

6. Juli 2014

Der Beitrag von Greenpeace zur öffentlichen Konsultation der Europäischen Kommission zu den Modalitäten des Investitionsschutzes und der Investor-Staat-Streitbeilegung (Investor-State Dispute Settlement, kurz: ISDS) im Rahmen der Transatlantischen Handels- und Investitionspartnerschaft (Transatlantic Trade and Investment Partnership, kurz: TTIP)

Vorbemerkung: Eine ausführlichere und mit Quellen versehene Version des Beitrags von Greenpeace liegt in englischer Sprache vor. Der tatsächlich für die Konsultation eingereichte Text wurde bei einigen Fragen leicht gekürzt, um die Zeichenvorgabe (4.000 Zeichen pro Antwort) einzuhalten.

Teil A: Materiellrechtliche Bestimmungen zum Schutz von Investitionen

Frage 1: Geltungsbereich der materiellrechtlichen Investitionsschutzbestimmungen

Was halten Sie angesichts der obigen Erläuterung und des im Anhang angeführten Referenzdokuments von den Zielen und dem Ansatz in Bezug auf den Geltungsbereich der materiellrechtlichen Bestimmungen zum Investitionsschutz im Rahmen der TTIP?

Die Kommission hält es für erforderlich, die Begriffe „Investor“ und „Investitionen“ ganz präzise zu definieren, um einen Missbrauch des Systems zu vermeiden. Bei aller gebotenen Wertschätzung der Bedeutung dieses Aspektes hegt Greenpeace starke Zweifel daran, dass das erforderliche Maß an Rechtssicherheit oder eine Vermeidung von Missbrauch durch den Ansatz der Kommission wirklich gewährleistet ist.

Zunächst und ausschlaggebender Weise beabsichtigt die Kommission, der Einbeziehung von Regelungen zur Investor-Staat-Streitbeilegung (ISDS) in EU-Investitionsabkommen zuzustimmen, womit privat bestellten Schiedsrichtern die Zuständigkeit und Gerichtsbarkeit für EU-Investitionsabkommen zugesprochen würde. Auch durch die vorgesehenen verbesserten Definitionen kann die Kommission nicht sicherstellen, dass sie in ISDS-Verfahren nicht ebenfalls erheblich und über die Absichten der Parteien hinaus überstrapaziert werden.

Zweitens – und dies hinsichtlich des Referenztextes – stellt Greenpeace fest, dass die Definition des Begriffs „Investor“ nicht nur natürliche und juristische Personen umfasst, die im Territorium der EU Investitionen tätigen, sondern auch die Personen, die Investitionen „anstreben“, womit derartigen potentiellen Investoren Rechte in der Phase vor dem Markteintritt (*Pre-Establishment Rights*) gewährt würden. Durch die vorgesehene Formulierung der Regelungen würden auch potentielle Investoren in ungebührlicher Weise geschützt werden und die subjektive Reichweite der Investitionsschutzabkommen undefiniert bleiben. Darüber hinaus fällt bei einer derartigen Definition des Begriffs „Investor“ auch jede Anforderung weg, nach der potentiell klagende Investoren die letztendlichen wirtschaftlichen Eigentümer der betreffenden Investitionen sein und die Kontrolle über selbige haben müssen.

Hinzu kommt, dass die gewählte Definition des Begriffs „Investition“ sehr weitreichend ist, sodass Investitionsformen, bei denen es sich nicht um Direktinvestitionen im Ausland handelt, wie beispielsweise Portfolioinvestitionen, ebenfalls inbegriffen sind. Berücksichtigt man außerdem die inhärente Ungenauigkeit anderer vorgesehener Begriffe – „substantielle Geschäftstätigkeiten“ und „substantielle Ressourcen“ -, so führen diese breitgefassten Definitionen dazu, dass die EU-Mitgliedstaaten hinsichtlich der ISDS-Verfahren den Angriffen einer unvorhersehbaren Anzahl möglicher Kläger ausgesetzt werden.

Die Kommission ist sich sicherlich darüber im Klaren, dass die Begriffsdefinitionen in den internationalen Investitionsabkommen nach dem rapiden Anstieg der ISDS-Klagen in den vergangenen fünfzehn Jahren den Schiedsrichtern viel Raum für die von ihnen bevorzugten Auslegungen geboten haben. Diese Auslegungen gingen häufig über die Grenzen des Spielraums hinaus, den die Staaten beabsichtigt hatten, welche die Verträge unterzeichneten, auf die jene Klagen sich dann gründeten. Bei den Plänen zum Abschluss eines Abkommens über Investitionsschutz mit den USA darf einfach nicht außer Acht gelassen werden, dass die ISDS-Tribunale sich als unzuverlässig und oft auch unwillig erwiesen haben, wenn es darum ging, Begriffe gemäß den Absichten der Parteien der Abkommen auszulegen.

Die Kommission ist entschlossen, keine Klagen von Unternehmen gestatten zu wollen, die ihre Investitionen über einen dritten Staat (in diesem Fall: die USA) leiten, um von dem durch die TTIP-Regelungen vorgesehenen Schutz zu profitieren, womit ein weiteres Schlüsselproblem der aktuellen ISDS-Praxis angesprochen wird. Allerdings ist der vorgesehene Ansatz nicht überzeugend. Die Kommission will „auf der bisherigen Abkommenspraxis aufbauen“. Ein Blick auf die bisherige ISDS-Rechtsprechung zeigt aber, dass die Schiedsrichter das von Investoren angenommene Prinzip des „Treaty-Shopping“ in dieser Art weitgehend akzeptiert haben. In der Tat werden diese Praktiken durch verhängte Schiedssprüche nur noch gefördert und von Mandanten suchenden internationalen Anwaltskanzleien als Werbung verwendet. Es hat sich herausgestellt, dass Investoren äußerst kreativ werden können, wenn es darum geht, Unternehmensstrukturen zu schaffen, die die Möglichkeiten der Berufung auf Investitionsschutzabkommen maximieren. Und auch die Schiedsrichter haben ein persönliches Interesse an einem stetigen Klagefluss. Vor diesem Hintergrund ist es unwahrscheinlich, dass der Ansatz der EU diesbezüglich wirklich abschreckend wirkt.

Wie sehr man an diesen Regelungen auch basteln mag, es bleibt die Tatsache bestehen, dass es sich bei ISDS um ein System handelt, das sich durch strukturelle Ungleichgewichtigkeiten und einen Mangel an demokratischer Kontrolle auszeichnet und einer beschränkten Anzahl von Privatpersonen ein hohes Ausmaß an Macht – bei der Auslegung der Abkommen und Beilegung von Streitigkeiten – verleiht.

Somit kann ein Missbrauch des Systems nur dann wirklich verhindert werden, wenn ISDS-Mechanismen komplett aus dem Abkommen ausgegliedert werden.

Frage 2: Nichtdiskriminierung

Was halten Sie angesichts der obigen Erläuterung und des im Anhang angeführten Referenzdokuments vom Ansatz der EU in Bezug auf Nichtdiskriminierung im Rahmen der TTIP? Bitte erläutern Sie Ihren Standpunkt.

Greenpeace hebt hervor, dass gemäß Art. 207(3) Abs. 2 AEUV (Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union) „der Rat und die Kommission [...] Sorge dafür zu tragen [haben], dass die ausgehandelten Abkommen mit der internen Politik und den internen Vorschriften der Union vereinbar

sind.“ Ausgehend von dieser Regelung sollten die EU-Institutionen unter keinen Umständen Handelsabkommen aushandeln und abschließen, die die EU in ihrer Fähigkeit einschränken, ihre politischen Maßnahmen selbst zu definieren, oder die in Konflikt zu bestehenden oder zukünftigen internen Vorschriften stehen können. Damit geht einher, dass die EU - im Rahmen der TTIP - die Macht behalten sollte, diskriminierende Maßnahmen einzuleiten, „wenn dies erforderlich ist, um politische Ziele zu erreichen“: jede Beschneidung dieser Macht wäre nach dem AEUV nicht gerechtfertigt und somit unzulässig.

Nun erklärt die Kommission in ihrem Ansatz zwar ihr Ziel, die Gestaltung der Politik und die regulierende Macht der EU wahren zu wollen, unterbreitet aber in dieser Hinsicht ineffektive Vorschläge, die diese Macht regelrecht gefährden. Sollte TTIP ein ISDS-Mechanismus beinhalten, würde privat bestellten Schiedsrichtern die Entscheidung darüber zufallen, ob EU-Maßnahmen den in TTIP vorgesehenen Standards nicht diskriminierender Behandlung entsprechen und ob Abweichungen von dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung angesichts der politischen Ziele der EU gerechtfertigt sind.

Diese Gefahr wird durch das unzulängliche Herangehen der Kommission an die im Referenztext enthaltene Meistbegünstigungsregelung (*Most Favored Nations Clause*, kurz *MFN*) nochmal verstärkt. Diese Klausel hat es Investoren in Investor-Staat-Klagen ermöglicht, günstigere Regelungen aus anderen von dem Staat unterzeichneten Investitionsabkommen auszuwählen. Bei dem vorgesehenen Wortlaut scheint lediglich die Anwendbarkeit der MFN-Regelung auf verfahrensrechtliche Standards ausgeschlossen zu werden (Investoren könnten also wirksam daran gehindert werden, die MFN-Klausel zur Umgehung der TTIP-Regelungen über Transparenz zu verwenden), während ihre Anwendbarkeit auf materiellrechtliche Standards in keinsten Weise verhindert wird, was die erklärte Absicht der Kommission ist. In der Praxis würde dies dazu führen, dass die vermeintlichen Verbesserungen der Kommission wie beispielsweise ihr Versuch, den Anwendungsbereich des Standards der „fairen und angemessenen Behandlung“ (*Fair and Equitable Treatment*, kurz *FET*) einzugrenzen, wieder negiert würden. Ein Investor könnte in der Tat die vorgesehene MFN-Klausel dafür verwenden, um sich auf den viel weitergehenden und günstigeren FET-Standard aus der von der EU mit unterzeichneten Energiecharta zu berufen.

Darüber hinaus wird mit der im Referenztext enthaltenen Regelung zu „Allgemeinen Ausnahmen“ die Eingliederung von Art. XX GATT und Art. XIV GATS angestrebt. Ein derartiger Transfer handelsrechtlicher Konzepte auf das Investitionsrecht – zwei voneinander deutlich getrennte Bereiche der regulatorischen Interaktion – ist vollständig unerprobt, was eine sachgerechte Auswertung seiner Wirksamkeit unmöglich macht.

Die Regelung zu den „Allgemeinen Ausnahmen“ ist in noch zwei weiteren Punkten fehlerhaft. Zunächst würde die in sich geschlossene Auflistung der Ausnahmen, die aus dem Recht der Welthandelsorganisation übernommen wurde, Ausnahmeregelungen aufgrund des Schutzes der öffentlichen Moral, der öffentlichen Ordnung, des Lebens und der Gesundheit von Mensch, Tier und Pflanzen oder der nationalen Sicherheit ermöglichen, aber Ausnahmen aufgrund von Arbeitsnormen oder einer ganzen Reihe anderer legitimer Ziele der Sozialpolitik ausschließen.

Zweitens ist es nicht klar, warum die Kommission es anstrebt, dass derartige Ausnahmen nur in Zusammenhang mit dem Diskriminierungsverbot und nicht auch anderen wesentlichen Normen wie den FET-Standard oder der Regelung über Enteignungen zur Anwendung kommen sollen.

Diese Einschränkungen hinsichtlich der Reichweite und Anwendbarkeit der „Allgemeinen Ausnahmen“, die der EU und ihren Mitgliedstaaten die Durchsetzung ihrer politischen Ziele ermöglichen sollen, erhalten angesichts der ISDS-Rechtsprechung einen besonderen Stellenwert. Die Schiedsgerichte erkennen das Recht der Staaten, ihre eigenen legitimen Ziele der öffentlichen Politik

selbst festzulegen, bis heute nicht an. Um sicherzustellen, dass die EU und ihre Mitgliedstaaten den regulatorischen Spielraum behalten, der für die Umsetzung ihrer politischen Ziele in allen Bereichen erforderlich ist, müssten die ISDS-Regelungen aus dem TTIP-Abkommen ausgegliedert werden.

Frage 3: Faire und angemessene Behandlung

Was halten Sie angesichts der obigen Erläuterung und des im Anhang angeführten Referenzdokuments vom Ansatz der EU in Bezug auf die faire und angemessene Behandlung von Investoren im Rahmen der TTIP?

Die Regelung zur fairen und angemessenen Behandlung (FET-Standard), die in zahlreichen bestehenden internationalen Investitionsabkommen enthalten ist, zeichnet sich durch den ihr innewohnenden Mangel an Präzision aus. So wird in dem von der UN-Konferenz für Handel und Entwicklung (UNCTAD) mit dem Titel *Investment Policy Framework for Sustainable Development (IPFSD)* [Rahmenstruktur für eine der nachhaltigen Entwicklung verpflichteten Investitionspolitik] vorgelegten Bericht beispielsweise anerkannt, dass die Investoren häufig und erfolgreich die FET-Klauseln für sich nutzen. Die UNCTAD hat den Staaten unter anderem nahegelegt, den vollständigen Ausschluss der FET-Klauseln in Erwägung ziehen. Während die Kommission behauptet, sich durchaus der Tatsache bewusst zu sein, dass die Anwendungsmöglichkeiten der FET-Klauseln nicht genau definiert sind, hantiert sie dennoch mit diesem Standard und lässt die erhebliche Ungewissheit über seine praktische Anwendung unberührt.

Bedenkt man, dass den Vertragsstaaten (der EU und deren Mitgliedstaaten) FET-Standards auferlegt werden, die Investoren aber nicht verpflichtet werden, sich ihrerseits an Verhaltensstandards halten zu müssen, wird das zugrunde liegende Ungleichgewicht im ISDS-Mechanismus deutlich. Derweil es allgemein anerkannt ist, dass ein Investor nicht einen Verstoß gegen den FET-Standard anführen kann, wenn er sich des Betrugs oder eines unrechtmäßigen Verhaltens schuldig gemacht hat, fordert die vorgesehene FET-Klausel dennoch nicht ausdrücklich, dass das Verhalten des Investors – beispielsweise bezogen auf Umwelt oder soziale Auswirkungen seiner Investitionen – ein bestimmender Faktor bei der Beurteilung darüber sein soll, ob die FET-Regelung verletzt worden ist (wie es alternativ von der UNCTAD empfohlen wird). Diese Unterlassung bedeutet wiederum, dass Firmen, die ihre Investitionstätigkeiten ohne die Übernahme der sozialen Verantwortung von Unternehmen durchführen, dennoch auf fairer und angemessener Behandlung bestehen und im Wege der Investor-Staat-Streitbeilegung Klagen wegen Verletzung des Standards anhängig machen können.

Auch im Umgang mit der Frage der gerechtfertigten Erwartungen von Investoren simplifiziert die Kommission einen ganz komplexen und problematischen Bereich. Frühere ISDS-Fälle haben gezeigt, dass der Schutz der legitimen Erwartungen der Investoren durch ein Investitionsabkommen dazu führen kann, dass Staaten an die Aussagen einzelner Amtsträger, die sich für Investoren einsetzen, oder an „Zusicherungen“ gebunden werden können, die aus allgemeinen Gesetzen und Vorschriften abgeleitet werden.

Der von der Kommission vorgesehene Text fordert, dass die legitimen Erwartungen auf „spezifischen Zusicherungen“ gegenüber dem Investor beruhen müssen. Dem Auslegungsspielraum jedoch werden kaum Grenzen gesetzt. So können Staaten in ihrem zukünftigen politischen Handlungsspielraum an dauerhafte und verbindliche Verpflichtungen gebunden werden, da man sich gleichwohl auf eine ganze Reihe potentieller „Zusicherungen“ berufen kann, die die beabsichtigten, demokratischen politischen Entscheidungen der Staaten aber nicht reflektieren oder von untergeordneten Stellen der öffentlichen Verwaltung abgegeben wurden.

Der Vorschlag der Kommission schafft keine Klarheit darüber, wie diese gänzlich undemokratische Garantie für Investoren sich mit dem Recht der Staaten auf unbehinderte Durchführung von Regelungen im Sinne des öffentlichen Interesses vereinbaren lässt. Wie schon bei der Frage nach dem Verhalten der Investoren wird das Regulierungsrecht der Staaten, das in jedem TTIP-Abkommen eine zentrale Stellung einnehmen sollte, lediglich in der Präambel des Referenztextes und in der eingeschränkten Bestimmung über „*Prudential Carve-Out*“ bzw. Ausnahmen (siehe Frage 10) erwähnt.

Darüber hinaus sieht die vorgeschlagene „beschränkte Aufreihung grundlegender Rechte“, die den Investoren nach dem vorgesehenen FET-Standard zugute kommen sollen, keine – im Investitionskontext besonders relevanten – Rechte vor, die ausländischen Investoren nach dem Gesetz über Grundrechte und Rechtsgrundsätze der EU und ihrer Mitgliedstaaten nicht sowieso schon zuteil würden.

Die Kommission beabsichtigt außerdem die Erweiterung dieser Liste grundlegender Rechte (wobei die USA und die EU sich ganz spezifisch auf diese Erweiterungen einigen sollen). Aus diesem Grund ist die Frage zu stellen, welche grundlegenden Rechte, die EU-Bürgern nicht zugesprochen werden, denn nach Ansicht der EU den US-Investoren in Europa gewährt werden sollten?

Da die Grundsätze der Gleichheit vor dem Gesetz und der gleichberechtigte Zugang zur Justiz im EU-Recht vollumfänglich anerkannt werden, ist klar, dass diese Regelungen bestenfalls vollständig unnötig und schlimmstenfalls in Bezug auf EU-Bürger diskriminierend sind.

Frage 4: Enteignung

Was halten Sie angesichts der obigen Erläuterung und des im Anhang angeführten Referenzdokuments vom Ansatz der EU in Bezug auf Enteignung im Rahmen der TTIP? Bitte erläutern Sie Ihren Standpunkt.

Wie bei der Beantwortung von Frage 2 bereits hervorgehoben wurde, fordert Art. 207(3) AEUV, dass die EU-Handelsabkommen mit der internen Politik und den internen Vorschriften der EU vereinbar sein müssen. In Folge müssten die TTIP-Regelungen über den Schutz vor Enteignung sowie die auf Kompensation anwendbaren Kriterien mit den Grundsätzen einhergehen, die in der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK, Art. 1) und in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (Art. 17(1)) verankert sind.

Die Investitionsabkommen sollten ausländischen Investoren gegenüber öffentlichen Behörden keine vorteilhafteren Positionen als die einräumen, die natürlichen und juristischen Personen in der EU zuerkannt werden. Somit sollte den EU-Behörden bei der Ausübung ihrer Enteignungsvollmachten „*vorbehaltlich der zeitgerechten Zahlung einer angemessenen Entschädigung*“ ein erheblicher Ermessensspielraum zukommen. Bei Vorliegen außergewöhnlicher Umstände erkennt das EU-Recht Enteignungen ohne Gegenleistungen an. Der Grundsatz, dass die Benutzung von Eigentum gesetzlich geregelt werden darf, soweit dies im öffentlichen Interesse steht, sollte unterschiedslos für ausländische Investitionen und nationale Situationen der EU gelten.

Die Kommission hat bei ihrem bisherigen Vorgehen die von der EMRK und dem EU-Recht definierten Standards durch die Normen des internationalen Investitionsrechts ersetzt, womit den Eigentumsrechten von Investoren gegenüber denen der EU-Bürger und EU-Geschäftsfirmen eine bevorzugte Stellung eingeräumt wird.

Der Referenztext der Kommission lässt vermuten, dass Entschädigungen immer gezahlt und dass sie immer „unverzüglich, angemessen und wirksam“ vorgenommen werden müssen. Dieser Umgang mit

Enteignungen vereinfacht eine komplexe Debatte – im Rahmen des Investitionsrechts – über Enteignungen für öffentliche Zwecke, wobei die alternativen Ansätze bezüglich der an ausländische Investoren zu zahlenden Entschädigungssummen weitgehend außer Acht gelassen werden.

Die Ermöglichung von Entschädigungen, die „angemessen, fair und gerecht“ („appropriate, just and equitable“) sind – ein Ansatz, der dem EU-Recht näher wäre –, würde Staaten einen breiteren Ermessensspielraum einräumen und es ihnen ermöglichen, das Verhalten von Investoren und die Umstände, die die Investition und deren Enteignung begleiten, bei der Zahlung einer dementsprechenden Entschädigung in Erwägung zu ziehen. So könnte eine Entschädigungssumme reduziert werden, wenn die Enteignung einem öffentlichen Zweck dient. Diese politische Option für Verfasser von Abkommen ist im IPFSD-Bericht der UNCTAD beschrieben.

Weiterhin heißt es in dem Vorschlag der Kommission, dass die EU indirekten Enteignungsforderungen, die sich auf den bloßen Umstand gründen, dass eine Maßnahme Auswirkungen auf den wirtschaftlichen Wert einer Investition hatte, Grenzen setzen möchte. Konkret macht der Vorschlag allerdings nicht den Eindruck, als würde er die Anzahl potentieller Klagen effektiv einschränken. Die dazu entworfene Regelung im Referenztext enthält eine *nicht erschöpfende* Auflistung von Faktoren, die – zusätzlich zu wirtschaftlichen Auswirkungen – einer Enteignung gleichkämen (einschließlich des Ausmaßes, der Dauer und der Beschaffenheit der beanstandeten Maßnahmen). Damit wäre es den Schiedsrichtern überlassen, praktisch *jedwede* weiteren Faktoren ausfindig zu machen, die – zusätzlich zu den wirtschaftlichen Auswirkungen – eine Forderung wegen indirekter Enteignung begründen könnten. Außerdem lassen Begriffe wie „substantielle Aberkennung“ bestimmter Eigentumsrechte und die Umsetzung „offensichtlich exzessiver“ Maßnahmen, die dem Schutz „berechtigter Ziele zum Wohl der Öffentlichkeit“ dienen sollen, den Schiedsrichtern potentieller ISDS-Verfahren einen sehr großen Auslegungsspielraum.

Die Fülle der Forderungen, die unter Berufung auf die Regelung zur „indirekten Enteignung“ geltend gemacht werden, stellt auch nach Einschätzung der Kommission selbst eine „Quelle der Besorgnis“ dar. Was in all diesen Vorschlägen nicht angesprochen wird, ist die Tatsache, dass die bis heute erkennbaren expansiven Auslegungstrends, die rechtmäßige Angriffe auf legitime Maßnahmen der öffentlichen Politik der Gastgeberstaaten den Weg geebnet haben, hauptsächlich von den Rechtsprechungspräferenzen der Schiedsrichter selbst gesteuert werden.

Die einzige Option, diese besorgniserregende Lage effektiv anzugehen, besteht in dem kompletten Ausschluss der ISDS-Mechanismen aus der TTIP.

Frage 5: Gewährleistung des Regelungsrechts und Investitionsschutz

Was halten Sie angesichts der obigen Erläuterung und des im Anhang angeführten Referenzdokuments vom Ansatz der EU in Bezug auf die Wahrung des Regelungsrechts im Rahmen der TTIP?

Das Regelungsrecht der EU und ihrer Mitgliedstaaten wird lediglich in der Präambel des Referenztextes und in Zusammenhang mit der „*Prudential Carve-Out*“-Bestimmung (siehe Frage 10) angesprochen. Darüber hinaus gibt es keine materiellrechtlichen Regelungen, auf die Staaten sich stützen könnten. Für den Schutz dieses Rechts bedarf es einer eindeutigen und allgemein formulierten Bestimmung, die das Recht der EU auf Erhalt und Entwicklung nationaler Regelungen im Rahmen ihrer Zielsetzungen in der öffentlichen Politik im Sinne der EU-Abkommen bestätigt.

Es sei nochmals darauf hingewiesen, dass die Kommission und der Rat laut Art. 207(3) AEUV keine Handelsabkommen aushandeln und abschließen können, die mit den internen politischen

Maßnahmen und Regelungen in der EU nicht vereinbar sind.

Der vorgesehene Ansatz ist offensichtlich ineffektiv, da die Festlegung einer spezifischen materiell-rechtlichen „*Prudential Carve-Out*“-Ausnahmeregelung für die im Rahmen des Vertrags etablierten Schutzmaßnahmen es notwendigerweise mit sich bringt, dass andere materiellrechtliche Ausnahmefälle ausgeschlossen sind. Damit wird das Regelungsrecht auf eine begrenzte Liste von Vorbehalten und Ausnahmen beschränkt, anstatt es als generelles Prinzip zu bekräftigen, das sich auf sämtliche in den EU-Abkommen genannten politischen Maßnahmen und öffentlichen Interessen bezieht und bei der Auslegung sämtlicher Investitionsschutzstandards als Maßstab heranzuziehen ist.

Die weitere wenig überzeugende Bezugnahme in der Präambel des Referenztextes, nämlich der Verweis auf Unternehmen, die die international anerkannten Standards und Grundsätze sozialer Verantwortung von Unternehmen (Corporate Social Responsibility, kurz CSR) respektieren, ist für das angebliche Ziel der Kommission gleichermaßen vollständig unangemessen. Ohne präzise und umfassende Bestimmungen, in denen die Verantwortlichkeiten, die den Investoren bei der Führung ihrer Geschäfte im Investitionsumfeld bezogen auf die Gesetze des Gastgeberstaats (einschließlich Umwelt-, Verbraucherschutz- und Arbeitsrecht) obliegen, und ohne eine genaue Festlegung der Auswirkungen diesbezüglicher Pflichtverletzungen seitens der Investoren, sind derartige Bestrebungen effektiv bedeutungslos. Die Schwäche dieses Herangehens – an die Standards sozialer unternehmerischer Verantwortung (CSR) und an das Regelungsrecht – ist insbesondere deshalb von Bedeutung, da die Fähigkeit der EU und ihrer Mitgliedstaaten, Tätigkeiten von Unternehmen im Sinne des öffentlichen Interesses regulieren zu können, dadurch ganz erheblich reduziert wird.

Greenpeace ist der Ansicht, dass das öffentliche Interesse am Erhalt eines politischen Gestaltungsraums innerhalb der Union Vorrang haben muss vor jeglichen scheinbaren Vorteilen, die aus der Eingliederung des Investor-Staat-Streitbeilegungsmechanismus in das TTIP resultieren. Wichtige internationale Entwicklungen, die die Notwendigkeit der staatlichen Regulierung unternehmerischer Aktivitäten anerkennen, wie beispielsweise die UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte („Guiding Principles on Business and Human Rights“) und die OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen („OECD Guidelines for Multinational Enterprises“), zeigen eindeutig, dass die EU und ihre Mitgliedstaaten einen breit angelegten Raum für regelnde Maßnahmen behalten müssen, um den oft negativen Auswirkungen multinationaler Unternehmen auf Umwelt, öffentliche Gesundheit, Arbeits- und Menschenrechte begegnen und sie beheben zu können. Ein Investor-Staat-Streitbeilegungs-Mechanismus würde diesen Raum unweigerlich zum Schaden der EU und ihrer Bürger einschränken und sollte daher gänzlich aus dem Abkommen ausgeschlossen werden.

TEIL B: Beilegung von Investor-Staat-Streitigkeiten (ISDS)

Frage 6: Transparenz bei ISDS

Trägt angesichts der obigen Erläuterung und des im Anhang angeführten Referenzdokuments dieser Ansatz zum Ziel der EU bei, Transparenz und Offenheit des ISDS-Systems im Rahmen der TTIP zu verbessern? Machen Sie gegebenenfalls bitte weitere Vorschläge.

Greenpeace ist fest davon überzeugt, dass ein ISDS-Mechanismus weder in die TTIP noch in andere Investitionsabkommen aufgenommen werden sollte. Investor-Staat-Streitbeilegungen sind unnötig, da ausländischen Investoren durch die Rechtssysteme der EU und ihrer Mitgliedstaaten ohnehin schon angemessener und umfassender Rechtsschutz zuteil wird. Den elementaren Rechtsgrundsätzen, von denen die Investoren durch dieses Kapitel im Abkommen im Wege der Investor-Staat-Streitbeilegung angeblich auch profitieren sollen, wird in den Rechtssystemen der EU bereits in vollem Umfang

Rechnung getragen. Ein Rückgriff auf die ISDS-Bestimmungen ist für EU-Investoren in den USA ebenso unnötig; das Rechtssystem der USA (und auch das kanadische System) enthalten längst angemessene Schutzregelungen für Investoren aus der EU.

Hinzu kommt, dass ISDS-Mechanismen mit dem Grundsatz der Autonomie des EU-Rechts und der ausschließlichen Gerichtsbarkeit des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) insofern nicht vereinbar sind, weil sie

- i) es Schiedsrichtern gestatten, EU-Maßnahmen zu prüfen und über deren Vereinbarkeit mit internationalen Abkommen zu entscheiden, die für die EU verbindlich sind (und die daher vollständig in das EU-Recht integriert sind); und
- ii) ausländischen Investoren eine weitere Möglichkeit anbieten, eine Haftbarkeit der EU und ihrer Mitgliedstaaten sowie deren Verpflichtungen zur Zahlung von Entschädigungen zu schaffen.

Was den ersten Aspekt anbetrifft, sollte die Kommission sich darüber im Klaren sein, dass die Sicherstellung der korrekten Auslegung und Anwendung des EU-Rechts sowie auch der Kohärenz des EU-Rechtssystems gemäß Art. 19 des EU-Vertrags in den Aufgabenbereich des EuGH fällt. Durch die ISDS-Mechanismen würden Schiedsrichtern darüber entscheiden können, ob Maßnahmen, die EU-Institutionen (oder Mitgliedstaaten bei der Ausübung ihrer EU-rechtlichen Verpflichtungen) getroffen haben, mit den Regelungen in Investitionsabkommen vereinbar sind. Dies impliziert notwendigerweise, dass die Schiedsrichter sich mit der Auslegung des EU-Rechts befassen müssten (um beispielsweise über diskriminierende Wirkungen oder deren Legitimation angesichts eines bestimmten Ziels der öffentlichen Politik urteilen zu können), ohne berechtigt oder verpflichtet zu sein, Vorabentscheidungsfragen an den EuGH zu richten. Dies würde der ausschließlichen Gerichtsbarkeit des EuGH widersprechen und die Autonomie und einheitliche Auslegung des EU-Rechts beschneiden.

Was den zweiten Aspekt anbetrifft, möchte Greenpeace hervorheben, dass der AEUV in Art. 340(2) bereits vorsieht, dass die EU „den durch ihre Organe oder Bediensteten verursachten Schaden ersetzt“. Das Abkommen überträgt dem EuGH die ausschließliche Zuständigkeit für die außervertragliche Haftung der EU und sämtliche Forderungen auf Wiedergutmachung von Schäden, einschließlich der Schäden, die von einzelnen Investoren verursacht wurden (Art. 268 und 274 AEUV). Dieser gerichtliche Schutz steht jedem zu Verfügung – und damit auch den in Drittländern ansässigen Unternehmen.

Die Einführung des ISDS-Mechanismus würde demzufolge eine Hintertür in der Rechtsprechungsarchitektur der EU öffnen. Im Falle von Investor-Staat-Streitbelegungen müssten Schiedsrichter in der Tat entscheiden, ob EU-Gesetze und nationale Gesetze der EU-Mitgliedstaaten zur Verletzung von Rechten ausländischer Investoren führen. Ausgehend von einer derartigen Überprüfung würden Schiedsrichter über die Haftung der EU oder ihrer Mitgliedstaaten gegenüber ausländischen Investoren befinden und könnten Schadenersatzzahlungen auferlegen. Dies ist zweifelsohne mit der ausschließlichen Zuständigkeit des EuGH für außervertragliche Haftungsansprüche, bei denen die EU die Beklagtenrolle einnimmt, nicht vereinbar.

Vor diesem Hintergrund sowie angesichts der mit der ISDS-Praxis verbundenen Bedenken, die Greenpeace in Beantwortung dieser Konsultation an anderer Stelle beleuchtet, erscheinen die von der Kommission für die Sicherstellung von Transparenz und Offenheit bei ISDS-Verfahren vorgeschlagenen Maßnahmen vollständig unangemessen, um die zahlreichen Risiken, die mit dem ISDS-System als solchem verbunden sind, ausgleichen zu können.

Frage 7: Mehrfachklagen und Beziehungen zu inländischen Gerichten

Ist dieser Ansatz angesichts der obigen Erläuterung und des im Anhang angeführten Referenzdokuments Ihrer Ansicht nach geeignet, um ein ausgewogenes Gleichgewicht zwischen der Inanspruchnahme der ISDS-Schiedsgerichte und der Möglichkeit zum Anrufen nationaler Gerichte herzustellen und Konflikte zwischen inländischen Rechtsbehelfen und der ISDS im Rahmen der TTIP zu vermeiden? Nennen Sie bitte gegebenenfalls weitere mögliche Schritte und nehmen sie Stellung zur Nützlichkeit der Schlichtung als Möglichkeit der Streitbeilegung.

Der diesbezügliche Vorschlag der Kommission stellt keine Innovation für internationale Investitionsabkommen dar. Die Klausel sieht nicht vor, dass Investoren die ihnen auf nationaler Ebene zur Verfügung stehenden Rechtsmittel ausschöpfen müssen, bevor sie ISDS-Klagen einreichen können, wie es bei praktisch jedem anderen internationalen gerichtlichen Mechanismus notwendig ist, einschließlich in Fällen, die im Rahmen der Menschenrechtsverträge wie der Europäischen Menschenrechtskonvention von Privatpersonen anhängig gemacht werden.

Durch diesen Vergleich wird die bevorzugte Behandlung ausländischer Unternehmen durch die Einführung von Investor-Staat-Streitschlichtungs-Maßnahmen ganz offensichtlich. Dabei drängt sich die Frage auf, warum die Kommission meint, Investoren die Möglichkeit geben zu müssen, nationale Gerichte zu überspringen, wenn diese für den Schutz der Menschenrechten in ihrem Zuständigkeitsbereich aber als angemessen betrachtet werden.

Eine derartige Klausel kann nur insofern willkommen sein, indem sie eine absurde Situation verhindert würde, wie sie beispielsweise durch die vom Energieunternehmen Vattenfall gegen Deutschland gleichzeitig anhängig gemachten Verfahren vor dem Internationalen Zentrum zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten (ICSID) und vor dem deutschen Bundesverfassungsgericht geschaffen wurde. Das Recht eines Staats auf Regulierung im Sinne nationaler öffentlicher Interessen und dessen Unangreifbarkeit von Seiten internationaler Investoren und Schiedsrichter wird durch diese Klausel allerdings nicht sichergestellt.

Dieser Ansatz und wahrlich das gesamte Investor-Staat-Streitschlichtungssystem basiert im Grunde genommen auf einer juristischen Vorrangstellung der Entscheidungen privater Schiedsrichter vor den Entscheidungsbefugnissen staatlich berufener und rechenschaftspflichtiger nationaler Richter. Die Geschichte der ISDS-Klage, die Chevron einleitete, nachdem das Unternehmen wegen massiver Umweltverschmutzung in Ecuador in die Haftung genommen worden war, veranschaulicht diese strukturelle Vorrangstellung in schockierender Weise. Aus diesem Grund sollte das TTIP-Abkommen keinen Investor-Staat-Streitbeilegungsmechanismus beinhalten.

Obgleich Mediationsverfahren unter normalen Umständen sinnvoll sein mögen, kann es keinen richtigen Platz für eine Mediation zwischen Parteien von Investitionsstreitigkeiten geben, wenn eine Partei das spezielle Recht hat, ein Verfahren einzuleiten, das zu einer Anhörung vor einer quasi-gerichtlichen Instanz führt, die für den Zweck nicht geeignet und in sich strukturell unausbalanciert ist. Das dadurch geschaffene Ungleichgewicht zwischen Staaten und ausländischen Investoren verändert unweigerlich das Kräftegleichgewicht in jeglichen Verhandlungen.

Frage 8: Ethik, Verhalten und Qualifikation der Schiedsrichter

Was halten Sie angesichts der obigen Erläuterung und des im Anhang angeführten Referenzdokuments vom Verhaltenskodex und den Anforderungen an die Qualifikationen von Schiedsrichtern im Rahmen der TTIP? Verbessern sie das bestehende System und können weitere Verbesserungen ins Auge gefasst werden?

Einer der strukturellen Fehler, die den ISDS-Mechanismen innewohnen, wird in dem Vorschlag der Kommission zwar eingeräumt, aber nicht konkret angesprochen: die mangelnde Neutralität der Schiedsrichter und die Tatsache, dass sie aus der Existenz und dem Anstieg der ISDS-Streitigkeiten erhebliche finanzielle Vorteile ziehen.

ISDS-Klagen können nur von Investoren angestrengt werden; die Möglichkeit für das Anhängigmachen von Klagen seitens der Staaten existiert nicht, da die Staaten keine Schiedsverfahren gegen Investoren einleiten können (die Möglichkeiten für Schiedsverfahren zwischen Staaten sind begrenzt und werden selten in Anspruch genommen). Aus diesem Grund lebt das ISDS-System von seiner Fähigkeit, Investoren zu beeindrucken bzw. auf sich zu ziehen, indem es ihnen lukrative Wege zur Streiterklärung gegenüber Staaten anbietet.

In diesem Kontext haben die Schiedsrichter ein unmittelbares Interesse an der Existenz und Entwicklung eines Marktes für ISDS-Klagen. Dieses Interesse kann durchaus der primäre Grund für den beispiellosen Anstieg der ISDS-Klagen in den letzten Jahren sein. Die derzeitige Zusammensetzung der ISDS-Schiedsgerichte fällt strukturell zugunsten der Investoren aus; diese Tatsache für sich sollte eigentlich schon reichen, um die Kommission dazu zu bewegen, von möglichen ISDS-Mechanismen in Handels- und Investitionsabkommen der EU Abstand zu nehmen.

Die Tatsache, dass Schiedsrichter in ISDS-Fällen häufig als Rechtsbeistand streitender Parteien tätig sind, hat eine ganze Reihe brisanter Fragen zu Interessenskonflikten hervorgerufen, die sowohl in den Verfahren als auch in den Analysen zu einzelnen Fällen gestellt wurden. Die Gewährleistung eines Verhaltensstandards und dessen Sicherung vor Fehlverhalten, wie man sie im Rahmen nationaler Justizsysteme erwarten kann, wird durch diese strukturellen Aspekte praktisch unterwandert. In den ISDS-Verfahren sind die Grundsätze von Rechtsstaatlichkeit und Gleichheit vor dem Gesetz den kommerziellen Interessen der Investoren und Schiedsrichter untergeordnet.

Grundlegende demokratische und justizielle Normen kann das ISDS-System jedenfalls nicht garantieren, und die Kommission bietet in ihrem Referenztext nur wenig für eine diesbezügliche Verbesserung an. Die Möglichkeit von Investor-Staat-Streitbeilegung darf in dem TTIP-Abkommen nicht vorgesehen werden.

Die von der Kommission vorgeschlagene Umsetzung eines sogenannten „Roster“-Systems (Erstellung eines Dienst- bzw. Turnusplans) dürfte die Unparteilichkeit und Neutralität der Schlichter wohl kaum sicherstellen, da es sich dabei de facto nur um ein „Backup“ für die Fälle handelt, in denen das übliche Verfahren für die Bestellung von Schiedsrichtern nicht greift.

Der Vorschlag der Kommission, den Schiedsrichtern einen Verhaltenskodex aufzuerlegen, kann nicht ausgewertet werden, da der Wortlaut dieses Regelwerks unbekannt bleibt. Angesichts der Tatsache, dass die Rolle der Schiedsrichter Kernpunkt zahlreicher Kritiken an ISDS-Verfahren ist, geben derartige vage Vorschläge zur Vermeidung von „Fehlverhalten“ seitens der Schiedsrichter nur wenig Anlass für neues Vertrauen.

Insbesondere enthält dieser Vorschlag keine Angaben zu einem Rechtsorgan, das zur Einleitung oder Durchführung von Disziplinarverfahren gegen Schiedsrichter befugt wäre, wenn sie den

Verhaltenskodex verletzen; desgleichen werden keine Umstände benannt, unter denen derartige Verfahren zum Ausschluss eines Schiedsrichters aus dem Schiedsgremium führen würden. Voraussetzungen, unter denen ein Schiedsspruch – aufgrund des Fehlverhaltens eines Schiedsrichters – annulliert werden könnte, sowie Gremien oder Institutionen, die dazu bevollmächtigt wären, werden ebenfalls nicht aufgeführt.

Was nun die Anforderungen an Erfahrungen und Fachkenntnisse der Schiedsrichter anbetrifft, wird im Referenztext mal gerade die Vermutung ausgesprochen, dass Schiedsrichter mit Fachwissen oder Erfahrungen im internationalen Recht, insbesondere im internationalen Investitions- und Handelsrecht wohl hinreichende Kenntnisse haben dürften, um mit den aufgeworfenen Probleme umgehen zu können.

Die bis heute mit ISDS-Fällen gewonnenen Erfahrungen haben gezeigt, dass die Schiedsrichter dazu neigen, nach Möglichkeit einen schmalspurigen Ansatz zu verfolgen, bei dem oft die Aspekte des Handels- und Privatrechts bevorzugt und andere möglicherweise relevante Themen des öffentlichen Interesses als beiläufig behandelt werden, indem man sie als Aspekte einstuft, die nicht im Rahmen der Streitigkeiten oder außerhalb des für die Streitigkeiten geltenden Rechts liegen. Angesichts des brüskten Umgangs der Schiedsrichter mit Themen der öffentlichen Politik, wie er in letzter Zeit bei ISDS-Verfahren offenbar wurde, reichen die vorgeschlagenen Verbesserungen nicht annähernd aus, um das Vertrauen zu schaffen, dass zukünftige ISDS-Verfahren von Schiedsrichtern entschieden werden, die entweder über das Wissen oder die Kompetenz verfügen, die jeweils zur Debatte stehenden zahlreichen öffentlichen Interessen ausreichend zu verstehen oder einzuschätzen.

Frage 9: Prävention mutwilliger und unbegründeter Klagen

Was halten Sie angesichts der obigen Erläuterung und des im Anhang angeführten Referenzdokuments von den Mechanismen zur Verhinderung mutwilliger oder unbegründeter Klagen und zur Beseitigung von Klageanreizen im Rahmen der TTIP? Nennen Sie bitte auch etwaige weitere Möglichkeiten zur Vermeidung mutwilliger und unbegründeter Klagen.

Viele der vorhersehbaren ISDS-Klagen, die unter Berufung auf das TTIP-Abkommen eingeleitet werden und Auswirkungen auf das Recht der EU oder ihrer Mitgliedstaaten haben mögen, Regelungen im Umwelt- oder Arbeitswesen oder anderen Bereichen des öffentlichen Interesses zu erlassen, können nicht einfach als mutwillig oder „offenkundig ohne rechtliche Grundlage“ abgetan werden. Der Ansatz der Kommission beschränkt sich auf Vorschläge zu der Art von Verfahrenseffizienz, die in jedem Justizsystem wünschenswert ist. Es ist sicherlich angemessen, diesbezüglich anzustreben, dass den Staaten für derartige Klagen keine Kosten entstehen.

Allerdings lässt dieser Ansatz die fundamentalen Bedenken, nach der die Zulässigkeit von Klagen, die sich auf Bereiche des öffentlichen Interesses oder auf den Regulationsraum von Staaten auswirken, schlussendlich nach dem Ermessen privater Schiedsrichter entschieden wird, vollständig außer Acht. In diesen Fällen können durchaus wichtige rechtliche Probleme angesprochen werden, die nicht als mutwillig oder unbegründet verworfen werden sollten. In jedem Fall liegt es im Ermessen der Schiedsrichter, darüber zu entscheiden, ob ihnen dem Grunde nach stattgegeben werden soll oder nicht. Wie oben bereits erläutert, haben die Schiedsrichter ein eigenes Interesse an der Zulassung von Klagen und der Erweiterung des Marktes für ISDS-Klagen.

Die reine Tatsache, dass Staaten sich in Verfahren verteidigen müssen, in denen politische Entscheidungen durch ausländische Investoren angegriffen werden, stellt für den demokratischen Prozess und die Fähigkeit der Staaten, Regelungen im Bereich des öffentlichen Interesses zu treffen,

bereits eine nicht annehmbare Gefahr dar. Diese Gefahr lässt sich nur durch einen Ausschluss der ISDS-Klausel aus dem TTIP-Abkommen umgehen.

Wenn die Prozesskosten für ISDS-Fälle der unterlegenen Partei auferlegt werden, entspricht dies den allgemein anerkannten Rechtsgrundsätzen. Aber die Einführung eines solchen Prinzips im Kontext der Investor-Staat-Streitschlichtung mag nicht ausreichend sein, um Investoren davon abzuhalten, unbegründete Forderungen geltend zu machen. Hier ist das erhebliche Ungleichgewicht zwischen den Kosten zu betrachten, die einerseits den Investoren und andererseits den Staaten entstehen. Staaten tragen in der Regel erheblich niedrigere Prozesskosten davon, weshalb dieser Aspekt für potentielle prozessführende Investoren kein effektiv abschreckendes Hindernis sein kann. Den Investoren entstehen wiederum hohe Prozesskosten, und die Gefahr des sich verteidigenden Staates, sie im Falle des Unterliegens zahlen zu müssen, dürfte einen erheblichen Einfluss auf die Verteidigung während des Verfahrens sowie auch auf die Vergleichsbereitschaft und damit zusammenhängende Verhandlungen oder Mediationsverfahren haben.

Frage 10: Weiterbearbeitung und „Filterung“ von Klagen

Einige Investitionsabkommen sehen Filtermechanismen vor, bei denen die Parteien (in diesem Fall die EU und die USA) in ISDS-Fälle eingreifen können, wenn ein Investor versucht, aus aufsichtsrechtlichen Gründen im Interesse der Finanzstabilität getroffene Maßnahmen anzufechten. In solchen Fällen können die Parteien gemeinsam entscheiden, dass eine Klage nicht weiter bearbeitet werden sollte. Was halten Sie angesichts der obigen Erläuterung und des im Anhang angeführten Referenzdokuments vom Einsatz und vom Anwendungsbereich solcher Filtermechanismen im Rahmen der TTIP?

Angesichts der vorab beschriebenen strukturellen Mängel ist jede Möglichkeit, den Geltungsbereich für ISDS-Verfahren einzuschränken, willkommen. Eine zufriedenstellende Einschätzung der Auswirkungen des von der EU vorgeschlagenen „Filtermechanismus“ ist allerdings schwierig, solange er sich in der Praxis noch nicht bewährt hat.

Darüber hinaus ist es nicht klar, warum „finanzielle Stabilität“ der einzige Bereich in dem vorgeschlagenen Text ist, in dem das Recht des Staats auf Regulierung detailliert behandelt wird. In den von der Kommission unterbreiteten Vorschlägen wird nicht anerkannt, dass es Regierungen auch in anderen Krisensituationen wie beispielsweise im Umweltschutz, in arbeitsrechtlichen Verhältnissen oder anderen politischen Bereichen möglich sein muss, schnell und ungehindert zu handeln, ohne das Risiko etwaiger kostspieliger internationaler Streitigkeiten einzugehen.

Es gibt keine Rechtfertigung dafür, dass eine solche Grenze *nur* im Hinblick auf Maßnahmen gelten soll, die dem Erhalt der Stabilität und Integrität des Finanzsystems dienen. Staatlich ergriffene Maßnahmen in anderen politischen Bereichen sollten mindestens den gleichen Grad an Schutz genießen können. In der Tat stellt das ISDS-System eine Gefahr für die *Integrität demokratischer Regierungssysteme* dar; die Kommission unternimmt aber in ihren Vorschlägen keinen Versuch, diese Systeme zu schützen. Stattdessen ignoriert der Vorschlag der Kommission, dass durch ISDS-Verfahren häufig regulatorische Maßnahmen bekämpft werden, die im Interesse der Öffentlichkeit ergriffen worden sind. Im Ergebnis bedeutet dies, dass diese Bereiche der Politik einer quasi-gerichtlichen Überprüfung seitens privat bestellter Schiedsrichter unterworfen werden. Der Gefahr, die der Integrität fundamentaler demokratischer Grundsätze und der Rechtsstaatlichkeit damit droht, sollte durch den Komplettausschluss des ISDS-Mechanismus begegnet werden.

Frage 11: Orientierungshilfen der Parteien (EU und USA) bei der Auslegung des Abkommens

Was halten Sie angesichts der obigen Erläuterung und des im Anhang angeführten Referenzdokuments von diesem Ansatz zur Gewährleistung einer einheitlichen und berechenbaren Auslegung des Abkommens im Interesse der Ausgewogenheit? Sind diese Elemente wünschenswert, und wenn ja, halten sie diese für ausreichend?

Die Kommission selbst räumt ein, dass eine ganze Reihe grundlegender Bedenken gegen die ISDS-Mechanismen anzumelden sind. Eine solche Haltung sollte logischerweise den Ausschluss der Investor-Staat-Streitschlichtung aus Handels- und Investitionsabkommen nach sich ziehen. Die Kommission hingegen scheint diese Bedenken entweder zu unterschätzen oder zu ignorieren und befasst sich lediglich damit, Abhilfemaßnahmen vorzuschlagen, die zweifelsohne nicht ausreichen, um diese Bedenken aus dem Weg zu räumen.

Im Gegensatz zu der Analyse der Kommission hat die ISDS-Rechtsprechung gezeigt, dass der Spielraum für „unerwünschte Auslegungen“ seitens der ISDS-Tribunale in der Tat sehr groß ist. Die angebliche „Klarheit und Genauigkeit“ der von der Kommission vorgeschlagenen Vertragsbestimmungen lässt den Tribunalen nach wie vor viel Raum für eigene Auslegungen. Ein Mechanismus, der den Parteien des Abkommens eine Einigung auf verbindliche Auslegungen ermöglicht, ist höchst wahrscheinlich unzureichend, um dieses Problem zu beheben. Die bisherigen Erfahrungen von Vertragspartnern, die verbindliche Auslegungen vereinbart hatten, zeigen deutlich, wie viel diese Vereinbarung wirklich wert ist. Um nur ein Beispiel zu nennen, wurden die im Jahr 2001 unter der Federführung der NAFTA-Freihandelskommission ausgegebenen Erläuterungen zur Auslegung des Begriffs „faire und angemessene Behandlung“ (FET) in späteren Entscheidungen von ISDS-Tribunalen erheblich in Frage gestellt, indem ganz einfach die Zielperspektiven zugunsten einer weitergehenden Auslegung des FET-Standards verschoben wurden.

Die Kommission erkennt an, dass das „Gleichgewicht“ zwischen „Investitionsschutz und dem Recht auf Regelung“ „korrigiert“ werden muss. Dies deshalb, weil ISDS-Schiedsrichter das staatliche Regelungsrecht in ihren Entscheidungen beständig unterwandert haben. Die Forderung, dass ISDS-Tribunale die Auslegungen der Vertragsparteien „zu respektieren hätten“, gründet sich somit auf eine naive und riskante Vermutung, bei der die aus dem bisherigen ISDS-Fallrecht zu ziehenden Lehren ignoriert werden. Die immense Macht, die den ISDS-Schiedsrichtern gewährt wird, hat zu Ergebnissen geführt, die die Erwartungen der Parteien von Investitionsabkommen häufig durchkreuzt haben. Es ist sicherlich wünschenswert, diesen Trend anzusprechen, aber das vorgesehene „Sicherheitsventil“ dürfte hier wohl keine Lösung darstellen. Vor dem Hintergrund der bisherigen Erfahrungen besteht die besonnenste Lösung und die einzig effektive Sicherstellung dessen, dass die Investitionsschutzpolitik der EU keine „unerwünschten Ergebnisse“ zeitigt, eindeutig in dem kompletten Ausschluss von Investor-Staat-Streitschlichtungen aus dem TTIP-Abkommen.

Frage 12: Berufungsmechanismus und Stetigkeit der Schiedssprüche

Was halten Sie angesichts der obigen Erläuterung und des im Anhang angeführten Referenzdokuments davon, zur Gewährleistung einer einheitlichen und berechenbaren Auslegung des Abkommens einen Berufungsmechanismus im Rahmen der TTIP einzurichten?

Die Einführung von Rechtsbehelfen ist im Prinzip willkommen zu heißen, denn so könnten die Schiedssprüche der ISDS-Tribunale, die derzeit weitgehende Immunität gegenüber einer Infragestellung genießen, einer Überprüfung unterzogen werden. Die Ziele, die die Kommission allerdings angibt, wenn sie diesen Mechanismus vorschlägt – soll er doch der „weiteren Verankerung

der Rechtmäßigkeit“ und der „Sicherstellung von Einheitlichkeit“ dienen – verraten, wie hohl dieser Ansatz der Kommission ist.

Weitere Bestimmungen zur Funktion des Berufungsgremiums, seiner Konstituierung und Zuständigkeit oder zur Stattgabe von Rechtsmitteln enthält der Vorschlag nicht. In Ermangelung eines umfassenden Plans für den Berufungsmechanismus ist zu vermuten, dass seine primäre Funktion eben wirklich nur in der „weiteren Verankerung der Rechtmäßigkeit“ – d.h. des öffentlichen Vertrauens – in Investor-Staat-Streitschlichtungen bestehen soll, indem eine Fassade unter Verwendung der Funktionen aufgebaut wird, die man im Justizwesen normalerweise vorfindet, ohne aber die qualitativen Standards oder materiellrechtlichen Regeln vorzuschreiben, die erst wirklich sicherstellen, dass die fundamentalen Rechtsgrundsätze respektiert oder angewendet werden.

Hinzu kommt, dass das Problem der Einheitlichkeit und Stetigkeit von ISDS-Entscheidungen sich recht komplex gestaltet und sich nicht nur auf die Auslegung einzelner Abkommen, sondern auch auf die Auslegung identischer Regelungen in unterschiedlichen Abkommen bezieht. Der Ad-hoc-Charakter der ISDS-Tribunale wie auch die Vielzahl an Abkommen, auf deren Grundlage Klagen angestrengt werden, haben dazu geführt, dass die Schiedsrichter sich zur Rechtfertigung ihrer Entscheidung ganz einfach die Rosinen aus dem bisherigen ISDS-Fallrecht herauspicken, ohne systematische oder umfassende Prüfungen vorzunehmen, die die Einheitlichkeit oder Berechenbarkeit dieses Systems wirklich sicherstellen würden. Unklar bleibt, wie die Entscheidungen eines im TTIP vorgesehenen Berufungsgremiums sich im weiteren Umkreis dieses Fallrechts genau auswirken würden. In diesem Sinne kann der Mechanismus – entgegen der erklärten Absicht der Kommission – das vorhandene Problem noch verschärfen und sogar zu einer noch größeren Widersprüchlichkeit zwischen ISDS-Entscheidungen führen.

Selbst bei einer Umsetzung der Vorschläge der Kommission würden aus dem ISDS-System weder stetige Entscheidungen noch effektive oder bedeutsame Berufungsmöglichkeiten hervorgehen, die das staatliche Regelungsrecht gewährleisten würden. Der ISDS-Mechanismus sollte deshalb nicht Teil des TTIP-Abkommens werden.

TEIL C: Allgemeine Bewertung

Fragen 13-15: Allgemeine Bewertung

Frage 13: Wie bewerten Sie allgemein das vorgeschlagene Konzept für materiellrechtliche Schutznormen und ISDS als Grundlage für die Investitionsverhandlungen zwischen der EU und den USA?

Die von der EU-Kommission unterbreiteten Vorschläge bringen keine Reform des ISDS-Systems mit sich. Vielmehr wird an der Vielzahl der Klauseln, die in bestehenden Investitionsabkommen typischerweise enthalten sind, herumgebastelt. Der Vorschlag der Kommission kann als Versuch bezeichnet werden, dem ISDS-System etwas mehr Glanz zu verleihen, während ein gehaltvolles Herangehen an die kritischen Punkte ausbleibt.

Bemerkenswerterweise suggeriert diese Konsultation aufgrund ihrer Gesamtstruktur einen fortschrittlichen Ansatz der Kommission im Vergleich zu bestehenden Abkommen. Bei der Beschreibung der Ansätze in „den meisten Investitionsabkommen“ werden die zahlreichen signifikanten Entwicklungen bei der Ausgestaltung von Investitionsabkommen in den vergangenen fünfzehn Jahren sowie die Verbreitung neuer Abkommen und Musterabkommen, die den Investitionsschutz durch Standards für das Investorverhalten auszugleichen und den Geltungsbereich

von ISDS-Klagen zu reduzieren oder gänzlich auszuschalten versuchen, weitgehend nicht berücksichtigt.

Aussagekräftige Versuche, dem inhärenten Ungleichgewicht des Systems zu begegnen, sind in dem Ansatz der Kommission gar nicht zu finden. Die Vorschläge der Kommission ignorieren weitgehend den Nutzen, der sich aus der Analyse früherer ISDS-Fällen ziehen lässt, wie auch die Fülle der verfügbaren juristischen Literatur und die Vielzahl der politischen Instrumente, wie sie beispielsweise von der UNCTAD entwickelt wurden. Dadurch, dass die Investoren zum Beispiel nicht zur Ausschöpfung nationaler Rechtsmittel verpflichtet werden sollen, wird die systematische Bevorzugung ausländischer Investoren bei Investor-Staat-Streitschlichtungen aufrechterhalten. Das Fehlen umfassender und materiellrechtlicher Standards bezüglich der unternehmerischen Verantwortung ausländischer Investoren ist schlichtweg bedauerlich. Die bloße Erwähnung des allgemeinen Rechts auf Vornahme von Regulierungen im öffentlichen Interesse in der Präambel des Referenztextes kann weder zu einer Festlegung noch zu einer Erweiterung dieses Rechts führen.

Dass die Kommission sich letztendlich über die eklatanten, deutliche spürbaren und kostspieligen Risiken, die mit Investor-Staat-Streitschlichtungen verbunden sind, hinwegsetzt und die dringend notwendigen radikalen Schritte zur Beseitigung des dem System innewohnenden Gleichgewichts unterlässt, offenbart den Einfluss der massiven Lobbyarbeit im Namen der Unternehmen, die sich dem ISDS-Mechanismus verschreiben. Die Kommission spricht in keiner Weise die zentralen Bedenken an, die von ISDS-Kritikern vorgebracht werden und unter anderem die strukturelle Voreingenommenheit sowie die Bedrohung des demokratischen Prozesses betreffen. Angesichts der Ernsthaftigkeit dieser Bedenken müssen die unterbreiteten Vorschläge sogar als vollständig inadäquat bezeichnet werden und stellen angesichts der hinreichend bekannten Risiken, die mit ISDS-Verfahren verbunden sind, nur einen schwachen Schutz dar. Die kleine Gruppe erfahrener Schiedsrichter und Rechtsanwälte, die die ISDS-Kreise dominieren und sicherstellen wollen, dass das ISDS-System fortbesteht, um denen zu dienen, die bereits jetzt die primär Begünstigten sind: nämlich die Unternehmen und die Rechtsanwälte selbst, werden – und dies ist bereits absehbar – keine Mühe haben, mit Klauseln wie diesen fertig werden.

Frage 14: Sehen Sie andere Möglichkeiten, durch die die EU ihr Investitionssystem verbessern könnte?

Zahlreiche Experten, Akademiker, Organisationen und selbst EU-Mitgliedstaaten betrachten die Eingliederung der Investor-Staat-Streitschlichtung im Kontext der transatlantischen Investitionen zwischen Kanada, den Vereinigten Staaten und der EU als unnötig. Darüber hinaus stellt eine Eingliederung eines ISDS-Mechanismus in das TTIP-Abkommen ein signifikantes Risiko für Finanzen und Demokratie dar. Es wird geschätzt, dass angesichts des Umfangs der Investitionen zwischen den USA und der EU bis zu zwanzig ISDS-Klagen pro Jahr gegen die EU-Staaten im Rahmen des TTIP-Abkommens zu erwarten sind.

Wie vorstehend bereits erläutert (siehe Frage 6) bestehen außerdem ganz erhebliche Zweifel an der Vereinbarkeit der ISDS-Mechanismen mit der ausschließlichen Zuständigkeit des Europäischen Gerichtshofs für die Auslegung des EU-Rechts sowie der ausschließlichen Zuständigkeit jenes Gerichtshofs für außervertragliche Haftungsforderungen gegen EU-Institutionen.

Angesichts der vorstehenden Ausführungen sollten die ISDS-Mechanismen aus dem Abkommen ausgegliedert werden. US-Investoren können sich der kompletten Palette an Rechtsansprüchen bedienen, die im Rahmen der nationalen Justizsysteme der EU-Mitgliedstaaten zur Verfügung stehen. Jene Justizsysteme bieten die fundamentalen Rechtsgrundsätze bereits an, die den Investoren durch dieses Kapital im Abkommen angeblich erst zugesprochen werden sollen. Eine Investor-Staat-

Streitschlichtung ist somit nicht erforderlich. Soweit Rechtssysteme von EU-Staaten hinter den Standards zurückbleiben, die in dem Herangehen der EU an die TTIP-Verhandlungen angeblich angestrebt werden, sollte die EU selbst sich mit der Behebung derartiger Mängel und der Verbesserung derartiger Rechtssysteme zugunsten aller befassen, die unter die EU-Zuständigkeit fallen, anstatt den Umgang mit Rechtsansprüchen ausländischer Unternehmen einfach auszulagern und ihn somit privat konstituierten Tribunalen zu überlassen, denen es an jeglicher demokratischen Rechenschaftspflicht fehlt.

Im Weiteren sollte die Kommission sich für den Ausschluss jeglicher ISDS-Mechanismen engagieren, und zwar nicht nur im TTIP-Abkommen, sondern auch im CETA sowie allen in Zukunft zu ratifizierenden internationalen Handels- und Investitionsabkommen. Eine ganze Reihe von Staaten hat in Anerkennung der in vorstehenden Antworten zum Ausdruck gebrachten Bedenken zur Investor-Staat-Streitbeilegung bereits jede zukünftige ISDS-Verpflichtung in ihrer Investitionspolitik abgelehnt. Die Kommission täte gut daran, diesen Beispielen zu folgen.

Frage 15: Gibt es zu den im Fragebogen angesprochenen Themen noch weitere Aspekte, auf die Sie eingehen möchten?

Allein die Art und Weise, in der diese Konsultation durchgeführt wird, zeigt bereits, dass die Kommission nicht gewillt ist, dem Widerstand der Öffentlichkeit gegen die Eingliederung der ISDS-Mechanismen in das TTIP-Abkommen wirklich Raum einzuräumen. Die Ausgestaltung der Fragen ist übermäßig legalistisch, womit potentielle Teilnehmer, die zum Thema ISDS noch keine Vorkenntnisse haben, praktisch ausgeschlossen werden; außerdem wird die Eingliederung eines ISDS-Mechanismus im endgültigen Vertrag ehedem vorausgesetzt. Für einen generellen Einspruch gegen die ISDS-Mechanismen bleibt den Teilnehmern nur wenig Raum. Und nochmal: die Ausgestaltung der Konsultation verrät den massiven Lobbyismus im Namen der Unternehmen, die sich für eine Eingliederung der ISDS-Mechanismen in Handels- und Investitionspartnerschaften in der EU stark machen.

Betrachtet man die intransparente Art der TTIP- und CETA-Verhandlungen insgesamt, so ist das in dem Vorschlag zum Ausdruck gebrachte Engagement der Kommission für Transparenz ebenfalls nicht überzeugend. Es stellt sich die Frage, in welchem Ausmaß dieses Engagement ernst genommen werden kann, wenn die Kommission sich ansonsten so anstrengt, die Veröffentlichung der wichtigsten Verhandlungsdokumente zu verhindern. Ebenso besorgniserregend ist es, dass das CETA-Abkommen bei der Konsultation zu ISDS im TTIP-Abkommen als abgeschlossen behandelt wird, obwohl es von den einzelnen EU-Mitgliedstaaten noch gar nicht ratifiziert worden ist. Weiterhin wirft der Zeitpunkt dieser Konsultation Fragen auf: warum wurde keine Konsultationen über CETA durchgeführt, und warum befasst sich diese Konsultation ausschließlich mit ISDS und Fragen des Investitionsschutzes. Dabei gibt es sowohl im Hinblick auf das TTIP als auch bezüglich des CETA weitere Aspekte, die für das öffentliche Interesse gleichermaßen signifikant sind und zu denen EU-weite Konsultationen durchgeführt werden könnten und sollten.

Autoren: Ciaran Cross und Andrea Carta

Übersetzung: Gudrun Hackenberg

Weitere Informationen:

Andrea Carta

EU Legal Advisor Greenpeace EU Unit

Andrea.Carta@greenpeace.org