

Vortrag 27.09.2015
1. Kongress der Kritjur

Rechtspolitische Aspekte von TTIP
von Rechtsanwalt Klaus Stähle

1. Generalia

a) Freihandel und Vertragsgerichte

Bevor ich auf die rechtspolitische Bedeutung von TTIP, insbesondere die Klagen von Investoren gegen Staaten und die Vertragsgerichte eingehe, möchte ich Folgendes voranschicken. Ein Freihandelsabkommen zwischen USA und der EU ist im Prinzip zu befürworten. Selbstverständlich macht es keinen Sinn, dass die Vorschriften für Stoßstangen und Rückspiegel in der EU so und in den USA andere sind und Autobauer jeweils gehalten sind, sich den landes- bzw. EU-rechtlichen Vorschriften anzupassen und hierdurch unnötige Handelsbarrieren entstehen. Auf der anderen Seite sind wir uns hier vermutlich ganz überwiegend einig, dass für das in Europa vorherrschende Vorsorgeprinzip, also der fürsorglichen Sorge des Staates im Hinblick auf Gefahren, die von gewissen Produkten ausgehen können, eine andere und auch schützenswerte Haltung besteht als in den USA, die, wenn das Kind in den Brunnen gefallen ist, zwar hohe Entschädigungs- und Schadensersatzforderungen kennen, eine prophylaktische Vorsorge aber hintanstellen. Zugleich wissen wir auch, dass etwa die Zulassungspraxis von Medikamenten in den USA mit ihren weitreichenden Restriktionen Vorteile gegenüber der laxen Praxis etwa in Deutschland hat, wo ein Zsigfaches an Medikamenten zugelassen ist, die mit nahezu identischen Wirkstoffen und lediglich durch gelegentliche Wirkstoffkombinationen sich noch irgendwie voneinander unterscheiden lassen.

Entscheidend ist, dass mit allem an sich begrüßenswertem Niederreißen von Handelsbarrieren nicht der jeweilig höchste soziale Standard, nicht der höchste ökologische Standard oder der höchste Sicherheitsstandard maßgeblich ist, sondern genau die Weiterentwicklung dieser Standards durch das Freihandelsabkommen zwar nicht ausgeschlossen, aber durch die Drohung von Investoren-Staatenklagen Fortschritte verhindert werden können. Wirtschaftsvertreter behaupten gerne, dass ihnen kein Fall bekannt sei, in welchem sich ein Souverän, sprich ein Parlament, habe wegen eines Freihandelsabkommens mit einem Investitionsschutz von einem gesetzlichen Vorhaben abbringen lassen. Das stimmt nicht: Der Fall Philip Morris gegen Australien ist hinreichend bekannt. Philip Morris verklagt den australischen Staat auf Schadensersatz wegen seiner

Gesetzgebung, die es Tabakkonzernen verbietet mit ihrem Logo auf Zigarettenpackungen zu werben (Philip Morris Asia Limited ./ Commonwealth of Australia, nach UNCITRAL-Schiedsregeln). Der australische Staat will in Zukunft abschrecken und durch Ausschluss von Werbungen, also dem Verlust das eigene Logo präsentieren zu können, den Tabakkonsum reduzieren. Es ist bekannt, dass die neuseeländische Regierung, die Vergleichbares vorhat, den Ausgang der milliardenschweren Klage zunächst abwarten will. D. h., das Parlament bzw. der Souverän Neuseelands ist vor einer beabsichtigten gesetzgeberischen Maßnahme zurückgeschreckt. Interessant ist auch, dass im Jahre 2012 investitionsschutzrechtliche Streitigkeiten von einigen Tabakkonzernen gegen Australien vor australischen Gerichten wegen des selben Gesetzes keinen Erfolg hatten. Begründet wurde dies damit, dass das Verbot das Logo auf den Zigaretenschachteln abdrucken zu können zwar das geistige Eigentum der Kläger und damit wohl auch deren schützenswerter Rechte beeinträchtigt, aber dennoch keine Enteignung vorliegt, da dieses Recht keinem anderen zugeordnet worden war. Die Regierung Australiens hatte sich das Eigentumsrecht an der Marke nicht angeeignet. Ein vernünftiges Ergebnis. Ob die Entscheidung des Vertragsgerichts vergleichbar vernünftig sein wird, darf bezweifelt werden. Auch ist von Kanada bekannt, dass immer dann, wenn das Land mit absehbarem Erfolg von Investoren verklagt wird, der Staat schlichtweg einlenkt und das Gesetzesvorhaben zurücknimmt bzw. das Gesetz wieder aufhebt. Selbstverständlich muss es hierfür die entsprechenden Mehrheiten geben. Im Anblick aber der Schadensersatzforderungen finden sich diese.

Auch wird behauptet, die Bundesrepublik sei schließlich die Erfinderin dieser Klauseln und Vertragsarten gewesen und habe in der Vergangenheit bereits 140 derartige Verträge abgeschlossen. Ich persönlich bezweifle, dass die Bundesrepublik Erfinderin ist. Historisch betrachtet gab es natürlich in der Vergangenheit Gründe, solche Verträge auch aus Sicht der Bundesregierung mit anderen Staaten abzuschließen. Hauptgrund war, dass mit Staaten mit weniger ausgeprägter rechtsstaatlicher Ordnung dennoch ein rechtlicher Rahmen geschaffen werden sollte, der es ermöglichte, dass große Firmen in diesen Staaten Investments tätigen, häufig durch staatliche Kredite und Bürgschaften begleitet, diese Investments aber abgesichert werden sollten im Hinblick auf Risiken einer nicht funktionierenden, korrupten und gegebenenfalls auch nicht berechenbaren Justiz im Falle von Enteignungen und willkürlichen Behinderungen. Ob derlei Gründe im Verhältnis zwischen USA und der EU ihre Berechtigung haben, mag jeder selbst beurteilen. Historisch sind seit 1959 Investitionsschutzverträge, bilateraler Art bekannt. Sie umfassten in der Regel nur Streitigkeiten über die Höhe der Entschädigung bei einer direkten oder de facto Enteignung des ausländischen Investors durch den Gaststaat.

Der in Deutschland bekannteste Fall eines Vertragsgerichtsverfahren ist bis dato nicht entschieden. Hier geht es um die Fa. Vattenfall, die Deutschland wegen des Atomausstiegs in Milliardenhöhe in Anspruch nimmt. Sollte dieser Fall zum Nachteil Deutschlands ausgehen, dürfte es für die Bundesregierung noch schwieriger werden, die Bevölkerung von der Sinnhaftigkeit derlei Abkommen zu überzeugen.

Vermutlich sind wir uns auch zu diesem Punkt weitgehend einig: Die Geheimhaltung bei der Verhandlungsführung geht gar nicht. Vermutlich kann man derlei Verhandlungen nicht in aller Öffentlichkeit führen. Exklusivität, mit der zwar Firmenvertreter in Verhandlungen mit einbezogen werden, aber noch nicht einmal Parlamentarier die vollständigen Texte studieren können, weckt nicht nur den Verdacht, dass hier etwas völlig aus dem Ruder gelaufen ist, sondern es ist im Grunde genommen schon der Beleg. Die Wankelmütigkeit der zuständigen EU-Kommissarin heute der Veröffentlichung von Interpretationen und Kommentaren zum Vertragstext zuzustimmen, um am nächsten Tag wieder die Abgeordneten an die Kandare zu nehmen und sie nur noch in höchst gesicherten Leseräumen Vertragstexte studieren zu lassen oder die Bundesrepublik zu beschuldigen, die Texte frühzeitig veröffentlicht zu haben, trägt zu einer Vertrauensbildung im Hinblick auf das der EU hier übertragene Mandat nicht bei.

Wird TTIP und sein Investorenschutz Wirklichkeit, so besteht auch Gefahr für die europäische Kulturlandschaft, da diese in vielen EU-Staaten von Subventionen lebt, also z.B. ein US-Musicaltheater, welches in Deutschland investiert, möglicherweise benachteiligt ist. Sich erhöhende Umweltstandards, verbesserte Arbeitssicherheit, höhere Sozialversicherungsbeiträge durch Arbeitgeber etc. können ebenfalls zu Schadensersatz- und Entschädigungszahlungen führen.

Unter rechtlichen Aspekten interessiert selbstverständlich zentral die Frage der Vertragsgerichte, der Rechtsnatur derlei Schlichtungsverfahren im Verhältnis zu den bei uns geltenden Rechtsgrundsätzen und, das Vorverständnis der in diesen Vertragsgerichten arbeitenden und handelnden Juristen.

b) ICSID und UNCITRAL Arbitration Rules

Den Verhandlungen zum TTIP sind bestehende Musterverfahrensordnungen für die internationale private Schiedsgerichtsbarkeit zugrundegelegt worden. Am bekanntesten sind die Regelungen des Übereinkommens über das International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID) sowie die UNCITRAL Arbitration Rules. Die UNCITRAL-Regeln sehen die Möglichkeit vor, Schiedssprüche auch innerstaatlich durch ein nationales Gericht

überprüfen zu lassen. Geprüft werden kann die Vereinbarung mit dem *ordre public* im Rahmen eines Aufhebungsverfahrens und im Rahmen der Vollstreckbarerklärung. Die Überprüfung durch innerstaatliche Gerichtsbarkeit nach ICSID-Regeln ist nicht vorgesehen. Hier gilt das Ausschließlichkeitsprinzip. Der Vertragsstaat anerkennt ohne weitere Kontrolle den Schiedsspruch der auch vollstreckt werden kann. TTIP richtet sich nach den ICSID-Regeln, also sieht keine Überprüfung durch nationale Gerichte vor. Voraussetzung für die Klage vor einem Vertragsgericht ist nicht die Erschöpfung innerstaatlichen Verwaltungs- oder Gerichtsverfahren. Der Investor hat aber die Wahl. Er kann auch vor nationalen Gerichten klagen. Da die internationalen Schiedsgerichte nicht die Kompetenz zur Kassation innerstaatlicher Rechtsakte haben, verurteilen sie den Gaststaat bei einem Verstoß gegen das Abkommen eben zur Zahlung von Schadensersatz. Richtig ist, dass die Entscheidungen des Vertragsgerichts in der Regel bindend und vollstreckbar sind (vgl. Rechtsgutachten Prof. Dr. Groh und Prof. Dr. Khan, Institut für Öffentliches Recht und Völkerrecht an der Universität der Bundeswehr München vom 09.03.2015).

Bevor ich im Folgenden auf einen zentralen Rechtsgrundsatz eingehen werde, der für derlei Streitverfahren gilt, muss man sich zunächst einmal fragen, um was für ein Rechtsgebiet es sich überhaupt hier handelt. Echtes Privatrecht, in welchem Vertragsgerichte ein denkbares und praktisches Modell der Streitschlichtung sein kann ist es nicht. Vielmehr handelt es sich doch um Öffentliches Recht. Investoren behaupten durch öffentliche Gewalt in ihren Rechten, ihrem Investment verletzt, enteignet oder sonst wie diskriminiert worden zu sein. Die Regelungen aber entsprechen jenen des Privatrechts. Wir werden uns daher auch einige Fallbeispiele anschauen, um die Sache etwas plastischer und anschaulicher zu machen.

c) Vorverständnis der Schiedsrichter

Nach Schätzungen von Insidern sind bei 25 von 30 aktuellen Investor-Staat-Klagen die Top 3 der Kanzleien, Freshfields Bruckhaus Deringer (Großbritannien), White & Case, King & Spalding (beide USA) befasst. Es darf daher gefragt werden, welcher Kreis hier überhaupt über was entscheidet. Das Geschäft ist nicht nur profitabel. Die Kanzleien haben selbstverständlich auch Interesse sich auf diesem Gebiet zu spezialisieren und das Geschäftsfeld auszuweiten. Selbstverständlich werden auch Investoren zu Klagen motiviert mit Broschüren, die etwa Luther Anwälte auf den Markt brachten mit Titeln wie „Hilfe, ich werde enteignet!“ und Werbung wie „Die mögliche Vielfalt schädlichen staatlichen Handelns ist praktisch unbegrenzt“ unterlegt mit Beispielen wie neue Steuern, Umweltgesetze, Verbot von gefertigten Produkten oder die Absenkung staatlich regulierter Tarife, etwa für den Energiebereich etc. als Beispiel für die Zerstörung eines zunächst finanziell einträglichem Projekts (Eberhardt, a. a. O.). Die Folge ist der sogenannte Regulatory Chill, also die

Ankündigung einer Klage und die Furcht des mit Klageandrohung überzogenen Staates von seinem Vorhaben abzusehen oder dies bereits im Vorfeld abzuschwächen. Die wenigen und immer wieder neu engagierten Schiedsrichter, die in unterschiedlichsten Rollen agieren, einmal als Vorsitzender und einmal als Beisitzer, benannt vom verklagten Staat oder vom klagenden Unternehmen, sitzen auch zugleich häufig in Aufsichtsräten von Unternehmen, die Staaten bereits auf der Basis von Investitionsabkommen verklagt haben. Es sind die selben Kanzleien die befragt werden, wenn derlei Regularien ausgearbeitet werden. Sie argumentieren in der Regel für mehr Spielräume und beraten gleichzeitig Firmen, wie sie gegebenenfalls bestehende Regulierungen auch umschiffen oder verhindern können. Logischerweise verfassen diese Richter auch einen Großteil der akademischen Publikationen zum internationalen Investitionsrecht und besetzen die Redaktionen der einschlägigen Zeitschriften mit einem dreiviertel ihrer Redaktionskompetenz (vgl. Eberhardt, a. a. O., S. 389). Diese Anwälte weiten, auch durch geschickte Beratung der Politik, Handlungsspielräume potentieller Investoren aus und führen en passant etwa neue Doktrin wie die indirekte Enteignung im Investitionsschutzkapitel des NAFTA Freihandelsabkommens ein, um alsbald mit dem neuen „Transmissionsriemen“ werbend aufzutreten.

d) Verfahrenskosten

An sich sollte das Kostenargument nicht am Anfang stehen. Es ist aber durchaus ein politisches und auch eine Frage des Zugangs zu diesen rechtlich ausgestalteten Verfahren. Naive Mittelstandsvereinigungen wie z. B. der Verband der Familienunternehmen, sprechen sich für TTIP und die Vertragsgerichte aus. Schaut man sich aber die Kosten der Verfahren an, wird man unschwer erkennen können, dass bei der Höhe der Kosten pro Verfahren kleine mittelständische Unternehmen das Risiko derlei Klagen scheuen werden. Sie sind daher weiterhin auf lokale Gerichte angewiesen.

Bei Stundenlöhnen von bis zu 1.000,00 Dollar sind Verfahrenskosten bekannt, die von manchen mit durchschnittlich 8 Mio. Dollar beziffert werden und manchmal auch über 30 Mio. Dollar liegen können (Pia Eberhardt, Politikbekämpfung als Geschäftsmodell, Die Rolle der Rechtsbranche im internationalen Investitionsrecht, in *juridikum* 2013, S. 386 (387)). Die Summe von durchschnittlich 8 Mio. Dollar wird jedenfalls von der OECD genannt (Friends of the Earth, *The hidden cost of EU Trade Deals*, 4. Dezember 2014, Seite 4). Die Weltbank hingegen beziffert für ein „basic arbitration“ nach ICSID-Regeln 274.000,00 Dollar für jede Seite, in Abhängigkeit von der Komplexität etc., also deutlich nach oben offen, andererseits aber deutlich weniger als die vorbenannten 8 Mio. Dollar (a. a. O. Fußnote 8). Für große Konzerne mag sich der Prozess lohnen, wenn er auch nur eine begrenzte Erfolgsaussicht

bietet, da er in Relation zum möglichen Ertrag vergleichsweise wenig kostet. Deshalb verwundert es nicht, dass in der Vergangenheit jedenfalls in einer Gruppe untersuchter Verfahren Unternehmen mit mehreren Milliarden Umsatz die Verfahren dominieren. Die zweite Gruppe von Unternehmen die solche Verfahren nutzen sind jene im Bereich von 100 Millionen bis einer Milliarde Jahresumsatz und daneben tatsächlich auch Einzelpersonen, jedoch auch solche in der Regel mit einem Vermögen von jeweils über 100 Millionen Euro.

e) Statistisches zu Klageverfahren

Von 127 bekannten ISDS-Verfahren, die gegen 20 EU-Staaten seit 1994 eingeleitet wurden, ist nur von 62 (48 %) bekannt, um welche Summen es ging. Das Klageziel war insgesamt bei den 62 Fällen immerhin 30 Milliarden. Die tatsächlichen Zahlungen aufgrund eines Urteilspruchs sind nur für 14 von 127 Fällen (11 %) bekannt und umfassten 3,5 Milliarden Euro. Daneben gab es aber auch vergleichsweise Lösungen, die hiervon nicht umfasst sind und für das jeweilige Land teuer waren (Polen gegen EUREKO, 2,2 Milliarden). 60 % der Fälle betreffen den Umweltsektor (75 Fälle von 127). Von jenen 63 von 127 Fällen, von welchen bekannt wurde welche Seite gewann, waren 44 %, also 28 von 63 Fällen zugunsten entweder teilweise oder voll für den Investor. Hierbei waren aber 15 Fälle wohl durch Spruch entschieden und 13 resultierten auf einem Vergleich (sämtliche Daten Friends of the Earth Europe, a. a. O., S. 2).

Bemerkenswert ist, dass Umweltaspekte im Mittelpunkt der Investoren gegen Staaten-Klagen stehen. Insbesondere die östlichen EU-Staaten traf es besonders hart. So zahlte Polen an EUREKO 2,2 Milliarden Euro im Rahmen eine gütlichen Einigung, die slowakische Republik traf es mit einem Spruch der Schlichter mit dem stolzen Betrag von 553 Millionen Euro und die tschechische Republik hat die Last von sage und schreibe 26 ISDS-Klagen. Gemeinhin wird von insgesamt 3.000 Investmentvereinbarungen weltweit berichtet und 1.400 bilateralen Investmentvereinbarungen einschließlich ISDS, also der hier besonders im Fokus stehenden Klagemöglichkeit von Investoren gegen Staaten (Investor–State Dispute Settlement, ISDS). Die Datenbasis ist aber nicht wirklich verlässlich, da wir hier nicht über öffentlich verhandelte Gerichtsverfahren sprechen, sondern über Vertragsgerichtsverfahren, also interne Streitregelungen, die häufig auch Verschwiegenheitsklauseln enthalten.

2. Beispielfälle

a) Vattenfall I

Vattenfall gegen Deutschland gibt es nicht nur in der allgemein bekannten Variante, Vattenfall gegen Deutschland wegen des Atomausstiegs mit der Schadensersatzforderung

von 4,7 Milliarden Euro, sondern es gab bereits im Jahr 2009 eine Klage von Vattenfall gegen Deutschland, die gütlich beigelegt wurde (Fall ICSID Case-No. ARB/09/6). Hier ging es dem schwedischen Energiekonzern im internationalen Schlichtungsverfahren gegen Deutschland um ein Kohlekraftwerk an der Elbe. Der vorläufige Vertrag für die Konstruktion des Kraftwerks wurde bewilligt von der Stadt Hamburg im Jahr 2007, die einige Umweltregelungen zum Schutz des Elbewassers statuierten. Im Bemühen die EU-Regeln anzuwenden, wurden weitere Umweltbeschränkungen in Bezug auf die Behandlung von Abwassern des Kraftwerks hinzugefügt, bevor die schlussendliche Genehmigung erteilt wurde. Vattenfall wandte sich hiergegen, weil nach seiner Auffassung das Projekt wirtschaftlich nicht lebensfähig sei. Vattenfall beanspruchte 1,4 Milliarden Euro zuzüglich Kosten und Zinsen gemäß dem Energy Charter Treaty. Der Fall wurde schließlich im Jahr 2011 beigelegt, nachdem Hamburg eine modifizierte Wassernutzung durch das Kraftwerk erlaubte. Im Ergebnis wurden die Umweltstandards gelockert im Vergleich zu der ursprünglich erteilten Erlaubnis, die hier angegriffen wurde.

b) Vattenfall II

Im Jahr 2012 beanspruchte im Vattenfall II gegen Deutschland (der Fall ICSID, Case No. ARB/12/12) der schwedische Konzern auf der Grundlage des Energy Charter Treaty 4,7 Milliarden Euro wegen des schrittweisen Ausstiegs aus der Atomenergie. Wie hinlänglich bekannt, war diese Ausstiegsentscheidung Resultat der Sorgen nach dem Atomunfall von Fukushima in Japan. Als Folge des Atomausstiegs wurden die Kraftwerke in Krümmel und Brunsbüttel geschlossen. Der Fall ist immer noch anhängig.

c) CME und Ronald Lauder

Die Firma CME betrieb im Jahr 2000 gegen die Tschechische Republik ein Entschädigungsverfahren, gleichermaßen die Fa. Ronald Lauder, ebenfalls gegen die Tschechische Republik 1999.

In den frühen 90er Jahren hatte Ronald Lauder in Tschechien in private TV-Kanäle mittels einer deutschen Firma investiert, später wurde sie von einer holländischen Firma übernommen (CME). Beide, Lauder und CME, verklagten in zwei verschiedenen Verfahren Tschechien infolge des Eingriffs des Medienrates in die bestehenden Geschäftsbeziehungen. Wegen des Verlustes von Gewinnen waren die Verfahren insofern gleichgelagert. Kurioserweise gingen die Verfahren unterschiedlich aus. Lauders Klage wurde abgewiesen, weil die Vertragsverpflichtungen nicht verletzt wurden, während der Klage von CME, mit dem Ziel eine halbe Milliarde Dollar zu erlangen, in Höhe von 271 Mio. Dollar stattgegeben wurde.

Die beiden Verfahren gelten als Beispiel der Unvorhersehbarkeit und Beliebigkeit solcher durch nichts mehr überprüfbarer Klagen, die hier zu Zahlungen aus öffentlichen Mitteln führten. Schaut man sich die Rechtsgrundsätze an, nach denen derlei Klagen entschieden werden, verwundert dies nicht.

3. Primat des Öffentlichen Rechts

a) „Dulde und Liquidiere“; Primär- und Sekundärrechtsschutz

Das Grundgesetz geht bei Sanktionierung von Rechtsverletzungen durch den Staat von dem Vorrang des sog. Primärrechtsschutzes vor dem Sekundärrechtsschutz aus. Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem sog. „Nassauskiesungsbeschluss“ die bis dahin gepflegte Rechtstradition des „Dulde und Liquidiere“ für unzulässig erachtet. Der in seinem Recht, vor allem in seinem Eigentumsrecht durch den Staat Verletzte, muss zunächst versuchen die betreffende Rechtsverletzung im Primärrechtsschutz rückgängig zu machen. Versäumt er dies, verspielt er sein Recht, Schadensersatz oder Entschädigung verlangen zu dürfen (§ 839 Abs. 3 BGB, § 254 BGB). In der Bundesrepublik garantiert Art. 19 Abs. 4 GG den Rechtsweg zu den staatlichen Gerichten im Primärrechtsschutz. Im Investorenschutzabkommen wird der Vorrang des Primärrechtsschutzes ignoriert und dem ausländischen Investor das Recht eingeräumt, den Gaststaat unmittelbar auf Schadensersatz oder Entschädigung zu verklagen. Für den Rechtsweg im Sekundärrechtsschutz enthält das Grundgesetz eigenständige Rechtsweggarantien zu den staatlichen Gerichten (Art. 14 Abs. 3 S. 4 GG und Art. 34 S. 3 GG). Der Sekundärrechtsschutz gilt daher dogmatisch als ein ergänzendes „Minus“ zum Primärrechtsschutz (Prof. Dr. Kathrin Groh/Prof. Dr. Daniel-Erasmus Khan, Rechtsgutachten TTIP vom 09.03.2015, S. 7).

b) Privatautonomie versus Öffentliches Recht

Ursprünglich richteten sich Klagen der Investoren gegen Staaten gegen willkürliche Enteignung und Diskriminierung. Derlei Verfahren wurden aber wegen staatlicher „Verstöße“ zunehmend ausgeweitet. Heute stehen im Mittelpunkt Klagen gegen Gesetze, insbesondere solche zum Schutz der Umwelt und Gesundheit, Gesetze die zumindest in Demokratien auf demokratischem Weg und im öffentlichen Interesse und in der Regel wohl in Übereinstimmung mit nationalem Recht von Parlamenten beschlossen wurden. Selbstverständlich können auf dem Gebiet des Zivilrechts nichtstaatliche Schiedsgerichtsvereinbarungen im Wege der Privatautonomie zwischen den Parteien frei vereinbart werden. Im öffentlich-rechtlichen Bereich, in welchem es um Rechtsverletzungen

durch den Staat geht und dessen Regeln und Rechtsverletzungen sanktioniert werden sollen, müssen aber andere Bestimmungen gelten. Denn hier geht es um öffentlich-rechtliche Streitigkeiten mit dem Ziel zur Wiederherstellung der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und zur Sicherung, dass die Bindung aller Staatsgewalt am Verfassungsrecht ausgerichtet ist (Groh/Khan, Rechtsgutachten TTIP, S. 7).

c) Rechtfertigung der Vertragsgerichte

Die Klagen werden auf der Grundlage von Vereinbarungen vor internationalen Schiedsgerichten verhandelt, die sich in der Regel aus drei von den Streitparteien ernannten Privatpersonen zusammensetzen. Sie verhandeln nach den gesetzten Schiedsregeln. Die nationalen Gerichte haben hierauf keinen Einfluss. Die Zahl der Verfahren wächst ständig an. Die UNCTAD (United Nations Conference on Trade and Development) verzeichnete bis Ende 2011 für einen 10-Jahres-Zeitraum 456 Klagen und damit 6,4-mal mehr Fälle als jene die zehn Jahre zuvor bekannt wurden (vgl. „Internationales Investitionsrecht, Staat – Macht – Konzerne, von Pia Eberhardt und Peter Fuchs in *juridikum* Nr. 3, 2013, S. 331). Im Jahr 2012 kamen 58 neue Verfahren hinzu. Aufgrund der Intransparenz der Verfahren, wohl auch häufig vereinbarter Verschwiegenheitsklauseln, liegt die Dunkelziffer um einiges höher (a. a. O.).

Laut UNCTAD gibt es weltweit ca. 3.000 solcher meist bilateraler Abkommen (a. a. O., S. 333). Der Klassiker solcher Abkommen sind Nord-Süd-Abkommen. In 66 % der Fälle richten sich die Klagen gegen Entwicklungs- und Schwellenländer und in 64 % der Fälle kommt der klagende Investor aus dem eher reichen Norden. Weltweit führen wohl Argentinien, Venezuela, Äquator und Mexiko die Liste jener an, die am häufigsten verklagt wurden (Stand 2012 laut UNCTAD, a. a. O., S. 333).

Die zunehmende Diskussion und Kritik an den Investitionsschiedsgerichten führte dazu, dass bereits viele Länder bestehende Vereinbarungen aufkündigten oder aber diese Aufkündigung prüfen. Die Verträge haben aber häufig sehr lange Kündigungsfristen, bedingt durch die langfristigen Investitionen, die sie absichern sollen. Die EU fing aber gerade erst damit an. In der EU verlangten die Kommission und der Rat infolge des Vertrags von Lissabon (Dezember 2009) die Kompetenz entsprechende Investitionsabkommen in Freihandelsabkommen zu verhandeln.

Gus van Harten, Prof. an der Universität Toronto in Kanada, hat bereits in vielen Veröffentlichungen die rechtsgrundsätzliche Kritik hervorragend und beispielhaft formuliert. Er hat herausgearbeitet, wie ein solches Vertragssystem Macht vom Staat abzieht und sie

internationalen Unternehmen und Konzernen überträgt, sie zugleich von staatsgebundenen Gerichten hin zu privaten Verhandlungen und Entscheidungsverfahren verlagert, basierend auf einer Schlichtungs- und Verhandlungsindustrie, die ganz wesentlich von einigen wenigen Anwaltskanzleien in Washington, New York, London, Paris, Den Haag und Stockholm geprägt ist.

So wie heute international operierende Konzerne nach politischen, strategischen und selbstverständlich wirtschaftlichen Erwägungen entscheiden, wo sie gegebenenfalls wie viel Steuern einem Land zukommen lassen wollen, da sie Gewinne und Verluste hinreichend auf den einen oder anderen Standort verlagern können, im Extremfall bis fast überhaupt keine Steuern mehr zu zahlen sind, da zuletzt die alles entscheidenden Kosten von in Steuerparadiesen angesiedelten Tochtergesellschaften und Niederlassungen stammen, findet sich ein vergleichbares Picking auch im Verhältnis zu Rechten, abgeleitet aus Investorenschutzklauseln im Rahmen etwa von Freihandelsabkommen. Einfacher als die Erlangung einer Staatsbürgerschaft eines anderen Landes ist es in einem ausgewählten Land eine Firma zu gründen und eine Niederlassung aufzumachen. Hat dieses Land meiner Wahl ein Investitionsschutzabkommen mit jenem Land abgeschlossen, in welchem ich investiert bin, ist eine Klagemöglichkeit nach der Schiedsgerichtsklausel eröffnet, wenn mein Investment (Gewinnerwartung) verletzt ist. Selbst ein im Land der Investition ansässiges Unternehmen kann durch Verlagerung seines Sitzes in den anderen Staat des Abkommens denjenigen Staat verklagen, in welchem es investiert ist.

Ob das Argument wirklich stimmt, dass Investitionen von solchen Investitionsabkommen beflügelt werden, ist zu bezweifeln. Zum einen gibt es zur Absicherung von Risiken auch Versicherungen, sodass der Befund, wonach eine Verbindung zwischen solchen Verträgen und des Quantum des Investitionsflusses besteht, kaum belegbar sein dürfte. Sicher haben sogenannte BITs auf manche Investitionsprojekte einen maßgeblichen Einfluss, insbesondere dann, wenn sie eng verknüpft mit dem konkreten Investitionsprojekt ausgehandelt und abgeschlossen werden. Dies gilt aber für die Masse der Investitionsentscheidungen gerade nicht (Gus van Harten in *A Critique of Investment Treaties and Investor-State Arbitration*, Juridikum Nr. 3, 2013, S. 338 ff (340)). Empirisch belegbar scheint jedenfalls die Aussage, wonach Investorenschutzabkommen Investitionen quantitativ und qualitativ belegbar steigern, nicht zu sein.

Die zweite wichtige Rechtfertigung für derlei Gerichte und Investitionsschutzabkommen ist, dass lokale Gerichte nicht hinreichend zuverlässig sind. Dahinter stehen aber oft Argumente, die nicht an der Unzuverlässigkeit oder Korruptionsanfälligkeit festgemacht werden, sondern

an dem Zeitaufwand, den lange Verfahrenszüge, Berufungs- und Revisionsmöglichkeiten, benötigen. All dies stünde einer auf Geschwindigkeit und Klarheit abzielenden Geschäftswelt entgegen (a. a. O., S. 341).

Klar ist auch, dass ein Bürger oder eine juristische Person, in welchem das Unternehmen investiert ist, im Unterschied zum ausländischen Investor, auch bei gravierenden Rechtsverletzungen, insbesondere bei Verletzung seines Eigentums durch Enteignung oder Diskriminierung oder einer natürlichen Person bei Verletzung deren Gesundheit oder des Lebens, nicht die Möglichkeit hat, gegen den Staat oder aber ein gegen ihn schädigendes Unternehmen vor derlei schnellen und effizienten Gerichten zu klagen. Der Bürger und das lokale Unternehmen sind auf die unzureichende Justiz vor Ort angewiesen. Nur der ausländische Investor wird vor den privaten Schlichtungs- und Schiedsgerichten gehört. Offensichtlich werden also nur eine exklusive und überschaubare Zahl privater Akteure mit der Möglichkeit ausgestattet, auf derlei internationale Schlichtungen und Klagen aber zugleich auch auf Klagen vor lokale Gerichte zurückgreifen zu können.

Es entspricht im Übrigen der typischen Prozessstrategie der Investoren sowohl das internationale Schlichtungsverfahren aus den Investorenschutzklauseln zu nutzen als zugleich auch vor lokalen Gerichten zu klagen. Eine solche Doppelstrategie eröffnet in der Regel mehr Handlungsoptionen, sie zeigen aber zugleich auf, dass lokale Gerichte selbstverständlich auch Rechtsschutz für Investoren bieten, die Investorenschutzklauseln eigentlich nicht notwendig wären (a. a. O., S. 342). Als Praktiker weiß man natürlich, dass Anwälte auch dazu neigen, den Druck mit allen Mitteln zu erhöhen, um so zum Beispiel auch im Vergleichswege eine für ihre Mandanten möglichst hohe Entschädigung und/oder einen hohen Schadensersatz zu erlangen. Vor dem Schiedsgericht klagt man also auf Schadensersatz und Entschädigung und vor einem lokalen Gericht z. B. auf die Beseitigung der Verwaltungsaufgaben.

Häufig wird vorgebracht, dass Investitionsschutzabkommen örtliche Gesetze und Gerichte durch einen angeblich fairen und unabhängigen, gar neutralen Prozess ablösen und so überhaupt erst das Recht gewährleisten. Vergessen wird hierbei gerne, dass das konstituierte Recht einen hohen Standard auf prozeduraler Fairness organisiert und auch institutionell in der Regel die Unabhängigkeit und die Art und Weise, wie die Entscheidung getroffen wird, sichert. Entscheidend ist, dass es sich bei Investorenschutzabkommen und hierauf basierenden Streitigkeiten um nicht umkehrbares öffentliches Recht handelt. Übertragen wird dies einer Entscheidungsstruktur, die geprägt ist von privat engagierten Richtern, typischerweise Anwälte großer internationaler Kanzleien, die sich sowohl auf

Kläger- als auch auf Beklagtenseite in der Regel hierüber erhebliche Einnahmen sichern. Es sind zudem Gerichte, die nicht qua Amt unabhängig sind, sondern ihr Geld schlichtweg durch die Dauer der Verhandlung verdienen. Sie sind auch nicht den prozeduralen Regeln lokaler Verfahrensgrundsätze verpflichtet. Auch werden die Richter selbst nicht durch ein unabhängiges Gremium ausgewählt und geprüft. Weder wegen Verfahrensfehler noch wegen der fehlerhaften Rechtsanwendung ist eine Berufung oder eine Revision möglich. Es spricht zwar nichts dagegen, bei krassen Fehlern die Entscheidung anzufechten und sie dennoch vor lokale oder internationale Gerichte zu bringen. Ob diese eine solche Entscheidung annehmen oder sich für unzuständig erklären, wäre sicher eine spannende Frage. Die Entscheidung des Vertragsgerichts ist sofort vollstreckbar. Rechtsmittel vor lokalen Gerichten haben keine aufschiebende Wirkung und können auch nicht zur Aufhebung des Spruchs führen; jedenfalls nicht nach ICSID-Regeln. Vertragsgerichte aber sind das typische Merkmal zivilrechtlicher Regularien. Der Produzent von Waren, der sie seinem Großkunden in ein anderes Land verkauft, mag eine solche Schlichtungsvereinbarung und Vertragsgerichte für zweckmäßig erachten. Juristische Personen mögen dann auch ausschließen, dass man noch vor den staatlichen Gerichten klagen kann. Auch können Geschäftsleute miteinander vereinbaren, dass, wenn geklagt wird, allenfalls auf groben Ermessenfehlergebrauch hin die Angelegenheit überprüft wird. Im öffentlichen Bereich erscheint dies aber eher zweifelhaft.

d) Vertragsgericht als Gericht im Rechtssinne

Entscheidend ist, dass jedenfalls zunächst und in der Regel auch abschließend Angelegenheiten von grundsätzlicher Bedeutung meist von öffentlichem Interesse nicht vor unabhängige Richter gebracht werden und auch nicht öffentlich verhandelt wird. Gerade die Unabhängigkeit, die mit dem Amt eines Richters normalerweise verbunden ist und im Wesentlichen die Unabhängigkeit der Justiz begründet, also durch entsprechende Ausstattung des Amtes, die regelmäßige und gesicherte Vergütung, ein hoher prozeduraler Schutz vor Abberufung, gibt es bei Vertragsgerichten nicht. Eine elementare Rechtstradition wie die richterliche Unabhängigkeit die sowohl dem angelsächsischen, als auch dem mitteleuropäischen Kulturkreis selbstverständlich ist, wird in diesen Vereinbarungen komplett ausgeblendet. Die vereinbarte Klagemöglichkeit erinnert eher an absolutistische Macht und Sondergerichte, als an einen modernen Staat.

Weder sind die Gerichte unabhängig, noch demokratisch von Parlamenten legitimiert. Ein der Zivilprozessordnung vergleichbares umfängliches Verfahrensrecht gibt es in ISDS-Verfahren nicht. Diese finden gleichsam im nahezu rechtsfreien Raum statt. Wenn aber keine wirklich unabhängigen Richter zu entscheiden haben, ist es unsere Aufgabe zu fragen,

in wessen Interesse die hier berufenen Richter denn agieren. Wo liegen beispielsweise ihre persönlichen Berufsziele. In welcher Verbindung stehen sie bei derlei öffentlich-rechtlichen Klagen denn mit den Klägern. Haben diese Anwälte bereits einmal einen Investor vertreten, bevor sie das Mandat eines verklagten Staates annehmen, saßen sie oder ihre Sozietätskollegen in den Aufsichtsräten und nahmen dort die Interessen der Investoren wahr, etc. etc.. Ist jemand unabhängig und zur Entscheidung wirklich berufen, dessen Höhe der Vergütung nach Stunden bemessen wird und der umso mehr verdient, je eher und umfangreicher er sich mit den materiellen Fragen auseinandersetzt, als dass er beispielsweise eine Sache wegen Unzulässigkeit abweisen würde. Entspricht dies unserem verfassungsrechtlichen Verständnis eines Rechtswegs, vor allem sind dies nicht etwa Ausnahmegerichte (Art. 101 GG), können solche Rechtsanwälte überhaupt als Richter im Sinne des Art. 98 GG bezeichnet werden, unabhängig im Sinne des Art. 97 Abs. 1 GG sind sie jedenfalls nicht. Auch die besonderen Anforderungen, welche die Unabhängigkeit des Richters sichert, haben mit derlei Vertragsgerichten nichts zu tun (Art. 97 Abs. 2 GG). D. h., wir können eigentlich noch nicht einmal von rechtsprechender Gewalt sprechen, da sie nicht einmal rudimentären, rechtsstaatlichen Anforderungen einer ordentlichen Gerichtsorganisation entspricht (Art. 92 GG). Elementaren rechtsstaatlichen Grundsätzen widerspricht eine Vereinbarung die die Klage von Investoren gegen den Staat vorsieht, weil sie öffentliches Recht privatisiert in dem sie die Entscheidung etwa auch eines Gesetzgebers zum Gegenstand von privaten Vertragsgerichten macht. Die Praxis Kanadas zeigt klar auf, was die Folge ist. Der Regulatory Chill führt schlicht dazu, dass Regierungen und Parlamente vor den Investoren einknicken, wenn deren Investment, sprich Eigentum, in seiner Absolutheit gefährdet, verletzt oder auch nur möglicherweise beeinträchtigt ist.

Im Falle, dass sich die Parteien z. B. nicht auf den Vorsitzenden Richter verständigen können oder andere Schwierigkeiten bei der Streitentscheidung auftreten, wird in der Regel auf das International Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID) verwiesen. Die Organisation ist ein Mitglied der World Bank Group. Sie helfen bei der Auswahl der Richter und gelten auch als häufig benannte Autorität für den Fall, dass Entscheidungen annulliert werden sollen.

ICSID bestimmt den vorsitzenden Richter wenn die streitenden Parteien keine Vereinbarung getroffen haben oder sie sich nicht auf einen Vorsitzenden verständigen können. Aber auch dann, wenn eine der Parteien, in der Regel der Staat welcher verklagt wird, es versäumt oder ablehnt einen eigenen Teilnehmer für das Streitverfahren zu bestimmen. Wenn eine der Parteien bei einem Richter einen Interessenskonflikt beanstandet, ist ICSID die für solche Fälle typischerweise vereinbarte Stelle, die dann zur Entscheidung berufen ist. Auch wird

ICSID häufig die Schlüsselbefugnis eingeräumt, über die Regeln der Richter zu bestimmen, wenn dies im Vertrag für bestimmte Streitfälle so vorgesehen ist.

Wie man leicht erkennen kann, hat eine Institution diverse Machtmittel über verschiedene Aspekte des Entscheidungsprozesses. Von der Bestellung der Richter, über die zu beachtenden Regeln bis hin zur Aufhebung von Entscheidungen einschließlich der Beurteilung von Interessenskollisionen einzelner Richter liegt hier alles in einer Hand. Alles anscheinend sehr praktisch, da schnell entschieden aber höchst undemokratisch.

Der Zusammenhang von prozeduraler Fairness und richterlicher Unabhängigkeit als Mindestanforderung an ein gerichtliches Entscheidungsgremium ist nicht erkennbar. Solche Anforderungen könnten nur durch unabhängige Gerichte, gegebenenfalls internationale Gerichte mit Instanzenzug und Institution, die ihrerseits unabhängig sind wenn es um Verfahrensregeln, Abberufung und Benennung von Richtern geht etc., gewährleistet werden.

Vertragsgerichte sind daher keine Gerichte im verfassungsrechtlichen Sinne. Es sind private Schiedsmänner, die einen öffentlich-rechtlichen Streit entscheiden dürfen.

4. FET-Grundsatz und andere Rechtsgrundsätze

Der für die Investitionsschutzabkommen maßgebliche Grundsatz ist jener des FET. „Fair and Equitable Treatment“ wird häufig kombiniert mit dem „minimum standard of treatment“ (MST). Das Wort fair lässt sich mit billig, gerecht und richtig übersetzen. Equitable wird gemeinhin als billig, equitymäßig bzw. substantivisch equitableness als Billigkeit übersetzt. Praktisch handelt es sich also um eine Art Generalklausel. Deshalb wird sie auch gerne als „catch-all“ Garantie bezeichnet, eine Generalklausel mit möglichst großer Reichweite zur Anfechtung staatlicher Maßnahmen und Gesetze. FET ist daher die bedeutsamste Begründung für die Behauptung von Vertragsverletzungen im Rahmen von Investoren-Staats-Klagen (Nathalie Bernasconi-Osterwalder/Yalan Liu „Interpreting Fair and Equitable Treatment in International Investment Law“, in *juridikum* Nr. 3 aus 2013, S. 374 ff.). Die FET-Verletzung hat als Begründung größere Bedeutung als das Recht auf Entschädigung im Falle von Enteignung oder Entschädigungen im Falle von Diskriminierung. Die Bedeutung von FET liegt in seiner Unklarheit und den wenigen Anhaltspunkten für das Gericht. Die logische Folge ist, dass die Gerichte die Bedeutung weit fassen und sie nach ihrem Belieben auslegen. Es ist ein Grundsatz der sich nicht nur in tausenden von bilateralen Abkommen findet, sondern auch in Multilateralverträgen wie dem Energy Charter Treaty, auf dessen

Grundlage Vattenfall Deutschland verklagt (EnCT). EnCT ist als multilateraler Vertrag mittlerweile zwischen 47 europäischen und asiatischen Staaten und der Europäischen Union abgeschlossen (Marcus Krajewski „Vattenfall, der deutsche Atomausstieg und das internationale Investitionsrecht“, in Juridikum Nr. 3, 2013, S. 348 (349)).

Der FET-Standard wird von den Vertragsschließenden häufig so verstanden, dass er bei Anwendung und Auslegung durch die privaten Schiedsgerichte internationalem Gewohnheitsrecht folgt, aus welchem er auch abgeleitet ist. Aufgrund der Abgehobenheit und Ungebundenheit der Vertragsgerichte, beschränken diese die Anwendung des FET-Standard nicht darauf, diskriminierende Maßnahmen, die im bösen Glauben veranlasst wurden, zu beschränken und mit Schadensersatz oder Entschädigung zu sanktionieren. Sie erstrecken wie selbstverständlich den FET-Grundsatz auf alle Gesetze und Regularien, die in demokratischen Prozessen und in der Regel in Übereinstimmung mit den Verfassungen der jeweiligen Länder zustande kamen aber eben den fremden Investor beeinträchtigen. Es interessiert in diesem Zusammenhang nicht, welche Eigentumsordnung das jeweilige Land hat. Der unterschiedliche Eigentumsbegriff der Staaten, der in Abhängigkeit von mitunter anderen Grundrechten steht und in eine Konkordanz zu den anderen Grundrechten gebracht werden müsste, wenn er von innerstaatlichen Gerichten oder dem Verfassungsgericht beurteilt wird, werden von den internationalen Schiedsgerichten reduziert auf das bloße Eigentum und seinen Schutz. Anstatt also Erwägungen zu „Fair and Equitable“ anzustellen, also zwischen dem Schutz des Investments einerseits und der staatlichen Ordnung andererseits, der Verfassung und den inhärenten Wertentscheidungen der jeweiligen Landeskultur zu treffen, wird auf der Basis eines völlig übersteigerten Eigentumsbegriffs eine Entscheidung herbeigeführt.

Die „United Nations Conference on Trade and Development“ hat daher einmal einen Anforderungskatalog und –kategorien herausgearbeitet, welche einem echten Investorenschutz entsprechen sollten: Schutz vor Willkür, vor Rechtsverweigerung, vor zielgerichteter Diskriminierung (Targeted Discrimination) und vor missbräulicher Behandlung des Investors z. B. durch Schikane, Nötigung oder Zwang sollten sanktioniert sein. All dies wird getragen vom Grundgedanken, dass die Regierung für den Investor vorhersehbare und stabile Investitionsrahmenbedingungen schaffen und bezogen auf das Investment auch bewahren muss. Nur so sind daher auch erfolgreiche Klagen, etwa im Rahmen von spanisch-mexikanischen BIT erklärlich, die Mexiko verurteilt haben, weil es gefährliche, offene Müllkippen geschlossen hat und damit den FET-Standard verletzte.

Wenn das Vorverständnis der urteilenden Richter von sich immer weiterentwickelnden und sich verbessernden Umweltstandards geprägt wäre, würde bei der Frage nach dem Schutz legitimer Erwartungen die Möglichkeit auch in Zukunft auf offene, gefährliche Müllkippen entsorgen zu können, nicht mit einem Entschädigungsanspruch versehen. Wer Umweltschutz zu Humbug erklärt, den Klimawandel leugnet, Arbeitsschutz nur etwas für Arbeitnehmer in hochentwickelten Industriestaaten bestehendes erachtet, wird die legitimen Erwartungen der Investoren, wenn es zur Entscheidung kommt, nicht enttäuschen.

Die Reaktion der Staaten die derlei Vereinbarungen abschließen war daher den FET-Standard im Bezug zu internationalem Recht und weiteren Kriterien zu setzen, um den Standard berechenbarer zu machen. Manche Vereinbarungen stellen den FET-Standard daher in Bezug zum MST (Minimum Standard of Treatment of aliens under customary international law). Klüger scheint es FET mit einigen allgemeinen Ausführungen für die Auslegung zu kombinieren und einer exemplarischen Liste von spezifischen Anforderungen zu dessen Ausgestaltung. Naheliegender wäre es festzuschreiben, dass Verbesserungen durch Anhebung des Umweltstandards, der Verbesserung des Gesundheitssystems, der Arbeitssicherheit, der Energieversorgung und ihrer Sicherheit etc. etc. nicht zur Einschränkung der gesetzgeberischen Möglichkeiten und zum Schadensersatz und Entschädigung durch Anwendung des FET-Standards führen können bzw. umgekehrt der FET-Standard nur kohärent zu den vorbenannten Kriterien angewandt werden darf. Was aber passiert mit einem Staat, wenn er aufgrund der Finanzkrise die kostenträchtigen Einspeisevergütungen für Windkraft und Sonnenenergie nicht mehr weiter aufrechterhalten kann und die Subventionen zur Einführung dieser erneuerbaren Energien streicht (Spanien). Das Investment wird erheblich gestört und die Gewinne beeinträchtigt. Auch die berechnete Gewinnerwartung wird gestört. In der Logik der vorbenannten Kriterien hätte unser Investor mithin einen Schadensersatz und Entschädigungsanspruch. Eine Finanzkrise war in unseren vorausschauenden Kriterien nicht vorgesehen. Man könnte daher postulieren: Als Juristen wissen wir, dass es vermutlich ohne Generalklauseln nicht geht. Überlässt man aber deren Interpretation drei angelsächsischen Rechtsanwälten nach der Logik der Investoren-Staaten-Klage, darf man sich über das Ergebnis nicht wundern.

Die vertragsschließenden Parteien des NAFTA-Vertrags vereinbarten, dass der Standard FET nicht weiter als internationales Gewohnheitsrecht ausgelegt werden kann. Einige der Gerichtstribunale ignorierten dieses und begründeten die Lösung einfach damit, dass internationales Gewohnheitsrecht schließlich selbst evolutionär sei und es hierfür ohnehin keine eindeutigen und festgelegten Grundsätze gibt und entschieden nach ihren Rechtsauffassungen.

Die SADC (Southern African Development Community) ersetzte den FET-Standard durch den Begriff der „fair administrative treatment“ und versuchte die Begrifflichkeit mehr prozedural zu fassen als substanzorientiert. All diese Versuche sind aber nur rudimentäre Annäherungen an Anforderungen von Gerechtigkeit wenn sie privaten und geheim tagenden Schiedsgerichten übertragen werden (vgl. Bernasconi-Osterwalder/Yalan Liu, a. a. O., S. 384).

5. Zusammenfassung

Freihandelsabkommen sind grundsätzlich zu begrüßen. Sie müssen sich aber mit Transparenz und Klarheit gegenüber nicht nur Investoren und Staaten, sondern gegenüber Konsumenten und Verbrauchern, der organisierten Zivilgesellschaft und, man mag es kaum auszusprechen, auch gegenüber Parlamentariern auszeichnen. Wer den Mut hat Chlorhähnchen als solche zu deklarieren und Hormonfleisch als solches zu bezeichnen, muss den Freihandel auch mit Blick auf den mündigen Konsumenten nicht fürchten. Überall dort, wo neue Verbote und Einschränkungen durch gesetzliche Maßnahmen erfolgen, müssen sie im Zweifel am jeweils höchsten Standard, sei es der Umwelt, sei es der Gesundheit, sei es der Arbeitssicherheit zu messen sein. Ein Dulden und Liquidieren bei Verwaltungsmaßnahmen muss ausgeschlossen sein. Nur dort wo es keine Primärrechtsmittel gibt, ist die Sekundärklage (auf Entschädigung und Schadensersatz) zulässig. Beim Streit über diese Grundsätze sind für zwischenstaatliche Streitigkeiten keine Vertragsgerichte, sondern institutionalisierte Gerichte berufen, die von den nationalen Parlamenten zu besetzen sind. Die richterliche Unabhängigkeit der Entscheider muss gewährleistet sein. Investoren muss die Möglichkeit eröffnet werden, vor den jeweils staatlichen Gerichten der anderen Staaten ihr Recht zu erlangen. Wenn dies aufgrund der staatlichen Strukturen nicht gewährleistet ist, weil kein effizientes Rechtssystem zur Verfügung gestellt wird, mögen internationale Gerichte hierfür tätig werden. Deren prozedurale Vorgehensweisen müssen aber im Vorhinein festgelegt werden und die gesetzlichen Richter müssen sich bei ihrer Entscheidung nicht nur auf Grundsätze wie FET berufen dürfen, sondern müssen das lokale Recht und das internationale Recht mit in ihre Entscheidung einbeziehen. Die monokausale Begründungen gestützt auf das Eigentum und die berechtigte Erwartung eines Investors an die Bedingungen, die er zum Zeitpunkt seiner Investitionsentscheidungen vor Ort antraf, sind nicht der Maßstab zur Beurteilung einer Entschädigung und Schadensersatzes. Derlei Verfahren sind im Übrigen auch so auszugestalten, dass kleine und mittelständische Unternehmen ebenfalls Rechte im Falle von Diskriminierung bei investiver Tätigkeit im Ausland in Anspruch nehmen können. Heute

jedenfalls sind derlei Rechte Exklusivrechte für multinationale Konzerne die ihre Investitionsentscheidungen, mögen sie so rückschrittlich (Kohlekraftwerk, Vattenfall I) sein wie jene von Vattenfall, durchzusetzen versuchen bzw. beim Scheitern ihres Investments mit Blick auf ihren entgangenen Gewinn und den eingetretenen Schaden sich gütlich halten. Legitim ist der Investitionsschutz und seine besondere Ausgestaltung daher durchaus in bestimmten Fällen. TTIP gehört in seiner bisher bekannten Form jedenfalls nicht dazu.

Nur Gerichte die den Grundsatz der Öffentlichkeit, des Demokratieprinzips und der Unabhängigkeit der Richter absichern, verdienen überhaupt das Wort Gericht. Auch staatliche oder zwischenstaatliche bzw. internationale Gerichte sind in der Lage Geschäftsgeheimnisse (Patentrechte etc.) zu bewahren und zu sichern. Autonome Teilrechtsordnungen außerhalb der Rechts- und Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland haben in unserer Rechtsordnung an sich nichts verloren. Das Vorhaben ist, wenn es denn in Vertragsgerichte münden sollte, verfassungswidrig, da die parlamentarische Mitwirkung und Entscheidung auch des Bundesverfassungsgerichts hiermit unterlaufen wird (vgl. Prof. Dr. Siegfried Bros, Freihandelsabkommen, einige Anmerkungen zur Problematik der privaten Schiedsgerichtsbarkeit, Hans-Böckler-Stiftung, Januar 2015, S. 15). Würde TTIP in der geplanten Form eingeführt, wird auf dem Wege einer zwischenstaatlichen Vereinbarung über den Freihandel materiell die Verfassung der Bundesrepublik Deutschland in einem Staatsorganisationsprinzip geändert, unter Verstoß gegen Art. 79 Abs. 3 GG (a. a. O., Bros). Bei aller Freiheit der Politik, die verfassungsmäßige Ordnung der Bundesrepublik hat die Bundesregierung zu beachten. Sie hat auch der EU die Grenzen aufzuzeigen. Wird in Verhandlungen nicht bald das Stoppzeichen gezeigt, so kann nach Inkrafttreten des TTIP z. B. selbst bei arbeitspolitischen Maßnahmen, wie etwa der Ausdehnung der betrieblichen Mitbestimmung die Bundesregierung zu Entschädigungs- und Schadensersatz verurteilt werden, wenn das Investment hierdurch beeinträchtigt ist. Nur dann, wenn echte Gerichte auf seriöser und ausformulierter, zuletzt transparenter Grundlage entscheiden, die Richter von Parlamenten ernannt werden, sie auch öffentlich verhandeln, die Regeln transparent ausgestaltet sind und ggf. auch vor Verwaltungs-, ordentlichen Gerichten oder dem Verfassungsgericht überprüfbar sind, wären Wege in ein Abkommen denkbar. Materiell-rechtlicher Maßstab muss aber immer der höchste Standard sein und die Entwicklungsoffenheit zu mehr Umweltschutz, zu mehr Arbeitssicherheit, zu mehr Gesundheitsschutz sowie generell zu höheren Sozialstandards und zur Bewahrung etwa auch der kulturellen Eigenart der jeweiligen EU-Länder.

gez. Klaus Stähle
Rechtsanwalt
Vorstand UnternehmensGrün