

„Normative Welten“ – Podiumsgespräch zum Investitionsschutz im TTIP-Freihandelsabkommen

Im Zuge der Debatte über das Transatlantische Freihandelsabkommen (TTIP) ist ein Mechanismus erstmals öffentlich auf den Prüfstand gekommen, der seit Jahrzehnten die Praxis von Auslandsdirektinvestitionen bestimmt. Die Grundstruktur der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit entstand vor der Folie entwicklungspolitischer Leitideen und einer Weltwirtschaftsordnung, die sich seitdem wesentlich gewandelt haben. Bleibt sie dennoch zeitgemäß, gar zukunftsweisend für eine neue Generation von Investitionsschutzverträgen, die in den nächsten Jahren an die Stelle zahlreicher auslaufender Verträge treten werden? „Investment arbitration law, after all, is far too important to leave to just investment lawyers“ verlangten jüngst über 100 internationale Juristen im „Kent Statement of Concern“. In einer seltenen Verschränkung von fachwissenschaftlicher und öffentlicher Debatte steht die Frage im Zentrum, ob dem entstandenen Reformdruck innerhalb des Paradigmas der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit (ISDS) entsprochen werden kann.

Prof. Dr. *Dan Wielsch* und der Kölner Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Rechtstheorie griffen diese Frage unter dem Dach der Reihe **„Normative Welten. Kölner Diskurse zum Rechtspluralismus“** in einem öffentlichen Podiumsgespräch am 11. Dezember 2014 auf. Der Abend stand unter der Überschrift **„Wer soll's richten? – Perspektiven des Investitionsschutzes im TTIP-Freihandelsabkommen“**. Mit dem Zugang über das Motiv des Rechtspluralismus werde, so stellte *Wielsch* eingangs hervor, zunächst die konstruktive Verantwortung des Rechts für die Ausgestaltung dieses neuartigen rechtsförmigen Mechanismus unterstrichen. Über welche rechtlichen Stellschrauben bestimmt sich, ob ein Beitrag zu einer gerechten Rechtsverfassung der Globalisierung geleistet werden kann oder Spezialregimes entstehen, in denen Gemeinwohlbelange und Prinzipien anderer völkerrechtlicher Teilordnungen strukturell unterrepräsentiert sind? Es zeigt sich (im Übrigen auch an den tonangebenden Köpfen), dass ISDS zu herkömmlichen rechtspolitischen Diskussionslinien überwiegend quer liegt. Entsprechend kann das Pochen auf den staatlichen Richter nicht unmittelbar mit rigidem Souveränitätsdenken identifiziert und eine Aufgeschlossenheit gegenüber ISDS nicht zum Sinnbild eines Fetischs globaler Institutionenbildung werden.

Die vier hochkarätigen Referenten loteten aus, was in den laufenden Vertragsverhandlungen auf dem Spiel steht. *Rupert Schlegelmilch*, der als Direktor u.a. für Investitionen in der Generaldirektion Handel der EU-Kommission zu den Unterhändlern des TTIP-Abkommens zählt, betonte in seinem Eingangsstatement die Chancen, ein in die Jahre gekommenes Regime mit teils „wohl zu weit greifenden Regeln“ zu reformieren. Der gegenwärtige globale Kapitalverkehr erfordere im Gegensatz zur einseitigen Grundstruktur früherer Investitionsverträge nunmehr echte Reziprozität. Die Kritik an ISDS übersehe, dass dem dichten Netz bestehender Verträge und auch der gegen Deutschland nach dem Energiecharta-Vertrag laufenden Klage Vattenfalls ohne

ISDS im TTIP keineswegs die Grundlage entzogen werde. Vielmehr drängten gerade osteuropäische Länder mit bestehenden Investitionsverträgen mit den USA darauf, diese durch ein moderneres Vertragswerk abzulösen. Auch Dr. *Stephan Schill*, Senior Research Fellow am MPI für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht in Heidelberg, zeigte sich darum bemüht, Vorurteile zu entschärfen. *Schill*, der wenige Monate zuvor vom Bundeswirtschaftsministerium als Gutachter zum Investitionsschutz im CETA-Freihandelsabkommen zwischen der EU und Kanada berufen worden war, führte aus, dass das Haftungsregime nach CETA in der Struktur nicht über Art. 14 GG hinausgehe, aufgrund von Ausnahmenvorschriften teils gar dahinter zurückbleibe. Dies ergebe sich jedenfalls dann, wenn Primär- und Sekundärebene verschränkt betrachtet würden. Notwendig bleibe ISDS allemal, nicht nur wegen des geringeren grundrechtlichen Schutzniveaus für ausländische juristische Personen, sondern auch wegen der besonderen Neutralitätsgewähr solcher Foren und der politischen Instabilitäten während langjähriger Investitionsprojekte. ISDS diene neben den oft übersehenen kleinen und mittelständischen Unternehmen, für die Rechtsschutz zu vorhersehbaren Kosten eingeräumt werde, auch Kollektivinteressen einer Bevölkerung, die mittelbar vom Schutz europäischer Auslandsinvestitionen profitiere. Der Bewertungsrahmen für TTIP und CETA müsse ein dezidiert globaler sein: Europäische Investitionspolitik könne ISDS nicht länger gegenüber Staaten des globalen Südens einfordern, wenn Deutschland keine Bindung an dieselben Normen eingehen wolle. Einem reformierten, transparenteren ISDS-Verfahren komme hingegen globale Signalwirkung zu, die auch im Wettlauf mit anderen großen Verträgen wie dem „Trans-Pacific Partnership Agreement“ (TPP) bedeutsam sei.

Gegenüber diesen Reformansätzen äußerten Dr. *Jan Kleinheisterkamp*, Associate Professor an der London School of Economics sowie Jun.-Prof. Dr. *Isabel Feichtner* (Goethe-Universität Frankfurt a.M.) Zweifel, ob ISDS einen tatsächlich unerlässlichen und zukunftsfähigen Mechanismus darstelle. *Kleinheisterkamp* argumentierte, dass eine Inkongruenz der Bewertungsmaßstäbe von nationalem Recht und internationalem Investitionsrecht gerade deswegen problematisch sei, weil im ISDS den Gerichten die Entschädigungsentscheidung zufalle, während das deutsche Recht dies in Art. 14 GG dem Parlament zuweise. Mit der EMRK und den Europäischen Verträgen habe sich deutsche Hoheitsgewalt zwar trans- bzw. supra-nationalen Maßstäben unterworfen, die beide als Erfolgsgeschichte gelten dürfen. Einen vergleichbaren Anreiz, dem nationalen Verfassungsrecht einen weiteren Kontrollmaßstab überzuordnen, biete das Investitionsschutzrecht jedoch nicht. EU-Parlament und US-Kongress hätten geradezu einmütig den Wunsch geäußert, keinen über das bestehende nationale Recht hinausgehenden Investitionsschutz festzuschreiben – gleichwohl habe sich dieser Konsens bislang nicht als Auslegungsmaxime für die Schiedsgerichte gefestigt. Schließlich sei wichtig, die Funktionsfähigkeit bestehender Institutionen wie der staatlichen Gerichte nicht dadurch zu unterlaufen, dass Lerneffekte vergeben werden, die gerade die Herausbildung von Unparteilichkeitsgarantien für ausländische Kläger zum Gegenstand haben könnten. *Isabel Feichtner* nahm das gängige Rechtfertigungsnarrativ für ISDS in den Blick. Sie zog das WTO-

Recht als Beispiel dafür heran, dass materielles Investitionsrecht nicht zwingend als individualrechtlich begriffen werden müsse. Dessen Ursprünge lägen weniger in den Menschenrechten als vielmehr im Fremdenrecht. Nicht nur habe die angenommene „win-win-Situation“ zwischen Heimatstaat und Gaststaat stets auf einer zweifelhaften imperialen Logik beruht, auch die Zuordnung unternehmerischer Aktivität zu einem „Heimat“staat wirke bei transnationalen Unternehmen zunehmend artifiziell. Gerade diese Unternehmen offenbarten eine Doppelmoral, wenn sie von ihrem Heimatstaat Schutz vor politischen Investitionsrisiken einforderten, zugleich aber von mangelnder Rechtsstaatlichkeit im Gaststaat durchaus zu profitieren verstünden. Überzeugender sei daher eine Lesart von ISDS als Komponente einer neoliberal angelegten, transnationalen Wirtschaftsverfassung, die politische Institutionen systematisch schwäche. Das Mindestmaß an Kompensation hierfür – eine Demokratisierung der völkerrechtlichen Verfahren – sei jedenfalls durch den Konsultationsprozess zum TTIP bislang nicht erreicht worden.

Die Diskussion auf dem Podium leitete *Dan Wielsch* als Moderator mit der Frage ein, in welchem Maße die empfundene Parteilichkeit nationaler Gerichtsverfahren nicht durch eine andere Form der Parteilichkeit ersetzt werde, die sich personell im Eigeninteresse von Schiedsrichtern und Anwälten zeige, sowie institutionell in der dominierenden Wirtschaftsrationalität, die anderen Belangen etwa der Sozial- und Umweltstandards besondere Darlegungslast auferlege. Während *Isabel Feichtner* die von der Fallzahl abhängige Schiedsrichtervergütung problematisierte, ordnete *Stephan Schill* die ICSID-Stundensätze in den Kontext führender Gehälter in der internationalen Gerichtsbarkeit ein. Ein Rollentausch zwischen Anwälten und Schiedsrichtern sei nicht mehr an der Tagesordnung; auch in Ethikkodizes werde dies zunehmend ausgeschlossen. Als Gewähr für die Gleichrangigkeit verschiedener Rationalitäten verwies *Rupert Schlegelmilch* auf die CETA-Regelung, die Maßnahmen des „public purpose“ weitgehend vom Enteignungsverbot ausnimmt.

Abschließend wurden Alternativen zu ISDS erwogen. *Feichtner* brachte Versicherungen für politische Risiken und Investitionsverträge mit Schiedsklauseln ins Spiel; *Kleinbeisterkamp* hob das australisch-US-amerikanische Freihandelsabkommen hervor, das statt ISDS auf Vertrauen zur Durchsetzung des Investitionsrechts in nationalen Verfahren setzt. Dem hielt *Schlegelmilch* die Entlastung der diplomatischen Beziehungen durch institutionalisierte Klagerechte unmittelbar für die betroffenen Unternehmen entgegen. Dieser Moment, in dem die Referenten ihre „institutional imagination“ (Roberto Unger) spielen ließen auf der Suche nach dem Investitionsschutz der Zukunft währte jedoch nur kurz. So zeigte sich *Schlegelmilch* zwar übereinstimmend mit den übrigen Referenten offen für die Idee eines ständigen internationalen Gerichts mit einer Berufungsinstanz zur Sicherung der Entscheidungskonsistenz. Gleichwohl müsse dies angesichts des zeitlich begrenzten Verhandlungsmandats ein Fernziel bleiben. In welchem Maße die praktischen Zwänge des Verhandlungsrahmens auch ein weniger ambitioniertes Ergebnis rechtfertigen können, darüber ergab sich eine lebhafte Debatte im Auditorium, die beim Umtrunk im Dozentenzimmer zwar ihren Ausklang, gewiss jedoch keinen

Schlusspunkt fand.

Die Veranstaltungsreihe „Normative Welten“ möchte ein Forum für Kasuistik, Methode und Theorie pluralistischen Rechtsdenkens schaffen. In den Formaten von Gesprächen und Exkursionen werden Fragestellungen von gesellschaftlicher Tragweite, deren Gemeinsamkeit in der Herausforderung des staatlichen Rechts durch konkurrierende normative Ordnungen liegt, gleichermaßen juristisch wie zivilgesellschaftlich anschlussfähig erörtert. Die Reihe wird im Sommersemester mit einem Theatergespräch und Besuch der Aufführung des „Kaufmanns von Venedig“ im Schauspiel Köln fortgesetzt.

Klaas Hendrik Eller