

Was haben TTIP, CETA und TISA gemeinsam? ‚Investor-To-State Dispute Settlement‘ (ISDS) als umstrittenes Element der EU-Freihandelsabkommen

Waldemar Hummer*

Als wäre sie nicht schon durch den außerordentlichen zivilgesellschaftlichen Widerstand gewarnt gewesen, der im Frühjahr 2012 das Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA),¹ ein internationales Abkommen zum Schutz geistigen Eigentums, zu Fall gebracht hatte,² begeht die Europäische Kommission kurze Zeit später den gleichen Fehler und verhandelt das Abkommen über die Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) mit den USA ebenso geheim und ohne die notwendige Bereitschaft, sich zeitgerecht mit der massiv aufgekommenen Kritik auseinanderzusetzen.

So gewährte der EU-Handelskommissar Karel De Gucht, auf Druck der US-Verhandler, nur einem kleinen Kreis von Personen³ Einblick in das Verhandlungsmandat und einige ausgesuchte Dokumente. Diese durften aber nur in verschlossenen Räumen und ohne Kopier- und Abschriftmöglichkeiten Einsicht in die Unterlagen nehmen.⁴

Konsequenterweise stellten sich die Verhandlungspartner auch nicht einer öffentlichen Diskussion, da sie in dieser ja ihre jeweiligen Positionen hätten offenlegen müssen. Im Übrigen waren sie grundsätzlich auch der Meinung, dass der wirtschaftliche Nutzen einer weiteren Liberalisierung des von der Europäischen Union und den USA gebildeten weltweit größten Wirtschaftsraumes⁵ ohnehin evident sei und es daher keiner weiteren Erklärungen bedürfe.⁶ Dazu kam noch die durch die Ausspähungspraktiken des US-amerikani-

* Em. o. Univ.-Prof. Dr. Dr. Dr. Waldemar Hummer, Institut für Europarecht und Völkerrecht, Universität Innsbruck.

Dieser Aufsatz wurde am 14. Januar 2015 abgeschlossen und kann deshalb jüngere Entwicklungen, die das Thema betreffen, nicht mehr aufgreifen.

- 1 Europäischer Rat: Handelsübereinkommen zur Bekämpfung von Produkt- und Markenpiraterie zwischen der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten, Australien, Kanada, Japan, der Republik Korea, den Vereinigten Mexikanischen Staaten, dem Königreich Marokko, Neuseeland, der Republik Singapur, der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika, INIT 12196/11, 23.8.2011.
- 2 Vgl. Waldemar Hummer: Gehört ACTA schon ad acta gelegt?, in: Die Furche, 23.2.2012.
- 3 Vertretern der EU-Mitgliedstaaten, einigen Abgeordneten des Handelsausschusses des Europäischen Parlaments, die mit der TTIP befasst sind, sowie 14 Vertretern der Industrie und der Zivilgesellschaft.
- 4 Vgl. Wolfgang Böhm: Eine Schwedin soll Abkommen mit USA retten, in: Die Presse, 18.9.2014.
- 5 Der Wirtschaftsraum Europäische Union-USA hat mehr als 800 Millionen Verbraucher und ist für einen Anteil von 50 Prozent an der globalen Wirtschaftsleistung sowie für 30 Prozent des gesamten Welt-Warenhandels und 40 Prozent des universellen Dienstleistungshandels verantwortlich.
- 6 Es kursierten lediglich Zahlen über die erwarteten Liberalisierungsgewinne durch die TTIP, wie zum Beispiel in Höhe von 100 Milliarden Euro pro Jahr. Eine Modellrechnung des ifo-Instituts wiederum prognostiziert, dass mit der TTIP das reale per capita-Einkommen in Deutschland langfristig um etwa 5 Prozent höher sein könnte als es derzeit ist und dass im Land zwischen 45.000 und 180.000 neue Arbeitsplätze entstehen könnten. Vgl. dazu auch Martin Bohne: Gespräche zum Freihandelsabkommen. EU und USA verhandeln wieder, in: tagesschau.de, 14.7.2014; Petra Pinzler: Wenn die Bürger nerven, in: Die Zeit, 19.9.2014; Fritz Breuss: TTIP und ihre Auswirkungen auf Österreich, Kompetenzzentrum Forschungsschwerpunkt Internationale Wirtschaft: Policy Brief Nr. 24, November 2014, S. 3-15; Werner Raza/Jan Grumiller/Lance Taylor/Bernhard Tröster/Rudi von Arnim: ASSESS TTIP: Assessing the Claimed Benefits of the Transatlantic Trade and Investment Partnership, Österreichische Forschungsstiftung für Internationale Entwicklung: Policy Note 10/2014.

schen Geheimdienstes National Security Agency (NSA) stark belastete Verhandlungsumgebung, die daher als nicht gerade transparenzfremdlich angesehen werden musste.

Die ursprünglich von der uninformierten Öffentlichkeit zunächst eher undifferenziert vorgebrachte Kritik⁷ verdichtete sich in dem Moment, in dem die ersten ‚geleakten‘ Dokumente aus den im Juli 2013 aufgenommenen Verhandlungen über ein TTIP-Übereinkommen auftauchten, und richtete sich in der Folge vor allem gegen die in diesen enthaltenen Bestimmungen über den Investitionsschutz im Allgemeinen beziehungsweise das vorgesehene ‚Investor-To-State Dispute Settlement‘ (ISDS) im Speziellen, das es ausländischen Investoren ermöglicht, zum Beispiel im Falle von ‚indirekten Enteignungen‘, ihre Gaststaaten nicht vor deren ordentlichen Gerichten, sondern vor ‚privaten‘ Schiedsgerichten auf Schadensersatz zu verklagen.⁸

Die organisierte Zivilgesellschaft sah darin die Gefahr einer Paralleljustiz,⁹ über die große Konzerne Staaten zwingen könnten, ihre Wirtschafts- und Sozialgesetzgebung nicht mehr autonom zu gestalten, sondern an den unternehmerischen Interessen ausländischer Investoren ausrichten zu müssen, um nicht zu Schadensersatzzahlungen verurteilt zu werden. Der deutsche Völkerrechtler Markus Krajewski spricht in diesem Zusammenhang davon, dass das Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) „die Möglichkeit einer Paralleljustiz für Konzerne [schafft], deren Entscheidungen noch über letztinstanzlichen Gerichten stehen.“¹⁰

Der einschlägige Parade Fall waren die Klagen des schwedischen Energiekonzerns Vattenfall gegen Deutschland wegen seines plötzlichen Atomausstiegs, aufgrund dessen Vattenfall seine Atomkraftwerke in der Bundesrepublik schließen muss, woraus ihm ein Schaden in Höhe von über 4,7 Milliarden Euro entstand, den das Unternehmen auf der Basis des Vertrags über die Energiecharta¹¹ im Rahmen des Internationalen Zentrums für die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten (ICSID) auch einklagte. Im Gegensatz dazu konnten die anderen deutschen Energiekonzerne, wie zum Beispiel E.ON, RWE und EnBW, wegen des Atomausstiegs nur vor deutschen Höchstgerichten klagen.¹²

Die öffentliche Kritik an dem im Entwurf der TTIP vorgesehenen ISDS nahm in der Folge dermaßen zu, dass sich Kommissar De Gucht Ende Januar 2014 veranlasst sah, die Verhandlungen darüber auszusetzen. In der Folge setzte die Kommission eine öffentliche Konsultation in Gang, im Rahmen derer interessierte BürgerInnen und Stakeholder von der Kommission gestellte Fragen beantworten und ihre Bedenken gegen den geplanten Investorenschutz im TTIP-Abkommen äußern konnten. Eine erste Auswertung der insgesamt eingegangenen knapp 150.000 Rückmeldungen belegte dabei den kampagnenartig

7 Zum Beispiel der Zwang zum Import von genmanipulierten Lebensmitteln, ‚Chlorhühnern‘, Hormonfleisch, geklonten Tieren, Erdöl und Erdgas, das durch ‚Fracking‘ gewonnen wurde und so weiter.

8 Vgl. Waldemar Hummer: Umstrittene „Investor-Staat-Streitbeilegung“ (ISDS). Investitionsschutz in der geplanten „Transatlantischen Handels- und Investitionspartnerschaft“ (TTIP) zwischen der EU und den USA, in: EU-Infothek, 6.5.2014; Waldemar Hummer: Die „Transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft“ (TTIP) zwischen der EU und den USA, Österreichische Gesellschaft für Europapolitik: Policy Brief 12/2014.

9 Katrin Hatzinger: Kritik an TTIP reißt nicht ab, in: EKD-Europa-Informationen Nr. 146, September 2014, S. 13; bike: Paralleljustiz der Konzerne, in: Die ganze Woche 47/2014, S. 6-7; Tamara Anthony: Freihandelsabkommen mit Kanada. Auf dem Weg in die Paralleljustiz, in: tagesschau.de, 14.8.2014.

10 Vgl. Anthony: Freihandelsabkommen mit Kanada, 2014.

11 Der Investitionsschutz ist im Abschnitt III des Vertrags über die Energiecharta vom 17.12.1994 enthalten; vgl. Vertrag über die Energiecharta, 17.12.1994 in der Schlussakte der Europäischen Energiechartakonferenz, Lissabon 16.-17.12.1994, abrufbar unter: http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/Publications/GE.pdf (letzter Zugriff: 3.2.2015).

12 Vgl. Markus Balsler: Atomausstieg ja, aber bitte mit Kompensation, in: Süddeutsche Zeitung, 5.6.2012.

organisierten Widerstand der Zivilgesellschaft. Für November 2014 kündigte die Kommission eine inhaltlich differenzierte Auswertung der eingereichten Antworten an, aufgrund derer sie die weitere Ausgestaltung des ISDS in der TTIP vornehmen werde.

Auch die Europäische Ombudsfrau, Emily O'Reilly, eröffnete aus eigener Initiative am 29. Juli 2014 eine Untersuchung gegen die Kommission und den Rat¹³ in Bezug auf Transparenz und Beteiligung der Öffentlichkeit an den TTIP-Verhandlungen. Dementsprechend startete auch sie am 19. September 2014 eine öffentliche Konsultation zur TTIP, im Rahmen derer die Öffentlichkeit aufgerufen wurde, der Europäischen Bürgerbeauftragten bis zum 31. Oktober 2014 ihre Vorstellungen für mehr Transparenz mitzuteilen.

Zwischenzeitlich liegen aber bereits die (vorläufigen) Ergebnisse zweier weiterer Vertragsverhandlungen über den Abschluss von Freihandelsabkommen vor, nämlich zum einen über das CETA zwischen der Europäischen Union und Kanada sowie zum anderen über das Trade in Services Agreement (TISA), das zwischen 23 Mitgliedern der World Trade Organisation (WTO) als plurilaterales Abkommen abgeschlossen werden soll. Da sowohl das CETA als auch das TISA einschlägige Kapitel über Investorenschutz in Form eines ISDS enthalten, könnten sie nolens volens als Blaupause für die Ausgestaltung des ISDS im Entwurf des TTIP-Abkommens dienen.

Um diese bisher noch nicht näher dargestellten Junktimmierungen zwischen den Verhandlungsinhalten dreier unterschiedlicher Freihandelsabkommen entsprechend aufzuzeigen, sollen nachstehend die TTIP, das CETA und das TISA kurz skizziert werden, wobei aber für das allgemeine Verständnis der komplexen Zusammenhänge vorab ein Blick auf die möglichen Formen des internationalen Investitionsschutzes sowie die Besonderheiten des ISDS geworfen werden muss.

Mögliche Formen des Schutzes ausländischer Investitionen

An sich bestehen drei mögliche Formen, in denen ausländische Investitionen in Drittstaaten geschützt sind beziehungsweise geschützt werden können:

Zum einen sind diese durch die allgemeinen gewohnheitsrechtlichen Regelungen des völkerrechtlichen Fremdenrechts im Rahmen der diplomatischen Protektion geschützt. Der Nachteil des fremdenrechtlichen Schutzes ist aber der, dass der Investor im Falle einer völkerrechtswidrigen Schädigung seiner Investition zunächst die innerstaatlichen Rechtsmittel im schädigenden Gaststaat auszuschöpfen hat („exhaustion of local remedies“) und erst danach seinen Heimatstaat um diplomatischen Schutz im Sinne der Übernahme seiner Schadensersatzforderung durch diesen („espousal of claim“) ersuchen kann, auf den er aber grundsätzlich keinen Rechtsanspruch hat.

Zweitens kann der Heimatstaat des Investors mit dem Gaststaat, in dem der Unternehmer tätig werden will, bilaterale partikulär-völkerrechtliche Investitionsschutzabkommen („bilateral investment treaties“, BIT) abschließen, aufgrund derer unter Umständen auch das Unternehmen selbst auf Schadensersatz klagen kann, ohne dass dessen Heimatstaat – der ja der formale Vertragspartner des BIT ist – dabei notwendigerweise intervenieren müsste.

13 Europäische Bürgerbeauftragte: Untersuchung gegen die Europäische Kommission und den Europäischen Rat zu dem Umgang mit Anträgen auf Zugang zu Informationen oder Dokumenten (Transparenz), Fall OI/10/2014/RA und Fall OI/11/2014/RA.

Drittens kann es aber auch zu einem direkten Abschluss eines Vertrags des Investors mit seinem Gaststaat kommen (sogenannte Investor-Staat-Verträge), in denen regelhaft für den Fall von Streitigkeiten aus dem Vertrag nicht die ordentliche Gerichtsbarkeit des Gaststaates, sondern vielmehr internationale Schiedsgerichte (ISDS) zuständig gemacht werden.

In der Praxis sind diese drei idealtypischen Formen des möglichen Investitionsschutzes aber des Öfteren miteinander vermischt, zum Beispiel durch sogenannte Schirmklauseln („umbrella clauses“),¹⁴ aufgrund derer sich in den einzelnen BIT der Gaststaat dem Heimatstaat des Investors gegenüber verpflichtet, sämtliche Zusagen, die er dem Investor gegenüber gemacht hat,¹⁵ einzuhalten. Damit kommt es in der Praxis des Öfteren dazu, dass ISDS-Elemente in BIT Eingang finden.

In den gegenständlichen Fällen des Investitionsschutzes in der TTIP, im CETA und im TISA geht es vorrangig um die dritte der vorstehend aufgelisteten Varianten des Investitionsschutzes, die beileibe – so wie in der öffentlichen Kritik immer wieder dargestellt wird – keine „unorthodoxe“ Ausnahme im internationalen Investitionsschutz zugunsten von Unternehmen darstellt, sondern beinahe schon regelhaft kontrahiert wird.¹⁶

Bevor auf diese dritte Variante des ISDS näher eingegangen wird, soll aber zunächst ein Blick auf die zweite Variante des Investitionsschutzes, nämlich die der BIT, geworfen und zunächst gefragt werden, ob der Europäischen Union überhaupt eine solche Zuständigkeit zum Abschluss derselben zusteht.

Zuständigkeit der Europäischen Union für den Investitionsschutz?

2013 standen weltweit 3.236 BIT in Kraft,¹⁷ von denen allein über 1.500 von EU-Mitgliedstaaten – 199 davon untereinander (innereuropäische BIT)¹⁸ und 1.356 davon mit Drittstaaten (außereuropäische BIT) – abgeschlossen wurden.¹⁹ Diese BIT wurden bisher stets von den Heimatstaaten des ausländischen Investors mit dem Gaststaat desselben abgeschlossen, da ja nur diese über die entsprechende Kompetenz dazu verfügten. Durch den Vertrag von Lissabon ist nunmehr die Kompetenz zur Regelung von ausländischen Direktinvestitionen auf die Europäische Union übergegangen. Der einschlägige Art. 207 Abs. 1 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) qualifiziert diese nunmehr als Teil der gemeinsamen Handelspolitik, die gemäß Art. 3 Abs. 1 lit. e) AEUV in die ausschließliche Zuständigkeit der Europäischen Union fällt. Die bisherigen außereuropäischen BIT müssen daher à la longue durch solche von der Europäischen Union selbst abgeschlossene BIT ersetzt werden. Damit ist aber die mehr als komplexe Situation entstanden, dass die vorstehend erwähnten alten BIT der einzelnen EU-Mitgliedstaaten unter-

14 Vgl. Katrin Meschede: Die Schutzwirkung von umbrella clauses für Investor-Staat-Verträge, Baden-Baden 2014.

15 Diese könnten zum Beispiel auch die vorerwähnte Investor-Staat-Verträge-Schiedsgerichtsbarkeit umfassen.

16 Zur Ausbildung des ISDS vgl. Christian Tietje et al.: The Impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership, Ref. MINBUZA-2014.78850, Rechtsgutachten vom 24. Juni 2014, S. 20-25.

17 Konferenz der Vereinten Nationen für Handel und Entwicklung (UNCTAD): World Investment Report 2014, S. 114.

18 Davon sind noch 198 in Kraft.

19 Davon sind noch 1.160 in Kraft; vgl. UNCTAD-Konferenz: Investor-State Dispute Settlement: An Information Note on the United States and the European Union, International Investment Agreements Issues Note Nr. 2, June 2014, S. 3.

schiedlichen Rechtsregimen unterliegen, je nachdem, ob sie entweder innereuropäische BIT oder außereuropäische BIT darstellen.

Vom neuen Kompetenzübergang sind dabei nur die bisherigen außereuropäischen BIT der EU-Mitgliedstaaten betroffen, da nur diese von den EU-Mitgliedstaaten mit Drittstaaten abgeschlossen wurden und daher ausländische Direktinvestitionen darstellen. Sie unterstanden bisher nur der Abgleichungsverpflichtung für Altverträge des Art. 307 Abs. 2 Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, kollidieren aber nunmehr mit der ausschließlichen Zuständigkeit der Europäischen Union, sodass für ihre Weitergeltung eine eigene auf Art. 207 Abs. 2 AEUV gestützte Übergangsregelung, die sogenannte Grandfathering-Verordnung,²⁰ beschlossen werden musste. Die Verordnung regelt sowohl die Aufrechterhaltung bestehender als auch die Ermächtigung zur Änderung oder zum Abschluss weiterer außereuropäischer BIT.

Innereuropäische BIT, die allein zwischen den EU-Mitgliedstaaten abgeschlossen wurden, stellen hingegen keine ausländischen Direktinvestitionen dar und verbleiben daher in der Regelungskompetenz der Mitgliedstaaten.

Investor-Staat-Verträge samt Schiedsgerichtsverfahren – Anzahl und Inanspruchnahme

Was nun die dritte Variante des Schutzes ausländischer Investitionen betrifft, so schließt nicht der Heimatstaat des ausländischen Investors für diesen, sondern der Investor selbst mit dem Gaststaat ein entsprechendes Investitionsschutzabkommen ab und verankert darin regelhaft auch ein eigenes ISDS.

Zu diesen direkt abgeschlossenen Investor-Staat-Verträgen mit ISDS kommen aber noch mehr als die Hälfte der vorerwähnten 3.236 BIT hinzu, da diese die zuvor erwähnten sogenannten Schirmklauseln zum Einbezug von Investor-Staat-Abkommen²¹ samt ISDS enthalten.

Was nun die Anzahl der konkreten Investor-Staat-Streitfälle betrifft, so war bis zum Ausbruch der Finanzkrise 2008 die Inanspruchnahme von ISDS zwischen Investoren aus der Europäischen Union und den USA ausgeglichen: Von den insgesamt bekannten 514 ISDS-Klagen wurden 132 (26 Prozent) von EU-Investoren und 124 (24 Prozent) von US-Investoren eingebracht. Zwischen 2008 und 2012 kam es aber zu einem starken Anstieg der Klagen von EU-Investoren: Von den in diesem Zeitraum registrierten 214 Klagen betrafen 53 Prozent (113 Klagen) EU-Investoren – vor allem aus den Niederlanden, Deutschland und aus Großbritannien. Von den 2012 eingeleiteten Verfahren – insgesamt 52 – wiederum betrafen allein 60 Prozent EU-Investoren, während auf US-Investoren nur 7,7 Prozent der Verfahren entfielen.²² 2013 kam es zu 56 neuen Fällen. 42 Prozent davon wurden gegen EU-Mitgliedstaaten eingeleitet, von denen wiederum die Hälfte gegen die

20 Verordnung (EU) Nr. 1219/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 zur Einführung einer Übergangsregelung für bilaterale Investitionsschutzabkommen zwischen den Mitgliedstaaten und Drittländern, in: Amtsblatt der EU, Nr. L 351 vom 20. Dezember 2012, S. 40-46; vgl. Claudia Dorninger/Susanne Schrott/Claudia Stowasser/Barbara Tasch-Ronner: Institutionelle Rahmenbedingungen des Welthandels, in: Ernest Gnan/Ralf Kronberger (Hrsg.): Schwerpunkt Außenwirtschaft 2013/2014, Wien 2014, S. 57-66.

21 Siehe auch: Internationales Zentrum zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten, abrufbar unter: <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/Pages/default.aspx> (letzter Zugriff: 19.11.2014).

22 Europäische Kommission: Investitionsschutz und Beilegung von Investor-Staat-Streitigkeiten in EU-Abkommen, November 2013, Dok. 151995, S. 6, 12.

Tschechische Republik und Spanien gerichtet war. Damit stieg die Gesamtzahl der bekannten ISDS-Fälle auf 568.²³ Im Vergleich dazu wurden im Rahmen der obligatorischen Streitbeilegung der WTO bisher lediglich 474 Fälle registriert.

2013 wurden im ISDS-Bereich 37 Schiedssprüche erlassen, womit die Gesamtzahl der erledigten Schiedsverfahren auf 274 stieg. Von diesen wurden circa 43 Prozent zugunsten des Gaststaates und 31 Prozent zugunsten des Investors entschieden, in 26 Prozent der Fälle kam es zu einem Vergleich.²⁴ Diese Zahlen widerlegen eindeutig das des Öfteren geäußerte Vorurteil, dass bei ISDS-Verfahren gleichsam ‚automatisch‘ immer das investierende Unternehmen gegen seinen Gaststaat obsiegt.

Die Regelung der finanziellen Verantwortung bei Investor-Staat-Streitigkeiten

Sowohl im Zuge der zuvor erwähnten Ersetzung der außereuropäischen BIT durch eigene BIT der Europäischen Union als auch der konkreten Durchführung der Grandfathering-Verordnung stellen sich komplexe Zurechnungsprobleme, vor allem aber auch hinsichtlich der finanziellen Verantwortung im Rahmen künftiger Investor-Staat-Streitigkeiten. Mit dem Erlass der Verordnung Nr. 912/2014²⁵ versucht die Europäische Union diesbezüglich eine entsprechende Regelung zu statuieren. Sie folgt dabei sowohl der Aufforderung des Rates in seinen Schlussfolgerungen vom 25. Oktober 2010 als auch den Anregungen der Entschließung des Europäischen Parlaments vom 6. April 2011 zur künftigen europäischen Auslandsinvestitionspolitik.²⁶ Die Verordnung trat gemäß ihrem Art. 25 zwar bereits am 17. September 2014 in Kraft, ihre Bestimmungen kommen aber erst dann zum Tragen, wenn bei EU-Abkommen mit integriertem ISDS tatsächlich Investor-Staat-Streitigkeiten auftreten.²⁷

Die Verordnung gilt, unbeschadet der im AEUV festgelegten Zuständigkeitsverteilung, für die Beilegung von ISDS auf Antrag eines Schiedsklägers aus einem Drittland aufgrund einer Übereinkunft, bei der entweder die Europäische Union allein Vertragspartei ist oder bei der die Europäische Union und ihre Mitgliedstaaten gemeinsam Vertragsparteien sind (gemischte Abkommen). Gemäß Art. 3 der Verordnung Nr. 912/2014 liegt die finanzielle Verantwortung bei der Rechtsperson, die die mit den einschlägigen Bestimmungen der Schiedsübereinkunft nicht zu vereinbarende Behandlung zu vertreten hat. Handelt es sich dabei um ein Organ oder eine sonstige Einrichtung der Europäischen Union, so liegt die finanzielle Verantwortung bei der Europäischen Union selbst, die damit als Schiedsbeklagte zu fungieren hat. Liegt hingegen die finanzielle Verantwortung bei einem Mitgliedstaat, so hat dieser als Schiedsbeklagter aufzutreten. Gemäß dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Vertrag über die Europäische Union (EUV) haben die Kommission und der betroffene Mitgliedstaat alle erforderlichen Maßnahmen

23 UNCTAD-Konferenz: World Investment Report 2014, S. 124.

24 Ebenda, S. 126.

25 Verordnung (EU) Nr. 912/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Juli 2014 zur Schaffung der Rahmenbedingungen für die Regelung der finanziellen Verantwortung bei Investor-Staat-Streitigkeiten vor Schiedsgerichten, welche durch internationale Übereinkünfte eingesetzt wurden, bei denen die Europäische Union Vertragspartner ist, in: Amtsblatt der EU, Nr. L 257 vom 23. Juli 2014, S. 121.

26 Europäisches Parlament: Entschließung des Europäischen Parlaments vom 6. April 2011 zur künftigen europäischen Auslandsinvestitionspolitik, P7_TA(2011)0141.

27 Vgl. Europäische Kommission: EU erzielt Einigung über Regelungen für Investor-Staat-Streitigkeiten, Pressemitteilung, IP/14/951.

zu ergreifen, um die Interessen der Europäischen Union und des betroffenen Mitgliedsstaats zu verteidigen und zu schützen.²⁸

Zur näheren Durchführung der Verordnung Nr. 912/2014 werden der Kommission Durchführungsbefugnisse übertragen, was aber bis jetzt noch nicht geschehen ist. In einer eigenen tripartiten, interinstitutionellen gemeinsamen Erklärung des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission wird festgestellt, dass die gegenständliche Verordnung nicht die in den Verträgen festgelegte Aufteilung der Zuständigkeiten verändert und auch nicht als Ausübung einer geteilten Zuständigkeit durch die Union in Bereichen, in denen die Union ihre Zuständigkeit nicht ausgeübt hat, ausgelegt werden darf.²⁹

Kritik an ISDS-Verfahren

Die gegen die Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit im TTIP-, aber auch im CETA-Abkommen vorgebrachten Argumente sind, wie vorstehend bereits angedeutet, großteils überzogen: So soll es sich dabei um eine parteiische ‚private‘ Schiedsgerichtsbarkeit handeln, die ganz im Dienste unternehmerischer Interessen steht. Ganz allgemein würde sich dahinter auch „ein demokratiefeindlicher, ja geradezu demokratieauflösender Mechanismus“³⁰ verbergen, der „den Rechtsstaat pervertiert“³¹. Der österreichische Nationalratsabgeordnete der Grünen, Werner Kogler, verweist in diesem Zusammenhang speziell auf die Beeinträchtigung des nationalen Gesetzgebers, in dem er feststellt: „Wenn durch CETA die nationalen Souveränitäten im Bereich der Gesetzgebung ausgehebelt werden, hört sich der Spaß auf“.³² Diese Negativ-Liste ließe sich beliebig fortsetzen.

Wahr ist aber, dass aus Gründen der Rechtssicherheit genau darauf geachtet werden muss, dass sich Staat und Investor in dem von ihnen ausgearbeiteten Schiedsvertrag so exakt wie möglich auf die Ausformulierung ihrer jeweiligen Rechte und Pflichten festlegen und dies nicht wie bisher in ‚semantischen Leerformeln‘ – wie zum Beispiel ‚indirekte oder de facto Enteignung‘, ‚legitime Erwartungen‘, ‚gerechte und billige Behandlung‘ etc. – tun. Wenn damit den Schiedsgerichten präzise Begriffe vorgegeben werden, die einer richterlichen Rechtsfortbildung hemmend entgegenstehen, kann der schiedsgerichtlichen Streit Austragung im Rahmen von ISDS nicht länger der Vorwurf einer undeterminierten und parteiischen Judikatur von Schattengerichten, die stets zugunsten der Unternehmen und zulasten der Staaten ausfällt, gemacht werden.

Die Investitionsschutzbestimmungen im Entwurf des TTIP-Abkommens

Nachdem im Januar 2013 die Aufnahme von Verhandlungen über die TTIP zwischen der Europäischen Union und den USA grundsätzlich beschlossen wurde, erließ der Rat am 14. Juni 2013 ein entsprechendes Verhandlungsmandat, aufgrund dessen die Gespräche

28 Art. 6 Abs. 1 der Verordnung (EU) Nr. 517/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über fluorierte Treibhausgase und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 842/2006, in: Amtsblatt der EU, Nr. L 150 vom 20. Mai 2014, S. 195-230.

29 Verordnung Nr. 912/2014, S. 134.

30 Interviewäußerung von SPAR-Chef Gerhard Drexel, zitiert in: Manfred Perterer/Karin Zauner: Eine perfide Doppelstrategie der EU, in: Salzburger Nachrichten, 5.9.2014.

31 Marianne Käger: Von Konzernen an die Kette gelegt, in: Salzburger Nachrichten, 3.9.2014.

32 Werner Kogler: CETA: Vorsicht vor der Investoren-Schutzklausel, abrufbar unter: <http://www.gruene.at/the-men/europa/ceta-vorsicht-vor-der-investoren-schutzklausel> (letzter Zugriff: 19.11.2014).

bereits am 8. Juli 2013 begonnen werden konnten.³³ Die Verhandlungen über die TTIP verliefen vertraulich, sodass die Öffentlichkeit über deren Inhalt nicht informiert war.

Erst durch eine Indiskretion wurde der „EU-draft proposal on trade in services, investment and e-commerce for the TTIP negotiations“ vom 2. Juli 2013 am 27. Februar 2014 in der Zeit Online³⁴ veröffentlicht, in dessen Section 2 „Investment Protection“ die vorläufige Position der Europäischen Union hinsichtlich der Ausgestaltung des geplanten Investitionsschutzes enthalten war,³⁵ die im bisherigen Verlauf der Verhandlungen das größte Hindernis dargestellt hatte. Dabei waren die einzelnen Artikel³⁶ durchaus konventionell ausgestaltet und enthielten keine wie immer gearteten Sonderregelungen. Sie enthielten aber durchaus noch die vorstehend gerügten semantischen Leerformeln wie „measures having effect equivalent to nationalisation or expropriation“,³⁷ „legitimate expectations“³⁸ und andere mehr.

Leitlinien für die Verhandlungen über die TTIP

Beinahe zeitgleich zu dieser Veröffentlichung des Vertragsentwurfes wurden die vom Rat am 17. Juni 2013 angenommenen „Leitlinien für die Verhandlungen über die TTIP zwischen der EU und den Vereinigten Staaten von Amerika“³⁹ inoffiziell publik gemacht,⁴⁰ die in den Nummern 22 und 23 Bestimmungen über den Investitionsschutz enthielten. Dabei wird in Nummer 22 ausdrücklich festgestellt, dass – nach vorheriger Konsultation der Mitgliedstaaten und gemäß den EU-Verträgen – „die Einbeziehung des Investitionsschutzes und der Streitbeilegung zwischen Investor und Staat davon abhängen [wird], ob eine zufriedenstellende Lösung erzielt wird, mit der die Interessen der Europäischen Union in Bezug auf die Fragen nach Nummer 23 berücksichtigt werden. Die Frage wird auch im Hinblick auf die endgültige Ausgewogenheit des Abkommens geprüft“.

In der Nummer 23 wird diesbezüglich ein umfassender Katalog an „Zielen“, „Behandlungsstandards“, „Durchsetzung“ und „Verhältnis zu anderen Teilen des Abkommens“ aufgelistet, aus dem die Bestimmungen über die Durchsetzung in diesem Zusammenhang besondere Erwähnung verdienen. So sollte das Abkommen einen wirksamen Mechanismus für die Beilegung von Streitigkeiten zwischen Investor und Staat vorsehen, der auf dem neuesten Stand ist und Transparenz, Unabhängigkeit der Schiedsrichter sowie die Berechenbarkeit des Abkommens gewährleistet, unter anderem durch die Möglichkeit einer verbindlichen Auslegung des Abkommens durch die Vertragsparteien. Die Beilegung von Streitigkeiten zwischen Staaten sollte einbezogen werden, dabei aber nicht in das Recht

33 Die TTIP-Chefunterhändler waren Ignacio García Bercero für die Europäische Union und Dan Mullaney für die USA.

34 Vgl. dazu Petra Pinzler: EU will laut Geheimdokument Sonderrechte für Konzerne, in: Zeit online, 27.2.2014.

35 Art. 11 bis 18 EU-draft proposal on trade in services, investment and e-commerce for the TTIP negotiations.

36 Ebenda, Art. 11 (Scope), Art. 12 (Treatment of Investment), Art. 13 (Compensation for losses), Art. 14 (Expropriation), Art. 15 (Transfer), Art. 16 (Subrogation), Art. 17 (Termination) und Art. 18 (Relationship with other Agreements).

37 Ebenda, Art. 14 Abs. 1.

38 Ebenda, Art. 12 Abs. 2 lit f.

39 Rat der Europäischen Union: Leitlinien für die Verhandlungen über die TTIP zwischen der EU und den Vereinigten Staaten von Amerika, Dok. 11103/13 DCL 1.

40 Die Leitlinien erschienen zuerst auf: <http://www.ttip-leak.eu/de/einstieg/leitlinien-fuer-die-verhandlungen.html> (letzter Zugriff: 19.11.2014); vgl. nunmehr die von der Kommission am 7. Januar 2015 zugänglich gemachten Verhandlungsdokumente zur TTIP unter: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1230> (letzter Zugriff: 14.1.2015); Rat der Europäischen Union: Leitlinien für die Verhandlungen, 2013, S. 8.

des Investors eingreifen, den Mechanismus für die Beilegung von Streitigkeiten zwischen Investor und Staat in Anspruch zu nehmen. Es sollte ein so breites Spektrum von Schiedsgremien für Investoren vorgesehen werden, wie es derzeit im Rahmen der bilateralen Investitionsabkommen der Mitgliedstaaten zur Verfügung steht. Der Mechanismus für die Streitbeilegung zwischen Investor und Staat sollte Schutz vor offensichtlich ungerechtfertigten oder leichtfertigen Klagen beinhalten. Auch sollte die Möglichkeit geprüft werden, im Rahmen des Abkommens einen Berufungsmechanismus für die Streitbeilegung zwischen Investor und Staat zu schaffen, wie auch das geeignete Verhältnis von Streitbeilegung zu Investor und Staat und innerstaatlichen Rechtsmitteln bestimmt werden sollte.⁴¹

Was das Verhältnis zu anderen Teilen des Abkommens betrifft, so sollten die Investitionsschutzbestimmungen nicht mit den an anderer Stelle im Abkommen übernommenen Marktzugangspflichten zu Investitionen verknüpft sein. Die Streitbeilegung zwischen Investor und Staat soll demgemäß auf Marktzugangsbestimmungen keine Anwendung finden.

EU-Kommunikationsstrategie und Reaktionen der europäischen Öffentlichkeit

Lässt man diese differenzierten Überlegungen in den Verhandlungs-Leitlinien der Europäischen Union Revue passieren, so erscheint die massive Kritik von Nichtregierungsorganisationen (NGO) und anderen Formen der organisierten Zivilgesellschaft überzogen. Die Europäische Union ist sich offensichtlich genau bewusst, dass das Modell des ISDS noch verbessert werden muss und übernimmt keinesfalls kritiklos ein von den USA vorgegebenes Modell, das nur unternehmerischen Interessen dient. Umso verwunderlicher erscheint es, dass die Europäische Union mit ihren Vorgaben nicht an die Öffentlichkeit ging, sondern eine eigene PR-Strategie der Kommission zur öffentlichkeitswirksamen Immunisierung der TTIP-Gespräche entwickeln ließ, deren ‚geleakte‘ Version am 25. November 2013 von der NGO Corporate Europe Observatory (CEO) veröffentlicht wurde,⁴² was zu einer weiteren Zunahme der Kritik vor allem an der im Entwurf des TTIP-Abkommens vorgesehenen schiedsgerichtlichen Entscheidung über Klagen von Unternehmen gegen ihre Gaststaaten führte.

Obwohl die konkrete Ausgestaltung des ISDS im zukünftigen TTIP-Abkommen noch keinesfalls feststeht, haben sich diesbezüglich die Fronten bereits massiv verhärtet. Die Protestwelle kulminierte Mitte Juli 2014 in der Lancierung einer Europäischen Bürgerinitiative (EBI) „Stop TTIP“, die von knapp 150 zivilgesellschaftlichen Organisationen aus 18 EU-Mitgliedstaaten angeregt wurde⁴³ und einen sofortigen Verhandlungsstopp bei TTIP und CETA forderte. Unter Hinweis auf die mangelnde demokratische Mitwirkung bei der Aushandlung beider Vertragstexte und die dabei an den Tag gelegte streng geheime Vorgehensweise wird die Kommission aufgefordert, dem Rat zu empfehlen, das Verhandlungsmandat über die TTIP aufzuheben und auch das CETA nicht abzuschließen.

Nicht nur aufgrund der besonderen politischen Bedeutung der EBI „Stop TTIP“, sondern vor allem wegen ihrer rechtlichen Komplexität, soll nachstehend grundlegender auf

41 Ebenda, S. 8.

42 Europäische Kommission: Kommunikation zu TTIP – Ansatzpunkte für die Kooperation zwischen der Kommission und den Mitgliedsstaaten, 7.11.2013, abrufbar unter: <http://corporateeurope.org/de/trade/2014/01/durchgesickerte-pr-strategie-der-europaischen-kommission-ber-ttip-kommunizieren> (letzter Zugriff: 19.11.2014).

43 Mitte September 2014 umfasste die EBI bereits 230 Organisationen aus 21 EU-Mitgliedstaaten; Stop TTIP: EU-Kommission will Bürgereinfluss bei TTIP und CETA ausschalten, 11.9.2014, abrufbar unter: <https://stop-ttip.org/de/blog/eu-kommission-will-burgereinfluss-bei-ttip-und-ceta-ausschalten/> (letzter Zugriff: 19.11.2014).

diese Initiative eingegangen werden, zeigt ihr Beispiel doch auf, wie diffizil die jeweiligen Voraussetzungen für eine korrekte Registrierung einer EBI ausgestaltet sind.

Die Europäische Bürgerinitiative „Stop TTIP“

Am 15. Juli 2014 reichte Michael Efler als Vertreter des Bürgerausschusses bei der Europäischen Kommission einen Antrag auf Registrierung der in englischer Sprache verfassten EBI „Stop TTIP“, die bereits die 47. EBI gemäß Art. 11 Abs. 4 EUV in Verbindung mit der Verordnung Nr. 211/2011 über die Bürgerinitiative⁴⁴ darstellt, mit folgendem Begehren ein: „Die Initiative ‚Stop TTIP‘ fordert die EU-Kommission auf, dem EU-Ministerrat zu empfehlen, das Verhandlungsmandat über die Transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft (TTIP) aufzuheben und auch das umfassende Wirtschafts- und Handelsabkommen (CETA) nicht abzuschließen.“⁴⁵ Als Rechtsgrundlage für diese beiden Rechtsakte wurden dabei die Art. 207 und 218 AEUV angeführt.

Begehren der Organisatoren der Bürgerinitiative

Schon aus der Bezeichnung der Bürgerinitiative „Stop TTIP“, vor allem aber aus ihrem meritorischen Begehren, geht deren besondere Problematik hervor, verlangt sie von der Kommission doch nicht, (dem Rat) aktiv die Setzung eines Rechtsaktes vorzuschlagen, sondern fordert diese Organe dazu auf, darauf hinzuwirken, dass bereits gesetzte Rechtsakte (Verhandlungsmandat) wieder zurückgenommen beziehungsweise neue (Abschluss des CETA-Abkommens) nicht mehr gesetzt werden. Des Weiteren stellt sich die Frage, ob die im Vorfeld des Vertragsschlusses von den Organen Kommission und Rat zu setzenden Akte im interinstitutionellen Zusammenwirken bloß vorbereitende Akte für die allein relevanten Rechtsakte der Signierung beziehungsweise des Abschlusses des TTIP-Abkommens (durch den Rat) oder nicht vielmehr doch eigenständige Rechtsakte sind.

Die EBI stützte sich hinsichtlich der behaupteten Zulässigkeit eines solchen negativen beziehungsweise destruktiven Begehrens sowie der Ansicht einer eigenständigen Rechtsnatur aller Vorbereitungshandlungen für den Abschluss des TTIP-Abkommens auf ein Rechtsgutachten von Bernhard Kempen,⁴⁶ der darin die Ansicht vertritt, dass beides zu bejahen ist. Obwohl in den Art. 207 und 218 AEUV ein Vorschlag (der Kommission) für einen Beschluss (des Rates), der eine zuvor erteilte Ermächtigung (zur Aufnahme von Vertragsverhandlungen) aufheben soll, *expressis verbis* nicht vorgesehen ist, geht das Gutachten von der Möglichkeit aus, dass die Kommission dem Rat den Abbruch der Vertragsverhandlungen empfehlen und damit (aktiv) einen Vorschlag für einen Rechtsakt anbringen kann. Da Art. 11 Abs. 4 EUV ein Verbot destruktiver Initiativen nicht entnommen werden kann, sind nicht nur konstruktive Initiativen zulässig. Das in der Präambel der

44 Verordnung (EU) Nr. 211/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Februar 2011 über die Bürgerinitiative, in: Amtsblatt der EU, Nr. L 65 vom 11. März 2011, S. 1-22; berichtigt in: Amtsblatt der EU, Nr. L 94 vom 30. März 2012, S. 49; Anhänge II und III geändert durch die Delegierte Verordnung (EU) Nr. 887/2013 der Kommission vom 11. Juli 2013, in: Amtsblatt der EU, Nr. L 247 vom 18. September 2013, S. 11-19.

45 Mehr Demokratie: Europäische Bürgerinitiative fordert Verhandlungsstopp bei TTIP und CETA, abrufbar unter: [http://www.mehr-demokratie.de/6033.html?&tx_ttnews\[backPid\]=5859&tx_ttnews\[tt_news\]=15468&cHash=7d2578c0867fc84cb676f052a8a83f85](http://www.mehr-demokratie.de/6033.html?&tx_ttnews[backPid]=5859&tx_ttnews[tt_news]=15468&cHash=7d2578c0867fc84cb676f052a8a83f85) (letzter Zugriff: 19.11.2014).

46 Bernhard Kempen: Rechtsgutachten zur Zulässigkeit einer gegen TTIP (Transatlantic Trade and Investment Partnership) und CETA (Comprehensive Economic and Trade Agreement) gerichteten Europäischen Bürgerinitiative, Remagen am 30. April 2014, erstellt im Auftrag des Vereins „Mehr Demokratie e.V.“, abrufbar unter: www.stop-ttip.org/legal-opinion (letzter Zugriff: 19.11.2014).

Verordnung Nr. 211/2011 verbriefte Recht der Unionsbürger, sich mittels einer EBI am demokratischen Leben der Union zu beteiligen, schließt demgemäß auch die Änderung oder Aufhebung bereits verabschiedeter Sekundärrechtsakte, wie zum Beispiel die Aufhebung von verhandlungseröffnenden Mandatsbeschlüssen im Sinne des Art. 207 Abs. 3 AEUV, mit ein. Als weiteres Argument für die Zulässigkeit destruktiver Initiativen bezieht sich das Gutachten auf die EBI „Kündigung Personenfreizügigkeit Schweiz“,⁴⁷ die von mehreren Unionsbürgern in Gang gesetzt wurde und darauf abzielte, dass die Europäische Union das Freizügigkeitsabkommen mit der Schweiz vom 21. Juni 1999 aufkündigen solle. Diese EBI wurde von der Kommission für zulässig erklärt, im Februar 2013 von den Initiatoren aber wieder zurückgezogen.

Reaktion der Kommission auf die EBI

Die Kommission schloss sich dieser Argumentation aber nicht an und erklärte die EBI „Stop TTIP“ mit Schreiben vom 10. September 2014⁴⁸ für unzulässig. Die von ihr dafür gegebene Begründung lautete in den Grundzügen wie folgt. Gemäß Art. 2 Abs. 1 der Verordnung Nr. 211/2011 bezeichnet der Begriff Bürgerinitiative „eine Initiative, die der Kommission gemäß dieser Verordnung vorgelegt wird und in der die Kommission aufgefordert wird, im Rahmen ihrer Befugnisse geeignete Vorschläge zu Themen zu unterbreiten, zu denen es nach Ansicht von Bürgern eines Rechtsakts der Union bedarf, um die Verträge umzusetzen, und die die Unterstützung von mindestens einer Million teilnahmeberechtigten Unterzeichnern aus mindestens einem Viertel aller Mitgliedstaaten erhalten hat“. Gemäß Art. 4 Abs. 2 der Verordnung Nr. 211/2011 hat die Kommission eine geplante EBI binnen zweier Monate nach Eingang der entsprechenden Informationen zu registrieren, sofern eine Reihe von Bedingungen erfüllt sind, die nach Ansicht der Kommission im gegenständlichen Fall aber nicht vorlagen.

Was die TTIP betrifft, so verlangt die EBI die Zurücknahme der Eröffnung der Vertragsverhandlungen sowie des dazu erteilten Verhandlungsmandats an die Kommission durch den Rat. Dabei handelt es sich nach Ansicht der Kommission aber um bloß interne vorbereitende Akte für die allein relevanten Rechtsakte der Signierung beziehungsweise des Abschlusses des TTIP-Abkommens. Gemäß Art. 11 Abs. 4 EUV kann eine EBI die Kommission nämlich nur dazu auffordern, „im Rahmen ihrer Befugnisse geeignete Vorschläge zu Themen zu unterbreiten, zu denen es nach Ansicht jener Bürgerinnen und Bürger eines Rechtsakts der Union bedarf, um die Verträge umzusetzen“. Im Bereich internationaler Abkommen der Europäischen Union können solche Rechtsakte eben nur die Unterzeichnung beziehungsweise der Abschluss von Verträgen sein. Damit stellt aber der Beschluss des Rates zur Eröffnung der Vertragsverhandlungen zur Ausarbeitung des TTIP-Übereinkommens keinen Rechtsakt der Europäischen Union zur Umsetzung der Verträge dar, ebenso wenig wie die Empfehlung der Kommission, einen „geeigneten Vorschlag“ im Sinne von Art. 11 Abs. 4 EUV und Art. 2 Abs. 1 beziehungsweise Art. 4 Abs. 2 lit. b der Verordnung Nr. 211/2011 zu erlassen.

Dazu kommt noch das weitere Argument, dass der zuvor erwähnte Art. 2 Abs. 1 der Verordnung Nr. 211/2011 eindeutig eine Initiative der Kommission im Sinne der (aktiven) Vorlage eines Vorschlags für den Erlass eines Rechtsaktes verlangt, die aber hier deswe-

47 Die EBI war bei der Europäischen Kommission unter der Nummer ECI(2012)000015 registriert.

48 Europäische Kommission: Your request for registration of a proposed citizens' initiative entitled "STOP TTIP", C(2014) 6501; vgl. Pinzler: Wenn die Bürger nerven, 2014.

gen nicht gegeben ist, da durch die EBI „Stop TTIP“ die Kommission ja (nur) dazu aufgefordert wird, keinen Vorschlag für einen entsprechenden Rechtsakt des Rates vorzulegen. Dasselbe trifft für den Fall zu, dass die Kommission aufgefordert wird, einen dahingehenden Beschluss zu fassen, dass kein Rechtsakt seitens des Rates erlassen werden soll.

Damit liegt aber die EBI „Stop TTIP“ deswegen außerhalb des Zuständigkeitsbereichs der Kommission, einen Vorschlag für einen Rechtsakt der Union zum Zweck der Umsetzung der Verträge vorzuschlagen, da sie zum einen die Kommission auffordert, an den Rat die Empfehlung zu richten, seine Entscheidung über die Eröffnung von Vertragsverhandlungen zu widerrufen oder diesem keine Vorschläge für die Unterzeichnung beziehungsweise den Abschluss des TTIP-Abkommens zu machen, und zum anderen die Kommission auffordert, Vorschläge für Beschlüsse zu unterbreiten, die Unterzeichnung beziehungsweise den Abschluss des TTIP-Abkommens nicht zu genehmigen.

Was wiederum das CETA betrifft, so schlägt die EBI der Kommission vor, dem Rat keine Vorschläge für Rechtsakte zur Unterzeichnung beziehungsweise zum Abschluss des CETA-Abkommens sowie solche für eine Ermächtigung zur Unterzeichnung beziehungsweise zum Abschluss durch einen Dritten zu unterbreiten. Auch hier gilt dasselbe wie vorstehend erwähnt: Während der Abschluss eines Abkommens durch die Europäische Union durch eine EBI durchaus angeregt werden kann, ist es unzulässig, die Kommission aufzufordern, dem Rat keinen Vorschlag für den Erlass eines Rechtsaktes für die Unterzeichnung beziehungsweise den Abschluss des CETA-Abkommens zuzuleiten.

Damit liegen aber beide Anregungen der EBI „Stop TTIP“ offenkundig außerhalb des Rahmens, in dem die Kommission befugt ist, einen Vorschlag für einen Rechtsakt der Union vorzulegen, um die Verträge umzusetzen, sodass die Initiative gemäß Art. 4 Abs. 2 lit. b in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 der Verordnung Nr. 211/2011 aus Sicht der Kommission als unzulässig anzusehen ist.

Dem Bürgerausschuss, vertreten durch Efler, stehen gegen diese Entscheidung der Kommission grundsätzlich zwei Möglichkeiten der Remonstrierung zu, nämlich zum einen beim Europäischen Gerichtshof (EuGH) gemäß Art. 263 Abs. 4 AEUV Nichtigkeitsklage zu erheben oder sich gemäß Art. 228 AEUV an den Europäischen Bürgerbeauftragten zu wenden und einen diesbezüglichen administrativen Missstand zu rügen. Am 10. November 2014 haben sich die sieben Mitglieder des Bürgerausschusses der EBI „Stop TTIP“ – die über 290 NGO aus 23 EU-Mitgliedstaaten vertreten und insgesamt 787.000 Unterschriften gesammelt haben – für die erstere Alternative entschieden und eine Nichtigkeitsklage vor dem EuGH gegen den Beschluss der Kommission über die Nicht-Registrierung der EBI „Stop TTIP“ und CETA eingereicht.⁴⁹

Daneben führen die OrganisatorInnen der abgelehnten Bürgerinitiative „Stop TTIP“ die Befragung jetzt eigenständig – aber nach den offiziellen Kriterien der Europäischen Union – als sogenannte selbstorganisierte EBI durch⁵⁰ und haben bis Mitte Dezember 2014 dafür bereits über 1 Million Unterstützungserklärungen erhalten. Hinter der Initiative stehen auch über 150 zivilgesellschaftliche Organisationen aus 18 Mitgliedstaaten der Europäischen Union.

49 Stop-TTIP.org: TTIP und CETA: Europäische Bürgerinitiative reicht Klage vor dem EuGH ein, Pressemitteilung, 10.11.2014.

50 Vgl. Mehr Demokratie: Selbstorganisierte Europäische Bürgerinitiative gegen TTIP und CETA gestartet!, abrufbar unter: <https://www.mehr-demokratie.de/stoppttip.html> (letzter Zugriff: 19.11.2014).

Folgen verwandter EU-Aktivitäten für den Fortgang der TTIP-Verhandlungen

Nachstehend soll kurz untersucht werden, wie sich andere Aktivitäten und einschlägige Regelungen auf den Fortgang und die inhaltliche Gestaltung der TTIP-Verhandlungen auswirken könnten. Dabei werden ganz unterschiedliche Instrumente angesprochen, die aber alle einen speziellen Bezug zur TTIP haben.

Zum einen bilden die Ergebnisse der zuvor erwähnten 90-tägigen öffentlichen Konsultation zum ISDS einen wichtigen Indikator für das weitere Vorgehen bei der Endredigierung des Entwurfs des TTIP-Abkommens. Zum anderen sind aber auch die Ergebnisse der parallel geführten Verhandlungen zur Ausarbeitung des CETA nicht nur politisch, sondern auch meritorisch von präjudizieller Bedeutung für das TTIP-Abkommen. Auch das im Rahmen der Aushandlung des TISA erzielte Ergebnis ist von den Unterhändlern des TTIP-Abkommens entsprechend zu berücksichtigen, ebenso wie die einschlägigen Bestimmungen der kürzlich ergangenen und vorstehend bereits erwähnten EU-Verordnung Nr. 912/2014 über die Regelung der finanziellen Verantwortung bei Investor-Staat-Streitigkeiten.⁵¹

Öffentliche Konsultation zum Investorenschutz in der TTIP

Am 14. Juni 2013 erließ der Rat ein entsprechendes Verhandlungsmandat zur Aushandlung des TTIP-Abkommens, das unter anderem auch ein Kapitel über Investorenschutz und die Beilegung von Streitigkeiten zwischen Investoren und deren Sitzstaaten enthalten sollte. Bereits am 8. Juli 2013 wurden die Verhandlungen darüber aufgenommen. Aufgrund der kontroversen Diskussion dieses Themas in der europäischen Öffentlichkeit setzte die Kommission, wie zuvor bereits erwähnt, Ende Januar 2014 die Verhandlungen über das TTIP-Abkommen aus und beschloss die Abhaltung einer Online-Konsultation für interessierte Bürger und Stakeholder zum ISDS. Deren Eingaben sollten entlang zwölf wichtiger Sachbereiche strukturiert sein.⁵² Für die Befragung setzte die Kommission eine 90-tägige Dauer fest, wobei die Frist am 27. März 2014 zu laufen begann und am 13. Juli 2014 endete.⁵³ Im Zuge dieser Konsultation gingen 149.399 Rückmeldungen ein, die von der Kommission zunächst rein statistisch – hinsichtlich der Art der Teilnehmer (Einzelpersonen/Unternehmer) sowie deren Herkunft etc. – aufbereitet wurden.⁵⁴ Am 13. Januar 2015 legte die Kommission eine detaillierte Analyse beziehungsweise Auswertung der inhaltlichen Ergebnisse der Befragung vor, an der sie sich in der Folge in den Verhandlungen auch orientieren will.⁵⁵

Österreich liegt bezüglich der Anzahl der Rückmeldungen (33.753 beziehungsweise 22,6 Prozent) an zweiter Stelle und wird nur von der Beteiligung von Unionsbürgern aus

51 Vgl. dazu vorstehend auf S. 8-9.

52 Vgl. Europäische Kommission: Europäische Kommission startet öffentliche Online-Konsultation über Investorenschutz in Transatlantischer Handels- und Investitionspartnerschaft, Pressemitteilung, IP/14/292.

53 Vgl. Waldemar Hummer: Investitionsschutz: Wo verläuft die rote Linie?, in: Die Presse, 6.6.2014.

54 Europäische Kommission: Preliminary report (statistical overview). Online public consultation on investment protection and investor-to-state dispute settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement (TTIP), 18.7.2014.

55 Europäische Kommission: Bericht über Konsultation zum Thema Investitionsschutz in den Handelsgesprächen mit den USA heute vorgestellt, Pressemitteilung, IP/15/3201; Europäische Kommission: Commission Staff Working Document. Report. Online public consultation on investment protection and investor-to-state dispute settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement (TTIP), SWD(2015) 3.

Großbritannien (52.008 beziehungsweise 34,8 Prozent) übertrafen. Deutschland (32.513 beziehungsweise 21,8 Prozent) liegt dabei an dritter Stelle, gefolgt von Frankreich (9.791 beziehungsweise 6,6 Prozent), Belgien (9.397 beziehungsweise 6,3 Prozent), den Niederlanden (4.906 beziehungsweise 3,3 Prozent) und Spanien (2.537 beziehungsweise 1,7 Prozent), die gemeinsam 97 Prozent der gesamten Teilnehmerschaft ausmachen. Lediglich 569 nationale und europäische (zivilgesellschaftliche) Organisationen (0,4 Prozent) beteiligten sich an der öffentlichen Konsultation, 99,6 Prozent der Teilnehmer waren Einzelpersonen, deren Beteiligung zu einem Großteil allerdings durch koordinierte Aktionen diverser (TTIP-kritischer) NGO⁵⁶ organisiert war, sodass „viele davon identisch waren“, wie Handelskommissar De Gucht erklärte.⁵⁷ Er sprach auch davon, dass es sich dabei um eine „gesteuerte Aktion“ und einen „Angriff auf die Kommission“ gehandelt habe.⁵⁸ Lediglich in 738 (0,5 Prozent) Rückmeldungen wurde darauf hingewiesen, dass der Teilnehmer überhaupt eine Investition in den USA getätigt habe. Daraus geht eindeutig hervor, dass die überwältigende Zahl der Teilnehmer (kritisch eingestellte) natürliche Personen waren, die von einem eventuellen ISDS überhaupt nicht direkt betroffen sein konnten.

Das CETA zwischen der Europäischen Union und Kanada

2009 begannen die Verhandlungen zwischen der Europäischen Union und Kanada über ein Freihandelsabkommen.⁵⁹ Ursprünglich sollte es ein reines Handelsabkommen werden, doch im September 2011 wurde das Mandat der EU-Kommission um ein Investitionskapitel erweitert. Obwohl sich der damalige Kommissionspräsident José Manuel Barroso und der kanadische Premier Stephen Harper bereits am 18. Oktober 2013 grundsätzlich auf einen Entwurf des CETA-Abkommens (politisch) geeinigt hatten,⁶⁰ blieb noch eine Reihe wichtiger Einzelheiten offen.⁶¹

Vor allem war bis zuletzt unklar, ob CETA ein gemischtes oder ein reines Handelsabkommen ist, eine Frage, die erst auf der Basis des endgültigen Vertragstextes korrekt beantwortet werden kann. Steht das Abkommen in der alleinigen Zuständigkeit der Europäischen Union, dann kann es von dieser auch alleine abgeschlossen werden, sind von dessen Inhalt aber auch mitgliedstaatliche Zuständigkeiten betroffen, muss es zu einem gemischten Abschluss kommen, bei dem neben der Europäischen Union auch alle Mitgliedstaaten zustimmen müssen. Sowohl der Juristische Dienst des Rates als auch die deutsche

56 Im August 2014 starteten 109 NGO aus 17 Ländern ein EU-weites Bürgerbegehren gegen TTIP und CETA; Petra Pinzler: Sonderrechte für Burger King?, in: Die Zeit, 28.8.2014.

57 Katrin Hatzinger: Kritik an TTIP reißt nicht ab, in: EKD-Europa-Informationen Nr. 146, September 2014, S. 13.

58 Erich Möchel: Heißer Herbst für die EU-Freihandelsabkommen, 1.9.2014, abrufbar unter: <http://fm4.orf.at/stories/1745390/> (letzter Zugriff: 19.11.2014).

59 Vgl. Europäische Kommission: Empfehlung der Kommission an den Rat zur Ermächtigung der Kommission zur Aufnahme von Verhandlungen über ein Abkommen über wirtschaftliche Integration mit Kanada, SEC(2009) 413 final/2.

60 Vgl. Laura Payton: CETA: Canada-EU free trade deal lauded by Harper, Barroso, in: CBC News, 18.10.2013.

61 Die meritorischen Verhandlungen führten der EU-Handelskommissar Karel De Gucht und der kanadische Handelsminister Ed Fast; vgl. Europäische Kommission: EU und Kanada beenden Verhandlungen über Freihandelsabkommen, Pressemitteilung, IP/13/972.

Bundesregierung⁶² sahen das geplante Abkommen als gemischt an,⁶³ der Juristische Dienst der Kommission hat sich dazu noch nicht geäußert. Hinsichtlich der ähnlichen Problematik im Freihandelsabkommen zwischen der Europäischen Union und Singapur (EUSFTA)⁶⁴ kündigte die Europäische Kommission im Oktober 2014 an, über die Frage eines gemischten Abschlusses des EUSFTA ein Rechtsgutachten des EuGH gemäß Art. 218 Abs. 11 AEUV einholen zu wollen.⁶⁵ Dieses Gutachten wird in der Folge präjudiziellen Charakter hinsichtlich der Lösung dieser unbestimmten Fragestellung haben.

Nach der Lösung der wichtigsten noch offenen Fragen wurde der definitive Entwurf des CETA-Abkommens am 5. August 2014 vorgelegt.⁶⁶ Der endgültige CETA-Abschluss erfolgte am 26. September 2014 anlässlich des EU-Kanada-Gipfels in Ottawa – aber nur in Form einer Erklärung und nicht in der einer formellen Unterzeichnung des CETA-Abkommens.⁶⁷

2012 war Kanada mit einem Anteil von 1,8 Prozent am gesamten EU-Außenhandel der zwölftwichtigste Handelspartner der Europäischen Union. Im Gegenzug entfielen auf die Europäische Union 10,4 Prozent des gesamten kanadischen Außenhandels, was sie zum zweitwichtigsten Handelspartner Kanadas, nach den USA, machte. Der bilaterale Warenverkehr belief sich 2012 auf 61,8 Milliarden Euro und die Investitionen aus der Europäischen Union in Kanada summierten sich 2011 auf rund 220 Milliarden Euro. Kanadische Investitionen in der Europäischen Union wiederum beliefen sich im selben Jahr auf knapp 140 Milliarden Euro. Schon diese Gesamtsumme an Investitionskapital in Höhe von 360 Milliarden Euro zeigt auf, dass Investitionen einen der Grundpfeiler der wirtschaftlichen Beziehungen zwischen der Europäischen Union und Kanada bilden. Mit der Umsetzung des CETA-Abkommens dürfte das bilaterale Handelsvolumen bei Waren und Dienstleistungen um 22,9 Prozent, das sind 25,7 Milliarden Euro, steigen. Insgesamt könnte das CETA-Übereinkommen zu einem Zuwachs des Bruttoinlandsprodukts der Europäischen Union um 11,6 Milliarden Euro pro Jahr führen.⁶⁸

Der Investitionsschutz im CETA

Besonders umstritten waren dabei, ebenso wie auch im Entwurf des TTIP-Abkommens zwischen der Europäischen Union und den USA, die Bestimmungen über die Investitions-

62 Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Klaus Ernst, Dr. Diether Dehm, Alexander Ulrich, und weiterer Abgeordneter der Fraktion DIE LINKE vom 22. Januar 2014, Bundestagsdrucksache 18/258 vom 18. Januar 2014, S. 10.

63 So auch Franz C. Mayer: Stellt das geplante Freihandelsabkommen der EU mit Kanada (CETA) ein gemischtes Abkommen dar?, Rechtsgutachten für das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, 28.8.2014, S. 24.

64 Nachdem bereits im September 2013 über die meisten Teile des EUSFTA Einvernehmen erzielt wurde, beendeten die Europäische Union und Singapur den letzten Teil der Verhandlungen (über den Investitionsschutz) am 17. Oktober 2014. Vgl. Europäische Kommission: EU and Singapore conclude investment talks, Pressemitteilung, IP/14/1172.

65 Europäische Kommission: Singapore: The Commission to Request a Court of Justice Opinion on the trade deal, Pressemitteilung, IP/14/1235.

66 Europäische Kommission, GD Handel, Dir. E 1: Note for the attention of the Trade Policy Committee, 25/9/14, 5.8.2014.

67 Tim Braune: Berlin will Korrekturen bei Kanada-Abkommen – Brüssel bleibt hart, abrufbar unter: <http://www.eu-info.de/dpa-europaticker/255419.html> (letzter Zugriff: 19.11.2014).

68 Europäische Kommission: Verhandlungen zum EU-Handelsabkommen mit Kanada werden nächste Woche abgeschlossen, Pressemitteilung, Dok. 12684; Europäische Kommission: Fakten und Zahlen zum Freihandelsabkommen zwischen der EU und Kanada, MEMO/13/911; vgl. dazu den Consolidated CETA Text, 26.9.2014, abrufbar unter: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf (letzter Zugriff: 19.11.2014).

schutzregelung samt deren schiedsvertraglicher Austragung. Die detaillierte, insgesamt 38 Seiten umfassende Regelung des Investitionsschutzes im CETA-Entwurf⁶⁹ enthält eine Fülle von Bestimmungen, die eine objektive Austragung eines Streitfalls im Sinne eines ordnungsgemäß und rechtsstaatlich durchgeführten (Schieds-)Verfahrens gewährleisten sollen. Zentrale Bestandteile sind dabei das Diskriminierungsverbot und die Inländergleichbehandlung für Investitionen aus der Europäischen Union in Kanada und vice versa,⁷⁰ die Vereinbarung einer Meistbegünstigungsklausel⁷¹ sowie der Grundsatz des „fair and equitable treatment and full protection and security“.⁷²

Dazu wird in der einschlägigen Literatur kritisch angemerkt, dass derartige Klauseln „alles andere als ungewöhnlich [sind]. Das bedeutet freilich nicht, dass sie unproblematisch sind“.⁷³ Als Beleg dafür wird der Grundsatz der fairen und gerechten Behandlung angeführt, bei dem es unter anderem auf die legitimen Erwartungen des Investors zum Zeitpunkt der Investition und deren eventuelle spätere Frustration ankomme, was aber eine umfassende Abwägung von hochkomplexen Vorgängen voraussetze. Da das insoweit zu absolvierende Prüfprogramm nicht weiter spezifiziert wurde, bestehen erhebliche Wertungsspielräume, die für ein hohes Maß an Rechtsunsicherheit sorgen.

Dieses Problem interpretationsoffener Formulierungen stellt sich aber bei allen Schiedskompromissen und ist kein spezielles CETA-Problem. Ganz im Gegenteil dazu, bemüht sich der CETA-Abkommensentwurf, den Schutz von Investoren durch präzisere Formulierungen⁷⁴ sicherzustellen,⁷⁵ wie zum Beispiel durch eine genaue Definition der erwähnten „gerechten und billigen Behandlung“⁷⁶ oder durch detaillierte Formulierungen zur „indirekten Enteignung“.⁷⁷ In diesem Zusammenhang muss auch die Bestimmung des Annex X.11 Abs. 3 erwähnt werden, gemäß derer dann keine „indirekte Enteignung“ vorliegt, wenn die entsprechende Maßnahme dazu dient, „to protect legitimate public welfare objectives, such as health, safety and the environment“.

Was wiederum das ISDS im CETA-Abkommen betrifft, so ist dieses in den Art. X.17 bis X.42 enthalten und dort ebenso differenziert und umfassend geregelt, wie dies in anderen Investitionsschutzabkommen der Fall ist. Falls Konsultationen⁷⁸ und Mediationsbemühungen⁷⁹ zu keinem Ergebnis führen, kann (nur) der Investor gemäß Art. X.21 einen Antrag auf schiedsgerichtliche Austragung des Rechtsstreits stellen, die gemäß Art. X.22 Abs. 2 lit. a bis c prioritär durch die Anwendung folgender drei Schiedsverfahren vorgenommen werden soll:

69 Kap. 10 Investment, Art. X.1 bis Art. X.43 samt Annex X.43.1. und Annex X.11, Consolidated CETA Text.

70 Ebenda, Art. X.6.

71 Ebenda, Art. X.7.

72 Ebenda, Art. X.9.

73 Andreas Kerkemeyer: Das Investitionsschutzregime im geplanten CETA-Abkommen. Eine Kritik, abrufbar unter: <http://www.nachdenkseiten.de/wp-print.php?p=23280> (letzter Zugriff: 19.11.2014).

74 Für die Feststellung, dass die bisherigen Formulierungen „fair and equitable treatment“ und „indirect expropriation“ zu vage waren, siehe: Europäische Kommission: Fact sheet. Investment Protection and Investor-to-State Dispute Settlement in EU agreements, November 2013, S. 7-8.

75 Europäische Kommission: Investitionsbestimmungen im Freihandelsabkommen EU-Kanada (CETA), 15.10.2014; Europäische Kommission: CETA EU-Kanada: Die wichtigsten Errungenschaften, 10.12.2013.

76 Ebenda, Kap. 10 Investment, Art. X.9 Abs. 2 lit. a bis f.

77 Ebenda, Kap. 10 Investment, Annex X.11 Abs. lit. b.

78 Kap. 10 Investment, Art. X.18 Consolidated CETA Text.

79 Ebenda, Art. X.19.

- der International Centre for Settlement of Investments Disputes (ICSID)-Konvention;⁸⁰
- der ICSID Additional Facility Rules;⁸¹ oder
- der UNCITRAL Arbitration Rules.⁸²

Dabei handelt es sich um bewährte Verfahrensordnungen, die international am häufigsten eingesetzt werden. Auch die Konstituierung der Dreier-Schiedsgerichte (Panel) in den Art. X.25 und X.26 folgt einem bewährten Muster, ebenso wie die Transparenz-⁸³ und Informationsweitergabe-Regeln.⁸⁴ Der bindende Schiedsspruch⁸⁵ kann, neben der Verpflichtung zur Restitution des Eigentums des Investors, lediglich Schadensersatzzahlungen, nicht aber auch Strafzahlungen⁸⁶ verhängen. Nicht zuletzt soll das Komitee für Dienstleistungen und Investitionen, das aus Vertretern Kanadas und der Europäischen Union zusammengesetzt ist, prüfen, ob, und wenn ja, unter welchen Bedingungen, ein Berufungsmechanismus gegen die Urteile der Schiedsgerichte eingerichtet werden könnte.⁸⁷

In diesem Zusammenhang listet die Europäische Kommission die aus ihrer Sicht wichtigsten Errungenschaften im Entwurf des CETA-Abkommens auf, die dazu dienen sollen, die Effektivität und Effizienz von Investor-Staat-Streitigkeiten inhaltlich und prozedural zu gewährleisten.⁸⁸ Darunter befinden sich so wichtige Bestimmungen, wie zum Beispiel das Verbot, zeitgleich Rechtsmittel bei nationalen Gerichten einzulegen und auf die Regelung zur Beilegung von Investor-Staat-Streitigkeiten zurückzugreifen, wobei aber die Anrufung der nationalen ordentlichen Gerichte befürwortet wird;⁸⁹ Auswahl der Richter aus einer von der Europäischen Union und Kanada gemeinsam erstellten Schiedsrichterliste (ein Novum im ISDS); Einführung eines verbindlichen Verhaltenskodex für die Schiedsrichter (ebenfalls ein Novum); nachhaltiger Schutz vor belanglosen und unbegründeten Klagen; uneingeschränkte Transparenz des Verfahrensablaufs;⁹⁰ Förderung der alternativen Streitbeilegung im Sinne von konkreten Bestimmungen zur außergerichtlichen Schlichtung von Investitionsstreitigkeiten (ebenfalls ein Novum); Einrichtung eines möglichen Berufungsmechanismus;⁹¹ eindeutige Feststellung, dass ein Staat nicht zur Aufhebung einer (legistischen) Maßnahme gezwungen werden kann; Veröffentlichung verbindlicher Auslegungen des ursprünglichen Inhalts des Investitionsabkommens durch die Ver-

80 International Centre for Settlement of Investment Disputes: ICSID Convention, Regulations and Rules, 575 UNTS 159; 4 ILM 524 (1965), abrufbar unter: https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf (letzter Zugriff: 19.11.2014).

81 Rules Governing the Additional Facility for the Administration of Proceedings by the Secretariat of the International Centre for Settlement of Investment Disputes (Additional Facility Rules), abrufbar unter: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/facility/partA-article.htm> (letzter Zugriff: 19.11.2014).

82 Gerold Zeiler: Schiedsverfahren. §§ 577 - 618 ZPO idF des SchiedsRÄG 2013, Wien 2014, S. 515-534.

83 Kap. 10 Investment, Art. X.33 Consolidated CETA Text.

84 Ebenda, Art. 34.

85 Ebenda, Art. 39 Abs. 1.

86 Ebenda, Art. X.36 Abs. 4.

87 Ebenda, Art. X.42 Abs. 1 lit c.

88 Europäische Kommission: Investitionsbestimmungen im Freihandelsabkommen EU-Kanada (CETA), 2013, S. 3-4.

89 Eine von der Kommission in Auftrag gegebene Studie kommt in diesem Zusammenhang zu dem Schluss, „that a well-crafted state-state dispute settlement mechanism might be a more appropriate enforcement mechanism in CETA than ISDS“. Vgl. Europäische Kommission: A Trade SIA Relating to the Negotiation of a Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between the EU and Canada, Trade 10/B3/B06, Final Report, Juni 2011, S. 337.

90 Erstmals kommen damit die Bestimmungen der „UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor State Arbitration“ vom 11. Juli 2013 tatsächlich zur Anwendung.

91 Der Berufungsmechanismus steht damit erstmals in einem EU-Abkommen, die USA kennen diese Klausel bereits seit 2004.

tragsparteien; Maßnahmen gegen ausufernde Kosten durch eine effektive Begrenzung der Schiedskosten (ebenfalls ein Novum) usw.

Präjudizwirkung des ISDS des CETA für die TTIP?

Diese Passagen aus dem Investitionsschutzkapitel des CETA-Abkommens spiegeln nicht nur den bisher erreichten (Höchst-)Stand in internationalen Schiedsübereinkommen wider, sondern gehen in einigen Punkten sogar noch darüber hinaus und stellen in Summe die fortschrittlichste Regelung dieser Art dar, die je in einem solchen Abkommen getroffen wurde. Sie sind damit durchaus geeignet, um in den TTIP-Vertragsentwurf übernommen zu werden.⁹² Nachbesserungsbedarf im Bereich des Investitionsschutzes wird, vor allem von deutschen Regierungsvertretern, nur für den Fall von Bankenabwicklungen und Schuldenschnitten gesehen, bei denen befürchtet wird, dass Investoren einen EU-Mitgliedstaat auf Schadensersatz verklagen könnten. Dementsprechend wird auch verlangt, dass Schadensersatzklagen bei Umschuldungen von Staatsanleihen sowie Klagen gegen die vorrangige Beteiligung von Gläubigern bei der Rettung von insolventen Banken ausgeschlossen sind. Keinesfalls dürfe es aber in diesem Zusammenhang zum Unterlaufen der Richtlinie 2014/59/EU zur Festlegung eines Rahmens für die Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen⁹³ kommen.

Aufgrund der ähnlichen Regelungsinhalte, vor allem auch im Bereich des Investitionsschutzes, wird vom CETA als einer Blaupause für das TTIP-Abkommen gesprochen.⁹⁴ Einige Autoren gehen aber noch einen Schritt weiter und bezeichnen das CETA als mehr als nur eine Blaupause für das TTIP-Übereinkommen. „CETA ermöglicht TTIP durch die Hintertür: US-Firmen können über kanadische Niederlassungen EU-Staaten vor privaten Schiedsgerichten verklagen, sobald sie durch Umwelt- oder Sozialstandards ihre Gewinne geschmälert sehen“, befürchtet Maritta Strasser von der Kampagnen-Plattform Campact.⁹⁵

Kanada ist bereits von solchen Investor-Klagen betroffen, wenngleich diese noch auf dem NAFTA-Abkommen⁹⁶ (1994) beruhen. So läuft zum einen seit 2013 eine Schadensersatzklage des Pharmakonzerns Eli Lilly gegen Kanada mit einem Punktum von 500 Millionen US-Dollar wegen der Aberkennung zweier Patente auf chemische Wirkstoffe in Kanada, was allerdings schon zwanzig Jahre zurückliegt. Der Grund dafür liegt darin, dass Eli Lilly alle Klagen gegen Kanada vor kanadischen Gerichten verloren hatte, nunmehr

92 Ebenso positiv fällt die Würdigung von CETA im Kurzgutachten von Stephan Schill aus; vgl. Stephan Schill Auswirkung der Bestimmungen zum Investitionsschutz und zu den Investor-Staat-Schiedsverfahren im Entwurf des Freihandelsabkommens zwischen der EU und Kanada (CETA) auf den Handlungsspielraum des Gesetzgebers, August 2014, S. ii, 30.

93 Richtlinie 2014/59/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 zur Festlegung eines Rahmens für die Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Richtlinie 82/891/EWG des Rates, der Richtlinien 2001/24/EG, 2002/47/EG, 2004/25/EG, 2005/56/EG, 2007/36/EG, 2011/35/EU, 2012/30/EU und 2013/36/EU sowie der Verordnungen (EU) Nr. 1093/2010 und (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates, in: Amtsblatt der EU, Nr. L 173 vom 15. Juli 2014, S. 190-348.

94 Wolfgang Böhm: Erste große Hürde für US-Handelsabkommen, in: Die Presse, 23.8.2014; Tim Braune: Berlin will Korrekturen bei Kanada-Abkommen, 2014.

95 Campact: Selbstmontage der Demokratie: TTIP und CETA beschneiden Gestaltungsspielraum von Ländern und Kommunen, Pressemitteilung, 14.9.2014.

96 North American Free Trade Agreement.

aber vor einem auf dem NAFTA-Abkommen basierenden Schiedsgericht⁹⁷ geklagt hat.⁹⁸ Ebenso verklagte der kanadische Energiekonzern Lone Pine Resources unter Berufung auf das NAFTA-Abkommen, über seine amerikanische Tochterfirma, die kanadische Provinz Québec, da diese ein Fracking-Moratorium verhängt hatte. Der Konzern fordert in diesem Zusammenhang eine Entschädigungszahlung in Höhe von 250 Millionen US-Dollar, da ein derartiges Moratorium eine „willkürliche und illegale Aberkennung ihres geltenden Rechts, Öl und Gas zu fördern“, sei.⁹⁹

Das plurilaterale Trade in Services Agreement (TISA)

Da der Dienstleistungssektor gut drei Viertel des gesamten Bruttosozialprodukts der Europäischen Union beträgt,¹⁰⁰ ist dessen Wichtigkeit evident, ebenso wie auch die wirtschaftlichen Vorteile einer weiteren Reglementierung und Liberalisierung desselben. Im Jahre 2005 hatte die Europäische Union im Rahmen der WTO-Doha-Verhandlungsrunde im Dienstleistungsbereich ein GATS-Offert¹⁰¹ vorgelegt und 2006 ein revidiertes Offert nachgereicht, das aber nicht weiter verhandelt wurde. In der Folge schloss die Europäische Union einige bilaterale Freihandelsabkommen ab, die neben einer Warenverkehrsliberalisierung auch mehr oder weniger ambitionierte Bestimmungen über eine Dienstleistungsliberalisierung enthielten.

Um den Stillstand in der Doha-Verhandlungsrunde zu überwinden, beschloss man auf der achten Ministerkonferenz der WTO im Dezember 2011 die Aushandlung von „provisional or definitive agreements based on consensus earlier than the full conclusion of the single undertaking“.¹⁰² Es sollte aber noch bis zum März 2013 dauern, bis eine Gruppe von 23 WTO-Mitgliedern¹⁰³ – die sogenannten Really Good Friends (of Services), die zusammen für 70 Prozent des gesamten Welthandels in Dienstleistungen verantwortlich sind – in Genf mit den Verhandlungen über TISA¹⁰⁴ begann.¹⁰⁵ Da die Verhandlungen außerhalb der WTO stattfinden, würde dieses Abkommen kein multilaterales, sondern bloß ein plurilaterales Abkommen im Rahmen der WTO darstellen.¹⁰⁶

Nach der Auswertung einer bis zum 6. September 2013 befristeten öffentlichen Befragung über die Erwünschtheit von TISA wurde Ende September 2013 ein erster Textentwurf vorgelegt und im November 2013 substantiierte die Europäische Union als wichtigs-

97 Zur NAFTA-Schiedsgerichtsbarkeit vgl. Christian Tietje et al.: The Impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership, Rechtsgutachten im Auftrag des niederländischen Ministers für Außenhandel und internationale Zusammenarbeit und des niederländischen Außenministeriums Ref. MINBUZA-2014.78850, 24.6.2014, S. 75-93.

98 Erich Möchel: Heißer Herbst, 2014.

99 DNR EU-Koordination: CETA: Das Freihandelsabkommen zwischen EU und Kanada, Steckbrief vom 8. Juli 2014, S. 2.

100 Vgl. Markus Groll: Die Freihandels-Geister, in: trend 9, September 2014, S. 30.

101 General Agreement on Trade in Services.

102 Europäische Kommission: Negotiations for a Plurilateral Agreement on Trade in Services, Pressemitteilung, MEMO/13/107, S. 2.

103 Australien, Chile, Chinesisch-Taipeh (Taiwan), Costa Rica, Europäische Union, Hongkong, Island, Israel, Japan, Kanada, Kolumbien, Südkorea, Liechtenstein, Mexiko, Neuseeland, Norwegen, Pakistan, Panama, Paraguay, Peru, Schweiz, Türkei und USA.

104 Europäische Kommission: Public Consultation on the Trade in Services Agreement (TiSA), abrufbar unter: http://trade.ec.europa.eu/consultations/index.cfm?consul_id=177 (letzter Zugriff: 19.11.2014).

105 Vgl. Europäische Kommission, GD Handel: Plurilateral Services Agreement. Draft text provisions – Proposal by the European Union, Explanatory Note, März 2013.

106 Für diese Unterscheidung vgl. Gustav Reinisch: Welthandelsrecht – GATT/WTO, in: August Reinisch (Hrsg.): Österreichisches Handbuch des Völkerrechts, Band I, 5. Auflage, Wien 2013, S. 563, Rdnr. 2238.

ter Verhandlungspartner¹⁰⁷ ihr Verhandlungsangebot.¹⁰⁸ Nach den für Oktober und Dezember 2014 geplanten nächsten Treffen wurden bis Ende 2014 insgesamt zehn Verhandlungsrunden absolviert, für deren Abschluss aber keine zeitliche Frist vorgesehen ist.¹⁰⁹ Ein ambitionierter, aber durchaus realistischer Zeitplan für die Beendigung der Verhandlungen über das TISA-Abkommen ist ein Abschluss binnen zweier Jahre. Die bisher mehr oder weniger klandestin abgelaufenen Verhandlungen wurden erstmals durch eine am 19. Juni 2014 veröffentlichte ‚geleakte‘ Version des Verhandlungskapitels über Finanzdienstleistungen¹¹⁰ publik.

Um spätere Beitritte weiterer WTO-Mitglieder zu erleichtern und die Chancen einer Multilateralisierung im Rahmen der WTO zu erhöhen, verfügt das TISA über einen Beitrittsmechanismus und folgt soweit als möglich der ‚GATS-Architektur‘. Dementsprechend enthält es ähnliche Regelungen über ‚market access‘, ‚national treatment‘, ‚standstill-clause‘, einen ‚ratchet‘-Mechanismus, ‚regulatory disciplines‘ und anderes mehr. Was den in Art. X.20 des TISA-Entwurfs vorgesehenen Streitbeilegungsmechanismus für Finanzdienstleistungen betrifft, der ähnlich dem ISDS im Entwurf des TTIP-Abkommens ausgestaltet ist, so müsste dieser im Zuge der Multilateralisierung allerdings auf das ‚dispute settlement‘-System der WTO, das heißt von Investor-Staat-Klagen auf Staat-Staat-Klagen, umgestellt werden.¹¹¹

Ausblick: die EU-Handelspolitik im Geflecht von Sachzwängen, nationalen Interessen und öffentlicher Kritik

Dass es wenige Jahre nach den Erfahrungen mit dem Scheitern des ACTA im Zuge der Aushandlung des TTIP- und des CETA-Abkommens neuerlich zu einer groben Unterschätzung des politischen Einflusses der organisierten Zivilgesellschaft gekommen ist, verblüfft. Wenngleich für die klandestine Vorgehensweise vorrangig der US-amerikanische Verhandlungspartner verantwortlich zu sein scheint,¹¹² wird die Europäische Union für ihre Kritiker deswegen unglaublich, da sie im Gefolge des Vertrags von Lissabon die beiden Postulate der Demokratie und der Transparenz verstärkt zu beachten hat – und zwar nicht nur in ihrer internen Rechtssetzung, sondern auch in ihren auswärtigen Beziehungen.¹¹³ Trotzdem folgt die Aushandlung von (handelspolitischen) Verträgen der Europäischen Union mit Drittstaaten eigenen verhandlungstaktischen Gesetzen, die die Europäische Union offenkundig veranlasst haben, dem Demokratiegebot und der Transparenzverpflichtung nicht entsprechend nachzukommen.

Dazu kommt noch die im Endstadium der TTIP- und CETA-Verhandlungen seitens der Europäischen Kommission Mitte September 2014 ausgesprochene Unzulässigkeit der Re-

107 Die Dienstleistungsexporte der EU-Unternehmen betragen insgesamt 26 Prozent des weltweiten Dienstleistungshandels und deren ausländische Investitionen machen knapp die Hälfte des gesamten Auslandsinvestitionskapitals aus; Europäische Kommission: The Trade in Services Agreement (TISA), ohne Jahr, S. 1.

108 Europäische Kommission: The EU initial offer (November 2013), abrufbar unter: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1133> (letzter Zugriff: 19.11.2014).

109 Für den Verlauf der Verhandlungen siehe Europäische Kommission: The EU's bilateral trade and investment agreements – where are we?, MEMO/13/1080.

110 Trade in Services Agreement (TISA). Financial Services Annex (X), Consolidation of text proposals as of 14 April 2014, abrufbar unter: <https://wikileaks.org/tisa-financial/> (letzter Zugriff: 19.11.2014).

111 Annex X: Financial services, in: Trade in Services Agreement (TISA), S. 16.

112 Die USA verhandeln ihre internationalen Handelsabkommen regelmäßig unter Ausschluss der Öffentlichkeit.

113 Vgl. dazu unter anderem Art. 1 Abs. 2, Art. 10 Abs. 3 EUV in Verbindung mit Art. 21 Abs. 1 UAbs. 1 EUV.

gistrierung der von mittlerweile 230 Organisationen der Zivilgesellschaft unterstützten EBI „Stop TTIP“, die seitens deren Befürworter vehement kritisiert wurde. In den einschlägigen Kommentaren sprach man in diesem Zusammenhang unter anderem nicht nur von „juristisch fadenscheinigen Begründungen“ der Kommission, sondern auch davon, dass die Nichtregistrierung der EBI „taktisch geschickt, politisch aber dumm war“.¹¹⁴ Auch am europaweiten Aktionstag gegen TTIP und CETA am 11. Oktober 2014 stand die Ablehnung der Bürgerinitiative im Mittelpunkt des Protests.

Lässt man aber diese Polemiken außer Betracht und konzentriert sich auf einen inhaltlichen Vergleich der jeweiligen ISDS-Regelungen in den TTIP- und CETA-, aber auch TISA-Entwürfen, so erkennt man sofort deren einschlägigen Charakter in Bezug auf die noch offenen und am meisten umstrittenen Fragen im Zuge der Endredigierung des TTIP-Abkommens. Obwohl die materiellen Inhalte der drei Abkommensentwürfe aufgrund der unterschiedlichen Interessenlagen der verschiedenen Vertragspartner durchaus variieren (können), wird es dem Vertragspartner Europäische Union schwer fallen, in der Endfassung des TTIP-Abkommens allzu disparate Positionen gegenüber seinem Verhalten im Rahmen der Aushandlung des TISA, vor allem aber des CETA-Abkommens, einzunehmen. Dies gilt ganz besonders in Bezug auf den bereits umfassend standardisierten Bereich des ISDS im CETA. Diesbezüglich wird sich die Europäische Union, um nicht unglaubwürdig zu werden, mehr oder weniger an der Blaupause der einschlägigen Regelung des CETA-Abkommens orientieren müssen.

In diesem Zusammenhang haben sich am 21. Oktober 2014 die Handelsminister von 14 EU-Mitgliedstaaten an die damals noch designierte, inzwischen amtierende Kommissarin für Handelsbeziehungen, Cecilia Malmström, gewandt und ihr Einverständnis für eine Einbeziehung des ISDS in die TTIP signalisiert. Im Gegensatz dazu richtete der österreichische Bundeskanzler Werner Faymann am 8. Oktober 2014 einen Brief an José Manuel Barroso, Jean-Claude Juncker, Herman van Rompuy, Donald Tusk und Martin Schulz, in dem er ein ISDS in der TTIP strikt ablehnte.¹¹⁵ Auch der französische Staatssekretär für Außenhandel, Matthias Fekl, reagierte ähnlich und selbst Kommissionspräsident Juncker stellte in seiner Rede vor dem Europäischen Parlament am 22. Oktober 2014 klar: „In dem Abkommen, das meine Kommission diesem Hause am Ende der Verhandlungen vorlegen wird, wird nichts den Zugang zur innerstaatlichen Rechtsprechung einschränken oder Geheimgerichten das letzte Wort bei Streitigkeiten zwischen Investoren und Staaten einräumen“.¹¹⁶ Im Gegensatz dazu äußerte sich am 27. November 2014 der bisher skeptische deutsche Wirtschaftsminister Sigmar Gabriel¹¹⁷ in einer Debatte im Deutschen Bundestag nunmehr positiv zu einem Einbezug von ISDS in die TTIP ebenso wie auch der deutsche Außenminister Frank-Walter Steinmeier in einem Zeitungsinterview vom selben Tag.¹¹⁸

Wie eng aber die Zustimmung zur TTIP mit sachlich an sich nicht zusammenhängenden Forderungen politisch junktimiert wird, zeigt die Äußerung des bulgarischen Wirtschaftsministers Bozhidar Lukarski, dass Bulgarien der TTIP erst dann zustimmen werde, wenn

114 Pinzler: Wenn die Bürger nerven, 2014.

115 Margaretha Kopeinig: BK Faymann lehnt Schiedsgericht bei TTIP strikt ab, in: Kurier, 25.10.2014; vgl. auch das kritische Schreiben der Bundesarbeitskammer an das BM für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft vom 16.9.2014 (EU-GSt/Be/Do).

116 Europäische Kommission: Wieder Bewegung in die europäische Politik bringen: Kernaussagen der Rede des gewählten Kommissionspräsidenten Juncker vor dem Europäischen Parlament, Pressemitteilung, 22.10.2014, S. 3.

117 Vgl. Salzburger Nachrichten: Handelsabkommen: EU erwägt Verzicht auf Schiedsgericht, 24.10.2014.

118 Faz.net: Gabriel brüskiert SPD-Linke, 27.11.2014.

die USA die Visapflicht aufgehoben und Bulgarien in das ‚Visa Waiver Programme‘ aufgenommen haben.¹¹⁹ Auch die Forderung der Türkei, in die TTIP mit einbezogen zu werden, da sie sich ansonsten veranlasst sehe, die 1995 mit der Europäischen Union begründete Zollunion auszusetzen,¹²⁰ entbehrt nicht einer gewissen Pikanterie.

Worum es im Grunde im Rahmen der ISDS-Schiedsgerichtsbarkeit aber tatsächlich geht, ist die Notwendigkeit einer präzisen Formulierung derjenigen Passagen in den Investitionsschutzregelungen, die von den betroffenen Unternehmen als Grundlage für Schadensersatzklagen gegen ihre Gaststaaten in Anspruch genommen werden könnten.¹²¹ Je präziser diese Bestimmungen ausgestaltet sind, umso geringer ist der Interpretationsspielraum der Schiedsrichter im ISDS. Wird dabei entsprechend sorgfältig vorgegangen, unterscheidet sich ein Schiedsspruch im Rahmen eines ISDS meritorisch kaum von einem Urteil eines ordentlichen Gerichts des Gaststaates – von einer privaten Schattenjustiz zugunsten internationaler Konzerne kann dann keine Rede mehr sein.

Ergänzend zu den bisherigen Ausführungen lohnt noch ein Blick auf die Rechtssache „Micula u. a./Kommission“, um die zunehmend heikle juristische Gemengelage zwischen Unionsrecht, ISDS-Recht (als Völkerrecht) und nationalem Recht in der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit deutlich zu machen. Die beiden Brüder Ioan und Viorel Micula hatten über ihre schwedischen Firmen in den 1990er-Jahren in Rumänien zu investieren begonnen (Abfüllanlagen für Mineralwässer und Lebensmittelproduktion) und dafür eine Reihe von finanziellen Begünstigungen seitens des rumänischen Staates eingeräumt bekommen. Im Zuge seines Beitritts zur Europäischen Union musste Rumänien, trotz einer längerfristigen Zusage, diese Begünstigungen aber wieder abschaffen. Die Micula-Brüder klagten dagegen vor einem Schiedsgericht in Washington – unter der Federführung des ICSID – und bekamen durch Schiedsspruch vom 11. Dezember 2013 einen Schadensersatz von knapp 85 Millionen Euro zugesprochen.¹²² Während Rumänien begann, den Schiedsspruch umzusetzen, ging die Europäische Kommission im Gegensatz dazu davon aus, dass eine solche Umsetzung eine rechtswidrige staatliche Beihilfe darstelle¹²³ und dementsprechend von ihr zuvor genehmigt werden müsse. Gegen den Beschluss der Kommission erhoben die Micula-Brüder am 2. September 2014 vor dem Gericht¹²⁴ Nichtigkeitsklage mit folgender Begründung. Zum einen habe die Kommission rechtsfehlerhaft die Umsetzung des Schiedsspruchs als (neue) staatliche Beihilfe qualifiziert und zum anderen sei das Unionsrecht auf diesen Fall gar nicht anwendbar. Rumänien sei nämlich völkerrechtlich verpflichtet, den im Schoß des ICSID getroffenen Schiedsspruch unverzüglich umzusetzen, wobei diese völkerrechtliche Verpflichtung Rumäniens dem Unionsrecht vorgehe. Der Beschluss der Kommission verstoße auch gegen die Bestimmungen der Art. 351 Abs. 1 AEUV und Art. 4 Abs. 3 EUV, die die altvertraglichen Verpflichtungen

119 Euobserver.com: Bulgaria won't sign EU-US trade deal until visas are scrapped, 27.11.2014.

120 TTIP: Türkei droht Zollunion mit EU auszusetzen, in: DiePresse.com, 15.11.2014.

121 Vgl. Europäische Kommission: Investitionsbestimmungen im Freihandelsabkommen EU-Kanada (CETA) vom 15.10.2014, S. 1-7.

122 Vgl. Rechtssache Ioan Micula, Viorel Micula and others v. Romania (ICSID Case No. ARB/05/20). Der Schiedsspruch erfolgte am 11. Dezember 2013, die Höhe des Schadensersatzes betrug 376.433,229 Rumänische Leu.

123 Europäische Kommission: Staatliche Beihilfe SA.38517 (2014/C) (ex 2014/NN) – Umsetzung des Schiedsspruchs vom 11. Dezember 2013 in der Sache Micula/Rumänien. Aufforderung zur Stellungnahme nach Artikel 108 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Beschluss C (2014) 3192, in: Amtsblatt der EU, Nr. C 393 vom 7. November 2014, S. 27-40.

124 EuGH, Rs. T-646/14 (*Micula u. a./Kommission*), in: Amtsblatt der EU, Nr. C 439 vom 8. Dezember 2014, S. 29-30.

Rumäniens aus dem ICSID-Abkommen und dem bilateralen Investitionsschutzabkommen mit Schweden schützen. Dem Urteil des Gerichts in dieser komplexen Rechtssache kann mit Interesse entgegengesehen werden.

Nachtrag

Zwischenzeitlich ist es zu folgenden wichtigen Neuerungen gekommen: Zum einen wurde am 13. Januar 2015 von der Kommission die schon seit Längerem angekündigte Auswertung der fast 150.000 Antworten auf die Online-Konsultation zum ISDS im Rahmen der TTIP veröffentlicht¹²⁵ – die rund 97 Prozent ablehnende Antworten ergab – und zum anderen ersuchte die Kommissarin Malmström in einem Schreiben vom 29. Januar 2015 an den lettischen Außenminister um die Veröffentlichung des TISA-Verhandlungsmandats. Das Generalsekretariat des Rates veröffentlichte daraufhin am 10. März 2015 den Entwurf der Richtlinien für die Aushandlung des TISA, die dem Rat am 18. März 2013 zur Annahme vorgelegt worden waren.¹²⁶ Am 3. März 2015 wiederum richteten 375 europäische zivilgesellschaftliche Organisationen aus mehr als 20 Mitgliedstaaten der Europäischen Union einen offenen Brief an die Abgeordneten des Europäischen Parlaments, in dem sie diese auffordern, TTIP und gleichartige Abkommen (wie zum Beispiel CETA) abzulehnen. Mitte Mai 2015 wird das Europäische Parlament dazu eine entsprechende Resolution verabschieden.

125 Europäische Kommission: Commission Staff Working Document. Report. Online public consultation on investment protection, 2015.

126 Rat der Europäischen Union: Draft Directives for the negotiation of a plurilateral agreement on trade in services, Dok. 6891/13.