

# Europäischer Investitionsschutz: Episode I - Die dunkle Bedrohung

Robin Leick

Internationale Schiedsgerichte können auf verschiedenen Ebenen zutage treten. Sie regeln sowohl Streitigkeiten zwischen Privaten, meist Unternehmen, als auch zwischen Staaten, vereinbart durch völkerrechtliche Verträge. Besonders umstritten ist die internationale Schiedsgerichtsbarkeit jedoch in einer Mischform, in der ein Streit zwischen einem Staat und einem Unternehmen entschieden werden soll. Diese Form der Streitbeilegung ist insbesondere im internationalen Investitionsschutzrecht anzutreffen. In eigens einberufenen sog. *Investor-to-State Dispute Settlements* (ISDS) sollen Konflikte zwischen einem Investor und einem Staat ausgetragen und geklärt werden.<sup>1</sup>

Öffentliche Erregung hat diese Form der Schiedsgerichtsbarkeit im Rahmen der derzeit verhandelten transatlantischen Handels- und Investitionsabkommen CETA (EU-Kanada) und TTIP (EU-USA) erfahren. Seit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon im Jahr 2009 verfügt die EU mit Art. 207 Abs. 1 AEUV über die ausschließliche Kompetenz, internationale Abkommen über Direktinvestitionen abzuschließen. In beide Verträge soll neben verschiedenen Freihandelsvereinbarungen auch eine Investitionsschutzklausel samt ISDS-Verfahren implementiert werden. In der politischen und juristischen Diskussion kollidieren klar ablehnende Statements u.a. von Journalisten<sup>2</sup>, Gewerkschaften<sup>3</sup> und Parteien<sup>4</sup> – häufig mit Verweis auf die beiden „Schauerbeispiele“ *Vattenfall vs. Deutschland*<sup>5</sup> und *Philip Morris vs. Australien*<sup>6</sup> – mit den einseitig befürwortenden

- 1 Vgl. hierzu auch instruktiv den einleitenden Gastbeitrag zu diesem Schwerpunktthema (besonders mit Blick auf den entstehungsgeschichtlichen Hintergrund) *Sachs*, rescriptum 2015, 7.
- 2 Vgl. u.a. *Haerder/Hielscher/Henryk/Kroker*, Schattenjustiz im Nobelhotel, Wirtschaftswoche vom 29.04.13.
- 3 Vgl. u.a. DGB, Kein Investitionsschutz, kein Abbau von Standards (abrufbar unter <http://www.dgb.de/themen/++co++eb3790ee-0b3a-11e4-959e-52540023ef1a?k:list=Internationales%20%26%20Europa>, zuletzt aufgerufen am 08.03.15); *Broß*, in: Hans-Böckler-Stiftung (Hrsg.), *Freihandelsabkommen, einige Anmerkungen zur Problematik der privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, Report der Abteilung Mitbestimmungsförderung der Hans-Böckler-Stiftung Nr. 4, veröffentlicht am 19.01.2015 (abrufbar unter [www.boeckler.de/pdf/p\\_mbf\\_report\\_2015\\_4.pdf](http://www.boeckler.de/pdf/p_mbf_report_2015_4.pdf), zuletzt aufgerufen am 08.03.2015).
- 4 Exemplarisch hierzu *Sigmar Gabriel*, Gegen Schiedsgerichte bei CETA und TTIP (abrufbar unter [http://www.spd.de/aktuelles/123966/201040925\\_gabriel\\_rede\\_ceta\\_bundestag.html](http://www.spd.de/aktuelles/123966/201040925_gabriel_rede_ceta_bundestag.html), zuletzt aufgerufen am 08.03.2015); zum „Sinneswandel“ des Bundeswirtschaftsministers vgl. Fn. 66.
- 5 Vgl. hierzu den Beitrag in dieser Ausgabe von *Kienle/Münzner*, rescriptum 2015, 24 (27 ff.).
- 6 Der amerikanische Tabakwarenproduzent Philip Morris verklagt

Beiträgen unternehmensnaher Juristen.<sup>7</sup> Doch stellt dieses neue Kapitel in der Geschichte des europäischen Investitionsschutzrechts tatsächlich eine dunkle Bedrohung dar? Oder vielmehr eine neue Hoffnung?

Der nachfolgende Beitrag befasst sich nach kurzer Darstellung des bisherigen Verhandlungsstands mit den wichtigsten Kritikpunkten aus rechtlicher und rechtspolitischer Perspektive (I). Abschließend wird neben einer Zusammenfassung auf weitere kaum behandelte Problemfelder und mögliche Entwicklungen hingewiesen (II).

## I. Krieg der Sterne<sup>8</sup>

### 1. Die transatlantischen Freihandelsabkommen – Hintergrund und Verhandlungsstand

Die allseits kritisierte EU-Kommission, die die Ausgestaltung von CETA und TTIP mit den Vertragspartnern verhandelt, wurde hierzu durch entsprechende Ratsbeschlüsse ermächtigt.<sup>9</sup> Das TTIP-Verhandlungsmandat des Rates ist sehr detailliert und belässt der Kommission insbesondere beim Thema Investitionsschutz wenig Spielraum. Dieses entscheidende Detail wird in den Diskussionen um die Verhandlungsrolle der Kommission für TTIP und CETA oftmals vernachlässigt – denn letztlich waren es die Regierungen der Mitgliedstaaten selbst, die sich für diese Art der Vertragsgestaltung entschieden hatten.<sup>10</sup> Während CETA bereits im Geheimen von der Kommission vollständig ausgehandelt worden war,<sup>11</sup> hatte die große öffentliche Dis-

---

derzeit Australien vor einem internationalen Schiedsgericht auf eine bisher unbenannte Summe. Grund für die Klage ist eine australische Regelung, die anordnet, dass Zigaretten nur noch in standardisierten Einheitsverpackungen verkauft werden dürfen; vgl. *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12.

- 7 Vgl. u.a. *Risse*, SchiedsVZ 2014, 265; *Geiger*, EuZW 2014, 681.
- 8 Die zwölf goldenen Sterne der EU-Flagge stehen (eigentlich) für Einheit, Solidarität und Harmonie innerhalb der Union, wovon derzeit iRd TTIP-Diskussion keine Rede sein kann; vgl. [http://europa.eu/about-eu/basic-information/symbols/flag/index\\_de.htm](http://europa.eu/about-eu/basic-information/symbols/flag/index_de.htm) (zuletzt aufgerufen am 08.03.2015).
- 9 Verhandlungsmandat zu CETA bis heute unveröffentlicht; Verhandlungsmandat zu TTIP abrufbar unter <http://www.ttip-leak.eu/media/download/e2ff8f5879aeaf5a40360628db9a0c84.pdf>, 8 ff. (zuletzt aufgerufen am 08.03.2015).
- 10 Vgl. hierzu die eindeutige politische Richtung im Koalitionsvertrag der aktuellen Bundesregierung (abrufbar unter <https://www.cdu.de/sites/default/files/media/dokumente/koalitionsvertrag.pdf>, zuletzt aufgerufen am 08.03.2015), 13.
- 11 Konsolidierter Vertragstext nun offiziell abrufbar unter [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc\\_152806.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf) (zuletzt aufgerufen am 08.03.2015) – nachfolgend zitierte Normen aus CETA beziehen sich auf dieses Vertragsdokument; allerdings wird CETA inhaltlich möglicherweise nachverhandelt werden, vgl. <http://www.zeit.de/wirtschaft/2015-02/freihandelsabkommen-sigmar-gabriel-kompromiss-ceta> (zuletzt aufgerufen am 08.03.2015).

kussion um TTIP dazu geführt, dass die Kommission im April 2014 die TTIP-Verhandlungen über das Investitionsschutzkapitel vorerst aussetzen musste. Im Rahmen einer öffentlichen Konsultation wurden sodann die Meinungen aller interessierten Bürgerinnen und Bürger sowie Unternehmen zum bisher erreichten Verhandlungsstand des Investitionsschutzkapitels eingeholt und die Ergebnisse am 13.01.2015 veröffentlicht.<sup>12</sup>

Die Kritik basiert auf dem bisherigen Entwicklungsstand des internationalen Investitionsschutzrechts und konzentriert sich im Wesentlichen auf zwei Aspekte, nämlich einerseits die in CETA und TTIP unmittelbar enthaltenen materiellen Standards zum Schutz der Investoren und andererseits die Regeln und die bisherige Praxis der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit selbst. Im Folgenden soll in einer rechtlichen Analyse knapp auf die wichtigsten Kritikpunkte zu den materiell-rechtlichen Schutzgehalten (I.2.a) und sodann ausführlicher auf die sich in der bisherigen Praxis abzeichnenden Schwachstellen der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit eingegangen werden (I.2.b) – stets unter Berücksichtigung der Kommissionsvorschläge und der Konsultationsergebnisse.<sup>13</sup> Aufbauend auf den gewonnenen Erkenntnissen erfolgt im Anschluss ein Blick auf verschiedene rechtspolitische Argumente, um einen abschließenden Lösungsvorschlag entwickeln zu können (I.2).

## 2. Rechtliche Perspektive

### a) Kritik an den materiell-rechtlichen Maßstäben

Ein Streitbeilegungsmechanismus ist grundsätzlich nur so gut wie das anzuwendende materielle Recht, auf das sich die Investoren berufen können.<sup>14</sup> Zu nennen ist als Ausgangspunkt der bereits gewohnheitsrechtlich<sup>15</sup> anerkannte Schutz vor Enteignung als traditioneller Kern des Investitionsschutzrechts. Relativ unproblematisch ist hierbei der Schutz vor unmittelbaren Enteignungen, also einer „formellen Entziehung [...] der Verfügungsgewalt einer Person über ihr Eigentum [...] durch einen staatlichen Hoheitsakt“<sup>16</sup>. Weitaus kritischer wird seit jeher der Begriff der sog. indirekten Enteignung diskutiert. Im deutschen Mustervertrag

für bilaterale Investitionsschutzabkommen (BIT) wird er beispielsweise mit „andere[n] Maßnahmen [...], die in ihren Auswirkungen einer Enteignung oder Verstaatlichung gleichkommen“<sup>17</sup> umrissen – eine Formulierung, die trotz nachträglicher Einschränkungen<sup>18</sup> gefährlich viel Interpretationsspielraum lässt. In CETA und TTIP steuert die Kommission diesem Kritikpunkt mittels einschränkender Konkretisierung entgegen,<sup>19</sup> eine vollständige Eliminierung offener Rechtsbegriffe mag jedoch auch ihr nicht gelingen.<sup>20</sup>

Ein weiterer standardisierter Bestandteil eines jeden Investitionsschutzvertrages ist der Grundsatz der Nichtdiskriminierung, der sich in Inländerbehandlung und Meistbegünstigung untergliedern lässt.<sup>21</sup> Insbesondere letzteres Prinzip wird kritisch gesehen, weil es die Berufung auf günstigere Standards aus anderen BITs des jeweiligen Gaststaats zulässt.<sup>22</sup> Auch dieses Problem umgeht die Kommission, indem sie – allerdings etwas unkonkret<sup>23</sup> – einen Import vertragsfremder Standards ausschließen will.<sup>24</sup>

Abschließend ist noch die sog. *Fair and Equitable Treatment*-Klausel (FET-Klausel), also der Anspruch eines Investors auf „faire und billige Behandlung“, zu nennen. Diese Klausel eröffnete den Schiedsrichtern in der bisherigen Praxis Tür und Tor für eine uneinheitliche und demzufolge unvorhersehbare Rechtsprechung mit erheblichen Rechtsunsicherheiten.<sup>25</sup> Auch diese Gefahr dämmt die Kommission ein, indem sie eine abschließende Auflistung infrage kommender *basic rights* (z.B. bei Rechtsverweigerung oder gezielter Diskriminierung) vorschlägt, auf die sich Investoren berufen können.<sup>26</sup>

Betrachtet man die Konsultationsergebnisse zu den hier genannten Punkten, ergibt sich ein gemischtes Bild. Sieht man einmal von den Massenantworten ab,<sup>27</sup> wurde zu den

17 Abgedruckt in AVR 2007, 267 ff.

18 Vgl. *Schöbener/Herbst/Perkans* (Fn. 15), § 18 Rn. 239.

19 Vgl. Art. X.11 CETA sowie Annex Art. X.11 CETA; TTIP Commission Report (Fn. 12), 65.

20 *Krajewski*, in: Bündnis 90/DIE GRÜNEN (Hrsg.), *Kurzgutachten zu Investitionsschutz und Investor-Staat-Streitbeilegung im Transatlantischen Handels- und Investitionspartnerschaftsabkommen (TTIP)* vom 01.05.2014, 8 (abrufbar unter [https://www.gruene-bundestag.de/fileadmin/media/gruenebundestag\\_de/Veranstaltungen/140505-TTIP/Kurzgutachten\\_Investitionsschutz\\_TTIP\\_Endfassung\\_layout.pdf](https://www.gruene-bundestag.de/fileadmin/media/gruenebundestag_de/Veranstaltungen/140505-TTIP/Kurzgutachten_Investitionsschutz_TTIP_Endfassung_layout.pdf), zuletzt aufgerufen am 08.03.2015).

21 *Schöbener/Herbst/Perkans* (Fn. 15), § 18 Rn. 232; *Ipsen* (Fn. 15), § 34 Rn. 14 ff.

22 Sog. *importation of standards*, vgl. *Krajewski*, ZUR 2014, 396 (397); *ders.*, *Wirtschaftsvölkerrecht*, 3. Aufl. 2012, § 3 Rn. 631; *ders.* (Fn. 20), 6.

23 *Krajewski*, (Fn. 20), 6.

24 Vgl. Art. X.6 und X.7 CETA; TTIP Commission Report (Fn. 12), 47 f.

25 *Tams*, *VerfBlog*, 2014/05/08 (abrufbar unter <http://www.verfassungsblog.de/ships-pass-night-die-debatte-ueber-ttip-und-die-schiedsgerichtsbarkeit/>, zuletzt aufgerufen am 08.03.2015); zur Darstellung der unterschiedlichen Interpretationsmöglichkeiten einzelner Schiedsgerichte siehe *Titi*, *The Right to Regulate in International Investment Law*, 2013, 276 ff.

26 Vgl. Art. X.9 CETA; TTIP Commission Report (Fn. 12), 55 f.

27 Die Massenantworten lehnen geschlossen den Investitionsschutzkatalog insgesamt und/oder die einzelnen der hier benannten materiell-rechtlichen Regelungen ab, meist ohne spezifische inhaltliche

12 Online public consultation on investment protection and investor-to-state dispute settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement (TTIP) – Report (nachfolgend TTIP Commission Report), 9 ff. (abrufbar unter [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc\\_153044.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc_153044.pdf), zuletzt aufgerufen am 08.03.2015); es gilt zu beachten, dass 97% der eingegangenen 150.000 Antworten über Nichtregierungsorganisationen im Kollektiv mit vorformulierten (ablehnenden) Antworttexten abgegeben wurden. Im Verhältnis dazu wurden etwa 3000 Antworten individuell erstellt.

13 Allerdings kann im Rahmen dieses Beitrags nur ein grober Überblick über die jeweiligen Konsultationsergebnisse gegeben werden.

14 *Griebel*, *VerfBlog*, 2014/4/16 (abrufbar unter <http://www.verfassungsblog.de/ttip-verhandlungsposition-eu-kommission-ueberzeugender-reformansatz-mit-leichten-schwaechen-im-detail/>, zuletzt aufgerufen am 08.03.2015).

15 Vgl. hierzu instruktiv *Schöbener/Herbst/Perkans*, *Internationales Wirtschaftsrecht*, 2010, § 14 Rn. 1 ff.; daneben *Ipsen*, *Völkerrecht*, 6. Aufl. 2014, § 34 Rn. 41 ff.

16 *Ipsen* (Fn. 15), § 34 Rn. 46.

genannten Punkten zwar teils ablehnende, aber zumindest konstruktive Kritik geübt.<sup>28</sup> Die Konsultationsergebnisse bestätigen die bereits in der Literatur und den Medien vorherrschenden Befürchtungen bzgl. der hier angesprochenen materiellen Schutzstandards,<sup>29</sup> bringen dabei aber auch neue Vorschläge ein.<sup>30</sup>

*b) Kritik an der Institution der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit*

*aa) Mangelnde demokratische und rechtsstaatliche Legitimation sowie Qualifikation der Schiedsrichter*

Neben großflächiger Kritik an den materiellen Standards wird in der Diskussion um den Schiedsmechanismus die unzureichende Wahrung elementarer demokratischer und rechtsstaatlicher Prinzipien gerügt.<sup>31</sup> Besonders heftig ins Visier der Öffentlichkeit sind hierbei die Schiedsrichter selbst geraten. Aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit und Demokratie besteht für sie – wie auch für staatliche Richter – das Erfordernis einer zumindest mittelbaren demokratischen Legitimation.<sup>32</sup> Problematisiert wird hierbei, dass Schiedsrichter in der Praxis von den Streitparteien unmittelbar ausgewählt werden, indem jede Partei einen Richter vorschlägt und diese beiden wiederum einen dritten Schiedsrichter bestimmen.<sup>33</sup> Die Folge ist die fehlende demokratische Legitimation zumindest eines der drei Richter.<sup>34</sup> Weiterhin wird angebracht, dass die Schiedsrichter meist Juristen von Unternehmen bzw. Großkanzleien sind, möglicherweise eigene (finanzielle) Interessen verfolgen und daher auch die Unabhängigkeit in ein fahles Licht rückt.<sup>35</sup> Damit zusammenhängend wird oftmals die unzureichende Gewährleistung qualitativer Ansprüche der einseitig ausgewählten Schiedsrichter bemängelt.<sup>36</sup> Die Kommissi-

on kommt diesen Bedenken insoweit entgegen, als dass die Streitparteien bei der Nominierung auf eine vorab festgelegte Auswahl an mindestens 15 geprüften Schiedsrichtern beschränkt sind.<sup>37</sup> Durch Zustimmung<sup>38</sup> der beteiligten Vertragsparteien<sup>39</sup> zu dieser Liste erhalten die Schiedsrichter zumindest mittelbar ihre demokratische Legitimation. Darüber hinaus sieht der Kommissionsvorschlag vor, die Schiedsrichter sowohl an die Regeln der *International Bar Association* als auch an einen eigenen, noch zu entwickelnden Verhaltenskodex zu binden und das Gebot der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit vertraglich festzuschreiben.<sup>40</sup> Bei Verstößen hiergegen soll eine Streitpartei eine Entfernung des Schiedsrichters bzw. eine Aufhebung des Schiedsspruches beantragen können.<sup>41</sup>

Diese zahlreichen Modifikationen der Kommission stoßen nur bei etwa einem Fünftel der Konsultationsteilnehmer auf Zustimmung. Insbesondere die Listung der Schiedsrichter und die Qualifikations- und Verhaltensvoraussetzungen werden befürwortet.<sup>42</sup> Ablehnende Meinungen werden in zwei Richtungen vertreten: Einerseits sieht etwa ein Drittel die Regelungen alles in allem als unzureichend an,<sup>43</sup> andererseits finden sich auch Stimmen, die eine zu weitreichende Verschiebung in Richtung staatlicher Regulierung befürchten.<sup>44</sup>

*bb) Mangelnde Transparenz*

Das aus rechtsstaatlichen und demokratischen Gesichtspunkten elementare und im europäischen Mehrebenensystem mehrfach verankerte<sup>45</sup> Öffentlichkeitsprinzip ist ein weiterer Punkt, den die Kritiker an der bisherigen Praxis bemängeln.<sup>46</sup> Soll ein Staat für eine demokratisch legitimierte Maßnahme haften, hat die Öffentlichkeit ein berechtigtes Interesse am Verfahrensgang und an der Entscheidung.<sup>47</sup> Doch gerade das Verfahren vor internationalen Investitionsschiedsgerichten wird vielfach als zu intrans-

Auseinandersetzung, ab; vgl. insbesondere (zum Punkt Enteignung) TTIP Commission Report (Fn. 12), 66; (zum Punkt Nichtdiskriminierung) TTIP Commission Report (Fn. 12), 48; zum Punkt (FET-Klausel) TTIP Commission Report (Fn. 12), 56 f.

28 Vgl. ebda.

29 Hier insbes. die Ansicht einiger NGO's, die FET-Klausel sei „one of the most dangerous features of the ISDS mechanism“, TTIP Commission Report (Fn. 12), 59.

30 Vgl. bspw. den Vorschlag, die FET-Klausel auf Vertragsbrüche auszuweiten, TTIP Commission Report (Fn. 12), 63.

31 Beispielhaft *Flessner*, VerfBlog, 2014/5/13 (abrufbar unter <http://www.verfassungsblog.de/ttip-und-das-verfassungsrecht/>, zuletzt aufgerufen am 08.03.2015); plakativ weiterhin *Campact!* (abrufbar unter <https://www.campact.de/ttip/appell/teilnehmen/>, zuletzt aufgerufen am 08.03.2015).

32 Vgl. instruktiv zum Demokratieaspekt *Classen*, EuZW 2014, 611 (615).

33 Vgl. Art. X-25 Abs. 1 CETA.

34 *Classen*, EuZW 2014, 611 (615).

35 So haben etwa 50 % der befragten Konsultationsteilnehmer erhebliche Bedenken bzgl. dieses Aspekts, vgl. TTIP Commission Report (Fn. 12), 102; *von Bernstorff*, VerfBlog, 2014/5/15 (abrufbar unter <http://www.verfassungsblog.de/streitigkeiten-ueber-gemeinwohlorientierte-regulierung-von-investoren-gehoren-im-demokratischen-rechtsstaat-vor-die-nationalen-gerichte/>, zuletzt aufgerufen am 08.03.15).

36 Als „a legal comedy of errors on the theatre of the absurd, not to say travesty of justice“ bezeichnend *Abi Saab*, Dissenting Opinion,

*ConocoPhillips vs. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/07/30, Rn. 67 (abrufbar unter <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3121.pdf>, zuletzt aufgerufen am 08.03.2015).

37 Vgl. Art. X.25 Abs. 4 CETA; TTIP Commission Report (Fn. 12), 101 f.

38 Art. X.42 Abs. 2 CETA: „on agreement of the Parties“.

39 Vgl. zum Streitstand um die Vertragsabschlusskompetenz unten Punkt II.

40 Vgl. Art. 25.X Abs. 5 f. CETA; TTIP Commission Report (Fn. 12), 101 f.

41 TTIP Commission Report (Fn. 12), 101 f.; *Krajewski* (Fn. 20), 11.

42 TTIP Commission Report (Fn. 12), 103.

43 Diese Antworten basieren auf den sog. Collective Submissions, vgl. TTIP Commission Report (Fn. 12), 21, 104.

44 Geäußert von den (verhältnismäßig wenigen) Vertretern der Wirtschaft, vgl. TTIP Commission Report (Fn. 12), 21, 106.

45 Vgl. insbes. Art. 47 GRCh und Art. 6 EMRK.

46 Vgl. ausführlich und instruktiv zur Transparenzproblematik in der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit in dieser Ausgabe *Kienle/Münzner*, rescriptum 2015, 25.

47 *Buntenbroich/Kaul*, SchiedsVZ 2014, 1 (6); *Risse*, SchiedsVZ 2014, 265 (271).

parent qualifiziert.<sup>48</sup> Problematisiert werden insbesondere die Entscheidungshoheit der Parteien über den Grad der Transparenz, der schwierige Informationszugang, fehlende Detailinformationen und ein unklarer Ablauf eines Schiedsprozesses.<sup>49</sup>

Auch diese Kritikpunkte nimmt die Kommission ernst und garantiert hohe Transparenzstandards, wie öffentliche Verhandlungen und die Publikation aller Dokumente, die keine vertraulichen Informationen und Geschäftsgeheimnisse beinhalten. Weiterhin wird die Kommission nicht müde zu betonen, dass die EU maßgeblich an der Überarbeitung der vielfach gelobten<sup>50</sup> UNCITRAL Transparency Rules beteiligt war, die sowohl in CETA als auch in TTIP inkorporiert werden sollen.<sup>51</sup> Von einem Großteil der Konsultationsteilnehmer werden diese Regeln nach wie vor als missbrauchsanfällig,<sup>52</sup> in Teilen jedoch auch als transparent und positiv bewertet.<sup>53</sup> Insbesondere Wirtschaftsunternehmen und Kanzleien, die einen nur geringen Teil der Konsultationsteilnehmer ausmachen, kritisieren die Verfahrensregeln als zu transparent im Verhältnis zu den (deutschen) staatlichen Gerichtsverfahren.<sup>54</sup>

### cc) Mangelnde Rechtssicherheit und Missbrauchsgefahren

Weitere Bedenken beziehen sich auf eine erhöhte Missbrauchsgefahr.<sup>55</sup> Die Vorschläge der Kommission weisen jedoch auch hier eine klare Verschiebung in Richtung staatlicher Regulierung (das sog. *Right to Regulate*<sup>56</sup>) auf.<sup>57</sup>

48 Differenzierend Kienle/Münzner, rescriptum 2015, 24.

49 Einen guten Überblick bietet Maupin, in: Bianchi/Peters (Hrsg.), Transparency in International Law, 2014, 142 (156 ff.).

50 Vgl. nur Sachs, rescriptum 2015, 7; Buntentbroich/Kaul, SchiedsVZ 2014, 1 (7 f.); Classen, EuZW 2014, 611 (614).

51 Vgl. Art. X.33 CETA; TTIP Commission Report (Fn. 12), 80; Kurzdarstellung der EU-Kommission zum Investitionsschutz und Beilegung von Investor-Staat-Streitigkeiten in EU-Abkommen, 10 (abrufbar unter [https://www.cesifo-group.de/portal/page/portal/DocBase\\_Content/ZS/ZS-ifo\\_Schnelldienst/zs-sd-2014/zs-sd-2014-12/ifosd\\_2014\\_12\\_1.pdf](https://www.cesifo-group.de/portal/page/portal/DocBase_Content/ZS/ZS-ifo_Schnelldienst/zs-sd-2014/zs-sd-2014-12/ifosd_2014_12_1.pdf), zuletzt aufgerufen am 08.03.2015); vgl. insbes. die Art. 3, 6 und 7 der UNCITRAL Transparency Rules (abrufbar unter <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/rules-on-transparency/Rules-on-Transparency-E.pdf>, zuletzt aufgerufen am 08.03.2015).

52 TTIP Commission Report (Fn. 12), 81; vgl. insbesondere auch bzgl. der UNCITRAL Transparency Rules: TTIP Commission Report (Fn. 12), 87 f.

53 TTIP Commission Report (Fn. 12), 80 f.

54 TTIP Commission Report (Fn. 12), 83; Risse, SchiedsVZ 2014, 265 (271 f.).

55 Vgl. u.a. Eberhardt, in: Friedrich Ebert Stiftung (Hrsg.), Investitionsschutz am Scheideweg, 13 (abrufbar unter [www.fes.de/cgi-bin/gbv.cgi?id=10773&ty=pdf](http://www.fes.de/cgi-bin/gbv.cgi?id=10773&ty=pdf), zuletzt aufgerufen am 08.03.2015).

56 Ein allgemeiner Begriff, der die dem Staat verbliebenen Regulierungsspielräume (sowohl materiell-rechtlich als auch im ISDS-Verfahren) umfasst und stets im Konflikt mit dem Schutzniveau der Investoren steht, vgl. auch Krajewski (Fn. 20), 8. Hierzu findet sich ein eigener Punkt im Konsultationsdokument, vgl. TTIP Commission Report (Fn. 12), 72 f.; für eine unter diesen Begriff subsumierende Analyse siehe Dederer, VerfBlog, 14/4/16 (abrufbar unter <http://www.verfassungsblog.de/en/neujustierung-balance-von-investorenschutz-und-right-to-regulate/>, zuletzt aufgerufen am 08.03.2015).

57 Anders noch Lueg, rescriptum 2013, 124 (129 f.), die die Investiti-

Dies wird u.a. durch die Schaffung einer (im Investitionsschutzrecht bis dato unüblichen) Berufungsinstanz<sup>58</sup> und eines Filtermechanismus zum Schutz der Staaten in Krisenzeiten<sup>59</sup> deutlich. Weiterhin sollen Regelungen getroffen werden, die eine verbindliche Interpretationsmöglichkeit von vertraglichen Formulierungen durch die Vertragsparteien ermöglichen und damit den schiedsgerichtlichen Interpretationsspielraum einschränken.<sup>60</sup> Ferner soll das Risiko missbräuchlicher Klagen reduziert werden, indem den Schiedsgerichten einerseits eine Ablehnungsmöglichkeit in unbegründeten Fällen gegeben wird und andererseits die unterlegene Partei die Gesamtkosten tragen muss.<sup>61</sup> Daneben soll das sog. *forum shopping*, also die gleichzeitige Klage sowohl vor staatlichen Gerichten als auch dem eingerichteten Schiedsgericht, durch eine entsprechende Klausel unterbunden werden.<sup>62</sup>

Das sich im Rahmen der Konsultationsergebnisse bereits oben abzeichnende Bild setzt sich auch unter dem Aspekt der Missbrauchsbedürfnisse fort. Ein Großteil der Antworten lehnt einen ISDS-Mechanismus insgesamt ab, ein kleinerer Teil sieht die Änderungsvorschläge der Kommission jedoch positiv, gibt Verbesserungsvorschläge oder lehnt sie meist als unzureichend (aber immerhin begründet) ab. Eine kleine Fraktion, bestehend aus Wirtschaftsvertretern, widerspricht demgegenüber einer diesbezüglichen Stärkung des *Right to Regulate* und tritt für ein liberaleres System ein.<sup>63</sup>

Wohl abgemildert, jedoch nicht vollständig verschwinden, wird die Angst vor dem sog. *chilling effect*. Dieser Begriff bezeichnet die weitverbreitete Sorge, die mitgliedstaatliche bzw. unionale Gesetzgebung könnte sich in ihrer Entscheidungsfindung von der Befürchtung erheblicher Schadensersatzforderungen maßgeblich beeinflussen bzw. leiten lassen. Etwa die Hälfte aller Konsultationsteilnehmer<sup>64</sup> sowie ein großer Teil der Literatur<sup>65</sup> sehen im *chilling effect* eine unvorhersehbare Gefahr, die sich jedoch wohl weder handfest bestätigen noch widerlegen lässt.

### c) Zwischenfazit

Während die Fachliteratur aus juristisch-inhaltlicher Sicht die Kommission (zwar teils kritisch,<sup>66</sup> jedoch auch

onsschutzpolitik der EU in ihrer Gesamtheit als Ausgleich zwischen dem *Right to Regulate* und dem Investitionsschutz auffasst.

58 Art. X.42 CETA; TTIP Commission Report (Fn. 12), 126; vgl. differenzierend Sachs, rescriptum 2015, 7 (9).

59 Kapitel 15, Art. 20 CETA (264 f.); TTIP Commission Report (Fn. 12), 116.

60 Art. X.27 iVm X.35 CETA; TTIP Commission Report (Fn. 12), 121.

61 Art. X.29 f., X.36 CETA; TTIP Commission Report (Fn. 12), 108.

62 Art. 21 Abs. 1 lit. f) CETA; TTIP Commission Report (Fn. 12), 89 f.

63 Vgl. insbes. TTIP Commission Report (Fn. 12), 19 f., 21-25.

64 TTIP Commission Report (Fn. 12), 38, 74 ff.

65 Von Bernstorff, VerfBlog, 2014/5/15; Mayer/Ermes, ZRP 2014, 237 (239); Beck/Scherrer, ifo Schnelldienst 12/2014, 17 (19); Krajewski, ZUR 2014, 396 (398, 402).

66 Vgl. abschließend die berechtigte Kritik an der Darstellungsweise der Neuerungen in CETA und TTIP durch die Kommission, die tlw. verfälschend völlig neue Ansätze suggerieren: Krajewski (Fn. 20),

zustimmend) auf einem guten Weg verortet, zeichnen die Konsultationsergebnisse ein anderes Bild. Letztere sind allerdings aufgrund der hohen Zahl an identischen (teilweise inhaltslosen) Antworten mehr als politisches Statement und weniger als rechtliche Ablehnung zu deuten. Durch ihre Vorschläge gelingt es der Kommission vielmehr, einen Großteil der bestehenden Befürchtungen aufzugreifen, wesentlich abzumildern und vor allem die von den Mitgliedstaaten ursprünglich geforderten Punkte erfolgreich umzusetzen. Die Konsultationsergebnisse und die Ansätze in der Literatur sollten genutzt werden, um die bereits bestehenden Regelungen zumindest im TTIP-Abkommen zu verbessern. Trotz aller Modifikationen und Ausbaumöglichkeiten wird es der Kommission jedoch kaum gelingen, ein Investitionsschutzkapitel zu entwickeln, das den nationalen (deutschen) Rechtsschutz vollkommen gleichwertig ersetzen und sämtliche Bedenken ausräumen kann.

### 3. Rechtspolitische Perspektive

Um demzufolge einen „Ausgleich“ herstellen zu können, muss es neben juristischen Argumenten noch weitere (rechtspolitische) Gründe geben, die die Einführung einer Investitionsschutzklausel rechtfertigen können. Zunächst sehen manche sowohl in Kanada, den USA als auch in der EU ein niedriges Rechtsschutzniveau gegeben und begründen damit die erhöhte Schutzbedürftigkeit ausländischer Investoren.<sup>67</sup> Für einen Investitionsschutz spricht daran anschließend der reziproke Schutz europäischer Investoren in den USA, die laut EU-Kommission die meisten internationalen Schiedsverfahren führen.<sup>68</sup> Daneben wird durch die Einführung einer Investitionsschutzklausel vermieden, dass Investoren über Zweigniederlassungen in anderen Staaten auf bereits abgeschlossene, defizitäre Investitionsschutzverträge ausweichen und so zu ihrem „Recht“ kommen.<sup>69</sup> Das wohl eigentliche (mittelbare) rechtspolitische Hauptziel der Union ist die mit Abschluss von CETA und TTIP verbundene Schaffung neuer, internationaler Investitionsschutzstandards, hinter die zukünftig nicht mehr zurückgewichen werden soll.<sup>70</sup> Es besteht die Hoffnung,

durch diese plurilateralen Investitionsschutzabkommen den Weg hin zu einer einheitlichen, multilateralen Lösung zu ebnen, die im Investitionsbereich noch nicht existiert.<sup>71</sup> Ein weiteres mögliches Argument, der Verhandlungsmacht USA könne die EU wenig entgegensetzen, greift nicht, da die USA durchaus mit anderen Staaten (Australien) Investitionspartnerschaften ohne Schutzklausel vereinbart haben.<sup>72</sup>

## II. Ausblick

Aus rechtlicher Perspektive kann im zukünftigen europäischen Investitionsschutzrecht weder eine dunkle Bedrohung noch eine neue Hoffnung gesehen werden. Vielmehr handelt es sich um eine schon mehrere Jahre zurückliegende (rechts)politische Entscheidung der Vertragsparteien, deren negative rechtliche Auswirkungen durch die Kommission weitgehend, jedoch nicht vollständig eingedämmt werden können. Vorzuschlagen wäre die konsequente Fortführung der inhaltlichen Verbesserung der Investitionsschutzregelungen unter Zuhilfenahme der Konsultationsergebnisse und verschiedener Vorschläge aus der Literatur. Daneben sollte eine grundlegende Bewertung der Rechtsniveaustandards sowohl in den USA als auch in Europa durchgeführt werden, um den tatsächlichen Bedarf einer Investitionsschutzklausel als wohl stärkstes unmittelbares „Pro-Argument“ zu klären.<sup>73</sup> Diese könnte nicht nur für beide Abkommen herangezogen, sondern auch zur Fortführung der innereuropäischen Harmonisierung genutzt werden.

In seiner Bedeutung für die weitere Investitionsschutzdebatte nicht zu unterschätzen, ist darüber hinaus der aktuelle Vorschlag der Bundesregierung, einen institutionell verfestigten TTIP-Schiedsgerichtshof zu schaffen, um noch mehr auf die Investitionsschutzgegner zuzugehen.<sup>74</sup> Wie ein solcher konkret ausgestaltet werden könnte und ob sich hierfür weitere Befürworter finden lassen, wird die zukünftige Entwicklung zeigen.<sup>75</sup>

Ob und in welchem Umfang es letztlich zum Abschluss von CETA und TTIP kommen wird, ist schwer vorhersehbar. Verstärkt wird die Konfliktrichtigkeit dieser Thematik

2 ff.; ders., VerfBlog, 2014/05/27 (abrufbar unter <http://www.verfassungsblog.de/die-konsultation-der-eu-kommission-zum-investitionsschutz-lernen-wir-daraus-ueber-die-ttip-verhandlungen/>, zuletzt aufgerufen am 08.03.2015).

67 So auch die Aussage des Bundesministers für Wirtschaft und Energie, Sigmar Gabriel (SPD), der zunächst eine Investitionsschutzklausel aus deutscher Perspektive für *nicht* erforderlich hielt, allerdings einigen EU-Mitgliedstaaten dennoch ein niedriges Rechtsschutzniveau attestierte, siehe Plenarprotokoll 18/54, 4910 f. (abrufbar unter <http://dip21.bundestag.de/dip21/btp/18/18054.pdf>, zuletzt aufgerufen am 08.03.2015); nunmehr tendiert die Bundesregierung offenbar in Richtung Schiedsklausel, vgl. <http://www.zeit.de/wirtschaft/2015-02/freihandelsabkommen-ttip-ceta-sigmar-gabriel> (zuletzt aufgerufen am 08.03.2015); vgl. ferner Risse, SchiedsVZ 2014, 268 (268 f.).

68 Kurzdarstellung der EU-Kommission (Fn. 51), 12 f.

69 Sog. *treaty shopping*, vgl. auch Stöbener/Wurster, EuZW 2014, 326; so geschehen im berüchtigten Philip Morris Fall, vgl. <http://infojustice.org/archives/28044> (zuletzt aufgerufen am 08.03.2015).

70 Sog. *game-changing*, vgl. näher Stoll, VerfBlog, 2014/5/13 (abruf-

bar unter <http://www.verfassungsblog.de/zur-falschen-zeit-falschen-ort-reform-des-investitionsrechts-auf-abwegen/>, zuletzt aufgerufen am 08.03.2015).

71 Stoll, VerfBlog, 2014/5/13.

72 Vgl. hierzu insbes. Art. 11.16 des entsprechenden Abkommens, abrufbar unter [https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/australia/asset\\_upload\\_file248\\_5155.pdf](https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/australia/asset_upload_file248_5155.pdf) (zuletzt aufgerufen am 08.03.2015), das lediglich die Möglichkeit für die zukünftige Vereinbarung eines ISDS-Mechanismus vorsieht.

73 Für eine fundierte Erforderlichkeitsprüfung nach Abschluss von TTIP, zunächst ohne Investitionsschutzklausel, auch Mayer/Ermes, ZRP 2014, 237 (240).

74 Vorschlag von Bundeswirtschaftsminister und SPD-Parteichef Sigmar Gabriel, abrufbar unter <http://www.spdfraktion.de/themen/ttip-gabriel-schl%C3%A4gt-handelsgerichtshof-vor> (zuletzt aufgerufen am 13.03.2015).

75 Eingehend hierzu Holterhus, VerfBlog, 2015/3/11 (abrufbar unter <http://www.verfassungsblog.de/transatlantische-investitionsgerichtsbarkeit-ansatze-der-gestaltung-eines-ttip-gerichtshofs/#.VQL09Y7ApBF>, zuletzt aufgerufen am 13.03.2015).

durch die Ungewissheit um die Beschlusskompetenzen der Union. Während die Kommission bei beiden Abkommen von einer ausschließlichen Abschlusskompetenz der EU ausgeht<sup>76</sup>, sehen Vertreter der Literatur<sup>77</sup> und die Bundesregierung<sup>78</sup> in ihnen sog. gemischte Verträge. Diese bedürften dann der Zustimmung und Ratifikation aller 28 Mitgliedstaaten. Daran anknüpfend werden Ansichten geäußert, wonach die BRD als souveräner Staat einen völkerrechtlichen Vorbehalt zu den Investitionsschutzklauseln einbringen könnte.<sup>79</sup> Ein solcher wäre jedoch nur zulässig, soweit er sich auf den Investitionsschutz für Portfolioinvestitionen<sup>80</sup> bezieht – denn nur in diesem Bereich verbleibt die Kompetenz den Mitgliedstaaten.<sup>81</sup>

76 Vgl. <http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ttip/about-ttip/> a.E. (zuletzt aufgerufen am 08.03.2015).

77 Vgl. u.a. *Streinz*, in: Herrmann/Simma/Streinz (Hrsg.), *Trade Policy between Law, Diplomacy and Scholarship – Liber amicorum in memoriam Horst G. Krenzler (im Erscheinen)*; Mayer, Rechtsgutachten für das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie vom 28.08.2014, 27 (abrufbar unter <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/C-D/ceta-gutachten-einstufung-als-gemischtes-abkommen,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf>, zuletzt aufgerufen am 08.03.2015); unsicher dagegen *Rathke*, Rechtsgutachten des Wissenschaftlichen Dienstes des Deutschen Bundestages, 12 f. (abrufbar unter <http://www.no-ttip.de/Material/Kompetenzen.pdf>, zuletzt aufgerufen am 08.03.2015).

78 Vgl. BT-Drs. 17/14821, 35; Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 18/7 vom 15. Januar 2014, Anlage 21, 387.

79 So ein unveröffentlichtes Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes des Bundestages, vgl. *Bauchmüller/Liebrich*, *Süddeutsche Zeitung* vom 10.11.2014, abrufbar unter <http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/freihandelsabkommen-ceta-und-ttip-wie-deutschland-den-investorenschutz-umgehen-koennte-1.2211891> (zuletzt aufgerufen am 08.03.2015).

80 Also solche Investitionen ausländischer Unternehmen, die nur auf kurze Dauer angelegt sind, meist durch eine Wertpapierbeteiligung erfolgen und den Investoren keine Einflussmöglichkeit belassen, vgl. *Krajewski*, *Wirtschaftsvölkerrecht* (Fn. 22), Rn. 539.

81 *Herrmann/T. Streinz*, in: von Arnald (Hrsg.), *Enzyklopädie Europarecht*, Bd. 10, 2014, *Europäische Außenbeziehungen*, § 11 Rn. 65 m.w.N.