

Justus von Daniels

Recht im globalen Nebel

Investitionsschutz und demokratische Legitimation

Es klang wie eine Kehrtwende: Als die designierte EU-Handelskommissarin, die Schwedin Cecilia Malmström, in der Anhörung zu ihrer Berufung vor dem EU-Parlament ankündigte, das Handelsabkommen zwischen den USA und der EU, das Transatlantic Trade and Investment Partnership (kurz TTIP), ohne einen Investitionsschutz zu verhandeln, rieben sich alle Seiten verwundert die Augen. War es nicht gerade die EU-Kommission, die seit Monaten dafür gekämpft hatte, den Unternehmen neue Klagerechte vor einem internationalen Schiedsgericht einzuräumen? Und war es nicht die Kommission, die kurz zuvor abgelehnt hatte, ein Bürgerbegehren zu beachten, das sich gegen die erweiterten Klagerechte wendete? Nein, es war nur ein Missverständnis, ließ die Schwedin nach der Anhörung schnell mitteilen. Die EU-Kommission halte am Investitionsschutz fest.

Wo liegen die Gefahren, die von undurchsichtigen Schiedsgerichten ausgehen, wirklich, wie weit können diese in die Politik hineinregieren? Können Unternehmen Umwelt- oder Gesundheitsgesetze angreifen, weil ihre Investitionen dadurch beeinträchtigt werden? Kann allein schon die Drohung einer Klage Parlamente davon abhalten, Gesetze zu verabschieden, die Investoren benachteiligen («chilling effect«)? Steigt der Einfluss von Investoren auf die Politik?

Es gibt einige Beispiele von Klagen, mit denen politische Maßnahmen als investitionsschädigend angegriffen werden. Eines der jüngsten Beispiele ist Zypern. Nach der Finanzkrise drohten Zypern mehrere Verfahren, weil die EU verlangt hatte, einen Schuldenschnitt vorzunehmen, ohne dass private Gläubiger dem zugestimmt hätten. Die EU hatte in der Tat übersehen, dass Zypern durch mehrere Investitionsschutzabkommen gebunden ist und sich daraus Klagerechte ableiten. Nun könnte es dazu kommen, dass ein privates Schiedsgericht entscheiden muss, ob der Schuldenschnitt zur Rettung der Staatsfinanzen gerechtfertigt war. Denn es wurden private Interessen durch eine politische Entscheidung beeinträchtigt. Ist es nicht legitim, die Verletzung von Eigentumsrechten an einem internationalen Gericht einzuklagen zu können?

Es geht um die Befürchtung, dass die Politik zur Geisel von Vertragsklauseln und Investoreninteressen wird, die vor einem privaten Schiedsgericht verhandelt und damit den demokratisch legitimierten nationalen Rechtsinstitutionen entzogen werden. Der Kern der Debatte um Investitionsschiedsgerichte, die bei dem Handelsabkommen mit den USA besonderen Auftrieb erfahren hat, betrifft die demokratische Legitimität: zum einen der Verfahren selbst und zum anderen der Form der Übertragung auf die internationale Ebene.

Die Verlagerung von Unternehmensrechten führt zu einer eigentümlichen Spreizung von nationaler Gesetzgebung und internationaler gerichtlicher Überprüfung. Üblicherweise können politische Maßnahmen vor nationalen Gerichten auf ihre Rechtmäßigkeit überprüft werden. Über einen daraus resultierenden Schadensersatzanspruch wird auf zivilrechtlicher Ebene entschieden. Ausländische Investoren sollen nun Sonderrechte erhalten. Jede politische Maßnahme, die auf bestehende Rechte einwirkt, steht dann unter dem Verdacht, Schadensersatzansprüche auslösen zu können, weil das vertraglich vereinbarte Wirtschaftsrecht das nationale Wirtschaftsrecht überwölbt. Es sind dann nicht mehr staatliche Gerichte, sondern private Schiedsverfahren, die mittelbar über die Rechtmäßigkeit der Akte eines Parlaments oder einer Regierung entscheiden.

Die Verhandlungspartner der Handelsabkommen waren von der Heftigkeit der Proteste ziemlich überrascht. Schließlich gibt es diese Verfahren schon seit Jahren, und es wurde bisher kaum prinzipielle Kritik an den bestehenden Investor-Staat-Verfahren geübt. Auch die neuen Handelsabkommen wurden anfangs, wie alle völkerrechtlichen Vereinbarungen, im Wesentlichen ohne öffentliche Debatte geführt. Der Protest richtet sich neben der populären Kritik an »Geheimverfahren« gegen die Überlagerung der demokratisch legitimierten nationalen durch eine globale Wirtschaftsordnung, über die es keine Verständigung innerhalb des demokratischen Gemeinwesens gab, obwohl sie bedeutende Auswirkungen auf die Demokratie haben könnte.

Die laute Kritik hat überdeckt, dass selbst unter den Verhandlungsdelegationen unstrittig ist, dass die Verfahren in der derzeitigen Form reformiert werden müssen, weil sie immer noch zu sehr der Handelsschiedsgerichtsbarkeit nachempfunden sind und die Besonderheit zu wenig berücksichtigen, dass staatliche Regulierungen von Unternehmen vor einer privaten Gerichtsbarkeit angegriffen werden können. Ob Investor-Staat-Verfahren genügend Legitimität besitzen, problematisieren von Bogdandy und Venzke in ihrem Buch *In wessen Namen?*, in dem sie die Legitimität internationaler Gerichte beleuchten und auch auf die sogenannten *Investor State Dispute Settlement*-Verfahren (kurz ISDS) Bezug nehmen.¹ Sie stellen die Verfahren nicht prinzipiell infrage, verlangen allerdings eine gut begründete Legitimation für sie. Denn diese Verfahren sind privat und entscheiden über öffentliche Belange. Ob eine politische Maßnahme im öffentlichen Interesse und damit gerechtfertigt ist, bestimmt sich in Abhängigkeit zur jeweiligen Öffentlichkeit. Die Entscheidung darüber bedarf gerade dann einer besonderen Legitimation, wenn sie auf eine internationale Institution übertragen wird.

Was für die einen schon längst ein selbstverständlicher Prozess der Vereinheitlichung des Wirtschaftsrechtsraums im globalisierten Handel ist, stellt für die anderen die Gefahr dar, dass ein freischwebendes Rechtsregime entsteht, das sich demokratischer Rückbindung weitgehend entzieht.

1 Bogdandy, Venzke 2014.

1. Von der Ausnahme zum Standard

Die Investor-Staat-Verfahren haben in den letzten Jahren eine Bedeutungsverschiebung erlebt. Ab 1959 wurden sie in erster Linie als Notfallgerichte für die Interessenwahrung ausländischer Investoren in unsicheren Rechtsstaaten in bilaterale Handelsabkommen (Bilateral Investment Treaty, kurz BIT) aufgenommen. Deutschland hat diese BIT-Abkommen maßgeblich mitgestaltet und weitreichende, investorenfreundliche Ansprüche formuliert. Wurden sie lange kaum in Anspruch genommen, ist in den letzten zehn Jahren die Zahl der Verfahren sprunghaft angestiegen. Vor allem die USA sind nun Antreiber der Idee, eine neue Handelsordnung neben der WTO zu schaffen, die für gemeinsame Vorhaben zu starr und reformunfähig ist. Sie wollen einen neuen Handelsstandard etablieren. Dazu sollen auch in die künftigen Handelsabkommen zwischen entwickelten Rechtsstaaten die Klauseln über die private Streitschlichtung aufgenommen werden. Aus einer Ausnahme soll nun ein Standard werden.

Es ist in der Tat fraglich, ob private Schiedsverfahren diese Rolle spielen sollten. Denn bisher wurden die nationalen Gerichte in Europa oder den USA selten kritisiert, ausländische Investoren substantiell und über Einzelfälle hinaus benachteiligt zu haben. Woher rührt der plötzliche Bedarf, einen Rechtsschutz international zu verankern, der bisher ganz gut auf nationaler Ebene funktioniert hat? Klar ist, dass seit dem Beginn der Verhandlungen zwischen der EU und den USA über das TTIP-Abkommen vor allem in Deutschland eine gesellschaftlich relevante Öffentlichkeit für das Thema entstanden ist. Sie zeigt das Bedürfnis, über den Nutzen und die Gefahren zu streiten, die in einem Handelsabkommen liegen, das eine neue Dimension hat.

In der Außenpolitik und bei völkerrechtlichen Verträgen ist die Beteiligung der Öffentlichkeit üblicherweise nicht vorgesehen – ein Relikt aus dem Souveränitätsbegriff des Westfälischen Friedens. Parlamente stimmen heutzutage in der Regel den Ergebnissen der auf Regierungsebene getroffenen Verhandlungen zu. Als sich nun eine Öffentlichkeit gegen TTIP formierte, fand sie keinen echten Verantwortungsadressaten. Die zuständigen Institutionen reagieren abwehrend, indem sie die konkrete Verantwortung ablehnen. Die EU-Kommission verweist darauf, dass sie von den Mitgliedstaaten dazu mandatiert wurde; die EU-Staaten verweisen darauf, dass die Kompetenz für Handelsabkommen seit 2007 bei der EU selbst liege und man als einzelner Staat wenig ausrichten könne. Nun liegt die Gestaltungsmacht bei den Experten der EU-Kommission und der Verhandlungsdelegation der USA. In Hintergrundgesprächen wird vor dem fatalen Signal gewarnt, falls sich die EU nach Beginn der Verhandlungen noch uneinig werden sollte. Und sowohl in Washington als auch in Brüssel wird darauf verwiesen, dass am Horizont weitere Abkommen mit China, Indonesien und anderen Handelszonen warten und man sich auf einen Standard einigen müsse, der beispielhaft werden soll.

Beide Seiten versuchen, so schnell wie möglich den Investitionsschutz auszuhandeln. Die Öffentlichkeit wurde regelrecht überrumpelt: Nur wenige Handelsrechtsexperten ahnten, dass der Investitionsschutz zu einem neuen Standard werden sollte. In den Parlamenten wusste bis vor kurzer Zeit kaum ein Abgeordneter, was Investitionsschutz ist.

tor-Staat-Verfahren sind. Bei den nationalen Regierungen, der Europäischen Kommission und in der Handlungslogik von internationalen Abkommen scheinen Proteste der Bürger, scheint eine demokratische Willensbildung durchs Raster zu fallen.

Neben der Frage, ob solche Verfahren eine Gefahr für demokratisch legitimierte Standards werden können (1), offenbart der Streit um den Investitionsschutz eine Legitimationskrise, wenn es um die Verlagerung von Befugnissen geht (2). Der für das abstrakte Thema Investitionsschutz überraschend große Protest zeigt eine zunehmende Entkoppelung demokratischer Entscheidungsprozesse von demokratischer Willensbildung auf. Was ist, wenn die Öffentlichkeit keinen Zugang mehr zu wichtigen Entscheidungsprozessen hat, wenn die Ebenen der politischen Willensbildung fehlen, weil Parlamente und Bürger von Verhandlungen ausgeschlossen werden, wenn eine informierte Debatte über Handlungsoptionen nicht stattfinden kann, gerade wenn es um die Folgen einer massiven Verschiebung der Welthandelsordnung geht? Umso mehr stellt sich auch die Frage nach der Legitimität einer solchen Rechtsverschiebung in den transnationalen Raum.

(1) Wenn ein internationales Gericht mandatiert wird, wird das in aller Regel begrüßt. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte, der Internationale Strafgerichtshof oder der Internationale Gerichtshof werden als Zeichen eines Fortschritts bei der Beherrschung von Gewaltkonflikten auf internationaler Ebene betrachtet. Ebenso gelten die unterschiedlichen Handelsgerichte, zuvorderst die Schiedsverfahren der WTO, als ein probates Mittel, um Handelskonflikte einer einseitigen Willkür zu entziehen und eine möglichst neutrale Schlichtungsstelle zu schaffen, zumal nicht alle staatlichen Gerichte bei internationalen Streitigkeiten als neutral angesehen werden. Auch die Investor-Staat-Verfahren haben aus der Sicht der Befürworter den zivilisierenden Effekt, dass Staaten die Interessen ihrer Wirtschaft nicht mit politischen Drohungen vertreten müssen und auf »Kanonenbootdiplomatie« verzichten können. Ein Staat, der ein ausländisches Unternehmen diskriminiert oder willkürlich in dessen Eigentumsrechten verletzt, kann in einem internationalen, rechtsförmigen Verfahren von dem verletzten Unternehmen verklagt werden. Das ist ein legitimes Interesse gerade in Fällen, in denen nationaler Rechtsschutz nicht möglich ist. Ist das nicht ein Zeichen der Zivilisierung eines Konfliktfeldes?

Gerichte können zudem einen abschreckenden Effekt haben: Drohen hohe Strafzahlungen durch die Gerichte, weil eine Regierung eine willkürliche Maßnahme getroffen hat, ist der Anreiz für Staaten groß, von sich aus auf ungerechtfertigte Enteignungen zu verzichten. Die Aufnahme von Investitionsschutzkapiteln in bisherige bilaterale Handelsabkommen wurde darüber hinaus mit der Erwartung verbunden, dass dadurch ein investorenfreundliches Klima auf beiden Seiten geschaffen wird, bei dem Investoren Rechtssicherheit auch dort erwarten konnten, wo vielleicht kein ordentlicher Rechtsstaat besteht.²

Die Investor-Staat-Verfahren sollen diese Ziele erfüllen. Die Kritik aber, dass es sich um geheime Gerichte handelt, denen es an fast allem fehlt, um demokratische Legitimation zu erzeugen, ist richtig. Tatsächlich sind die Verfahren in der Struktur

2 Die funktionale Perspektive auf die ISDS-Verfahren beleuchtet Feichtner 2014.

ursprünglich den internationalen Handelsgerichten nachempfunden. Traditionell geht es dort um eine möglichst unbürokratische, diskrete und schnelle Lösung eines Handelskonflikts. Es gibt keine Transparenz nach außen, die Verfahren laufen weitgehend vertraulich; es gibt in der Regel keine Instanzenzüge, und die Richter werden von den Parteien bestimmt. Die Elemente der Handelsschiedsverfahren stammen aus der Tradition der Konsulate der Kaufmannsgilden der Seestädte, einen Streit mit einem Handelspartner im Ausland gütlich zu regeln. Da in der Regel keine Seite Interesse an einer öffentlichen Auseinandersetzung hat, trifft die Beschreibung als »geheime Gerichte« zu.

Unternehmen wollen keine langen Rechtsstreitigkeiten und vor allem keine Offenlegung ihrer Geschäftsstrategien, aber sie wollen auch einen effektiven Rechtsschutz. Die Investor-Staat-Verfahren wurden von Beginn an ausdrücklich mit Blick auf die Interessen der Unternehmen im Ausland vereinbart; es galten die Regelungen aus einem bilateralen Handelsvertrag, und für ein Verfahren sollten anerkannte Schiedsgerichte wie das der Weltbank in Washington dienen. Der Investor sollte ein schnelles Verfahren an neutraler Stelle erwarten dürfen, vor allem weil ausländische Investoren Angst haben, dass nationale Gerichte nicht interessenneutral entscheiden.

Die Investor-Staat-Verfahren sind allerdings keine klassischen Handelsgerichte, sondern es handelt sich um hybride Verfahren zwischen Handels- und Verwaltungsgerichtsverfahren, deren Entscheidungen weitaus größere politische Folgen haben können als klassische Handelsschiedsverfahren. Denn hier treffen sich nicht zwei Handelspartner, um einen Interessenkonflikt beizulegen. Sondern es geht darum, dass hohe Schadensersatzforderungen gegen politische Entscheidungen erhoben werden können und die Gerichte im Endeffekt über die Legitimität von Maßnahmen urteilen, die Regierungen oder Parlamente getroffen haben. Politische Maßnahmen werden in diesen Verfahren als schädigende Handlungen betrachtet, die allein vor einem eininstanzlichen, privaten Verfahren verhandelt werden. Dadurch entsteht eine Asymmetrie in zweifacher Hinsicht: Der Staat wird aufgrund der Art des Verfahrens als Vertragspartner betrachtet, obwohl es um die Abwehr einer hoheitlichen Maßnahme geht. Und mittelbar wird über die Rechtmäßigkeit eines nationalen öffentlichen Aktes allein vor einer internationalen, privaten Institution entschieden. Das führt zu folgenden umstrittenen Merkmalen:

Es besteht keine Gegenseitigkeit der Klagemöglichkeiten. Nur Unternehmen können Verletzungen einklagen, Staaten können sich lediglich als Beklagte zur Wehr setzen, Dritte können ebenfalls nicht klagen. Insoweit entsprechen die Verfahren eher einem Verwaltungs- oder Verfassungsrechtsstreit.

Bei der Verletzung geht es um einen Eingriff in Eigentumspositionen durch staatliche Maßnahmen. Die Abkommen beinhalten nun einen Investitionsschutzbegriff, der durch auslegungsbedürftige Begriffe weiter gefasst ist als der Eigentumsschutz nationaler Rechtsordnungen. Es heißt aus diesem Grund nicht Eigentums-, sondern Investitionsschutz.

Ein Urteil kann weitaus größere Folgen für den politischen Handlungsspielraum eines Gemeinwesens haben als ein klassischer Handelsrechtsstreit. Denn es bindet

den Gesetzgeber faktisch an Auslegungen, die von dem privaten Gericht formuliert werden.

Bei Schiedsgerichten ist es üblich, eine abschließende Entscheidung zu treffen. Es gibt keine Möglichkeit einer Berufung. Es gibt ebenso keine Verschränkung mit anderen Gerichten, zum einen weil es nur eine Instanz gibt, zum anderen weil es in der Hand der privaten Schiedsgerichte liegt, sich auf Entscheidungen anderer Gerichte zu beziehen. In der Regel entscheiden daher drei private Schiedsrichter, ob einer Maßnahme einer Regierung oder eines Parlaments ein berechtigtes öffentliches Interesse zugrunde liegt.

Klageberechtigt sind nur ausländische Investoren. Damit droht ein Ungleichgewicht zwischen der Behandlung inländischer und ausländischer Unternehmen. Ausländische Investoren können sich aussuchen, nach welchem Recht sie vorgehen – ob nach nationalem Recht oder nach dem Investitionsschutzrecht –, während inländische auf die nationalen Gerichte und die jeweiligen nationalen Rechtsordnungen angewiesen bleiben. Bei mehreren bilateralen Handelsabkommen mit unterschiedlichen Klauseln droht gar das Szenario, dass Konzerne durch die Verlagerung von Firmensitzen die Art des Abkommens wählen könnten.

Die Schiedsrichter werden von den Parteien bestimmt und besitzen demokratische Rückbindung nur in dem Sinn, dass der betroffene Staat einen der drei Schiedsrichter bestimmen kann. Im Gegensatz zu Richtern, die dauerhaft und weisungsungebunden arbeiten, um möglichst unabhängig zu entscheiden, arbeiten die Schiedsrichter fallbezogen.

2. Alternativen

Es ist vielleicht gar nicht unbedingt der Umstand, ob es überhaupt einen internationalen Rechtsschutz für Unternehmen geben soll, der so viel Skepsis verursacht. Denn auch der Schutz des Eigentums muss in einer Zeit des globalen Handels sichergestellt sein. Sondern es geht um die Befürchtung, dass die Logik der privaten Handelsschiedsgerichte und die Breite des Investitionsbegriffs eher den Interessen der Unternehmen in die Hände spielen und so deren Macht stärken.³ Die Investor-Staat-Verfahren sind für Streitigkeiten zwischen Unternehmen und Staaten Rechtsorgane, die unter einer Vielzahl von Defiziten leiden.

Konventionell gefragt: Warum brauchen wir sie dann? Und wenn es schon einen Schutz auf internationaler Ebene geben soll: Wäre es da nicht geeigneter, ein echtes internationales Gericht zu haben, das den besonderen Umständen des Verhältnisses Unternehmen versus Staat Rechnung tragen kann?

Für ein internationales Handelsgericht, bei dem Investoren gegen Staaten klagen können, gab es in den 1990er Jahren einen Vorstoß. Im Rahmen der Verhandlungen über ein multilaterales Handelsabkommen (MAI) wurde ein Gericht ins Spiel gebracht, das für diese Konflikte eingerichtet werden sollte. Damit sollte eine unabhängige völkerrechtliche Instanz geschaffen werden. Das Abkommen scheiterte

3 Zu dieser Schlussfolgerung vgl. Simmons 2014.

damals, auch aufgrund der starken öffentlichen Proteste. Die Ängste vor der Absenkung von Standards waren groß. Allerdings hielt sich auch das Engagement der Staaten für die Einrichtung eines Gerichts in Grenzen. Denn es kommt immer zu einem Kontrollverlust, wenn eine weitere stehende internationale Instanz geschaffen wird und vor einem Gericht eventuell auch Ansprüche gegen Unternehmen geltend gemacht werden könnten. Ob ein Gericht ein sinnvoller Kompromiss wäre, der auch die Kritiker zufriedenstellen könnte, ist allerdings irrelevant, da es gegenwärtig keine ernsthaften Bestrebungen gibt, den Versuch noch einmal zu starten.

Eine weitere Option wäre es, die Zuständigkeit für Verfahren, in denen ausländische Investoren Eigentumsrechte einklagen, bei den nationalen Gerichten zu belassen. Bisher ist es üblich, dass in einem funktionierenden Rechtsstaat auch ausländische Investoren an den nationalen Rechtsweg gebunden sind. Deutschland hat zwar über 130 Handelsabkommen mit Investitionskapiteln abgeschlossen, aber bis auf wenige Ausnahmen nicht mit OECD-Staaten. Bisher gab es auch lediglich einzelne Fälle, bei denen sich ein europäischer Investor beschwerte, dass bei Verfahren in Kanada oder den USA willkürlich zu seinen Lasten oder diskriminierend entschieden wurde. Aber genau auf diese Fälle verweisen die Befürworter des Investitionsschutzes. Und ist das Vertrauen in die rumänische Gerichtsbarkeit aus amerikanischer Sicht genauso gerechtfertigt wie in die deutsche? Umgekehrt gilt ein ehrlicher Blick: Es gibt genügend Unternehmen, die schon den Gang zu amerikanischen Gerichten fürchten. Und wie sähe es bei einem Abkommen mit China aus: Könnte man dort einen Investitionsschutz rechtfertigen, den man mit den USA und Kanada vielleicht ausgeschlossen hat?

Um beide Seiten zu versöhnen, wäre ein Zwei-Stufen-Modell denkbar, das auch von der deutschen Bundesregierung angeregt worden war. Demnach würde der Gang zu einem internationalen Schiedsverfahren zulässig sein, nachdem der nationale Rechtsweg ausgeschöpft wurde. Das würde einem konsensualen Verständnis des nationalen Rechts Rechnung tragen, indem auch der ausländische Investor zunächst an die nationale Rechtsordnung und Rechtsprechung verwiesen wird. Andererseits könnte ein internationales Verfahren mit engen Kompetenzen dort Sicherheit verschaffen, wo ein nationales Verfahren keinen Schutz vor Diskriminierung verspricht. Das klingt nach einem zähen Ringen um Gerechtigkeit, weil das Einklagen von Eigentumsrechten über mehrere Instanzen sehr langwierig sein kann. Zum Vergleich: Auch beim Einklagen von Schadensersatzforderungen wegen einer Menschenrechtsverletzung vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in Strassburg muss erst der nationale Rechtsweg beschritten werden.

Die deutsche Bundesregierung hat diesen Vorschlag allerdings nicht besonders stark gemacht. Es sei, wie es vom Bundeswirtschaftsministerium bislang hieß, ein »defensives Interesse« bei den Verhandlungen um TTIP. Zu Deutsch: Wenn es dem Abkommen dient, verzichten wir zur Not auf unseren Vorschlag und akzeptieren den direkten Investitionsschutz. Denn auch die deutsche Regierung weiß, dass ihre Idee auf den Widerstand einer neuen Handlungslogik trifft, die von den USA ausgeht und von der EU vorangetrieben wird. Mit diesem Abkommen soll ein neuer internationaler Standard gesetzt werden.

3. Neues Handelsregime

Es geht um ein neues globales Handelsregime. Zurzeit werden zwischen allen großen Wirtschaftszonen der Welt neue Handelsabkommen geplant, nachdem die letzten WTO-Runden gezeigt haben, dass die WTO zu unbeweglich ist, um auf multilateraler Ebene Reformen einzuleiten. Bilaterale Abkommen sollen eine neue Flexibilität im globalen Handel ermöglichen. Die USA sind vorgeprescht und haben mit dem NAFTA-Abkommen zwischen den USA, Mexiko und Kanada einen Präzedenzfall für künftige Abkommen geschaffen, die standardmäßig auch ein Investitionsschutzkapitel enthalten sollen. Parallel laufen Verhandlungen zwischen den USA und dem pazifischen Raum. Auch die EU hat neben den Verhandlungen mit den USA und Kanada weitere Abkommen etwa mit Indonesien und China geplant. In einer globalisierten Welt, in der immer mehr Unternehmen über Landesgrenzen hinweg operieren, ist eine Vertiefung der Handelsbeziehungen zunächst keine Überraschung.

Dazu gehören flankierende Institutionen, zu denen auch der Investitionsschutz zählen soll. Die Vereinheitlichung der Wirtschaftsordnung soll im Rechtsschutz ihre Entsprechung finden. Gleichzeitig wird ein Misstrauen in nationale Gerichte verbreitet, um eine starke Rechtfertigung für die Verlagerung der Rechte zu schaffen. Das fehlende Vertrauen in nationale Gerichte war bisher eine Voraussetzung für den Investitionsschutz in den bilateralen Abkommen. Neu ist, dass diese Argumentation auf Rechtsstaaten angewendet wird, um einen Globalstandard für Unternehmensinvestitionen zu legitimieren. Der Rückgriff auf das bestehende System der Schiedsverfahren ist dabei ganz im Interesse der USA. Es ermöglicht ein weitgehend vereinheitlichtes Investitionsrecht, das es für die Unternehmen einfacher macht, in einem global standardisierten Verfahren Rechte einzuklagen. Unternehmen können sich dadurch den verschiedenen nationalen Rechtsprechungssystemen entziehen. Und durch den Ad-hoc-Mechanismus eines Schiedsverfahrens wird kein festes Gericht geschaffen, sondern nur von Fall zu Fall entschieden.

Auch die EU-Kommission unterstützt dieses Modell und hat dafür eine ganz eigene Motivation. Seit 2011 besitzt sie die Kompetenz, auch den Investitionsschutz in Handelsabkommen zu verhandeln. In der Logik von Institutionen will sie ihre neue Befugnis nun ausschöpfen und dementsprechend für den Investitionsschutz einen neuen einheitlichen Standard schaffen, den sie kontrollieren kann. Es ist längst ein Konkurrenzkampf zwischen beiden Bürokratien entstanden, wer sich besser gegen die Widerstände durchsetzen kann. Beide Seiten wollen beweisen, dass sie ihr gleichgelagertes Interesse am Investitionsschutz in das Abkommen aufnehmen können. Die Einbindung der Öffentlichkeit schafft aus ihrer Sicht nur Unsicherheiten.

Sie haben auch einige gute Argumente auf ihrer Seite: Beide betonen den Vorteil einer standardisierten Regelung, die in künftige Abkommen aufgenommen werden soll. Damit könnte der Investitionsschutz langfristig vereinheitlicht werden, der bisher in über 1.300 unterschiedlichen Abkommen geregelt ist. Ein weiterer Grund, die Verfahren auch unter Rechtsstaaten zu vereinbaren, liegt in der künftigen Verhandlungsposition mit anderen Staaten über die Aufnahme des Investitionsschutzes.

In den bisherigen Verfahren hat sich zudem gezeigt, dass die private Streitschlichtung nicht nur den Investoren dient. 30 Prozent aller Verfahren sind zugunsten der

Investoren entschieden worden, die übrigen Verfahren gewannen die Staaten oder endeten in einem Vergleich. Zudem wird auf die Reformen verwiesen, die künftig gelten sollen: Die Transparenz der Verfahren soll weitergehend sein als die der nationalen Gerichtsverfahren. Jedes Schriftstück soll künftig öffentlich zugänglich sein. Die Ansprüche, die zu einer Klage berechtigen, sollen durch Zusätze so eingeschränkt werden, dass weder unseriöse Klagen vorgebracht werden noch Maßnahmen, die bestehende Schutzstandards erhöhen, von Unternehmen als investitions-schädigend angegriffen werden können. Das Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht in Heidelberg hat im Auftrag des Bundeswirtschaftsministeriums in Bezug auf den ausgehandelten Investitionsschutz im CETA-Abkommen mit Kanada festgestellt, dass Schiedsverfahren für ausländische Investoren sogar einen geringeren Schutz gewähren als Verfahren vor einem deutschen Gericht.⁴ Kann es zukünftig also nicht zu Besorgnis erregenden Klagen wie in Uruguay, Australien oder Kanada kommen, wo vor allem Gesetze zum Umwelt- und Gesundheitsschutz angegriffen wurden? Die Befürworter gehen auch nicht von einer Zunahme von Fällen aus. Schließlich bleibt den Unternehmen die Wahl, ob sie ein nationales Verfahren oder ein Schiedsverfahren einleiten. Ist die öffentliche Kritik also zu schrill und irreführend? Sind die Bemühungen, die Fehler der jetzigen Verfahren zu vermeiden, nicht ausreichend, um eine Machtbalance vor den Schiedsgerichten zu gewährleisten?

Für Unternehmen und internationale Anwaltskanzleien ist die ganze Kritik an den Investor-Staat-Verfahren kaum noch nachvollziehbar. Das internationale Wirtschaftsrecht hat sich längst aus den nationalen Rechtsordnungen in eine Parallelordnung verabschiedet. Fast kein internationaler Geschäftsvertrag wird ohne Schiedsklausel abgeschlossen. Wenn es zu einem Rechtsstreit kommt, ziehen die großen Unternehmen vor die internationalen Schiedsgerichte in Paris, Hong Kong, Stockholm, Shanghai oder New York. Die Staaten kämpfen längst darum, dass nationale Gerichte überhaupt noch bindende Gerichtsentscheidungen im Handelsrecht treffen können. Die Unternehmen sind mit den Schiedsverfahren auch weitgehend zufrieden. Es geht so weit, dass in Deutschland Reformideen des Zivilprozesses diskutiert werden, Elemente aus dem Schiedsrecht in staatliches Recht zu übernehmen.⁵ Vertrauliche Verfahren, Verzicht auf Rechtsmittel, Wahl von Richtern: Einige Elemente, die in der Debatte um den Investitionsschutz scharf kritisiert werden, sollen auch in nationalen Gerichten möglich werden. Damit soll verhindert werden, dass eine einheitliche Rechtsprechung und die Rechtfortbildung im Handelsrecht verlorenght. Und man will kleine Unternehmen unterstützen, die sich eine teure Klage vor einem internationalen Schiedsgericht nicht leisten können.

In ihrem Buch schlagen von Bogdandy und Venzke Kriterien vor, wie demokratische Legitimität bei internationalen Gerichten erreicht werden kann: Die Wahl der Richter muss demokratisch nachvollziehbar und an Parlamente gekoppelt sein; Gerichte müssen Transparenz in den Verfahren herstellen und ihre Verfahren in

4 Siehe www.bmwi.de/DE/Presse/pressemitteilungen,did=655700.html (Zugriff vom 27.11.2014).

5 Calliess 2014.

relevante Öffentlichkeiten einbetten; Richter sollten in ihren Entscheidungen auf andere Institutionen verweisen und die demokratische Qualität politischer Prozesse fördern.⁶ Dazu gehören auch ein Instanzensystem und die Sichtbarkeit der Entscheidungen, um Rechtsfortbildung betreiben und Urteile rechtfertigen zu können. Diese Maßnahmen beugen der Gefahr vor, dass sich eine Institution von den demokratischen Prozessen abkoppelt und selbstständig macht. Auch die Reformideen zu Investor-Staat-Verfahren lösen diese Kriterien nur sehr begrenzt ein, und ihre Legitimation bliebe schwächer als die bestehender Gerichte.

Es geht längst um die Zukunft globalen Rechts. Für Konzerne heißen politische Akteure Regulatoren. Aus ihrer Sicht ist es vernünftig, vertraglich vereinbarte Standards auch mit einem einheitlichen Rechtsregime auszustatten, das zu ihrem sonstigen Handelsrecht passt. Dagegen steht die abstrakte Idee der demokratischen Legitimation der Rechtsstaatlichkeit, die es zu schützen gilt. Hilft vielleicht eine Abwägung der Risiken?

Auf der einen Seite ist es unkalkulierbar, wie sich Investor-Staat-Verfahren entwickeln werden. Suchen Anwälte künftig nach den Lücken in den detaillierten Bestimmungen oder drohen Unternehmen mit Klagen, um Staaten bei bestimmten Gesetzesvorhaben einzuschüchtern? Schon jetzt kritisiert eine internationale Gruppe von Juristen in einer Stellungnahme drohende Unklarheiten in den Reformvorschlägen, die Unternehmen mehr Rechte einräumen könnten als gewollt ist.⁷ Aus der Vergangenheit des bilateralen Investitionsschutzes ist zu beobachten, dass viele der jüngeren Klagen Ergebnis unvorhergesehener Ansprüche sind, die sich auch aus der Weite der Schutzklauseln ergeben. Zu vermuten ist, dass die Entscheidung für einen Investitionsschutz eine enorme Tragweite hätte. Es wären die Schiedsgerichte, die entscheiden, ob eine Maßnahme im öffentlichen Interesse eines Staates liegt. Deren Urteile sind weltweit vollstreckbar. Was sich plausibel anhört, kann durchaus ernste diplomatische Konflikte auslösen. Ein Unternehmen hätte danach das Recht, staatliches Eigentum im Ausland beschlagnahmen zu lassen. Soll ein deutsches Gericht auf Antrag eines Konzerns darüber entscheiden müssen, Flugzeuge einer ausländischen, staatlichen Fluggesellschaft zu beschlagnahmen, die sich auf deutschem Boden befinden?

Die Staaten können diese Verantwortung übertragen, zurückholen kann man sie dann kaum mehr. Es drohen zudem mehr Klagen als bisher, zumindest wenn man die Befürworter der Verfahren ernst nimmt, die behaupten, dass ausländische Investoren selbst in rechtsstaatlichen Systemen die Voreingenommenheit der nationalen Gerichte fürchten.

Auf der anderen Seite steht der nationale Rechtsschutz für ausländische Unternehmen. Er kann voreingenommen sein, langsam und ineffektiv. International könnten Doppelstandards entstehen: Es gäbe weiterhin die bestehenden bilateralen Abkommen, die einen sehr weiten Investitionsschutz bieten, und solche, die keinen Investitionsschutz enthalten. Der vorherige EU-Handelskommissar Karel de Gucht

6 Siehe Bogdandy, Venzke 2004, S. 217 ff., Fußnote 1.

7 Siehe http://conflictoflaws.net/News/2014/10/20140711_MuirWatt.pdf (Zugriff vom 27.11.2014).

sieht die Gefahr der Schutzlosigkeit, selbst zwischen Rechtsstaaten. Er warnte in einer Rede vor dem Deutschen Bundesrat im Mai 2014: »Wollen Sie wirklich Unternehmen [...] erklären, dass die USA und die EU keinerlei Bedarf sehen, ausländische Investitionen zu schützen, und andere Staaten einzuladen, dasselbe zu tun?«⁸

4. Gibt es einen richtigen Weg?

Beide Wege haben Defizite. Es wäre in der Tat naiv, bei 1.300 bestehenden Abkommen den Investorenschutz pauschal abzulehnen. Aber ein eigenes Rechtsregime, das seinen Ursprung in einer defekten Verfahrensstruktur hat, zu einem neuen Standard zu machen, ohne dass es einen belastbaren Bedarf gibt, erscheint äußerst fraglich.

Es gibt mittlerweile Ideen, die weder die internationale Ebene verteufeln noch verdächtig sind, bloß den Unternehmensinteressen zu dienen.⁹ Das gilt vor allem für eine zweistufige Lösung. Dadurch wäre sichergestellt, dass der Standard des Eigentumsschutzes und damit das öffentliche Interesse dort definiert werden können, wo er gesetzlich gilt und eine gerichtliche Überprüfung bisher auch leidlich funktioniert. Eine angemessene Frist, in der eine nationale Entscheidung ergehen muss, könnte verhindern, dass ein Unternehmen den Gerichten ausgeliefert ist, die keine Rechtsstaatlichkeit bieten. In dem Fall sollte ein Unternehmen auch die Möglichkeit haben, eine Enteignung oder direkte Diskriminierung vor ein internationales Verfahren bringen zu können, das sich allerdings von dem bisherigen Investitionsschutzregime unterscheiden muss, allein indem es weniger investitions- und mehr eigentumszentriert ist und eine Einbindung in eine demokratisch legitimierte Gerichtsstruktur erfährt.¹⁰

Defizite auf nationaler Ebene könnten jetzt schon vertraglich gemindert werden. Die USA und die EU könnten sich beispielsweise verpflichten, jeweils eigene regionale Handelskammern für ausländische Investoren einzurichten, die auf diese Fälle spezialisiert sind. Damit entgehen Unternehmen dem Risiko, komplexe Verfahren vor einem Provinzgericht mit ungewissem Ausgang führen zu müssen.

Man könnte demokratietheoretisch argumentieren, dass die Idee der Rechtsstaatlichkeit eher gefördert wird, wenn Anreize gesetzt werden, um den Rechtsschutz vor nationalen Gerichten zu verbessern, als wenn gleich alles auf die internationale Ebene geschoben wird. Wenn die Bedingungen der Rechtsstaatlichkeit nicht gegeben sind, gäbe es in einem zweistufigen Modell immer noch die Möglichkeit, einen Fall vor eine internationale Institution zu bringen. So würde im Regelfall über ein öffentliches Interesse dort entschieden werden, wo die Öffentlichkeit ist. Ein internationales Verfahren könnte vor allem bleiben, was die ISDS-Verfahren ursprünglich sein sollten: ein Notfallsystem, das bemüht werden kann, wenn nationaler

8 Siehe http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-14-406_en.htm (Zugriff vom 27.11.2014).

9 Dazu der Vorschlag von Krajewski 2014.

10 Krajewski schlägt beispielsweise eine Einbindung in bestehende WTO-Verfahren vor; siehe ebd., S. 24, Fußnote 9.

Rechtsschutz gar nicht möglich ist. Es könnte sich auf die wirklich brisanten Fälle einer Enteignung oder direkten Diskriminierung konzentrieren, die selbst durch nationale Gerichte nicht sanktioniert wird.

Der Unmut in Teilen der Bevölkerung ist gar nicht so falsch. Sie lehnen etwas ab, was in dieser Form nicht plausibel klingt und unkalkulierbare Gefahren birgt.

(2) Die Frage der Legitimation betrifft auch die Art und Weise, wie die Diskussion um CETA und TTIP geführt wird. Ein öffentlicher Diskurs, eine breitere öffentliche Debatte ist nicht vorgesehen. Es ist längst nicht klar, wer eigentlich für welche Entscheidung verantwortlich ist. Nur das Ergebnis kann man bestaunen. Tatsächlich ist dieses Vorgehen für völkerrechtliche Vereinbarungen nicht unüblich. Aber hier trifft die geheime Verhandlungsführung auf ein Verhandlungsobjekt, das in seiner Tragweite enorme Konsequenzen haben könnte. Der Protest regt sich gegen eine fundamentale Verschiebung von Befugnissen. Und da entsteht das erwähnte Problem des Adressaten: Die nationalen Regierungen wirken hilflos, weil sie mit ihrem Verhandlungsmandat die Kompetenz an die EU übertragen haben. Die EU-Kommission argumentiert, dass sie bindend beauftragt wurde, für die nationalen Regierungen einen Investitionsschutz zu verhandeln.

Die EU-Kommission war sichtlich verwundert über das plötzliche Mitsprachebedürfnis von Bürgern und über die Protestinitiativen, die sich explizit gegen den Investitionsschutz gestellt haben. Die Verwunderung ist aus Sicht der Bürokratie sogar verständlich. Während der früheren Verhandlungen um das CETA-Abkommen hat sich kaum Widerstand gereg. Erst als es um das Abkommen mit den USA ging, war der Aufschrei groß. Politik braucht Symbole. Das Handelsabkommen mit dem ungleich größeren Handelsvolumen machte zumindest einer interessierten Teilöffentlichkeit überhaupt die Dimension auch des Investitionsschutzes bewusst.

Nachdem die EU-Kommission ein drohendes PR-Desaster für das TTIP-Abkommen vor Augen hatte, hat sie mit einem Konsultationsverfahren reagiert und Eingaben von Bürgern zugelassen. Das Ergebnis war überwältigend: Mehr als 150.000 Eingaben kamen. Die wurden nun ausgewertet. 97 Prozent der Eingaben lehnen den Investitionsschutz ab. Das hat die Kommission allerdings nicht davon abgehalten, weiter parallel mit Kanada zu verhandeln und die Verträge inklusive Investitionsschutz unter Dach und Fach zu bringen. Sie wusste, dass das CETA-Abkommen eine Signalwirkung auf TTIP haben wird.

Offiziell hat sich die Kommission immer auf das Mandat zurückgezogen, das ihr von den nationalen Regierungen erteilt wurde. Und da steht, dass ein Investitionsschutzkapitel verhandelt werden soll. Deutschland verhält sich dabei merkwürdig ambivalent. Die deutsche Regierung hat eine Protestnote in das Mandat aufnehmen lassen, dass sie gegen den Investitionsschutz mit den USA ist. Eine auf den ersten Blick vernünftige Position, die die Regierung aber ohne Nachdruck formulierte und auch keinen ausgearbeiteten Alternativvorschlag vorsah. Mittlerweile beruft sich die Bundesregierung auf ihre skeptische Haltung und formuliert sie deutlicher. Allerdings immer mit dem Hinweis darauf, dass sie einen Investitionsschutz nicht ausdrücklich ausschließt. Auf der anderen Seite haben einige Länder Osteuropas dem Mandat vor allem deshalb zugestimmt, weil sie schon separate Handelsabkommen mit den USA abgeschlossen hatten, die für sie sehr ungünstige Investiti-

onsschutzregeln enthalten. Ihre Hoffnung ist zumindest ein besserer Standard als der, den sie derzeit haben.

Die Regierungen haben sich seitdem in ihr Schicksal gefügt und wenig Ehrgeiz entwickelt, das Mandat zu ändern. Die Verantwortung dreht sich im Kreis. Dadurch gewinnt die Bürokratie an Handlungsmacht. Die EU-Kommission kann seitdem frei verhandeln, und sie hatte lange die Jalousien geschlossen gehalten: Kaum jemand durfte Einblick in die Verhandlungen oder das Verhandlungsmandat nehmen. Andere politische Akteure werden weitgehend von Informationen ausgeschlossen. Die Parlamente müssen den Handelsabkommen am Ende zustimmen, aber einsehen dürfen auch sie die Verhandlungspapiere bis auf ein paar Ausnahmen nicht. Die Abgeordneten werden über den Gang der Verhandlungen im Unklaren gelassen. Und sie müssten schon sehr viel Mut aufbringen, ein Handelsabkommen am Ende nur wegen des Investitionsschutzes komplett abzulehnen, das vorher über Jahre verhandelt worden ist. Dieses System hat bei TTIP sehr viel Misstrauen geschürt, weil Verantwortung zwischen den Regierungsebenen diffundiert. Nun wurden immerhin die Eingaben der Bürger ausgewertet.

Der Investitionsschutz zeigt eine Legitimationskrise auf zwei Ebenen: Die Schiedsgerichte entsprechen nicht gerade der Idee einer demokratisch legitimierten Weltrechtsordnung. Und der Entscheidungsprozess bei der Verlagerung auf die internationale Ebene stößt an die Grenzen einer demokratischen Legitimationskette. Die Debatte um TTIP ist längst Symbol dafür, dass neue Formen von politischen Verfahren entwickelt werden müssen, wenn wichtige Befugnisse auf eine supranationale Ebene verlagert werden sollen. Da genügt es nicht, dass Parlamente und Bürger quasi am Ende informiert werden und Zustimmung erwartet wird. Es wäre mindestens notwendig, die Mandatserteilung öffentlich zu diskutieren. Denn dort beginnt die Verlagerung von der nationalen auf die europäische Ebene, und eine öffentliche Debatte könnte noch eingreifen. Die Legitimation für Investor-Staat-Verfahren ist unter den gegenwärtigen Vorzeichen jedenfalls äußerst dürr.

Als die designierte Handelskommissarin zunächst eine Ablehnung des Investitionsschutzes formulierte, war ihr schnelles Dementi nicht überraschend. Denn sie hatte plötzlich etwas abgelehnt, was in der eigenen Bürokratie eine zwingende Logik entwickelt hatte. Die Kommission hat gerade ihr eigenes Ziel erreicht: Kontrolle über den Investitionsschutz, den sie unbedingt haben will. Was sie bisher nicht wollte: eine kleine Lösung, die die Verantwortung für die Rechtssicherheit weiterhin auf nationaler Ebene belässt und bei der sie selbst im Wesentlichen außen vor bleibt.

Die EU-Kommission sollte eigentlich bestrebt sein, dass nationale Regierungen und Parlamente rechtsstaatliche Verfahren garantieren, und nicht Angst vor den Schadensersatzforderungen für politische Entscheidungen haben müssen. Jetzt hat eine neue Kommission ihre Arbeit aufgenommen. Hat sie die Kraft, ihre eigene Handlungslogik selbstkritisch zu überprüfen?

Literatur

- Bogdandy, Armin von; Venzke, Ingo 2014. *In wessen Namen? Internationale Gerichte in Zeiten globalen Regierens*. Berlin: Suhrkamp.
- Calliess, Galf-Peter 2014. *Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, Hannover 2014. Band I: Gutachten / Teil A: Der Richter im Zivilprozess – Sind ZPO und GVG noch zeitgemäß?* München: C. H. Beck.
- Feichtner, Isabel 2014. »Investitionsschutz in TTIP in der Kritik« – oder nicht? *Verfassungsblog on Matters Institutional*, 8. Mai 2014. www.verfassungsblog.de/investitionsschutz-ttip-der-kritik-oder-nicht/ (Zugriff vom 27.11.2014).
- Krajewski, Markus 2014. *Modalities for investment protection and Investor-State Dispute Settlement (ISDS) in TTIP from a trade union perspective*. Gutachten für die Friedrich-Ebert-Stiftung. Brüssel: Friedrich-Ebert-Stiftung, Büro Brüssel.
- Simmons, Beth A. 2014. »Bargaining over BITs, arbitrating awards: the regime for protection and promotion of international investment«, in *World Politics* 66, 1, S. 12-46.

Zusammenfassung: Der Investitionsschutz als Teil des Handelsabkommens zwischen der EU und den USA (TTIP) wird von Befürwortern als Verbesserung des Eigentumsschutzes gesehen, von Kritikern wird befürchtet, dass Unternehmen durch die Androhung oder die Erhebung von Klagen künftig Umwelt- und Sozialstandards senken und private Schiedsverfahren stärker durch Lobbyinteressen geprägt werden könnten. Hinter den Interessenkonflikten erweist sich die demokratische Legitimität als Kern der Debatte: zum einen die Legitimität der Verfahren selbst, denn die hybriden Investor-Staat-Verfahren, die Handelsschiedsverfahren nachgebildet sind, weisen mehrere Defizite demokratischer Legitimation auf. Zum anderen die Legitimität der Form der Übertragung auf die internationale Ebene, die sich auf die Art der Kompetenzverlagerung innerhalb der EU bezieht. Es wird hier dafür plädiert, die differenzierenden Vorschläge der jüngeren Debatte in die Verhandlungen mit einzubeziehen. Bevor ohne Not ein Verfahren mit unkalkulierbaren Risiken etabliert wird, könnten funktionierende rechtsstaatliche Strukturen genutzt und verbessert werden.

Stichworte: internationales Investitionsrecht, Handelsliberalisierung, Investitionsschutz, Auslandsinvestition, demokratische Legitimität, Eigentumsrechte

Law in global fog. Investment protection and democratic legitimacy

Summary: Investment protection has been regarded as part of the planned Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) agreement between the EU and the US. Some argue that this will improve the protection of property rights; others criticise that large corporations could gain even more leverage over government policies. This essay presents two aspects of democratic legitimacy which are at the core of the debate: the lack of democratic legitimacy of the arbitration panels, and the transfer of competence within the EU. The hybrid Investor-State Dispute Settlement (ISDS) system, which has its origin in the tradition of international trade arbitration, shows deficits of democratic legitimacy in several ways. Secondly, the inclusion of investment protection passed through the levels of European institutions without a public debate which shows another level of legitimacy deficit. The treaty parties need to consider new suggestions in the current debate. They should consider whether property rights are better served by improving existing national procedures rather than by establishing an unpredictable dispute settlement system.

Keywords: international investment law, trade liberalization, investment protection, foreign investment, democratic legitimacy, property rights

Autor

Dr. Justus von Daniels
Freier Journalist
Journalist in Residence am WZB 2014
justus.von.daniels@zeit.de