

Warum wir ISDS in TTIP brauchen

Reinhard Quick*

Inhalt

A. Einführung	277
B. Begriffsbestimmungen	279
C. Einige Zahlen	280
D. Das fragmentierte Netz bilateraler Investitionsschutzabkommen – Versuche einer Konsolidierung auf multilateraler und EU-Ebene	281
E. Kritik	283
I. ISDS ist zwischen Rechtsstaaten nicht notwendig	283
II. Nationale Gerichte anstelle von Schiedsgerichten	284
F. Die ISDS-Konsultation der Kommission und die weiteren Schritte	286
G. Die Haltung der USA zu ISDS	288
H. TTIP bietet eine einmalige Gelegenheit zur Reform von ISDS	290
I. Materielle Reformen	290
II. Prozedurale Reformen	292
III. Revision	293
I. Schlussfolgerungen: Warum wir ISDS in TTIP brauchen	293

A. Einführung

Während der letzten 20 Jahre gab es zahlreiche Versuche, den transatlantischen Handel und die Investitionsbeziehungen zu beleben.¹ Alle diese Versuche trugen im Jahre 2013 Früchte, als die EU und die USA beschlossen, ein umfangreiches Freihandelsabkommen (Transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft – TTIP) auszuhandeln. Diese Entscheidung fand für kurze Zeit überwältigende politische Unterstützung. Die Begeisterung hielt jedoch nicht lange an, TTIP kam immer mehr in den Sog einer massiven Kritik, die insbesondere an dem Kürzel „ISDS“ entbrannte, also der Investor-Staat-Streitbeilegung. ISDS ermöglicht einem ausländischen Investor den Zugang zu einem internationalen Schiedsgericht, falls er der Auffassung ist, dass

* Prof. Dr. iur. Reinhard Quick LL.M. Überarbeiteter schriftlicher Beitrag für das 53. Kolloquium der Walter Raymond Stiftung der BDA, Berlin 15. und 16. März 2015. Der Beitrag gibt die persönliche Auffassung des Verfassers wieder.

1 Zum Beispiel: New Transatlantic Agenda (1995), Transatlantic Business Dialogue (1995), Transatlantic Economic Partnership (1998), Transatlantic Economic Council (2007), High Level Group on Growth and Jobs (2012).

der Gastgeberstaat die in dem Abkommen festgelegten Regeln für Investitionen verletzt hat. Wie der Name der neuen transatlantischen Partnerschaft bereits sagt, sollten die TTIP-Verhandlungen zu einem Investitionskapitel – einschließlich ISDS – führen. Dennoch sprechen sich politische Gruppen – insbesondere der linke Flügel der SPD, Gewerkschaften, Verbraucherverbände und andere nichtstaatliche Organisationen (NGOs)² – aus verschiedenen Gründen gegen die Aufnahme von ISDS in TTIP aus; Industrie, Wirtschaft und Teile der Wissenschaft unterstützen ISDS.³ Als Hauptkritikpunkt gegen ISDS wird vorgebracht, dass der Staat in der Konsequenz seine Regulierungsautonomie aufgibt, indem er ausländischen Investoren das Recht einräumt, Regulierungs- oder Gesetzgebungsakte vor einem Schiedsgericht außerhalb des nationalen Gerichtssystems anzugreifen. Es wird behauptet, dass der Staat nicht länger über die Autonomie für sozio-ökonomische Entscheidungen verfüge, da diese Entscheidungen von einem ausländischen Investor – als Verstoß gegen die in dem Abkommen getroffenen Investitionsregeln – angegriffen werden könnten. Als Begründung für ihre Argumente führen die Kritiker mehrere Fälle an, die allerdings noch nicht entschieden sind.⁴

Das vom EU-Ministerrat im Juni 2013 einstimmig angenommene Mandat⁵ für TTIP sieht ausdrücklich Verhandlungen im Bereich Investitionen – einschließlich ISDS – vor. Der Rat behält sich allerdings das Recht vor, eine endgültige Entscheidung erst nach sorgfältiger Analyse der Verhandlungsergebnisse zu treffen. In Anbetracht des starken Widerstandes gegen ISDS kann man die Frage stellen, ob es für die TTIP-Verhandlungen nicht besser wäre, dieses kontroverse Thema aufzugeben. Meine Antwort auf diese Frage ist ein kategorisches NEIN! Eine Reform von ISDS ist notwendig, und TTIP bietet eine einmalige Gelegenheit hierfür.

- 2 Siehe S&D Position: S&D Position Paper on Investor-state dispute settlement mechanisms in ongoing trade negotiations v. 4.3.2015, www.socialistsanddemocrats.eu/de/newsroom/sozialdemokraten-bekr%C3%A4ftigen-widerstand-gegen-private-schiedsstellen-handelsvertr%C3%A4gen (28.6.2015). Die Positionen von DGB und IG Metall, BEUC, EEB, sind auf den jeweiligen Webseiten dieser Organisationen zu finden. Auch die deutsche Presse steht TTIP sehr skeptisch gegenüber, siehe zum Beispiel *Buchter/Pinzler/Ucharius*, Was handeln wir uns da ein, *Die Zeit* v. 26.6.2014.
- 3 Siehe BDI, Schutz europäischer Investitionen im Ausland: Anforderungen an Investitionsabkommen der EU, März 2014; BDI, The „I“ in TTIP, September 2014; BDI, Investitionsschutzabkommen und Investor-Staat-Schiedsverfahren: Mythen, Fakten, Argumente, März 2015, alle abrufbar unter www.bdi.eu. Zur wissenschaftlichen Debatte siehe das Gutachten von *Tietje/Baetens*, The Impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership, Study prepared for the Minister for Foreign Trade and Development Cooperation, Ministry for Foreign Affairs, The Netherlands, Reference: MINBUZA-2014.78850 v. 24.6.2014; die Studien von *Pernice, Hindelang und Kuijper*, Europäisches Parlament, Investor-State Dispute Settlement (ISDS) Provisions in the EU's International Investment Agreements, Volume 2-Studies, PE 534.979, September 2014 oder den Vortrag von *Bungenberg*, Investitionsschutzrecht im Jahre 2015, http://www.mpipriv.de/files/pdf4/Bungenberg_MPI_IIL.pdf (28.6.2015).
- 4 Beispielsfälle: *Vattenfall gegen Deutschland*; *Lone Pine Resources Inc. gegen Kanada*; *Philip Morris Asia Limited gegen Australien*. Diese Fälle werden in dem Gutachten von *Tietje/Baetens*, (Fn. 3), S. 184 f. und 220 ff. beschrieben.
- 5 Ratsdokument Nr. 11103/13 v. 9.10.2014, <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11103-2013-DCL-1/en/pdf> (28.6.2015).

B. Begriffsbestimmungen

Investitionsschutzabkommen sind Völkerrechtsverträge, in denen sich zwei souveräne Staaten verpflichten, ausländischen Investoren einen bestimmten, im Abkommen festgelegten Schutz zu gewähren. Die Staaten sind völkerrechtlich verpflichtet, den Schutz einzuhalten. Diese Verpflichtung ist vertraglich festgelegt und demokratisch legitimiert. Sie schränkt staatliche Souveränität ein, denn souveräne Staaten haben das Recht, ihre Rechtsordnung jederzeit auch zulasten des ausländischen Investors zu ändern. Investitionsschutzabkommen verhindern also, dass souveräne Staaten diskriminierende Maßnahmen gegenüber ausländischen Investoren erlassen.⁶ Der Investitionsschutz wird entweder in bilateralen Investitionsschutzabkommen (BITs = *bilateral investment treaties*), festgeschrieben, er findet sich zum Beispiel aber auch in neuen Freihandelsabkommen, die ein Investitionskapitel enthalten, oder in plurilateralen Abkommen, wie der Energiecharta, die auch ein Investitionskapitel enthält.

Die wichtigsten Schutzstandards in BITs sind das Nichtdiskriminierungsprinzip, die Meistbegünstigung, der Schutz vor kompensationsloser direkter oder indirekter Enteignung, der Schutz vor unbilliger oder ungerechter Behandlung sowie eine Kapitaltransfergarantie.⁷ Das Nichtdiskriminierungsprinzip ist ein Grundprinzip von Investitionsschutzabkommen. Die Staaten verpflichten sich, ausländische Investoren genauso zu behandeln wie Investoren aus dem Inland. Das Meistbegünstigungsprinzip gewährt ausländischen Investoren die jeweils günstige Regelung, die das Gastland in einem BIT mit Drittstaaten vereinbart hat. Der Schutz vor Enteignung (ohne angemessene Entschädigung) ist ein weiteres Grundelement von Investitionsschutzverträgen. Es gilt bei direkten und indirekten Enteignungen. Auch die Pflicht zur fairen und angemessenen Behandlung ausländischer Investoren ist eine wichtige Investitionsschutzvorschrift. Diese Norm schützt ausländische Investoren vor einer willkürlichen, anstößigen, ungerechten oder anderweitig inakzeptablen Behandlung.

Die meisten BITs sehen Schiedsverfahren zur Schlichtung von Investitionsstreitigkeiten vor.⁸ Bei Vertragsverletzungen im Zielland der Investitionen ermöglichen sie dem Investor, direkt vor internationalen Schiedsgerichten zu klagen, ohne den Umweg über die gerichtlichen Instanzen des Ziellandes gehen zu müssen. Die Schiedssprüche sind endgültig und bindend. In den BITs wird die Schiedsgerichtsbarkeit festgelegt, meist unter Verweis auf existierende Institutionen, wie zum Beispiel das *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID). ICSID hat seinen Sitz in Washington und gehört der Weltbankgruppe an. Grundlage für die Arbeit von ICSID ist das ICSID-Übereinkommen aus dem Jahr 1966. Laut UNCTAD finden die meisten Schiedsverfahren auf Basis des ICSID-Rahmens Anwendung.⁹

Alternativen zu ICSID sind die *International Chamber of Commerce* (ICC) oder die *Stockholm Chamber of Commerce* (SCC). Auch die *United Nations Commission*

6 Siehe Tietje, Lassen wir so etwas ins europäische Haus?, FAZ v. 27.2.2015.

7 Mitteilung der Kommission, Auf dem Weg zu einer umfassenden europäischen Auslandsinvestitionspolitik, KOM (2010) 343 endg. v. 7.6.2010, S. 7-9.

8 Siehe hierzu BDI, Schutz europäischer Investitionen im Ausland, (Fn. 3), S. 10 ff.

9 UNCTAD, World Investment Report 2014, S. 126.

on *International Trade Law* (UNCITRAL) unterstützt die Durchführung von Schiedsverfahren. Die verschiedenen Institutionen stellen unterschiedliche Transparenzanforderungen an die Streitparteien. So hat UNCITRAL zum Beispiel sehr weitgehende Transparenzregeln für die Schiedsgerichtsbarkeit verabschiedet. Diesen Regeln zufolge erhält die Öffentlichkeit ein Einsichtsrecht in Unterlagen (Entscheidungen des Gerichts, Stellungnahmen der Parteien), ohne den Nachweis eines berechtigten Interesses erbringen zu müssen. Die mündlichen Verhandlungen sind öffentlich und die Zivilgesellschaft kann vor dem Schiedsgericht Stellungnahmen abgeben (*amicus curia*). Die UNCITRAL-Regeln traten am 1. April 2014 in Kraft und gelten für die BITs, die hiernach geschlossen werden, sofern sie einen Verweis auf diese Regeln enthalten.¹⁰

C. Einige Zahlen

Angesichts der jährlich von UNCTAD veröffentlichten Zahlen¹¹ überrascht die hitzige Debatte. Das Thema ist keineswegs neu. Weltweit bestehen 3.236 bilaterale Investitionsabkommen (BITs) oder sonstige internationale Investitionsabkommen (IIAs). Die Mitgliedstaaten der EU haben ca. 1.400 BITs¹² abgeschlossen. International ist Deutschland Spitzenreiter (134), gefolgt von China (130). In vielen dieser Abkommen wurde eine Entscheidung für ISDS getroffen. Der aktuelle Bericht von UNCTAD¹³ zeigt eine kontinuierlich steigende Anzahl von ISDS-Fällen auf (insgesamt 608) und nennt Zahlen über die Parteien mit den meisten ISDS-Klagen (EU 53 % im Vergleich zu den USA mit 22 %). Außerdem enthält der Bericht eine Statistik mit den Ergebnissen der Fälle, in denen bereits Entscheidungen getroffen wurden (37 % zugunsten des jeweiligen Staates, 25 % zugunsten des Investors und 26 % beigelegte Verfahren, 8 % der Verfahren wurden eingestellt, und in 2 % wurde ein Verstoß festgestellt, aber keine Entschädigung gewährt). Im World Investment Report 2014 werden ferner die Reformbemühungen für BITs auf nationaler, bilateraler und multilateraler Ebene angesprochen und auf die Bedeutung von sogenannten „Mega-Regionalen Übereinkommen“ wie TTIP, TPP (*Trans-Pacific Partnership*) und CETA (*Comprehensive Trade and Economic Agreement*) hingewiesen. Solche Abkommen, so der Bericht, können einen nützlichen Konsolidierungseffekt auf das fragmentierte Netz der BITs entfalten, und zwar dann, wenn sie die vorhandenen BITs ersetzen.¹⁴ Dies wäre in der EU der Fall, da die bestehenden BITs der EU-

10 Die Europäische Kommission hat im Januar 2015 einen Vorschlag für einen Beschluss des Rates vorgelegt, der, wenn verabschiedet, dazu führen würde, dass die neuen UNCITRAL Regeln auch für die vor 2014 in Kraft getretenen BITs der Mitgliedstaaten Gültigkeit erhielten, siehe KOM (2015) 21 final v. 29.1.2015.

11 UNCTAD, World Investment Report 2014, S. 114 ff.

12 Europäische Kommission, Fact Sheet: Investment Protection and Investor-to-State Dispute Settlement in EU Agreements, November 2013, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/november/tradoc_151916.pdf (28.6.2015), S. 4.

13 UNCTAD, Recent Trends in IIAs and ISDS, http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d1_en.pdf (28.6.2015).

14 UNCTAD, World Investment Report 2014, S. 121 f.

Mitgliedstaaten mit Kanada, Singapur und den USA von CETA, dem Singapur Freihandelsabkommen und TTIP abgelöst würden.¹⁵

D. Das fragmentierte Netz bilateraler Investitionsschutzabkommen – Versuche einer Konsolidierung auf multilateraler und EU-Ebene

Bisher sind alle Initiativen gescheitert, das fragmentierte Netz von BITs in ein multilaterales Rahmenwerk zu überführen. Schon vor Beginn der Uruguay-Runde setzten sich beispielsweise die USA im Jahre 1982 nachdrücklich für die Aufnahme von Dienstleistungen und Investitionen in den künftigen GATT-Verhandlungen ein.¹⁶ Obwohl in der Uruguay-Runde einige Fortschritte beim Thema Investitionen erzielt wurden (z.B. das TRIMS-Abkommen oder die breite Definition von Dienstleistungen, einschließlich dienstleistungsbezogener Investitionen), ist ein WTO-Investitionsabkommen auch heute noch in weiter Ferne. Die Verhandlungen der *Doha Development Agenda* (DDA) im Jahre 2001 begannen zwar mit einer umfassenden Agenda, in der sich auch die sogenannten Singapur-Themen¹⁷ wiederfanden, diese neuen Themen wurden mit Ausnahme der Handelserleichterung aber schon wieder auf der WTO-Ministerkonferenz im Jahre 2003 von der Agenda gestrichen. Nichts deutet darauf hin, dass die WTO-Mitglieder das Thema Investitionen erneut als Verhandlungsgegenstand in das Post-Bali-Arbeitsprogramm aufnehmen werden.

Der größte Rückschlag für ein multilaterales Investitionsinstrument war das Scheitern des OECD Multilateralen Abkommens über Investitionen (MAI) im Jahre 1998. Bei Aufnahme der Verhandlungen im Jahre 1995 wollten die OECD-Mitglieder ein Abkommen, das einen starken und umfassenden Rahmen für internationale Investitionen schaffen und den multilateralen Handel stärken sollte. Es sollten klare, konsistente und transparente Regeln für die Liberalisierung und den Schutz von Investoren, einschließlich eines Streitbeilegungsmechanismus, geschaffen werden.¹⁸ Die Gründe für das Scheitern des MAI sind bekannt: (a) Die Entscheidung Frankreichs, sich aus den Verhandlungen zurückzuziehen, (b) die NGO-Kampagne gegen das MAI, (c) die grundlegenden institutionellen Unterschiede zwischen den USA und der EU – wobei die Kommission eher zu einer Lösung im Rahmen der WTO als zu einem OECD-Abkommen neigte, und (d) der Mangel an hochrangiger politischer Unterstützung für die Verhandlungen als solche.

Die Versuche der USA, ein umfassendes Investitionsabkommen auf multilateraler Ebene zu erreichen, waren zwar nicht sehr erfolgreich. Dennoch veränderten die USA

15 VO (EU) Nr. 1219/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 12.12.2012 zur Einführung einer Übergangsregelung für bilaterale Investitionsschutzabkommen zwischen den Mitgliedstaaten und Drittländern, ABl. L 351 v. 20.12.2012, S. 40.

16 Croome, *Reshaping the World Trading System*, 1995, S. 16.

17 Investitionen, Wettbewerbsrecht, Regierungskäufe und Handelserleichterungen.

18 Siehe <http://www1.oecd.org/daf/mai/htm/cmitcime95.htm> (28.6.2015): „*would provide a strong and comprehensive framework for international investment and would strengthen the multilateral trading regime. It would set clear, consistent and transparent rules on liberalization and investor protection, with dispute settlement*“.

die politische Landschaft mit dem NAFTA-Abkommen, das im Jahr 1994 in Kraft trat. Vor NAFTA wurden BITs vor allem zwischen Industriestaaten und Entwicklungsländern abgeschlossen und umfassten Schutzstandards für die Zeit nach der Niederlassung (*post-establishment rules*). NAFTA enthält nicht nur die traditionellen Standards für den Schutz von Investitionen, sondern auch bindende Verpflichtungen mit Hinblick auf den Marktzugang.¹⁹ Im Rahmen von NAFTA genießen Investoren somit einen höheren Schutz als in herkömmlichen BITs. Kapitel 11 NAFTA enthält Regeln für ISDS. Seit dem NAFTA-Abkommen wächst die Anzahl von BITs nach NAFTA-Vorbild sowohl zwischen Industrie- und Entwicklungs- und Schwellenländern als auch zwischen Industrieländern.²⁰

Mit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon im Jahre 2009 ist die Kompetenz für ausländische Direktinvestitionen auf die Europäische Union übergegangen. Der Kompetenzübergang von den Mitgliedstaaten auf die Europäische Union war ein langer und schwieriger Prozess.²¹ Einige Mitgliedstaaten (darunter Deutschland, Großbritannien und Frankreich) stemmten sich noch während der Verhandlungen zum Verfassungsvertrag (2003/2004) vehement gegen die Kompetenzübertragung, verzichteten aber auf ihre Einwände beim Abschluss des Vertrags von Lissabon. Mit der neuen Kompetenz ausgestattet, hat die Kommission Freihandelsabkommen mit Investitionskapiteln einschließlich ISDS mit Singapur und Kanada verhandelt. Ferner verhandelt die Kommission derzeit ein Investitionsabkommen mit China. Dennoch bleiben Investitionsfragen zwischen den Mitgliedstaaten und der Kommission kontrovers. Dies zeigen die schwierigen Ratsdiskussionen über zwei EU-Verordnungen, die sich mit den Folgen der Kompetenzübertragung beschäftigen.²² Auch die Initiative der Barroso-Kommission, ein Gutachten beim Europäischen Gerichtshof zu beantragen, mit dem geklärt werden soll, ob das Singapur-Abkommen ein gemischtes Abkommen ist und ob es zu dessen Ratifizierung neben der Zustimmung von Ministerrat und Europäischem Parlament noch einer Zustimmung der nationalen Parlamente der Mitgliedstaaten bedarf, macht die derzeitigen Spannungen deutlich.²³ Es ist noch immer höchst kontrovers, wie weit die Übertragung von Kompetenzen mit Hinblick auf Investitionen wirklich geht.²⁴ In der Literatur werden die Freihandelsabkommen wie

19 Siehe *Gugler/Tomsik*, The North American and European Approaches in the International Investment Agreements, *Transnational Dispute Management* 4 (2007), S. 1 ff.

20 Siehe UNCTAD, *World Investment Report* 2014, S. 115.

21 Für einen Überblick über diese Entwicklungen siehe *Johannson*, Die Kompetenz der Europäischen Union für ausländische Direktinvestitionen nach dem Vertrag von Lissabon, *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht*, Heft 90, 2009.

22 Siehe VO (EU) Nr. 1219/2012, ABl. L 351 v. 20.12.2012, S. 40 und VO (EU) Nr. 912/2014, ABl. L 257 v. 28.8.2014, S. 121.

23 Europäische Kommission, *Singapore: The Commission to Request a Court of Justice Opinion on the trade deal*, Pressemitteilung IP/14/1235 v. 30.10.2014.

24 Auch der von der Kommission vorgelegte Vorschlag für einen Beschluss des Rates hinsichtlich der Umsetzung der UNCITRAL-Transparenzregeln, (Fn. 10), führt laut Insiderberichten im Handelspolitischen Ausschuss des Rats zu erheblichen Widerständen seitens der Mitgliedstaaten.

das mit Singapur als „gemischte Abkommen“ angesehen.²⁵ Sie bedürfen daher auch der nationalen Ratifizierung. Insbesondere die letztgenannte Voraussetzung ist politisch schwierig, da bei nur einer einzigen „Nicht-Ratifizierung“ das gesamte Abkommen ungültig würde.

Neun Mitgliedstaaten der Europäischen Union haben bilaterale Abkommen mit den USA einschließlich ISDS abgeschlossen.²⁶ Grundsätzlich werden diese BITs auslaufen, sollte TTIP ein Investitionskapitel enthalten. Derzeit erfahren europäische Investoren aber hinsichtlich ISDS eine unterschiedliche Behandlung und zwar dergestalt, ob ihr Heimatland ein BIT mit den USA abgeschlossen hat oder nicht. Kann die Kommission – als der Motor der europäischen Integration – hinnehmen, dass deutsche oder französische Investoren gegenüber den USA nicht über dieselben Rechte verfügen wie polnische oder tschechische Investoren? Ist die Kommission nicht dazu verpflichtet, sich in den laufenden TTIP-Verhandlungen für dieselben Rechte für alle europäischen Investoren einzusetzen? Eine derartige „Harmonisierungsanforderung“ wäre die logische Konsequenz der Übertragung der Kompetenz für ausländische Direktinvestitionen von den Mitgliedstaaten auf die Europäische Union – und sie scheint auch nicht gegen die Grundsätze von Art. 207 Abs. 6 AEUV zu verstößen.²⁷ Im Herbst 2014 haben sich vierzehn nationale Minister gegenüber der Kommission für ein TTIP-Abkommen mit einem Investitionsschutzkapitel eingesetzt. Sollte TTIP aber kein Investitionskapitel mit ISDS enthalten, ist es fraglich, ob die BITs einiger EU-Mitgliedstaaten mit den USA überhaupt ungültig werden.²⁸

E. Kritik

I. ISDS ist zwischen Rechtsstaaten nicht notwendig

Zahlreiche Kritiker von ISDS vertreten die Ansicht, dass ISDS zwischen Staaten, deren Rechtssysteme auf dem Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit beruhen, nicht notwendig sei. Auch die Bundesregierung teilte diese Ansicht noch bis vor kurzem.²⁹ Wie oben bereits erwähnt, genießen ausländische Investoren auch in Rechtsstaaten nicht immer

25 *Johannson*, (Fn. 21); siehe auch *Tietje*, Die Außenwirtschaftsverfassung der EU nach dem Vertrag von Lissabon, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht Heft 83, 2009, S. 11.

26 Bulgarien, Tschechien, Slowakei, Rumänien, Estland, Bulgarien, Lettland, Kroatien, Litauen, siehe Investment Treaties Currently in Force, http://tcc.export.gov/Trade_Agreements/Bilateral_Investment_Treaties/index.asp (28.6.2015).

27 Siehe hierzu *Tietje*, (Fn. 25), S. 11.

28 So auch Kommissarin *Malmström* in ihrer Rede vor dem INTA-Ausschuss des Europäischen Parlaments am 18.3.2015, <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1279> (28.6.2015).

29 Brief von Bundesminister *Gabriel* an Kommissar *de Gucht* v. 26.3.2014. So auch die Aussage von Staatssekretärin *Zypries* vor dem Bundestag am 13.3.2014: „Wir sind zurzeit im Konsultationsverfahren und setzen uns dafür ein, dass die Schiedsgerichtsverfahren nicht in den Vertrag aufgenommen werden. Dafür arbeiten wir, und wir wären für Unterstützung dankbar“. Deutscher Bundestag, 18. Wahlperiode, 19. Sitzung, Fragestunde v. 12.3.2014, <http://dipbt.bundestag.de/doc/btp/18/18019.pdf> (28.6.2015), S. 1471.

denselben Schutz wie inländische Investoren.³⁰ Ferner lässt dieses Argument außer Acht, dass BITs mit ISDS auch zwischen Rechtsstaaten existieren. Deutschland ist hier ein gutes Beispiel, denn es bestehen zahlreiche BITs zwischen Deutschland und EU-Mitgliedstaaten.³¹ Diese BITs sind zwar noch vor dem Beitritt dieser Staaten zur EU in Kraft getreten, dennoch stellt sich die Frage, warum Deutschland nicht zwischenzeitlich diese BITs aufgekündigt hat. Anscheinend ist es für Deutschland annehmbar, dass ein polnischer Investor selbst heute noch das Recht hat, ISDS anzurufen – während diese Möglichkeit für einen US-Investor als unnötig erachtet wird. Außerdem würde sich eine Unterscheidung zwischen Ländern aufgrund ihrer Rechtssysteme nicht nur als politisch schwierig erweisen. Dieser Ansatz wäre auch kontraproduktiv für künftige Investitionsverhandlungen der EU (China, Indien, Myanmar).³²

II. Nationale Gerichte anstelle von Schiedsgerichten

Neben dem Argument der Rechtsstaatlichkeit fordern Kritiker, dass nationale Gerichte anstelle von Schiedsgerichten darüber entscheiden sollen, ob eine Vertragsverletzung vorliegt und ob der ausländische Investor hieraus einen Anspruch auf Schadenersatz geltend machen kann. ISDS ist in die Kritik geraten, weil die Schiedssprüche nicht von unabhängigen Richtern, sondern von „privaten“ Schiedsrichtern erlassen würden, deren Unparteilichkeit in Frage gestellt wird. Ferner wird vorgetragen, dass ISDS-Schiedsrichter die Gültigkeit von Rechtsakten prüfen und somit eine Funktion wahrnehmen, die üblicherweise den nationalen Gerichten vorbehalten ist. Diese Argumentation verkennt allerdings, dass zahlreiche internationale Abkommen – darunter WTO und andere FTAs – auch einen Streitbeilegungsmechanismus enthalten. Diese Abkommen übertragen Entscheidungen über Rechtsakte von Staaten an Einrichtungen außerhalb des nationalen Gerichtssystems. Die Übertragung der Entscheidungsgewalt an eine besonders zu diesem Zweck geschaffene Einrichtung ist in internationalen Beziehungen somit nichts Außergewöhnliches. Einen Unterschied gibt es allerdings: Die Streitbeilegungen in den oben genannten Abkommen finden zwischen Staaten statt, während ISDS dem ausländischen Investor die Möglichkeit einräumt, ein Schiedsverfahren gegen einen Staat einzuleiten.

30 Siehe *Schill*, Internationaler Investitionsschutz und Verfassungsrecht, Verfassungsblog v. 14.5.2014.

31 So sind folgende BITs Deutschland mit Mitgliedstaaten der EU noch heute in Kraft: Bulgarien (1988), Kroatien (2000), Tschechien (1992), Estland (1992), Griechenland (1963), Ungarn (1987), Lettland (1996), Litauen (1997), Malta (1975), Portugal (1982), Polen (1991), Rumänien (1998), Slowakei (1992) und Slowenien (1998); siehe Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Übersicht über bilaterale Investitionsförderungs- und -schutzverträge der Bundesrepublik Deutschland v. 21.11.2014, www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/B/bilaterale-investitionsfoerderungs-und-schutzvertraege-IFV,property=pdf,bereich=bmwi,sprache=de,rwb=true.pdf (28.6.2015).

32 Die Gründe, warum Südafrika seine bilateralen BITs mit EU-Mitgliedstaaten gekündigt hat, liegen im Bereich der Spekulation, allerdings kann nicht ausgeschlossen werden, dass die kritische europäische Debatte hierfür mit ausschlaggebend war.

In seiner Rede vor dem Europäischen Parlament am 15. Juli 2014 kritisierte der designierte Kommissionspräsident *Jean-Claude Juncker* ISDS wie folgt:

„nor will I accept that the jurisdiction of courts in the EU Member States is limited by special regimes for investor disputes“.³³

Diese Aussage überrascht. Wenn ein internationales Abkommen ein spezifisches Streitbeilegungssystem vorsieht, um über die Legalität bestimmter Rechtsakte eines Staates zu entscheiden, bilden diese Regeln des Abkommens als solche keine Einschränkung der Rechtsprechung durch die nationalen Gerichte. Solche Einschränkungen werden vielmehr im Abkommen selbst festgelegt oder vom Gesetzgeber eingeführt, wenn er über die Innenwirkung des Völkerrechts im nationalen Recht entscheidet. Der ausländische Investor hat immer die Möglichkeit, seine Ansprüche gegen das Gastgeberland vor nationalen Gerichten zu erstreiten, und er hat zusätzlich auf Basis des Investitionsschutzabkommens die Möglichkeit, seine Ansprüche vor einem Schiedsgericht einzuklagen. Die nationalen Gerichte legen nationales Recht aus, sie können aber auch Völkerrecht anwenden, sofern das nationale Recht dies vorsieht. Die Schiedsgerichte hingegen wenden Völkerrecht an. Diese Unterscheidung wird in der derzeitigen Debatte über ISDS in Deutschland häufig außer Acht gelassen.

Sollte TTIP nationale Gerichte für zuständig erklären, müssten diese Gerichte dazu ermächtigt werden, das internationale Abkommen anzuwenden und zu entscheiden, ob das Gastgeberland die Investitionsschutzstandards des Abkommens verletzt hat. Gemäß Art. 216 Abs. 2 AEUV binden die von der Union geschlossenen Übereinkünfte die Organe der Union und ihre Mitgliedstaaten. Folglich können sich die Streitparteien grundsätzlich auf diese Abkommen in Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof oder vor den nationalen Gerichten berufen. Voraussetzung hierfür ist aber, dass diese Abkommen „unmittelbar anwendbar“³⁴ sind – und hierin liegt das Problem. Bislang ist die Praxis der EU problematisch. Der Europäische Gerichtshof hat für einige bilaterale Abkommen zwar eine „unmittelbare Wirkung“ anerkannt³⁵ und deutlich gemacht, dass es den Vertragsparteien frei steht, die Innenwirkung des Abkommens im nationalen Recht festzulegen.³⁶ Gerade in jüngsten Handelsabkommen schließen die Vertragsparteien aber die unmittelbare Anwendung in dem Abkommen direkt aus³⁷ oder sie schließen die unmittelbare Anwendbarkeit im Ratifi-

33 *Juncker*, Ein neuer Start für Europa, Straßburg, SPEECH/14/567 v. 15.7.2014.

34 Zum Thema „Unmittelbare Anwendbarkeit“ siehe *Pernice*, International Investment Agreements and EU Law, in: Europäisches Parlament, Investor-State Dispute Settlement (ISDS) Provisions in the EU's International Investment Agreements, Volume 2-Studies, PE 534.979, September 2014, S. 136 ff.

35 Siehe z.B. EuGH, Rs. C-265/03, *Symutenkov*, ECLI:EU:C:2005:213.

36 In EuGH, Rs. C-366/10, *ETS Flugverkehr*, ECLI:EU:C:2011:864, Rdnr. 49 sagt der EuGH: „Zunächst ist festzustellen, dass es den Organen der Union, die für das Aushandeln und den Abschluss eines internationalen Abkommens zuständig sind, nach den Grundsätzen des Völkerrechts unbenommen bleibt, mit den betreffenden Drittländern zu vereinbaren, welche Wirkungen die Bestimmungen dieses Abkommens in der internen Rechtsordnung der Vertragsparteien haben sollen“.

37 CETA Art. 14.16 im Kapitel zur Streitbeilegung.

zierungsprozess aus.³⁸ All diese Hinweise machen deutlich, dass weder die Kommission noch der Ministerrat wollen, dass sich natürliche oder juristische Personen vor nationalen Gerichten auf diese Abkommen berufen können. Somit stellt sich die Frage, warum gerade einige Mitgliedstaaten oder auch der Präsident der Kommission in der Diskussion über TTIP-ISDS so sehr auf der Kompetenz der nationalen Gerichte pochen, wenn sie selbst entweder als Verhandlungspartner oder als Gesetzgeber die unmittelbare Anwendbarkeit verneinen.³⁹ In all diesen Fällen können sich ausländische Investoren vor nationalen Gerichten also nicht auf den Vertrag berufen. Auch die Rechtsprechung des EuGH wird gerade bei Handelsabkommen, aber auch in anderen Fällen, hinsichtlich der „unmittelbaren Anwendung“ immer restriktiver.⁴⁰

Somit kann festgehalten werden: Damit ein Investitionskapitel von TTIP vor nationalen Gerichten durchsetzbar wird, müsste die EU gewährleisten, dass dieses Kapitel eine „direkte Wirkung“ hat. Aber selbst wenn nationale Gerichte ermächtigt würden, über Investor-Staat-Streitfälle zu entscheiden, stellt sich die weitere Frage, ob diese Lösung tatsächlich einer internationalen Schiedsgerichtsbarkeit vorzuziehen ist. *Tietje* und *Baetens* und auch der US-Handelsbeauftragte (USTR) stellen die Unparteilichkeit nationaler Gerichte in hochpolitischen ISDS-Fällen in Frage.⁴¹ Die zentrale Frage bei ISDS scheint daher nicht die unmittelbaren Anwendbarkeit zu sein, sondern vielmehr, ob sich die EU und die USA auf eine umfassende Reform von ISDS einigen können.

F. Die ISDS-Konsultation der Kommission und die weiteren Schritte

Angesichts der öffentlichen Debatte um ISDS in der EU hat die Europäische Kommission im Jahre 2014 eine öffentliche Konsultation durchgeführt. Dazu wurden Fragen zur Beantwortung gestellt, die auf die Investitionsschutzvorschriften des EU-Kanada-Freihandelsabkommens (CETA) Bezug nehmen. Es geht um die grundsätzliche Fragestellung zwischen dem Schutz des Investors und der Regulierungsautonomie, also der Wahrung des Rechts sowie der Fähigkeit der EU und der Mitgliedstaaten, Regelungen im öffentlichen Interesse zu erlassen. Die einzelnen Fragen der Konsultation beziehen sich auf die Ausgestaltung der Schutzstandards, aber auch auf andere Maßnahmen, wie zum Beispiel auf die Regulierungsautonomie, auf die Transparenz der ISDS-Verfahren, auf ethische Anforderungen an Schiedsrichter sowie auf eine mögliche Revisionsinstanz.

38 Art. 8 des Ratsbeschlusses 2011/265 EU über die vorläufige Anwendung des Korea Abkommens, ABl. L 127 v. 14.5.2011, S. 3, lautet: „Das Abkommen ist nicht so auszulegen, als begründe es Rechte oder Pflichten, die vor Gerichten der Union oder der Mitgliedstaaten unmittelbar geltend gemacht werden können“.

39 Siehe *Bronckers*, Schizophrenia in the EU about International Law (ISDS etc.), Leiden Law Blog v. 20.1.2015; siehe auch *Weiler*, European Hypocrisy and ISDS, EJIL Talk v. 21.1.2015.

40 Siehe hierzu *Pernice*, (Fn. 34), S. 137 und *Bronckers*, (Fn. 39).

41 Siehe *Tietje/Baetens*, (Fn. 4), Rdnr. 135, S. 68; USTR, Fact Sheet zu ISDS, <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/fact-sheets/2015/march/investor-state-dispute-settlement-isds> (28.6.2015).

Die Europäische Kommission veröffentlichte am 13. Januar 2015 ihre Auswertung der fast 150.000 online eingereichten Antworten. Der Bericht der Kommission enthält eine detaillierte Auswertung aller Antworten.⁴² Kommissarin *Cecilia Malmström* wird wie folgt zitiert:

„Aus der Konsultation geht klar hervor, dass gegenüber dem Instrument der ISDS äußerste Skepsis herrscht“.⁴³

Außerdem enthalten die meisten dieser Abkommen nicht die Art Garantien, die sich die EU vorstellt. Die Kommission führt aus, dass viele konstruktive Vorschläge für eine Reform von ISDS eingegangen seien, und betont, dass die alten BITs in Kraft blieben, sollte es nicht gelingen, sie durch modernere Bestimmungen zu ersetzen. Die Kommission betont, dass die allermeisten Antworten, etwa 97 %, über verschiedene Onlineplattformen von Interessengruppen übermittelt wurden, auf denen negative Antworten vorformuliert waren. Es gab individuelle Antworten von über 3.000 Personen und etwa 450 Organisationen (NGOs, Unternehmensverbände, Gewerkschaften, Verbraucherverbände, Anwaltskanzleien und wissenschaftliche Einrichtungen).

Die Kommission teilt die Antworten in drei Kategorien ein:

- Antworten, in denen allgemeine Ablehnung der TTIP oder allgemeine Bedenken dagegen geäußert werden;
- Antworten, in denen der Investitionsschutz als solcher oder ISDS im Rahmen der TTIP abgelehnt oder allgemeine Besorgnis darüber geäußert wird;
- Antworten mit ausführlichen Stellungnahmen zum vorgeschlagenen Ansatz der EU, die ein breites, vielfältiges Meinungsspektrum widerspiegeln.

Die Kommission sieht bei folgenden Punkten weiteren Klärungsbedarf:

- der Schutz des Regelungsrechts,
- die Einrichtung und die Funktion von Schiedsgerichten,
- das Verhältnis zwischen der innerstaatlichen Justiz und der ISDS,
- die Überprüfung der rechtlichen Korrektheit von Entscheidungen im Rahmen der ISDS durch einen Berufungsmechanismus.

Am 18. März 2015 hat Kommissarin *Malmström* vor dem Handelsausschuss des Europäischen Parlaments die vier zentralen Punkte erläutert und mögliche Lösungsvorschläge erörtert:⁴⁴ Erstens sollen in TTIP die Regulierungsautonomie der Staaten klargestellt und die Schutzstandards präzise definiert werden. Zweitens sollen die Regierungen eine Liste mit vertrauenswürdigen Schlichtern erstellen, die bei allen Streitigkeiten zum Einsatz kommen sollen. Es soll zunächst kein ständiges Gericht eingerichtet werden, ein Investitionsgerichtshof steht als mittelfristige Option aber zur Diskussion. Drittens soll ein Berufungsgremium mit ständigen Mitgliedern im Rah-

42 Siehe Commission Staff Working Document, Report on the Online Public Consultation on Investment protection and Investor-to-State Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement (TTIP), COM SWD (2015) 3 final v. 13.1.2015.

43 Siehe Europäische Kommission, Bericht über Konsultation zum Thema Investitionsschutz in den Handelsgesprächen mit den USA, Pressemitteilung IP/15/3201 v. 13.1.2015.

44 Rede von Kommissarin *Malmström* (Fn. 28).

men von TTIP eingerichtet werden. Viertens soll das Verhältnis zwischen nationalen Gerichtssystemen und Investitionsschiedsgerichtsbarkeit klar definiert werden. *Malmström* weist darauf hin, dass ISDS in TTIP modernisiert werden muss, damit TTIP Präcedenzwirkung auf andere Abkommen entfalten kann.

Im Mai 2015 hat die Kommission ein Konzeptpapier zu ISDS vorgelegt, das Vorschläge zu den oben erwähnten klärungsbedürftigen Punkten enthält:⁴⁵

- Schutz des Regelungsrechts: Das „*right to regulate*“ soll Eingang in den Abkommenstext finden. Dabei soll klar gestellt werden, dass Regierungen und Gesetzgeber auf nationaler Ebene Gesetze und Verordnung im Interesse des Allgemeinwohls erlassen können, und zwar in dem Maße, wie es ihnen angemessen erscheint. Die engen und präzisen Definitionen für eine „indirekte Enteignung“ und „faire und billige Behandlung“, die im Abkommen mit Kanada (CETA) verhandelt worden sind, sollen Vorbild für andere Investitionsschutzverträge sein, um die Rechtssicherheit in den Verfahren zu erhöhen und Missbräuchen vorzubeugen.
- Zusammensetzung, Arbeitsweise und Neutralität der Schiedsgerichte: Es sollen nur jene Schiedsrichter für die Verfahren ausgewählt werden, die in einer von den Vertragsparteien erstellten Liste aufgeführt sind. Um die Qualifikation der Schiedsrichter sicherzustellen, sollen Eignung zum Richteramt im jeweiligen Herkunftsland und völkerrechtliche Expertise Voraussetzung für die Aufnahme in die Liste sein. Die Schiedsrichter müssen einen „*Code of Conduct*“ befolgen, um Interessenskonflikte auszuschließen und die Neutralität sicherzustellen.
- Verhältnis nationaler Rechtssysteme zu Investor-Staats-Schiedsverfahren: Hier geht es um die Frage, ob der Investor parallel vor einem nationalen Gericht und vor einem Schiedsgericht klagen kann und ob dies verhindert werden sollte. Dies könnte dadurch erreicht werden, dass sich der Investor vor Einreichen der Klage entscheiden muss, ob er den nationalen Rechtsweg oder den Weg des Schiedsgerichts wählt („*fork-in-the-road-approach*“). Alternativ könnte der Investor gezwungen werden, auf das Recht zu verzichten, den nationalen Rechtsweg zu beschreiten, wenn er ein Schiedsgericht anruft.
- Einführung eines Berufungsmechanismus bei Schiedsverfahren: Investitionsschutzabkommen sollten Berufungsinstanzen vorsehen, die sich am Streitschlichtungsgremium der WTO (*WTO Appellate Body*) orientieren sollen. Diesem Gremium könnten sieben ständige Mitglieder angehören (zwei aus jeder Vertragspartei, vier Richter mit anderen Nationalitäten). Die TTIP-Berufungsinstanz könnte der Vorläufer eines internationalen Investitionsgerichts darstellen.

G. Die Haltung der USA zu ISDS

Die USA reagieren auf die hitzige ISDS-Diskussion in Europa mit unaufgeregter, aber fester Diplomatie, indem sie feststellen, dass zum gegenwärtigen Stand der Verhand-

45 Europäische Kommission, Concept Paper, Investment in TTIP and Beyond – The path for Reform, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF (28.6.2015).

lungen ISDS nicht ausgeschlossen werden sollte.⁴⁶ Auch warnen sie davor, dass zu viele öffentlich ausgesprochene Ablehnungen bestimmter Verhandlungsthemen, sogenannte Rote Linien, nicht förderlich seien, um ein für alle Beteiligten zufriedenstellendes Ergebnis zu erzielen. Im März 2015 veröffentlichte der US-Handelsbeauftragte ein *Fact Sheet* zu ISDS, in dem einige der von ISDS-Gegnern vorgebrachten Kritikpunkte zurückgewiesen und die Bedeutung von ISDS für die USA deutlich gemacht werden:⁴⁷

- *Because of the safeguards in U.S. agreements and because of the high standards of our legal system, foreign investors rarely pursue arbitration against the United States and have never been successful when they have done so.*
- *The most significant concern that critics raise is about the potential impact of ISDS rulings on the ability of governments to regulate. Those concerns are why we have been at the leading edge of reforming and upgrading ISDS. The United States has taken important steps to ensure that our agreements are carefully crafted both to preserve governments' right to regulate and minimize abuse of the ISDS process.*
- *ISDS arbitration is needed because the potential for bias can be high in situations where a foreign investor is seeking to redress injury in a domestic court, especially against the government itself. While countries with weak legal institutions are frequent respondents in ISDS cases, American investors have also faced cases of bias or insufficient legal remedies in countries with well-developed legal institutions. Moreover, ISDS can be of particular benefit to small and medium-sized enterprises, which often lack the resources or expertise to navigate foreign legal systems and seek redress for injury at the hands of a foreign government. Indeed, SMEs and individuals have accounted for about half of all cases brought under international arbitration.*

Vergleicht man die Reaktion der Politik auf die ISDS-Diskussion in den USA und der EU, so stellt man fest, dass ISDS-Kritik und Problembereiche von beiden Seiten anerkannt werden. Allerdings könnte die Reaktion auf die Kritik nicht unterschiedlicher ausfallen. Europa kämpft mit ISDS, und es ist nicht auszuschließen, dass die Abkommen mit Kanada und Singapur an ISDS scheitern werden und Europa sich bei TTIP gezwungen sieht, ISDS auszuklammern. Die Politik in Europa versucht, Reformen aus einer Defensivposition heraus zu begründen, während die USA die Probleme offensiv angehen und der ISDS-Kritik mit materiellen und prozeduralen Reformen auf Basis des US Modell BITs⁴⁸ und des oben erwähnten *USTR Fact Sheets* begegnen. Der neue Ansatz der Kommission gibt zumindest Anlass zur Hoffnung, dass die TTIP-Verhandlungen über Investitionen und ISDS bald aufgenommen werden können.

46 Siehe Pop, An American in Strasbourg: US Ambassador woos MEPs on Trade Pact, EU Observer v. 23.10.2014.

47 Siehe <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/fact-sheets/2015/march/investor-state-dispute-settlement-isds> (28.6.2015).

48 US Model BIT, www.ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf (28.6.2015).

H. TTIP bietet eine einmalige Gelegenheit zur Reform von ISDS

Die Herausforderungen für eine Reform sind gewaltig: (a) Bei einigen wenigen ISDS-Fällen geht es um hochsensible politische Themen (z.B. Ausstieg aus der Kernenergie), (b) die Fragmentierung der BITs kann zu Inkonsistenzen zwischen den Ergebnissen von Schiedssprüchen infolge der unterschiedlichen materiellen Verpflichtungen der jeweiligen BITs führen, sowie (c) die Vielzahl der potentiellen ad-hoc-Schiedsverfahren und deren unterschiedliche Transparenzanforderungen. Erwägenswert wären vor diesem Hintergrund folgende Lösungen: (a) eine multilaterale Lösung, also ein multilaterales Investitionsschutzabkommen, das materielle Schutzstandards und eine Streitbeilegung festlegt. Diese Lösung wird kurzfristig nicht durchsetzbar sein, denn die WTO wird, wie oben dargestellt, das Thema Investitionen nicht aufgreifen. Eine andere, durchaus radikale Lösung wäre (b) die Aufkündigung aller BITs oder die schrittweise Reform derselben. Die Aufkündigung aller BITs könnte zwar den Kritikern von Investitionsschutz und ISDS gefallen. Aus politischer Sicht ist sie aber wenig realistisch. Die Reform der über 3.000 existierenden BITs ist sicherlich ebenso aufwendig wie die Verhandlungen über ein multilaterales Investitionsabkommen. Eine andere und vielversprechendere Lösung wäre daher (c) eine ISDS-Reform innerhalb von TTIP. Falls sich der letztgenannte Ansatz als erfolgreich erweist, könnte er zu einem Katalysator für weitere bilaterale und multilaterale Reformen werden.

Im Hintergrundpapier zur öffentlichen Konsultation erläutert die Kommission⁴⁹ umfassend die den zwölf Fragen zugrunde liegenden Themen, unter anderen: (a) Definitionen von „Investition“ und „Investor“; (b) Recht auf Regulierung; (c) Klärung der grundlegenden Schutzstandards des Investorenschutzes, insbesondere „faire und angemessene Behandlung“ und „indirekte Enteignung“; (d) das Verhältnis zwischen ISDS und nationalen Gerichten; (e) Transparenz von ISDS-Verfahren; (f) Qualifizierung von und Verhaltenskodex für Schiedsrichter; (g) Verhinderung ungerechtfertigter Klagen („*frivolous claims*“); (h) Interpretationen der Vertragsparteien zur Auslegung des Abkommens und (i) Einführung eines Berufungsmechanismus. Im Folgenden sollen auf Basis der Abkommen mit Kanada und Singapur sowie des US Modell BIT und des oben erwähnten *USTR Fact Sheets* die wichtigsten Reformvorschläge diskutiert werden.

I. Materielle Reformen

Schon die Präambel des CETA-Abkommens enthält einen Hinweis auf die Regulierungsautonomie der Vertragsparteien.⁵⁰ Auch die USA betonen die Regulierungsau-

49 Europäische Kommission, Public consultation on modalities for investment protection and ISDS in TTIP, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/march/tradoc_152280.pdf (28.6.2015).

50 Der entsprechende Paragraph der CETA-Präambel lautet: „*Recognizing that the provisions of this agreement preserves the right to regulate within their territories and resolving to preserve their flexibilities to achieve legitimate policy objectives, such as public health, safety, environment public morals and the promotion and protection of cultural diversity.*“

tonomie in ihrem *Fact Sheet*. Die Schutzstandards werden genauer definiert, insbesondere die Begriffe „Enteignung“ sowie „faire und angemessene Behandlung“. Die Enteignungsvorschriften von CETA (Art. X.11 Investitionskapitel) und dem US Modell BIT (Art. 6) entsprechen sich: Direkte Enteignungen sind möglich, wenn die Maßnahme im öffentlichen Interesse liegt, nicht-diskriminierend ist, unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten durchgeführt sowie zügig, angemessen und effektiv kompensiert wird. „Indirekte Enteignungen“ können problematischer sein – insbesondere dann, wenn sie (*de facto*) die Folge eines gesetzgeberischen Aktes sind. Auch hier enthalten beide Abkommen eine sehr ähnliche Definition für eine „indirekte Enteignung“.⁵¹ CETA geht noch einen Schritt weiter und erläutert, dass eine nicht-diskriminierend vorgenommene Gesetzesänderung in der Verfolgung legitimer öffentlicher Interessen grundsätzlich nicht als indirekte Enteignung angesehen werden soll, und kodifiziert somit das Schiedsurteil *Methanex*.⁵²

Es ist schwierig, den Begriff der „fairen und angemessenen Behandlung“ (FET) genau zu beschreiben. FET gründet auf dem Gedanken der Rechtsstaatlichkeit. Das US Modell BIT nimmt Bezug auf das Völkerrecht und sagt:

*„fair and equitable treatment includes the obligation not to deny justice in criminal, civil or administrative adjudicatory proceedings in accordance with the principle of due process embodied in the principal legal systems of the world“.*⁵³

Hingegen bezieht sich der CETA-Text auf eine geschlossene Liste von Handlungen, die – falls nachgewiesen – als ein Verstoß gegen die FET-Anforderung gelten.⁵⁴ Diese in CETA enthaltene Einschränkung ist als zu eng kritisiert worden, da kein ausrei-

51 CETA-Annex X.11, Investitionskapitel; US Model BIT, Annex B. Der CETA-Text lautet: *„indirect expropriation occurs where a measure or series of measures of a Party has an effect equivalent to direct expropriation, in that it substantially deprives the investor of the fundamental attributes of property in its investment, including the right to use, enjoy and dispose of its investment without formal transfer or outright seizure.“*

52 *Methanex Corp. v. United States* (final award of 3.8.2005), www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0529.pdf (28.6.2015), Part IV, Chapter D, Rdnr. 7: *„But as a matter of general international law, a non-discriminatory regulation for a public purpose, which is enacted in accordance to due process and, which affects, inter alia, a foreign investor or investment is not deemed expropriatory and compensable unless specific commitments have been given by the regulating government to the then putative foreign investor contemplating investment that the government would refrain from such regulation“.*

53 US Modell BIT, Art. 5(1), (2a).

54 CETA Art. X.9 Abs. 2 des Investitionskapitels lautet: *„A Party breaches the obligation of fair and equitable treatment referred in paragraph 1 where a measure or series of measures constitutes: denial of justice in criminal, civil or administrative proceedings; fundamental breach of due process, including a fundamental breach of transparency, in judicial and administrative proceedings; manifest arbitrariness; targeted discrimination on manifestly wrongful grounds, such as gender, race or religious belief; abusive treatment of investors, such as coercion, duress and harassment; or a breach of any further element of the fair and equitable treatment obligation adopted by the Parties in accordance with paragraph 3 of this Article“.*

chender Raum für die Berücksichtigung gerechtfertigter Erwartungen und auch für Erwägungen zur Verhältnismäßigkeit der Maßnahme bliebe.⁵⁵

Zu erwähnen ist noch, dass die Vertragsparteien von CETA bindende Auslegungen des Abkommens beschließen können (Art. X.27 Abs. 2), an die sich die Schiedsgerichte halten müssen. Das US Modell BIT geht nicht so weit, erlaubt aber in Art. 31 verbindliche Auslegungen für die Annexe des Abkommens (z.B. bei der Definition der „indirekten Enteignung“).

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass neuere Abkommen der Regulierungsautonomie des Staates großes Gewicht einräumen und die Schutzstandards enger definieren, als dies bisher in den existierenden BITs der Fall war. CETA ist insoweit deutlich enger als die existierenden deutschen BITs.

II. Prozedurale Reformen

In Sachen Transparenz der Schiedsverfahren verweist CETA in Art. X.33 des Investitionskapitels auf die oben erwähnten UNCITRAL-Transparenzregeln. Das US Modell BIT wurde noch vor der Verabschiedung der UNCITRAL-Regeln veröffentlicht, enthält aber in Art. 29 sehr weitreichende Vorschriften, die den UNCITRAL-Regeln entsprechen. CETA enthält ferner eindeutige Regeln für die Auswahl der Schiedsrichter und die Erstellung eines Verhaltenskodexes mit Vorgaben für die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit von Schiedsrichtern.⁵⁶ Für TTIP schlägt die Kommission eine Liste von vertrauenswürdigen Schiedsrichtern vor, die in künftigen Verfahren die Schiedsrichterfunktion übernehmen sollten. Sie müssen qualifiziert sein, wie zum Beispiel nationale Richter. Die Vertragsparteien sollen nur die auf der Liste befindlichen Schiedsrichter auswählen können.⁵⁷ CETA enthält ferner in Art. X.36 des Investitionskapitels den Grundsatz, dass der Verlierer die Kosten des Gewinners übernehmen soll. Letztere Regelung findet sich nicht im US Modell BIT. CETA schränkt außerdem die Möglichkeit von Mehrfachklagen ein. CETA untersagt in Art. X.21, einen Streitfall gleichzeitig auf dem nationalen und dem internationalen Gerichtsweg zu verhandeln. Der ausländische Investor muss sich entscheiden. Die kurze Darstellung der neueren Transparenzregeln macht deutlich, dass Europa in seinen neuen Abkommen auf die Kritik am Prozedere der existierenden BITs reagiert hat und dass gerade in TTIP noch mit weiteren Neuerungen gerechnet werden kann.

55 *Schill*, Auswirkungen der Bestimmungen zum Investitionsschutz und zu den Investor-Staat-Schiedsverfahren im Entwurf des Freihandelsabkommens zwischen der EU und Kanada (CETA) auf den Handlungsspielraum des Gesetzgebers, www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/C-D/ceta-gutachten-investitionsschutz,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf (28.6.2015), S. 11.

56 Siehe CETA Art. X.25(5) und X.42(2) des Investitionskapitels. Art. X.25(5) lautet: „*Arbitrators appointed pursuant to this section shall have expertise or experience in public international law, in particular international investment law. It is desirable that they have expertise or experience in international trade law and the resolution of disputes arising under international investment and international trade agreements*“.

57 Siehe Rede von Kommissarin *Malmström*, (Fn. 28).

III. Revision

ISDS-Schiedsverfahren sind abschließend. Es gibt keinen Instanzenzug. Auch CETA schafft keinen Revisionsmechanismus, ersucht aber den zu gründenden Investitions- und Dienstleistungsausschuss in Art. X.42, einen diesbezüglichen Vorschlag zu erarbeiten. Eine Revisionsinstanz soll laut Aussage der Kommission jedoch in TTIP vorgesehen werden.⁵⁸ Allerdings geht die Kommission nicht so weit wie einige sozialdemokratische Regierungschefs und Parteivorsitzende aus Deutschland, Schweden, Niederlande, Luxemburg, Dänemark und Frankreich, die am 21. Februar 2015 vorgeschlagen haben, einen internationalen Investitionsgerichtshof einzurichten.⁵⁹ Im Mai 2015 stellte das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie einen Modell-Investitionsschutzvertrag mit ISDS vor,⁶⁰ in dem die Einrichtung eines Investitionsschiedsgerichtshofs vorgeschlagen wird.

Dieser kurze Überblick über die bereits durchgeführten Reformen und über neue Vorschläge für weitere Reformen zeigt, dass das TTIP-Investitionskapitel auf die berechtigte Kritik an ISDS eingehen und Reformen enthalten könnte. TTIP könnte somit ein Gleichgewicht zwischen der Regulierungsautonomie der Staaten und dem Schutz ausländischer Investoren finden, die Investitionsschutzstandards des Vertrages präziser erläutern, die dann wiederum der Revisionsinstanz als Richtschnur für ihre Entscheidungen dienen könnten. In Anbetracht der sensiblen politischen Fragestellungen, mit denen sich künftige TTIP-Schiedsverfahren beschäftigen könnten, scheint eine Revisionsinstanz aus politischen Gründen notwendig. Sie würde darüber befinden, ob das Schiedsgericht den TTIP-Vertrag korrekt ausgelegt hat. Mit einem zweistufigen Verfahren wäre die Schiedsgerichtsbarkeit zwar weniger effizient, aber politisch wesentlich akzeptabler. Außerdem könnte TTIP kurze Fristen für die zweite Instanz vorsehen, ähnlich wie die der WTO-Streitbeilegung. ISDS könnte somit „*the most effective tool to manage political risks and to promote the international rule of the law*“⁶¹ werden.

I. Schlussfolgerungen: Warum wir ISDS in TTIP brauchen

TTIP ohne ISDS käme einer „Vogel-Strauß-Politik“ gleich. Die Kritik an den bestehenden Schiedsverfahren würde nicht aufgegriffen, es bliebe vielmehr alles beim Alten. Die bestehenden Mängel an ISDS in existierenden BITs würden nicht ausgeräumt: Es würden weder Verfahrensverbesserungen (Transparenz, Qualifikation der Schieds-

58 Ibid.

59 Der Titel des Papiers lautet: Verbesserungen an CETA und darüber hinaus – Meilensteine für modernen Investitionsschutz setzen, www.spd.de/linkableblob/127484/data/20150223_ceta_isds_papier_madrid.pdf (28.6.2015).

60 Krajewski, Modell-Investitionsschutzvertrag mit Investor-Staat-Schiedsverfahren für Industriestaaten unter Berücksichtigung der USA, <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/M-O/modell-investitionsschutzvertrag-mit-investor-staat-schiedsverfahren-gutachten,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf> (28.6.2015).

61 Hindelang, Study on Investor-State Dispute Settlement and Alternatives of Disputes Resolutions, in: Europäisches Parlament, (Fn. 34), S. 40.

richter oder ein Verhaltenskodex für Schiedsrichter) noch materielle Verbesserungen (Klärung der unbestimmten Rechtsbegriffe, Definition „indirekte Enteignung“ und die Bekräftigung der Regulierungsautonomie) noch eine Revisionsinstanz eingeführt. Zwar hätte auch ein reformiertes ISDS in TTIP keine direkten Auswirkungen auf die existierenden BITs, dennoch könnte TTIP eine nicht zu unterschätzende Präzedenzwirkung entfalten und den Weg für Reformen nicht nur der BITs frei machen, sondern auch Katalysator für Verhandlungen über ein multilaterales Investitionsschutzinstrument sein.

Derzeit verhandeln die USA das Transpazifische Partnerschaftsabkommen (TPP) mit einem Investitionskapitel, das ISDS enthalten wird. Ohne ISDS in TTIP würden asiatische Investoren in den USA besser geschützt als europäische. Im Falle eines Streites mit den USA könnte ein europäischer Investor sogar gezwungen sein, die ISDS-Regeln von TPP über seine asiatische Niederlassung anzuwenden – eine Lösung, die im Fall *Philip Morris* heftig kritisiert wurde.

TTIP ohne ISDS würde noch einem weiteren Zweck zuwiderlaufen, nämlich dass die beiden größten Handelsblöcke der Welt eine Führungsrolle einnehmen und vertretbare Antworten auf komplizierte Themen finden. TTIP wird der Prüfstein dafür sein, ob die EU und die USA in der Lage sind, neue Regulierungen vorzuschlagen, auf die sich die WTO derzeit (noch) nicht einigen kann (z.B. regulatorische Zusammenarbeit, Investitionsschutz). Ein erfolgreiches TTIP-Abkommen könnte die WTO-Mitglieder davon überzeugen, dass eine weitere Liberalisierung von Handel und Investitionen am besten in Genf und auf multilateraler Ebene erfolgen sollte.