleich eher geringeren Streitwerte in Verfahren, die KMUs anstrengen stehen in keinem Verhältnis zu den mit einer ISDS-Klage verbundenen Kosten. Der (aufgrund der finanziellen Leistungsfähigkeit erleichterte) Zugang zu ISDS für große Konzerne stellt für KMU und inländischen Investoren einen Wettbewerbsnachteil dar. Auch die finanzielle Abhängigkeit der ISDS-Schiedsrichter (und auch der ICS-„Richter“) von zukünftigen Klagen bevorteilt große internationale Konzerne, da diese mit größerer Wahrscheinlichkeit erneut auf ISDS zurückgreifen werden. Wenn die Kommission tatsächlich einen

Situation dadurch, dass inländische Investoren und Bürger gegenüber ausländischen Investoren benachteiligt werden, da sie kein Recht auf Schutz durch ISDS genießen. Gleichzeitig kann ISDS als Druckmittel gegen Regierungen eingesetzt werden, um große Konzerne oder extrem wohlhabende Privatpersonen zufrieden zu stellen. Somit verzerrt das System der Investor-Staat-Schiedsverfahren (demokratische) Willensbildungsprozesse und Marktbedingungen zugunsten von größeren ausländischen Akteuren, was sich negativ auf kleinere und inländische Unternehmen auswirkt.

Jeder Vorschlag, der wirtschaftlichen Akteuren – in diesem Fall den weltweit größten und finanzstärksten - Zugang zu speziellen Privilegien oder öffentlichen Beihilfen verschafft, bedarf einer tiefgründigen Rechtfertigung basierend auf deutlichen Vorteilen für das öffentliche Gemeinwohl. Das Fehlen einer solchen Rechtfertigung und Darlegung war von Beginn an ein Versäumnis des Kommissionsvorschlags zum Investitionsschutz.¹¹

3. Der Kommissionsvorschlag ist grundlegend unausgewogen

Die Kommission schlägt vor, ausländischen Investoren außergewöhnlich starke Rechte und Privilegien einzuräumen, ohne jedoch einklagbare Verpflichtungen ausländischer Investoren auszusprechen.¹² Auch hier liefert die EU-Kommission keine tiefergehende Begründung für eine Diskriminierung inländischer Investoren und Bürger gegenüber ausländischen Investoren.

Würde sich die Kommission einem ausgewogenen System verpflichtet sehen, würde sie zumindest sicherstellen, dass ISDS dafür genutzt werden könnte, ausländische Investoren bei einem Verstoß gegen Arbeits-, Umwelt-, Verbraucher- oder andere Standards zur Rechenschaft zu ziehen, sollten nationale oder europäische Institutionen keinen wirksamen Rechtsschutz garantieren.¹³ Doch der Kommissionsentwurf unternimmt keinerlei Schritte hinsichtlich eines solchen Ausgleichs.

wirksamen Schutz für KMU vor willkürlicher Behandlung im Ausland schaffen will, stehen dafür weitaus bessere Möglichkeiten als ISDS zur Verfügung. Die EU-Kommission könnte beispielsweise ein Versicherungsprogramm für politische Risiken für KMU einrichten, durch das die Gelder, die momentan in die Vergütung der ISDS-Anwälte und –Schiedsrichter fließen, tatsächlich den am stärksten betroffenen KMU zugutekommen.

11 G. Van Harten, “Comments on the European Commission’s Approach to Investor-State Arbitration in TTIP and CETA”, Osgoode Legal Studies Research Paper No 59/2014 (3. Juli 2014), online [abrufbar unter:]: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2466688.

12 Ebd.

13 Die Kommission stellte in ihrem Vorschlag die Effizienz der innerstaatlichen Institutionen aller Länder hinsichtlich des Schutzes ausländischer Investoren in Frage. Legt man diese Annahme der Kommission zu inländischen Institutionen zugrunde, könnten im Umkehrschluss diese nationalen Institutionen für die Durchsetzung von Investorenverpflichtungen ebenfalls unzureichend sein. Die

Die Lösung dieses Problems ist in meinen Augen klar. Die EU-Kommission sollte einklagbare Verpflichtungen ausländischer Investoren festlegen, indem dem Gaststaat oder einer betroffenen dritten Partei, wie Gewerkschaften oder betroffenen Gemeinden vor Ort, ermöglicht wird, gegen den ausländischen Investor zu klagen (oder noch einfacher, eine Gegenklage einzureichen), und *zwar innerhalb desselben Verfahrens*, das auch zur Durchsetzung des Investitionsschutzes dient.¹⁴ Will man die Ausgewogenheit der Kommissionsvorschläge testen, ist dies ein gutes Mittel. Gegenwärtig jedoch sind die Vorschläge der Kommission jedoch alles andere als ausgewogen.

4. Der Kommissionsvorschlag ist Gift für die staatliche Regulierungsfreiheit¹⁵

Die EU-Kommission hat sich dafür entschieden, das *Right to regulate* in den Entwurfstext mit aufzunehmen.¹⁶ Gleichzeitig enthält der Kommissionsvorschlag jedoch Formulierungen die die staatliche Regulierungsfreiheit in zukünftigen Streitfällen nicht zur Geltung kommen lassen werden:

- i. Die Formulierung des sogenannten *Right to regulate* wird in Artikel 2(1) beinhaltet eine Erforderlichkeitsprüfung für staatliche Entscheidungen, die durch die staatliche Regulierungsfreiheit geschützt sind. Während diese Überprüfung auf den ersten Blick sinnvoll erscheinen mag, wurde sie von der überwiegenden Mehrheit der mit dieser Materie beschäftigten Schiedsgerichte außerordentlich strikt angewandt.¹⁷ Wer die Praxis der Schiedsgerichte diesbezüglich kennt, sollte wissen, dass eine Erforderlichkeitsprüfung der sicherste Weg ist, es zu

Gewährung von wirksamen und durchsetzbaren Rechten für ausländische Investoren auf der einen Seite ohne entsprechender Verpflichtungen auf der anderen führt zu einem starken Ungleichgewicht.

14 Es ist besonders wichtig, dass diese Klagen innerhalb desselben Verfahrens möglich sind, da die Schiedssprüche für oder gegen ausländische Investoren somit jeweils international vollstreckbar sind.

15 Das *Right to regulate* beschreibt im internationalen Investitionsrecht staatliche Entscheidungsprozesse des demokratischen Gesetzgebers, der Exekutive und Judikative. Durch die Verwendung des Begriffes werden diese Institutionen in der staatlichen Prioritätensetzung dem Schutz ausländischer Investoren gleichgestellt. Vor diesem Hintergrund ist es bemerkenswert, dass die EU-Kommission bislang noch nicht einmal einen Hinweis auf das *Right to regulate* in den derzeit verhandelten Investitionskapiteln im EU-Kanada-Abkommen (CETA) und im Freihandelsabkommen mit Singapur aufgenommen hat.

16 Kommissionsvorschlag, siehe Fußnote 1, Section 2, Artikel 2(1) und 2(2). Der problematische Wortlaut aus Artikel 2(1) wird im Folgenden hervorgehoben: „Die Bestimmungen dieses Abschnitts berühren (engl.: „affect“) nicht das Recht der Vertragspartner, auf ihrem Hoheitsgebiet Maßnahmen zu ergreifen, die zur Erreichung legitimer politischer Ziele, wie den Schutz der öffentlichen Gesundheit, Sicherheit, der Umwelt, der Öffentlichkeit sowie Verbraucherschutz und die Förderung bzw. den Schutz der kulturelle Vielfalt, erforderlich sind.“ Die Artikel 2(3) und 2(4) enthalten zwar stärkere Formulierungen, die Entschädigungszahlungen aus ISDS-Verfahren ausschließen und nicht an eine Erforderlichkeitsprüfung binden; Diese Bestimmungen gelten aber lediglich für bestimmte Subventionen.

17 G. Van Harten, *Sovereign Choices and Sovereign Constraints* (Oxford: OUP, 2013), S. 66-68.

erschweren, dass ein Gesetz, eine Regulierung oder eine andere staatliche Entscheidung in den Schutz durch das *Right to regulate* fällt.¹⁸

- ii. Vor dem Hintergrund des klar formulierten Ausschlusses einer Schadensersatzpflicht der Staaten, die zwar in Artikel 2(4), aber nicht in Artikel 2(1) enthalten ist,¹⁹ wird deutlich, dass das *Right to regulate* in Artikel 2(1) Entschädigungen, die Investoren wegen der Einführung neuer Gesetze, Regulierungen oder anderer staatlicher Entscheidungen im Rahmen von ISDS-Verfahren zugesprochen werden, eben nicht ausschließen oder begrenzen kann. Die Diskrepanz zwischen den beiden Absätzen lässt eine große Regelungslücke im Kommissionsvorschlag entstehen, da Schadensersatzzahlungen und die damit einhergehende Belastung des Staatsbudgets²⁰ den Kern der Bedenken hinsichtlich der Schiedsverfahren und eines nicht ausreichenden Schutzes der staatlichen Regulierungsfreiheit ausmachen.
- iii. In ähnlicher Weise zeigt in Artikel 2(2) die Formulierung des staatlichen Rechts „die rechtlichen Rahmenbedingungen zu verändern“ im Kontext des Artikel 2(4) deutlich auf, dass Entschädigungszahlungen für rechtliche und regulatorische Veränderungen nicht ausgeschlossen oder beschränkt werden so wie Artikel 2(2) formuliert wurde.
- iv. Obwohl Artikel 2(2) Schiedssprüche für erwartete Gewinne scheinbar ausschließt, umfassen die oben unter den Punkten ii. und iii. erwähnten Entschädigungen üblicherweise Schadensersatzpflichten für nachvollziehbar erwartbare Gewinne von ausländischen Investoren.²¹ Wie bereits zuvor erläutert,

18 So wurde die Erforderlichkeitsprüfung angewandt, um Regulierungen an bestimmte Bedingungen zu knüpfen: Ein Staat darf beispielsweise nicht zu den Umständen, die die Verabschiedung eines neuen Gesetzes oder einer Regulierung erforderlich machte, beigetragen haben. Weiterhin muss ein Staat die den Investor am wenigsten belastende Maßnahme ergreifen (allerdings kann der Gesetzgeber nicht mit Sicherheit im Vorhinein wissen, wie das Schiedsgericht die unterschiedlichen politischen Optionen in einem Schiedsverfahren bewertet. Unternehmensjuristen werden gegen jegliche politische Entscheidung vorgehen, für die sich der Staat entscheidet). Ebd.

19 Die Möglichkeit, eine Verpflichtung zur Entschädigung außer Kraft zu setzen, wie sie in Artikel 2(4) explizit enthalten ist, fehlt vollständig in den Artikeln 2(1) und 2(2). Hier im Wortlaut: „Durch keine Bestimmung dieses Abschnitts darf eine Vertragspartei daran gehindert sein, eine Subvention einzustellen und/oder die Erstattung von Subventionszahlungen zu verlangen. Auch wird hierdurch keine staatliche Verpflichtung zur Entschädigung des Investors bei der Einstellung einer Subvention in Fällen verlangt, in denen eine Annex III angeführte zuständige Stelle eine solche Entschädigung ausgesprochen wurde.“ Kommissionsvorschlag, siehe Fußnote 1, Section 2, Artikel 2(1) und 2(2).

20 Siehe G Van Harten, *Sold Down the Yangtze: Canada's Lopsided Investment Deal with China* (Toronto: Lorimer, 2015), S. 96-100.

21 Die Schwachstellen im Wortlaut von Artikel 2(2) sind hier unterstrichen: „Zur Klarstellung wird angemerkt, dass die Bestimmungen in diesem Abschnitt nicht als eine Verpflichtung einer Vertragspartei

gilt Artikel 2(2) nicht für Entschädigungszahlungen, die durch Schiedsgerichte angeordnet wurden. Hierdurch würde auch die Formulierung der der zu erwartenden Gewinne in Artikel 2(2) nicht für solche Entschädigungen umfassen. Vielmehr könnten Schiedsrichter im Rahmen ihrer allgemeinen Entscheidungsbefugnis über Schadensersatzzahlungen, wie sie durch Artikel 28(1) des Kommissionsvorschlags ermöglicht wird, zukünftig erwartete Gewinne als Teil der möglichen finanziellen Entschädigungen einbeziehen.²²

Diese Formulierungsdetails schwächen den Kommissionsentwurf hinsichtlich der staatlichen Regulierungsfreiheit (*Right to regulate*) bzw. zum Schutz des staatlichen Rechts, rechtliche und regulatorische Rahmenbedingungen zu ändern. Tatsächlich deuten diese Details in dem Entwurf darauf hin, dass die EU-Kommission nur vorgibt, das *Right to regulate* zu schützen, gleichzeitig den Text aber so angelegt hat, dass genügend Schlupflöcher bleiben, die die bekannte Kritik an der Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit aufwerfen.. In dieser Hinsicht stellen die rechtlichen Formulierungen im Kommissionsvorschlag ein Beispiel für eine juristische Formulierungstechnik dar, die den unbedarften Leser fälschlicherweise in Sicherheit wiegt.

Nach dem Kommissionsvorschlag können ausländische Investoren weiterhin auf (klassische) Investor-Staat-Schiedsverfahren zurückgreifen und – wie bei den meisten ISDS-Verfahren bisher – staatliche Entscheidungen in Bereichen wie Landwirtschaft, Verbraucherschutz, Kultur, Umweltschutz, finanzielle Sicherheiten, geistiges Eigentum, Flächennutzung, Bergbau, öffentliche Gesundheit, Steuern oder Transportwesen angreifen.²³ Auch können Schiedsgerichte ausländischen Investoren in diesen Bereichen enorme Entschädigungssummen aus öffentlichen Mitteln zusprechen.²⁴ An diesem Umstand ändert der Kommissionsvorschlag nichts.

ausgelegt werden können, die rechtlichen Rahmenbedingungen nicht zu ändern, auch wenn diese Änderungen sich nachteilig auf den Durchführung der geschützten Investitionen oder auf die Gewinnerwartungen des Investors auswirken.“ Kommissionsvorschlag, siehe Fußnote 1, Section 2, Artikel 2(2).

22 Diese Einschätzung fußt auf der gängigen Praxis der ISDS-Schiedsgerichte, bei der Zuerkennung von Schadenersatz ausländischen Investoren üblicherweise auch die Verluste von vernünftigerweise zu erwarteten Gewinnen zuzusprechen (wie auch durch Artikel 28(1) des Kommissionsvorschlags ermöglicht). Die Formulierung in Artikel 2(2) über die „Interpretation“ von zukünftig zu erwartenden Gewinnen im Rahmen investitionsrechtlicher Bestimmungen beschränkt diese Möglichkeit der Zuerkennung von Schadenersatz nach meiner Einschätzung nicht. Die Interpretation der tatsächlichen materiellen Verpflichtungen im Investorenschutz ist von der in Artikel 28(1) festgelegten Zuerkennung von Schadenersatz getrennt zu betrachten. Kommissionsvorschlag, siehe Fußnote 1, Section 3, Artikel 28(1).

23 G. Van Harten, *Sovereign Choices and Sovereign Constraints* (Oxford: OUP, 2013), S. 10-14 und 82-89.

24 Stattdessen machen die Formulierungen im Kommissionsvorschlag eher den Erfolg künftiger ISDS-Klagen wahrscheinlich. Diesbezüglich weist der Entwurf keine eindeutigen Unterschiede zum

5. Dem Kommissionsvorschlag mangelt es an einer ausreichenden Berücksichtigung nationaler Institutionen, einschließlich nationaler und europäischer Gerichte

Der Kommissionsvorschlag fußt immer noch auf der Annahme, dass das Gerichtswesen in den USA und der EU derart mangelbehaftet ist, dass ausländische Investoren die Möglichkeit erhalten sollten, Investor-Staat-Schiedsgerichte anzurufen ohne, dass sie einen Nachweis über die Unzumutbarkeit der Ausschöpfung des nationalen Rechtswegs vorlegen müssten. Diese Grundannahme steckt auch in der im Kommissionsvorschlag enthaltenen Entscheidung, nicht die sonst übliche Verpflichtung für natürliche Personen, zuerst – soweit dies möglich ist – den nationalen Rechtsweg auszuschöpfen, bevor internationale Rechtsmittel eingelegt werden können.²⁵ Nur ausländischen Investoren wird eine Ausnahme von dieser Verpflichtung gewährt, was die Unausgewogenheit von ISDS nur noch verschärft.

Statt jedoch eine Standardverpflichtung zur Ausschöpfung lokaler Rechtsmittel in den Entwurf mitaufzunehmen, hat die EU-Kommission eine komplizierte Verzichtsklausel („U-Turn“-Klausel) vorgeschlagen. Diese Klausel hindert Investoren daran, den Rechtsstreit in anderen Verfahren zu beizulegen, wenn einmal der ISDS-Mechanismus angewandt wurde. Demnach fördert der Kommissionsvorschlag keinerlei Bestrebungen ausländischer Investoren, zunächst lokale Rechtsmittel auszuschöpfen, oder ihnen eine Erklärung abzuverlangen, weshalb sie ISDS den nationalen Gerichten vorziehen. So können die Investoren entscheiden, nationale Gerichte zu umgehen, oder auch diese zunächst anzurufen und dann zu jedem Zeitpunkt auf ISDS zurückgreifen. Zudem können sie in Investor-Staat-Schiedsverfahren Entschädigungen für etwaige gerichtliche Entscheidungen jeder Instanz erwirken.

Die Kommission verteilt damit außergewöhnliche Geschenke an ausländische Investoren, die anderen, die vielleicht eines internationalen Schutzes bedürften, nicht zur Verfügung stehen. Somit werden einheimische Investoren und Bürger benachteiligt. Sie müssen mit den üblichen Risiken demokratischer Entscheidungsprozesse auf

CETA-Entwurfstext auf. Ich würde notgedrungen sagen, dass der Kommissionsentwurf für TTIP die allgemeine Wahrscheinlichkeit für den Erfolg von Investor-Staat-Klagen erhöht, da er auch die (gefährliche) Schirmklausel („umbrella clause“) enthält. Diese Klausel macht die Formulierungen hinsichtlich des *Right to regulate* in Artikel 2 und auch im Hinblick auf die Möglichkeit die rechtlichen Rahmenbedingungen ändern zu können aufgrund der Formulierungsschwächen in Artikel 2 hinfällig.

25 Die Verpflichtung, zunächst nationale Gerichte anzurufen, bevor internationale Rechtsmittel eingelegt werden, ist aus mehreren Gründen wichtig: Erstens kommt es zu einer Art Vermittlung zwischen innerstaatlicher Entscheidungsfindung und internationalen Überprüfung; das internationale Tribunal erhält Einblick in die Bewertung und Lösung von Rechtsstreitigkeiten innerhalb des innerstaatlichen Rechtsrahmens; nationalen Institutionen wird es ermöglicht, Streitigkeiten selbst zu lösen; unerwünschtes strategisch eingesetztes Prozessverhalten wird vermieden; die Verpflichtung zur Ausschöpfung der nationalen Gerichtsbarkeit unterstützt ferner die Prinzipien der Vertragstreue und der Marktfreiheit, indem ausländische Investoren auf vertraglich vereinbarte Rechtsmittel zurückgreifen; darüber hinaus wird Investoren hierdurch auch die Pflicht auferlegt, die Verlässlichkeit der Institutionen eines Landes vor der Tätigkeit der Investition genau zu prüfen.

hergebrachte Weise umgehen: Durch die Teilnahme an demokratischen Prozessen, durch den Abschluss von Versicherungen, durch Aushandlung starker Streitbeilegungsbestimmungen in Investor-Staat-Verträgen mit Regierungen oder indem sie sich – wie eben alle anderen auch – auf die nationale Gerichtsbarkeit verlassen.

6. Wenn die EU-Kommission ernsthaft die Umsetzung eines Internationalen Investitionsgerichtshofs verfolgt, warum schlägt sie dann vor ISDS in TTIP auszuweiten?

Ich befürchte, dass die EU-Kommission mit ihrem Vorstoß für einen Internationalen Investitionsgerichtshof einer massiven Ausweitung von ISDS Deckung gewährt.²⁶

Wie oben erwähnt verfehlt der ICS-Vorschlag der Kommission das Ziel, einen Gerichtshof mit unabhängigen Richtern aufzubauen. Auch wenn es das erklärte Ziel der Kommission ist, ISDS durch einen ständigen internationalen Gerichtshof zu ersetzen, erscheint das weitere Vorgehen der Kommission als ein Rückschritt. Denn zunächst sollte die Kommission die bestehenden Verträge dahingehend anzupassen, ISDS durch einen internationalen Gerichtshof zu ersetzen, bevor den USA derartige Vorschläge unterbreitet werden. Die Geschichte zeigt, dass die USA die Einrichtung von internationalen Gerichten nicht begrüßt hat. Die Kommission aber hat nun genau das Gegenteil unternommen und Änderungen von ISDS I in den Verhandlungen mit den USA lanciert, ohne zuvor die Option eines ständigen Gerichtshofes mit Drittstaaten anzustreben. Dadurch erscheint der Vorschlag der Kommission hinsichtlich eines internationalen Investitionstribunals nicht sonderlich glaubwürdig.

Fazit:

Die sechs nachfolgenden Punkte zeigen die Schwachstellen des Kommissionsvorschlags für den Investitionsschutz in TTIP auf:

1. ISDS besteht in den Formulierungsdetails des Kommissionsvorschlags weiter.

²⁶ Wird TTIP verabschiedet, würden sich der Anwendungsbereich des Investitionsschutzsystems gegenüber den momentan bestehenden Verträgen etwa verdreifachen. Auch würden sich die Regierungen der USA und der westeuropäischen Staaten in erhöhtem Maße dem System der Investor-Staat-Klagen aussetzen. Andere Handelsabkommen – wie das Kanada-Abkommen CETA oder das Freihandelsabkommen mit Singapur – tragen ebenfalls zur signifikanten Ausweitung des Anwendungsbereichs des Investitionsschutzes bei. Wie auch bei TTIP erschweren auch andere Abkommen den Ausstieg aus der Investor-Staat-Streitbeilegung, da die betroffenen Staaten nicht wie bisher einfach ihre eigenen Abkommen mit Drittstaaten kündigen könnten, sondern jeweils in ein großes regionales Abkommen eingebunden wären. Damit wäre auch ISDS in ein umfassendes Handelsabkommen einbezogen. Die Kündigung eines solchen Handelsabkommens erscheint unwahrscheinlicher, je länger große wirtschaftliche Bereiche durch Handelsabkommen abhängiger von wirtschaftlichen Verflechtungen werden.

2. Es gibt noch immer keine stichhaltige Rechtfertigung dafür, weshalb außerordentliche Schutzbestimmungen für ausländische Investoren im TTIP sowie in anderen Abkommen aufgenommen werden sollten.
3. Der Vorschlag sieht keinerlei Verpflichtungen für ausländische Investoren vor, die im Rahmen desselben Verfahrens geltend gemacht werden könnten wie die weitreichenden Rechte und Schutzbestimmungen.
4. Dem staatliche Regulierungsrecht wird durch die Formulierungstücken nicht zur Geltung verholfen.
5. Der Vorschlag missachtet nationale Institutionen wie nationale und Europäische Gerichte.
6. Dem Kommissionsvorschlag für ein internationales Investitionsgericht fehlt es an Glaubwürdigkeit, da die Kommission bei TTIP zunächst dem Ansatz herkömmlicher ISDS-Bestimmungen gefolgt ist.

In der aktuellen Situation gibt es eine brauchbare Alternative. Die Kommission es ablehnen neue Abkommen, die auf ISDS basieren, zu verhandeln. Sie könnte sich der Erarbeitung eines internationalen Rechtsverfahrens widmen, mit dem ISDS in den bestehenden Abkommen ersetzt wird. Weiterhin könnte die Kommission sicherstellen, dass der Investitionsschutz ausgeglichen gestaltet wird indem Rechte der ausländischen Investoren gemeinsam mit deren Pflichten in ein und demselben Verfahren einklagbar sind. Die Kommission könnte sicherstellen, dass dieses Rechtsgebiet nationale Institutionen ausreichend respektiert indem sie alt hergebrachte Prinzipien des internationalen Rechtsschutzes für alle Individuen garantiert. Der Kommission stehen diese Möglichkeiten offen und sie sollte sie nutzen.²⁷

27 Ins Deutsche übertragen von Anna Schüler.