

Investitionen in der TTIP und darüber hinaus: der Reformkurs

Stärkung des Rechts auf Regulierung und Übergang von den derzeitigen Ad-hoc-Schiedsverfahren zu einem Investitionsgericht

Investitionen sind eine unerlässliche Voraussetzung für Wachstum und die Schaffung von Arbeitsplätzen. Durch Investitionen wird die EU Teil globaler Wertschöpfungsketten, die den Wirtschaftsaufschwung weiter vorantreiben. Bereits jetzt ist die EU weltweit die wichtigste Quelle und das Hauptziel ausländischer Direktinvestitionen (ADI); deshalb hat sie großes Interesse daran, die internationale Investitionstätigkeit zu fördern und zu schützen und Investoren aus der EU zu unterstützen. Da im Hoheitsgebiet der EU hohe Standards für die Förderung und den Schutz von Investitionen gelten, hat die EU ein natürliches Interesse daran, dass auch in Drittländern ähnlich glaubwürdige und durchsetzbare Garantien für Investoren und Investitionen aus der EU etabliert werden.

Die Ausgangssituation

Die internationalen Investitionsregeln wurden in Europa erfunden. EU-Mitgliedstaaten sind Vertragsparteien von fast der Hälfte der internationalen Investitionsabkommen, die derzeit weltweit in Kraft sind (etwa 1400 von 3000). Diese Abkommen spielen eine wichtige Rolle bei der Förderung und dem Schutz der umfangreichen Investitionen aus der EU in Drittländern und umgekehrt auch der Investitionen aus Drittländern in der EU. Fast alle diese Abkommen verfügen über Regelungen zum Investitionsschutz und zur Beilegung von Streitigkeiten zwischen Investor und Staat (investor-to-state dispute settlement, im Folgenden „ISDS“), d. h., ein Investor kann ein Verfahren gegen einen Staat anstrengen, wenn dieser mutmaßlich gegen Verpflichtungen aus einem internationalen Investitionsabkommen verstoßen hat.

Warum ein neues Konzept auf EU-Ebene?

Im Jahr 2009 erhielt die EU mit dem Vertrag von Lissabon die Zuständigkeit für den Investitionsschutz. Dies eröffnet die einmalige Chance, nicht nur ein umfassendes Konzept für Handel und Investitionen auf EU-Ebene zu etablieren, sondern auch den traditionellen Ansatz für den Investitionsschutz und das damit verbundene ISDS-System tiefgreifend zu reformieren.

Die größte Herausforderung für die reformierte Investitionsstrategie der EU ist es sicherzustellen, dass die Maßnahmen zum Schutz und zur Förderung von Investitionen nicht die Fähigkeit der EU und ihrer Mitgliedstaaten zur Verfolgung ihrer politischen Ziele beeinträchtigen. Ein wesentlicher Teil dieser Herausforderung besteht darin, dafür zu sorgen, dass jedes Streitbeilegungssystem fair und unabhängig ist. Den Prozess zur Bewältigung dieser Herausforderungen hat die EU bereits eingeleitet, und zwar im Rahmen ihrer Kontakte mit Interessenträgern aus Europa und durch ihre Verhandlungen über die erste Generation von Handelsabkommen der EU, die auch die Aspekte Investitionsschutz und ISDS abdeckten.

Was wurde bisher erreicht?

Im Jahr 2014 schloss die EU die Verhandlungen über die ersten beiden Freihandelsabkommen mit Investitionsschutz- und ISDS-Regelungen ab: Es handelt sich um die Abkommen mit Kanada (CETA) und Singapur. Mit diesen Übereinkünften wird ein neuer, bahnbrechender Ansatz verwirklicht, der sowohl inhaltlich (Investitionsschutzregeln) als auch verfahrenstechnisch (ISDS-Mechanismus) innovativ ist und mit dem bereits viele der Reformideen umgesetzt werden, die die Kommission mit dem Europäischen Parlament, den Mitgliedstaaten und Interessenträgern erörtert hat:

- Das Recht auf Regulierung wird bekräftigt. Im CETA wird bereits in der Präambel klargelegt, dass das Recht der EU und Kanadas auf Regulierung und Verwirklichung berechtigter Gemeinwohlziele – z. B. öffentliche Gesundheit, Sicherheit, Umweltschutz, öffentliche Sitten sowie Förderung und Schutz der kulturellen Vielfalt – gewahrt bleibt.
- Zugleich umfasst das CETA erstmals Begriffsbestimmungen für Schlüsselbegriffe wie „gerechte und billige Behandlung“ oder „indirekte Enteignung“, um Missbrauch vorzubeugen. So enthält das Abkommen eine klar formulierte, abschließende Definition für „gerechte und billige Behandlung“, die den Inhalt des Grundsatzes (im Prinzip Rechtsverweigerung) genau festlegt und zugleich den Schiedsrichtern keinen unerwünschten Auslegungsspielraum lässt. Außerdem wird in dem vereinbarten Wortlaut ausführlich klargelegt, welche Sachverhalte eine indirekte Enteignung darstellen, insbesondere um Klagen gegen Maßnahmen zu verhindern, die dem Gemeinwohl dienen.
- Investorenpraktiken wie „forum shopping“, d. h. die Auswahl des Abkommens, mit dem Ansprüche im Rahmen der ISDS am vorteilhaftesten geltend gemacht werden können, werden verhindert. So ist es im CETA beispielsweise ausdrücklich verboten, eine Investition oder Unternehmensumstrukturierung mit dem Ziel einer Klage vorzunehmen (wie Philip Morris es getan haben soll, um die australische Regierung zu verklagen). Keine andere ISDS-Vereinbarung enthält bisher eine derartige Bestimmung. Darüber hinaus werden „Briefkastenfirmen“ nicht berechtigt sein, Schiedsverfahren anzustrengen. Die Investitionsschutzbestimmungen werden nur für Unternehmen mit tatsächlicher Geschäftstätigkeit im Hoheitsgebiet einer der Parteien gelten.
- Das Schiedsverfahren muss in vollem Umfang transparent ablaufen. Die UNCITRAL-Regeln über Transparenz sind Teil des CETA. Dies bedeutet, dass sämtliche Dokumente (Schriftsätze der Streitparteien, Entscheidungen des Schiedsgerichts) öffentlich zugänglich sein werden. Zudem sind sämtliche Anhörungen öffentlich, und Interessenträger (NRO, Gewerkschaften) können Beiträge vorlegen.
- Die abschließende Zuständigkeit für die Auslegung der Regeln liegt bei den Regierungen, nicht bei den Schiedsrichtern. Im Rahmen des CETA können die EU und Kanada verbindliche Auslegungen der Bestimmungen beschließen; die ISDS-Schiedsgerichte sind dann an diese Auslegungen gebunden. Solche verbindlichen Auslegungen können auch in Bezug auf laufende ISDS-Verfahren festgelegt werden. Diese Möglichkeit für die Vertragsparteien, verbindliche Auslegungen zu verabschieden, ist ein Sicherheitsventil für den Fall, dass den Schiedsgerichten Fehler unterlaufen (was angesichts der klaren Formulierung der einschlägigen Investitionsschutzgrundsätze jedoch unwahrscheinlich ist).

- Das Abkommen enthält erstmals einen verbindlichen Verhaltenskodex für Schiedsrichter, der die Einhaltung hoher ethischer und berufsethischer Grundsätze gewährleistet. Im CETA werden genaue, klar definierte Verfahren festgelegt, um die vollständige Unparteilichkeit der Schiedsrichter sicherzustellen, z. B. eine Verpflichtung zur Offenlegung jedes Sachverhalts, der einen Interessenkonflikt heraufbeschwören oder als solcher wahrgenommen werden könnte (etwa frühere Tätigkeiten für oder Beziehungen zu Anwaltskanzleien). Ferner sieht das CETA konkrete Schritte vor, wenn es zu bestimmen gilt, ob ein Konflikt entstehen könnte oder entstanden ist. Wird festgestellt, dass sich ein Schiedsrichter nicht an den Kodex hält, wird diese Person ersetzt.
- Die Bestimmungen des CETA gewährleisten, dass unbegründete oder missbräuchliche Klagen frühzeitig, d. h. innerhalb weniger Wochen, abgewiesen werden können.
- Wenn ein Investor Klage einreicht und unterliegt, muss dieser sämtliche Kosten des Verfahrens tragen. Das CETA ist das allererste Abkommen, in dem der Grundsatz „wer verliert, zahlt“ festgeschrieben wurde. Dies wird Investoren nicht nur von mutwilligen oder unbegründeten Klagen abhalten, sondern bedeutet auch, dass ein unterlegener Investor die Prozesskosten des Staates zahlen muss, gegen den er geklagt hat (derzeit müssen Regierungen die eigenen Prozesskosten oft selbst tragen, auch wenn die Klage erfolgreich abgewehrt wird). Aufgrund dieses finanziellen Risikos werden sich Investoren gründlich überlegen, ob sie ein ISDS-Verfahren anstrengen.
- Mit den Verhandlungspartnern wurde vereinbart, auf die Einführung eines Berufungsmechanismus hinzuwirken. Die Kommission erklärte bereits 2010, dass ein Berufungsmechanismus einen klaren Mehrwert hat, da er die Kohärenz und die Vorhersehbarkeit des Systems verbessert. Auch bei den Interessenträgern in der EU herrscht breite Unterstützung für die Einführung eines solchen Mechanismus. Das CETA ist das erste Abkommen ohne Beteiligung der Vereinigten Staaten, das ein klares Bekenntnis zur möglichen Schaffung eines Berufungsmechanismus enthält.
- Außerdem werden Investoren dazu verpflichtet, bei innerstaatlichen Gerichten anhängige Klagen zurückzuziehen, wenn sie ein ISDS-Verfahren anstrengen wollen. Parallelverfahren sind im CETA untersagt, d. h., Investoren dürfen nicht gleichzeitig innerstaatliche Gerichte anrufen und auf die ISDS-Regelung zurückgreifen. Ziel ist es, Doppelentschädigungen und voneinander abweichende Gerichtsentscheidungen zu vermeiden. Die meisten der 3000 bestehenden Investitionsabkommen mit ISDS-Regelung sehen kein solches Verbot vor.

Welche weiteren Verbesserungen sind möglich?

Die TTIP-Verhandlungen zwischen den beiden größten Volkswirtschaften der Welt sind in der Öffentlichkeit und bei zivilgesellschaftlichen Organisationen auf großes Interesse gestoßen, wobei den Investitionsschutz- und ISDS-Bestimmungen besondere Aufmerksamkeit gilt. Deshalb beschloss die Kommission im letzten Jahr, eine öffentliche Konsultation zum Thema Investitionsschutz und ISDS in TTIP durchzuführen, um Meinungen darüber einzuholen, wie die EU ihren Ansatz weiterentwickeln könnte. Die Kommission beabsichtigt, die im Rahmen der Konsultation gesammelten Erkenntnisse in den

Verhandlungsvorschlag der Kommission für die diesbezüglichen TTIP-Verhandlungen einfließen zu lassen.

Dem am 13. Januar 2015 veröffentlichten Bericht über die Ergebnisse der Konsultation zufolge gibt es vier Bereiche, in denen vermehrt Bedenken geäußert wurden und in denen daher Möglichkeiten für weitere Verbesserungen des EU-Ansatzes ausgelotet werden sollten: i) Schutz des Rechts auf Regulierung, ii) Einrichtung und Funktionsweise von Schiedsgerichten, iii) Überprüfung von ISDS-Entscheidungen durch einen Berufungsmechanismus und iv) Verhältnis zwischen der innerstaatlichen Justiz und der ISDS.

Für diese vier Bereiche werden in den nachfolgenden Abschnitten konkrete Verbesserungsideen dargelegt. Dabei werden konkrete Verbesserungslösungen dem Status Quo gegenübergestellt, und es wird erläutert, auf welcher Logik die vorgeschlagenen Lösungen basieren und in welchem Verhältnis sie zum bisherigen Ansatz der EU im CETA und im Freihandelsabkommen mit Singapur stehen.

Für jeden der vier Bereiche wird also ein mögliches Vorgehen skizziert. Im Zusammenhang mit dem Recht auf Regulierung werden weitergehende, klarer gefasste Bestimmungen vorgeschlagen, die sicherstellen, dass die Investitionsschutzvorschriften das Regulierungsrecht nicht untergraben. Es werden neue Vorschläge zur Funktionsweise des ISDS-Systems gemacht und mögliche Schritte aufgezeigt, um das System nach dem Vorbild des klassischen Gerichtswesens weiterzuentwickeln: Ernennung ständiger Schiedsrichter, Angleichung der Qualifikationsanforderungen an diejenigen für nationale Richter und Einführung eines Berufungsmechanismus.

Ferner wird vorgeschlagen, dass die EU parallel die Einrichtung eines mit Berufsrichtern besetzten internationalen Investitionsgerichts als Berufungsinstanz vorantreibt, das an die Stelle bilateraler Mechanismen treten soll. Dies wäre eine operativ sinnvollere Lösung, da sie diverse Abkommen mit unterschiedlichen Parteien abdecken würde; allerdings muss hierfür erst ein umfassender internationaler Konsens herbeigeführt werden. Es wird vorgeschlagen, dieses Ziel parallel zum Aufbau bilateraler Mechanismen zu verfolgen. Diese Veränderungen sollen den Weg bereiten für ein ständiges multilaterales System zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten.

In künftigen Verhandlungen der EU werden die jetzt im Kontext der TTIP vorzulegenden Vorschläge als Maßstab für die Weiterentwicklung der Bestimmungen und Schiedsverfahren im Bereich des Investitionsschutzes dienen. Die TTIP ist somit eine einmalige Chance, das System zu reformieren und zu verbessern.

Das vorliegende Papier soll als Diskussionsgrundlage für die Gespräche mit dem Europäischen Parlament und dem Rat dienen. Es spiegelt die Ideen wider, die die für den Handel zuständige EU-Kommissarin Cecilia Malmström am 18. März beim INTA-Ausschuss und am 25. März auf der informellen Tagung des Rates (Auswärtige Angelegenheiten) vorgestellt hat, und führt diese Ideen näher aus. Zugleich werden die Meinungen von Interessenträgern berücksichtigt. Das Papier greift jedoch nicht dem endgültigen Standpunkt der Europäischen Kommission zu den angesprochenen Sachverhalten vor.

I. Recht auf Regulierung

I.1. Wozu eine weitere Verbesserung des EU-Ansatzes in diesem Bereich?

In der öffentlichen Debatte über den Investitionsschutz und die ISDS wurden Bedenken laut, dass möglicherweise das Recht der Staaten auf Regulierung im öffentlichen Interesse eingeschränkt werden könnte. Insbesondere wurde vorgebracht, dass die ISDS den Investoren das Recht gibt, Staaten zu verklagen, wenn sich neue Rechtsvorschriften negativ auf ihre Gewinne auswirken.

Bislang hatte man bei der Ausarbeitung von Investitionsabkommen eher den Schutz der Investitionen und weniger das Recht der Staaten auf Regulierung im Blick. In manchen Investitionsabkommen wird Investoren sogar explizit ein Recht auf ein „stabiles Geschäftsumfeld“ eingeräumt. Bedenken wurden vorgebracht, dass manche Schiedsgerichte diesen Verweis auf ein stabiles Geschäftsumfeld als allgemeine Garantie zum Schutz vor wiederholten Änderungen der Rechtsvorschriften auslegen. Bei einer diesbezüglichen Reform sollten diese Bedenken aufgegriffen werden: Es sollte klargestellt werden, dass die Investitionsschutzgrundsätze der EU keine solche Garantie bieten.

Ferner wurde in der öffentlichen Debatte die Meinung vertreten, dass Schiedsgerichte Investitionsabkommen nur mit dem Ziel ausgelegt haben, den Schutz der wirtschaftlichen Interessen der Anleger zu gewährleisten, dabei jedoch das souveräne Recht der Staaten vernachlässigt haben, im öffentlichen Interesse Vorschriften zu erlassen. Diese Meinung stützt sich unter anderem auf die Tatsache, dass nur sehr wenige Investitionsabkommen einen ausdrücklichen Verweis auf das Regulierungsrecht enthalten. Die EU und ihre bisherigen Verhandlungspartner (Kanada und Singapur) sind jedoch der Auffassung, dass das Recht auf Regulierung fester Bestandteil der Abkommen ist, und bekräftigen dieses Recht in der Präambel zu diesen Abkommen. Dennoch könnte insbesondere in Bezug auf Investitionsschutz und Streitbeilegung mehr Klarheit hilfreich sein. Bei einer Reform sollte darauf hingewirkt werden, dass das Recht auf Regulierung in Form einer Klausel im verfügenden Teil des relevanten Abkommenskapitels bekräftigt wird.

Streitigkeiten über staatliche Beihilfen bringen spezifische Probleme mit sich. In einem jüngeren Fall, der ein vor dem Beitritt geschlossenes EU-internes bilaterales Investitionsabkommen betrifft, stellte der Gerichtshof fest, dass die Entscheidung eines Mitgliedstaates, eine mit einer verbotenen staatlichen Beihilfe verbundene Maßnahme zu streichen, gegen die Klausel über die „gerechte und billige Behandlung“ verstößt. Die Kommission betrachtet dieses Urteil als fehlgeleitete Anwendung des Grundsatzes der „gerechten und billigen Behandlung“, da im EU-Recht ein Vertrauensschutz für Investoren hinsichtlich staatlicher Beihilfen konsequent ausgeschlossen wird. Zudem ist sie der Auffassung, dass die vom Gerichtshof festgelegte Entschädigung *de facto* einer Wiedereinführung der verbotenen staatlichen Beihilfe gleichkommt.

Damit Probleme dieser Art gar nicht erst entstehen, sollte im Sinne einer größeren Rechtssicherheit die Klarstellung erwogen werden, dass die Investitionsschutzgrundsätze nicht so auszulegen sind, dass sie der Streichung staatlicher Beihilfen und/oder der Rückforderung bereits ausgezahlter staatlicher Beihilfen entgegenstehen, wenn die zuständigen Behörden diese Beihilfen für unzulässig erklären.

I.2. Was wurde bisher erreicht?

Im CETA und im Freihandelsabkommen der EU mit Singapur wird die Messlatte beim Schutz des Rechts auf Regulierung sehr hoch gelegt, insbesondere im Vergleich zu dem Ansatz, den die Mitgliedstaaten traditionell in ihren bilateralen Investitionsabkommen verfolgt haben.

In diesen beiden Abkommen der EU wurde Folgendes umgesetzt:

- klarere, bessere Formulierung der Schutzgrundsätze, um unerwünschten Auslegungsspielraum zu minimieren. Insbesondere bedeutet dies: a) Der Grundsatz der „gerechten und billigen Behandlung“ wurde auf eine erschöpfende Liste von Sachverhalten begrenzt, die der konsolidierten juristischen Sichtweise in der EU Rechnung trägt (u. a. Rechtsverweigerung, Willkür, Verstoß gegen das Recht auf ein ordnungsgemäßes Verfahren), und b) der Begriff der „indirekten Enteignung“ wird in einem Anhang näher erläutert (dort wird klargestellt, dass eine indirekte Enteignung nur vorliegt, wenn dem Investor grundlegende Eigentümerrechte wie das Recht, seine Investition zu nutzen, zu verwerten und zu veräußern, weitgehend entzogen werden).
- Festschreibung des Rechts der Vertragsparteien (EU und Kanada bzw. Singapur), verbindliche Auslegungen zu beschließen, um die Auslegung des Abkommens zu steuern und mögliche Fehler der Schiedsgerichte (die jedoch wegen der klaren Formulierung der einschlägigen Investitionsschutzgrundsätze unwahrscheinlich sind) zu korrigieren.

Sowohl im CETA als auch im Abkommen der EU mit Singapur wird *in der Präambel* auf die Neuausrichtung des Kontexts, in dem Investitionsschutzgrundsätze auszulegen sind, *ausdrücklich verwiesen*. Allein dies ist bereits eine Neuerung gegenüber dem traditionellen Ansatz, den die EU-Mitgliedstaaten in ihren bilateralen Investitionsabkommen verfolgen: Dort wird in der Präambel allein auf die wirtschaftliche Notwendigkeit der Förderung und des Schutzes von Investitionen verwiesen. Die neue Bezugnahme in der Präambel auf das Recht auf Regulierung ist somit bereits ein bedeutender Wegweiser für die Auslegung.

I.3. Was sollte weiter verbessert werden?

Der Vorschlag der EU sollte die Möglichkeit der Regierungen, im öffentlichen Interesse zu regulieren, folgendermaßen stärker betonen:

- durch verfügbare Bestimmungen (einen Artikel) zum Recht der Regierungen auf Ergreifung von Maßnahmen, die der Erreichung berechtigter Gemeinwohlziele dienen, und zwar auf Grundlage eines von ihnen als angemessen erachteten Schutzniveaus. Mit diesen Bestimmungen würde das bereits im Völkerrecht verankerte Recht nationaler Behörden auf Regelung von Angelegenheiten innerhalb ihres Hoheitsgebiets anerkannt. Auf diese Weise würde ein geeigneter Rahmen für die Anwendung der Investitionsschutzgrundsätze definiert;
- durch eine Bestimmung, die klarstellt, dass das Abkommen nicht so auszulegen ist, dass es eine Partei daran hindert, eine staatliche Beihilfe zu streichen und/oder eine bereits gewährte staatliche Beihilfe zurückzufordern, die von den zuständigen Behörden für unzulässig erklärt wurde.

II. VERBESSERUNG DER EINRICHTUNG UND FUNKTIONSWEISE VON SCHIEDSGERICHTEN, UM DIE LEGITIMITÄT DES ISDS-SYSTEMS ZU ERHÖHEN

II.1. Wozu eine weitere Verbesserung des EU-Ansatzes in diesem Bereich?

Derzeit werden die Schiedsrichter der ISDS-Schiedsgerichte auf Einzelfallbasis von den Streitparteien (d. h. vom Investor und vom beklagten Staat) ausgewählt. Dabei schließt das aktuelle System nicht aus, dass dieselben Personen in anderen ISDS-Fällen als Anwälte tätig sind (also z. B. Klagen von Investoren vorbereiten). Diese Situation kann zu – tatsächlichen oder vermeintlichen – Interessenkonflikten führen und somit Bedenken aufkommen lassen, ob diese Personen ihrer Aufgabe als Schiedsrichter vollkommen unparteiisch nachgehen. Die Öffentlichkeit bezweifelt, dass *ad hoc* ernannte Schiedsrichter unabhängig handeln und den Investitionsschutz und das Regulierungsrecht ordnungsgemäß gegeneinander abwägen können. Zudem hat es den Eindruck entstehen lassen, dass dieses System für die Schiedsrichter einen finanziellen Anreiz dargestellt, möglichst viele ISDS-Verfahren zu führen.

II.2. Was wurde bisher erreicht?

Der gewählte Ansatz für die Auswahl und die Berufsethik der Schiedsrichter im CETA und im Abkommen mit Singapur ist der bei weitem am meisten fortschrittliche existierende Ansatz.

Erstens müssen beide Streitparteien jeweils einen Schiedsrichter benennen und sich anschließend auf den vorsitzenden Schiedsrichter einigen. Falls keine Einigung erzielt werden kann, muss eine externe Stelle – der Generalsekretär des Internationalen Zentrums zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten (ICSID) – den vorsitzenden Schiedsrichter aus einer Liste auswählen, die die Vertragsparteien des Abkommens (nicht die Streitparteien) vorab gemeinsam festgelegt haben. Die Schiedsrichter müssen unabhängig davon, von wem sie ausgewählt werden, über Sachkompetenz auf dem Gebiet des Völkerrechts verfügen. Zweitens müssen die Schiedsrichter einen Verhaltenskodex einhalten (entweder ist dieser Kodex dem Abkommen als Anhang beigefügt, oder es werden die Regeln der International Bar Association (IBA) zu Interessenkonflikten, die die gleiche Funktion haben, in das Abkommen integriert). Die Entscheidung darüber, ob ein Konflikt vorliegt, wird vom Generalsekretär der ICSID getroffen, nicht – wie derzeit – von den Schiedsrichtern.

Dies ist aus folgenden Gründen eine tiefgreifende Reform des Systems: Zunächst lassen die bestehenden Abkommen es oft zu, dass die beiden von den Streitparteien benannten Schiedsrichter den vorsitzenden Schiedsrichter selbst auswählen. Im CETA und im Freihandelsabkommen der EU mit Singapur ist dagegen das Einverständnis beider Streitparteien zum ausgewählten vorsitzenden Schiedsrichter obligatorisch. Zwar sehen einige bestehende Abkommen vor, dass eine „Ernennungsinstanz“ (in der Regel der ICSID-Generalsekretär) die Schiedsrichter ernennt, doch lassen sie dieser Instanz hierbei relativ freie Hand. So müssen die Schiedsrichter beispielsweise weder Sachkompetenz auf dem Gebiet des Völkerrechts nachweisen, noch müssen sie aus einer Liste von Schiedsrichtern ausgewählt werden, die die Vertragsparteien des Abkommens vorab vereinbart und geprüft haben. Ferner enthält bisher kein Abkommen einen Verhaltenskodex bzw. integriert die IBA-Regeln zu Interessenkonflikten. Außerdem wird im bestehenden System die Entscheidung darüber, ob

ein Konflikt vorliegt, oft von den beiden Schiedsrichtern getroffen, nicht von einer unabhängigen Stelle wie dem Generalsekretär der ICSID.

Entsprechend den kürzlich festgelegten UNCITRAL-Regeln über Transparenz sehen das CETA und das Freihandelsabkommen zwischen der EU und Singapur derzeit vor, dass das Schiedsgericht unter bestimmten Bedingungen Amicus-Curiae-Schriftsätze von Dritten akzeptieren „kann“. Personen, die ein eindeutiges, konkretes Interesse am Verfahren haben, wird jedoch kein spezifisches Recht zum Streitbeitritt eingeräumt.

II.3. Was sollte weiter verbessert werden?

Der Vorschlag der EU sollte Folgendes umfassen:

- eine Vorschrift, der zufolge alle Schiedsrichter aus einer Liste auszuwählen sind, die im Voraus von den Vertragsparteien des Abkommens festgelegt wurde (die konkreten Personen könnten dann entweder per Los oder per Beschluss der Streitparteien ausgewählt werden). Diese Option würde keine technischen Schwierigkeiten mit sich bringen. Es wäre damit aber die Verbindung zwischen Streitparteien und Schiedsrichtern zu „kappen“, denn es würden nur vorab von den Vertragsparteien überprüfte Schiedsrichter eingesetzt.
- Parallel hierzu könnten bestimmte Anforderungen an die Qualifikation der Schiedsrichter festgelegt werden, insbesondere, dass sie in ihrem Herkunftsland über die notwendige Befähigung zum Richteramt oder über eine ähnliche Qualifikation verfügen. Ergänzend hierzu müssten Sie über Fachkompetenz im Bereich der Auslegung des im Abkommen zur Anwendung kommenden Völkerrechts verfügen. Dadurch würde ihnen ein sehr genauer Rahmen für die Ausübung ihrer Funktion vorgegeben; gleichzeitig würde das Risiko unvorhergesehener Auslegungen der Regeln zum Investitionsschutz erheblich verringert. Und selbst wenn die Streitparteien die Wahl treffen, wäre diese Auswahl allein auf Personen beschränkt, die die Vertragsparteien des Abkommens vorab als kompetent, unabhängig und unparteiisch eingestuft haben und bei denen darauf vertraut werden kann, dass sie Entscheidungen im Einklang mit bekannten und vorhersehbaren Rechtsgrundsätzen treffen.
- Zusätzlich zu der Möglichkeit für das Gericht, Amicus-Curiae-Schriftsätze zu akzeptieren, sollte der EU-Vorschlag Dritten, die ein unmittelbares Interesse am Ausgang eines Rechtsstreits haben, ein Interventionsrecht einräumen.

III. BERUFUNGSMECHANISMUS

III.1. Warum ein Berufungsmechanismus?

Einer der am häufigsten vorgebrachten Kritikpunkte am internationalen Schiedsverfahren für Investitionsstreitigkeiten ist, dass – im Gegensatz zu fast allen Rechtsordnungen – für den Fall, dass ISDS-Schiedsgerichte falsche Entscheidungen treffen, kein Korrekturmechanismus in Form von Rechtsmitteln vorgesehen ist. Das Fehlen eines solchen Berufungsmechanismus führt dazu, dass das System sowohl für die Regierungen als auch für Investoren weniger vorhersehbar ist.

In der öffentlichen Konsultation fand die Möglichkeit, einen Berufungsmechanismus einzuführen, bei Unternehmen und NRO gleichermaßen breiteste Zustimmung. Der Leitgedanke war, dass jedes funktionierende Justizsystem bzw. justizähnliche System ein Recht auf Einlegung von Rechtsmitteln umfassen sollte (so auch im Bereich des Investitionsschutzes), wenn unter Umständen Fragen des Gemeinwohls angeschnitten werden. Viele Konsultationsteilnehmer betonten zudem, dass ein institutioneller Rahmen mit ständigen Richtern entwickelt werden müsse, um die Legitimität zu verbessern. Außerdem sprachen sich viele Teilnehmer dafür aus, statt einem bilateralen Ansatz ein multilaterales Konzept zu verfolgen, um eine Vielzahl von Berufungssystemen zu vermeiden.

Die TTIP-Verhandlungsrichtlinien vom Juni 2013 sind die ersten Verhandlungsrichtlinien der EU, in denen ein Berufungsmechanismus ausdrücklich erwähnt wird. Konkret besagen die Richtlinien, dass „die Möglichkeit, im Rahmen des Abkommens einen Berufungsmechanismus für die Streitbeilegung zwischen Investor und Staat zu schaffen“ geprüft werden sollte. Auch in der 2011 angenommenen Entschließung des Parlaments zur künftigen europäischen Auslandsinvestitionspolitik wird (ebenso wie in der Mitteilung der Kommission aus dem Jahr 2010) auf die Notwendigkeit verwiesen, eine Möglichkeit zur Einlegung von Rechtsmitteln zu schaffen.

Ein Berufungsmechanismus sorgt nicht nur für Korrektheit und Vorhersehbarkeit, sondern würde auch die Legitimitätsbedenken ausräumen, die derzeit in Bezug auf das aktuelle ISDS-System bestehen. Ein diesbezügliches Schlüsselement ist das für den Berufungsmechanismus gewählte Konzept. Wichtige Fragen sind hier insbesondere die Ernennung der Richter, die Anforderungen an ihre Qualifikation sowie ihre Vergütung. Auch andere mögliche Bedenken könnten durch das für den Berufungsmechanismus gewählte Konzept ausgeräumt werden. So könnten beispielsweise obligatorische Fristen eingeführt werden, damit der Berufungsmechanismus keine Verfahrensverzögerungen verursacht (beispielsweise sei daran erinnert, dass beim derzeitigen zweistufigen ICSID-System die zweite Phase oft verhältnismäßig langwierig ist).

III.2. Was wurde bisher erreicht?

In das CETA und das Abkommen mit Singapur (sowie in andere Abkommen, über die derzeit verhandelt wird) hat die EU Verweise auf einen möglichen Berufungsmechanismus in Form von Überprüfungsklauseln eingebracht, die die Vertragsparteien dazu verpflichten, die künftige Einrichtung eines Berufungsmechanismus zu prüfen.

Demgegenüber ist in keinem bestehenden Investitionsabkommen bisher ein Berufungsmechanismus vorgesehen. Einige der Schiedsregeln, auf die am häufigsten Bezug genommen wird (z. B. ICSID oder UNCITRAL) ermöglichen lediglich eine „Nichtigkeitsklärung“ oder „Niederschlagung“ des Schiedsspruches (d. h., der Schiedsspruch wird letztlich nicht durchgesetzt) aus wenigen Verfahrensgründen (z. B. Nichtzuständigkeit, Fehler bei der Zusammensetzung des Gerichts, Verletzung grundlegender Verfahrensregeln).

III.3. Was ist jetzt zu tun?

Der Vorschlag der EU sollte einen bilateralen Berufungsmechanismus für die Beilegung von Streitigkeiten zwischen Investor und Staat vorsehen, dessen Aufgaben, Zusammensetzung und praktische Arbeitsweise im Text dargelegt werden sollten. Die Aufgaben des Berufungsmechanismus wären die Überprüfung von Schiedssprüchen auf Rechtsfehler und offensichtliche Fehler bei der Tatsachenbeurteilung (einschließlich der falschen Anwendung

des durch die innerstaatlichen Gerichte ausgelegten nationalen Rechts), die Gewährleistung einer einheitlichen Auslegung der TTIP und die Steigerung der Legitimität – sowohl auf inhaltlicher Ebene als auch durch das institutionelle Konzept – mittels Verbesserung der Unabhängigkeit, der Unparteilichkeit und der Vorhersehbarkeit.

Der bilaterale Berufungsmechanismus könnte weitgehend nach dem institutionellen Vorbild des WTO-Berufungsgremiums konzipiert werden, wobei einige Anpassungen vorgenommen werden sollten, um dem besonderen ISDS-Kontext und den im WTO-Gremium gesammelten Erfahrungen Rechnung zu tragen. Dem Gremium könnten sieben ständige Mitglieder angehören (zwei von jeder Vertragspartei und drei aus Drittländern), deren Qualifikation mit der Qualifikation der Mitglieder des WTO-Berufungsgremiums und/oder des Internationalen Gerichtshofs vergleichbar sein könnte. Die Einrichtung des Gremiums und gegebenenfalls eines Sekretariats, das dessen Mitglieder bei ihrer Arbeit unterstützt, wäre zwangsläufig mit bestimmten Kosten verbunden. Im Rahmen der Partnerschaft mit den Vereinigten Staaten ist die Schaffung eines Berufungsmechanismus durchaus realistisch, schließlich verweisen die USA seit 2002 in den von ihnen geschlossenen Abkommen auf die mögliche Einrichtung eines Berufungsmechanismus.

IV. KLÄRUNG DES VERHÄLTNISSSES ZWISCHEN ISDS UND INNERSTAATLICHEN GERICHTEN

IV.1. Das Verhältnis zwischen ISDS und innerstaatlichen Gerichten

Es wird häufig behauptet, dass die ISDS den Investoren einen separaten, parallelen Weg zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten eröffnet, auf dem sie die ordentliche innerstaatliche Gerichtsbarkeit umgehen können. Es wird gefordert, stattdessen allein den innerstaatlichen Gerichten die Zuständigkeit für die Beilegung von Streitigkeiten mit ausländischen Investoren zu übertragen, wobei die Investoren nicht die Möglichkeit haben sollten, „Berufung“ gegen die Urteile der innerstaatlichen Gerichte bei besonderen ISDS-Schiedsgerichten einzulegen.

Die innerstaatlichen Gerichte müssen sich bei der Beurteilung von Investitionsstreitigkeiten jedoch auf die Anwendung des nationalen Rechts beschränken. Dem gegenüber entscheiden die ISDS-Schiedsgerichte – wie andere internationale Gerichte – nur über die Vereinbarkeit staatlicher Maßnahmen (einschließlich aller staatlichen Akteure) mit den internationalen Investitionsregeln. Diese Unterscheidung ist insbesondere dann von Bedeutung, wenn die Bestimmungen einer internationalen Übereinkunft nicht unmittelbar in nationales Recht umgesetzt wurden, was bei den meisten internationalen Handels- und Investitionsabkommen, insbesondere in den USA, Kanada und der EU, der Fall ist. Damit stehen die ISDS-Schiedsgerichte insoweit auf einer Stufe mit anderen internationalen Justizorganen, als die bei ihnen anhängigen Verfahren juristisch gesehen keine aus nationalem Recht hervorgegangenen Berufungsverfahren sind, sondern vielmehr auf die Anwendung internationaler Vorschriften abstellen.

Dennoch ist es zweifellos sinnvoll, das Zusammenwirken zwischen innerstaatlichen Rechtsbehelfen und internationalen Schiedsverfahren besser zu regeln. Ein Grund hierfür ist die Eindämmung des Risikos von Doppelentschädigungen (Investoren könnten nämlich sowohl nach nationalem Recht als auch auf völkerrechtlicher Ebene Entschädigungen zugesprochen werden).

Außerdem wurden Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit des ISDS-Systems mit der Autonomie der Rechtsordnung der Union geäußert. Ein derartiges Unvereinbarkeitsrisiko

wäre insbesondere dann gegeben, wenn ISDS-Schiedsgerichte Unionsrecht so auslegen könnten, dass es für die EU-Organe verbindlich wäre. Da die ISDS-Schiedsgerichte jedoch nur für die Auslegung der betreffenden internationalen Übereinkunft zuständig sind und sich mit Unionsrecht nur als Faktum befassen, kann man den Schluss ziehen, dass Bedenken in Bezug auf die Autonomie der Rechtsordnung der Union unbegründet sind.

IV.2. Was wurde bisher erreicht?

Sowohl das CETA als auch das Freihandelsabkommen zwischen der EU und Singapur sehen vor, dass Investoren alle bei innerstaatlichen Gerichten anhängigen Klagen zurückziehen müssen, bevor sie ein ISDS-Schiedsverfahren anstrengen; d. h., es gibt keinen Weg zurück („no u-turn approach“). Parallele Klagen sind somit unzulässig. Allerdings haben Investoren die Möglichkeit, zunächst bei innerstaatlichen Gerichten Ansprüche geltend zu machen (auch unter Ausschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs) und anschließend ein ISDS-Verfahren einzuleiten, wenn der Eindruck besteht, dass die von einem Mitgliedstaat [einschließlich der innerstaatlichen Gerichte] gewährte Behandlung nach wie vor nicht an die Mindestgarantien heranreicht, die die Investitionsschutzbestimmungen einer internationalen Übereinkunft vorsehen. Dieser Ansatz beruht auf der Überlegung, dass Investoren primär innerstaatliche Rechtsbehelfe in Anspruch nehmen sollten, was die potenzielle Anzahl der ISDS-Verfahren minimiert. Der im CETA und im Abkommen mit Singapur verfolgte Ansatz kommt dem Konzept sehr nahe, das die USA und Kanada traditionell in ihren eigenen bilateralen Investitionsabkommen verfolgen, ist mit diesen aber nicht ident.

In den meisten bilateralen Investitionsabkommen der Mitgliedstaaten sind die Beziehungen zwischen innerstaatlichen Gerichten und ISDS nicht geregelt, so dass der Investor freie Wahl hat, ob und in welcher Reihenfolge er innerstaatliche und internationale Rechtsmittel in Anspruch nimmt. Parallelklagen bei innerstaatlichen Gerichten und ISDS-Schiedsgerichten zum selben Sachverhalt sind hier somit möglich, während sie im CETA und im Freihandelsabkommen mit Singapur verboten sind. In manchen bilateralen Investitionsabkommen wird verlangt, dass zunächst die inländischen Rechtsmittel ausgeschöpft werden, bevor ein ISDS-Verfahren angestrengt wird, oder sie enthalten eine Gabelungsklausel („fork-in-the-road“), der zufolge sich Investoren verbindlich entweder auf den innerstaatlichen oder auf den internationalen Rechtsweg festlegen müssen.

Im CETA und im Freihandelsabkommen zwischen der EU und Singapur wird außerdem klargestellt, dass die ISDS-Schiedsgerichte (ausschließlich) das Abkommen und andere für die Vertragsparteien geltende völkerrechtliche Bestimmungen und Grundsätze anzuwenden haben. Innerstaatliches Recht (d. h. sowohl das Unionsrecht als auch das nationale Recht der Mitgliedstaaten) dürfen sie somit nicht anwenden. Allerdings enthalten das CETA und das Freihandelsabkommen mit Singapur keine expliziten Leitlinien für den Umgang mit innerstaatlichem Recht.

IV.3. Was sollte weiter verbessert werden?

Nur wenige Investitionsabkommen sehen vor, dass eine Klage vor einem ISDS-Schiedsgericht erst nach Erschöpfung des innerstaatlichen Instanzenwegs eingereicht werden kann. In einigen Abkommen wird diese Idee sogar ausdrücklich verworfen, unter anderem wegen der potenziellen Zunahme der Kosten und der Dauer der Streitbeilegung.

Der Vorschlag der EU sollte ein Verbot von Parallelklagen vorsehen, u. a. um Doppelentschädigungen für Investoren auszuschließen.

Dieses Ergebnis lässt sich auf verschiedenen Wegen erreichen:

- Ein einfacher Weg bestünde darin, durch eine Gabelungsklausel („fork-in-the-road“) die Investoren dazu zu verpflichten, sich direkt zu Beginn des Verfahrens endgültig entweder auf die ISDS-Streitbeilegung oder auf den innerstaatlichen Rechtsweg festzulegen. Ein Rechtsstreit könnte somit nicht mehr erst vor den innerstaatlichen Gerichten und anschließend vor ISDS-Schiedsgerichten geführt werden, wodurch sich Dauer und Kosten der Streitbeilegung verringern.
- Ein anderer möglicher Ansatz wäre es, die Investoren dazu zu verpflichten, auf ihr Recht auf Anrufung innerstaatlicher Gerichte zu verzichten, sobald sie ein ISDS-Verfahren anstrengen („no u-turn“). Der Vorteil dieser Option besteht darin, dass die Investoren nicht davon abgehalten werden, sich an die innerstaatlichen Gerichte zu wenden, womit die Zahl der potenziellen ISDS-Klagen begrenzt wird.

Je nach auszuhandelndem Abkommen kann man einen der beiden Ansätze oder eine Kombination aus beiden Ansätzen verwenden. Um die Vereinbarkeit des ISDS-Systems mit der Autonomie der Rechtsordnung der Union sicherzustellen, sollte im EU-Vorschlag über die oben genannten Ansätze hinaus die Relevanz des nationalen Rechts jeder Vertragspartei für die Zwecke der ISDS-Streitbeilegung klargestellt werden, indem Folgendes bekräftigt wird:

- Die ISDS-Schiedsgerichte sind nicht für die Anwendung nationalen Rechts zuständig;
- das nationale Recht wird von den ISDS-Schiedsgerichten nur als Faktum berücksichtigt, und
- Auslegungen nationalen Rechts durch ISDS-Schiedsgerichte sind für innerstaatliche Gerichte nicht bindend.

Ferner sollte im EU-Vorschlag deutlich gemacht werden, dass sich ein Gericht bei einer Auslegungsfrage, die das nationale Recht einer Vertragspartei betrifft, auf die relevante Rechtsprechung der innerstaatlichen Gerichte dieser Partei stützen muss.

V. TTIP UND DARÜBER HINAUS – SCHRITTE IN RICHTUNG EINES MULTILATERALEN SYSTEMS

Die dargelegten Vorschläge sollen den Weg in Richtung eines multilateralen Systems ebnen. Zur Erreichung dieses Ziels sollte die Entwicklung insbesondere in zwei Bereichen vorangetrieben werden.

Erstens sollte, wie in Abschnitt III erwähnt, ein bilateraler Berufungsmechanismus nicht nur in der TTIP festgeschrieben, sondern zum Standardbestandteil sämtlicher Handels- und Investitionsabkommen der EU mit anderen Verhandlungspartnern werden. Entsprechend sollten auch die Vorarbeiten zur Einrichtung einer mit Berufsrichtern besetzten Berufungsinstanz auf den Weg gebracht werden. Diese Instanz wäre dann für viele

Übereinkünfte und unterschiedliche Partner zuständig, beispielsweise auf der Grundlage eines „Opt-in“-Systems.

Zweitens wird bereits die Aufstellung einer Schiedsrichterliste dazu führen, dass sich das ISDS-System in Richtung eines ständigen Gerichts entwickelt. Eine noch weiter gehende Institutionalisierung des ISDS-Systems würde durch den Aufbau eines wirklichen Investitionsgerichts mit Berufsrichtern erreicht. Die Schaffung eines solchen Investitionsgerichts für jedes einzelne Abkommen der EU mit ISDS-Bestimmungen wäre allerdings zweifellos eine technische und organisatorische Herausforderung.

Daher sollte die EU die Einrichtung eines einzigen ständigen Gerichts anstreben. Dieses Gericht wäre auf der Grundlage eines „Opt-in“-Systems für viele Übereinkünfte und unterschiedliche Partner zuständig. Das Ziel wäre ein multilaterales Gericht, entweder als eigenständige internationale Einrichtung oder in eine bestehende multilaterale Organisation integriert. Die Vorarbeiten zur Einleitung dieses Prozesses – insbesondere Überlegungen über Aufbau, Organisation, Kosten und Beteiligung anderer Partner – sind bereits angelaufen.