



**Markus Krajewski und Rhea Tamara Hoffmann**

# Der Vorschlag der EU-Kommission zum Investitionsschutz in TTIP

politik für europa  
**#2017plus**

**FRIEDRICH  
EBERT**  
STIFTUNG

## politik für europa #2017 plus

EIN PROJEKT DER FRIEDRICH-EBERT-STIFTUNG  
IN DEN JAHREN 2015 BIS 2017

Europa braucht Soziale Demokratie!

Warum wollen wir eigentlich Europa? Können wir den Bürger\_innen die Chancen einer gemeinsamen sozialen Politik, einer starken Sozialen Demokratie in Europa aufzeigen? Das ist das Ziel des neuen Projekts der Friedrich-Ebert-Stiftung „Politik für Europa“. Zu zeigen, dass die europäische Integration demokratisch, wirtschaftlich-sozial und außenpolitisch zuverlässig gestaltet werden kann. Und muss! Folgende Themenbereiche stehen dabei im Mittelpunkt:

- Demokratisches Europa
- Wirtschafts- und Sozialpolitik in Europa
- Außen- und Sicherheitspolitik in Europa

In zahlreichen Veröffentlichungen und Veranstaltungen in den Jahren 2015 bis 2017 wird sich die Stiftung dem Thema kontinuierlich widmen: Wir setzen bei den Sorgen der Bürger\_innen an, identifizieren mit Entscheidungsträger\_innen Positionen und machen alternative Politikansätze transparent. Wir debattieren mit Ihnen über eine „Politik für Europa“!

Weitere Informationen zum Projekt erhalten Sie hier:

<http://www.fes.de/de/politik-fuer-europa-2017plus/>

### Die Friedrich-Ebert-Stiftung

Die Friedrich-Ebert-Stiftung (FES) wurde 1925 gegründet und ist die traditionsreichste politische Stiftung Deutschlands. Dem Vermächtnis ihres Namensgebers ist sie bis heute verpflichtet und setzt sich für die Grundwerte der Sozialen Demokratie ein: Freiheit, Gerechtigkeit und Solidarität. Ideell ist sie der Sozialdemokratie und den freien Gewerkschaften verbunden.

Die FES fördert die Soziale Demokratie vor allem durch

- Politische Bildungsarbeit zur Stärkung der Zivilgesellschaft
- Politikberatung
- Internationale Zusammenarbeit mit Auslandsbüros in über 100 Ländern
- Begabtenförderung
- das kollektive Gedächtnis der Sozialen Demokratie mit u. a. Archiv und Bibliothek.

### Über den Autor und die Autorin

**Prof. Dr. Markus Krajewski** ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Völkerrecht der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg.

**Rhea Tamara Hoffmann** ist wissenschaftliche Mitarbeiterin an diesem Lehrstuhl.

### Für diese Publikation ist in der FES verantwortlich:

**Markus Schreyer**, Abteilung Wirtschafts- und Sozialpolitik, Leiter der Arbeitsbereiche Allgemeine Wirtschafts- und Finanzpolitik sowie Europäische Wirtschafts- und Sozialpolitik.

**Markus Krajewski und Rhea Tamara Hoffmann**

# Der Vorschlag der EU-Kommission zum Investitionsschutz in TTIP

4	<b>VORBEMERKUNG</b>
5	<b>ZUSAMMENFASSUNG</b>
6	<b>1 EINLEITUNG UND HINTERGRUND</b>
8	<b>2 ANWENDUNGSBEREICH UND BEGRIFFSBESTIMMUNGEN</b>
8	2.1 Geschützte Investitionen und Investoren
8	2.2 Schutz des staatlichen Regulierungsspielraums – „right to regulate“
9	2.3 Bereichsspezifische Ausnahmen
11	<b>3 MATERIELLE INVESTITIONSSCHUTZSTANDARDS</b>
11	3.1 Nichtdiskriminierung
11	3.2 Faire und gerechte Behandlung
11	3.3 Schutz vor Enteignungen ohne Entschädigung
12	3.4 Sonstige Standards
13	<b>4 STREITSCHLICHTUNG</b>
13	4.1 Investment Court System (ICS)
13	4.2 Qualifikation und Unabhängigkeit der Richter_innen
14	4.3 Transparenz und Beteiligung von Dritten
14	4.4 Inhalt der Entscheidung
15	4.5 Verhältnis zu nationalem Rechtsschutz
16	<b>5 AUSWIRKUNGEN AUF KOLLEKTIVE ABKOMMEN UND MASSNAHMEN DER TARIFPARTEIEN</b>
17	<b>6 ABSCHLIESSENDE BEWERTUNG</b>
18	Literaturhinweise

## VORBEMERKUNG

Seit Sommer 2013 verhandeln die Europäische Kommission und die US-amerikanische Regierung die sogenannte Transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft (TTIP). Neben einem möglichst umfassenden Abbau tarifärer und nicht-tarifärer Handelshemmnisse stehen spezielle Regelungen zum Investitionsschutz und zur Streitschlichtung zwischen privaten Investoren und Staaten im Mittelpunkt des geplanten Abkommens. Mit TTIP sollen nicht nur die transatlantischen Handels- und Investitionsaktivitäten befördert werden, mit diesem bisher umfangreichsten und tiefgreifendsten regionalen Handels- und Investitionsschutzabkommen sollen zugleich auch wesentliche Standards für die weitere Ausgestaltung der Globalisierung gesetzt werden.

Das geplante Abkommen wird seit Beginn der Verhandlungen in der Öffentlichkeit äußerst kontrovers diskutiert. Während Befürworter\_innen auf positive Wachstums-, Beschäftigungs- und Wohlfahrtseffekte verweisen, befürchten Kritiker\_innen einen weitreichenden Abbau von Arbeitnehmerrechten sowie eine Verschlechterung von Sozial-, Umwelt-, Gesundheits- und Verbraucherschutzstandards und damit letztlich erhebliche Wohlstandsverluste für breite Bevölkerungsgruppen auf beiden Seiten des Atlantiks. Die Bestimmungen zum Investitionsschutz haben sich dabei als ein besonders umstrittener Bereich herauskristallisiert. Vor allem der in den Verhandlungsentwürfen zunächst vorgesehene Staat-Investor-Streitbeilegungsmechanismus (Investor-State Dispute Settlement – ISDS) mit privaten Ad-hoc-Schiedsgerichten wurde von vielen Seiten heftig kritisiert. Mit diesem Modell werden erhebliche Gefahren für den Rechtsstaat, die öffentlichen Finanzen und die Demokratie durch die Etablierung einer Zweiklassen- bzw. Paralleljustiz, durch potenzielle hohe Schadensersatzklagen und Rechtskosten und durch die Schwächung des staatlichen Regulierungsrechts befürchtet.

Die Europäische Kommission hat aufgrund der anhaltenden heftigen Kritik an den in TTIP geplanten Investitionsschutzregelungen die Verhandlungen mit den USA hinsichtlich des Investitionsschutzkapitels Anfang 2014 ausgesetzt und von März bis Juli 2014 eine öffentliche Konsultation zum Investitionsschutz durchgeführt. Auf Basis der dabei erzielten Ergebnisse sowie weiterer mitgliedstaatlicher Initiativen hat sie im Herbst 2015 einen neuen Vorschlag zum Investitions-

schutz vorgestellt, der einige Veränderungen gegenüber dem bis dahin verfolgten Ansatz vorsieht. Sie favorisiert nunmehr ein neues internationales Investitionsgerichtssystem (Investment Court System – ICS) mit einem permanenten bilateralen Investitionsgerichtshof sowie Regelungen zur Verbesserung der Transparenz der Streitschlichtungsverfahren und zur Stärkung der Unabhängigkeit und Qualifikation der Richter\_innen. Dieses neue Modell soll im Mittelpunkt der weiteren Verhandlungen mit den USA hinsichtlich des Investitionsschutzkapitels in TTIP stehen.

Vor diesem Hintergrund hat die Friedrich-Ebert-Stiftung zusammen mit dem Deutschen Gewerkschaftsbund einen Forschungsauftrag an Prof. Dr. Markus Krajewski von der Universität Erlangen-Nürnberg vergeben, um zu analysieren, wie der neue Vorschlag der Europäischen Kommission für das Investitionsschutzkapitel in TTIP aus rechtlicher Sicht zu beurteilen ist. Welche Verbesserungen bringt der nunmehr verfolgte neue Ansatz mit sich? Werden mit ihm die wesentlichen Schwächen des „alten“ Investor-Staat-Streitbeilegungsmechanismus und der privaten Ad-hoc-Schiedsgerichte überwunden? Oder bestehen wesentliche Probleme und Defizite auch bei diesem neuen Modell fort?

Das vorliegende Gutachten trägt durch die Beantwortung dieser Fragen zu mehr Transparenz und einer stärkeren Versachlichung der in der Öffentlichkeit äußerst kontrovers geführten Debatte rund um TTIP bei. Zugleich hilft es, die nach Abschluss der TTIP-Verhandlungen auf nationaler und europäischer Ebene von den Parlamentarier\_innen zu treffende Entscheidung, ob die TTIP-Verhandlungsergebnisse angenommen werden können oder abgelehnt werden müssen, auf eine klarere und objektivere Grundlage zu stellen. Wir wünschen allen Leser\_innen eine erkenntnisreiche Lektüre!

### MARKUS SCHREYER

Abteilung Wirtschafts- und Sozialpolitik  
Friedrich-Ebert-Stiftung

## ZUSAMMENFASSUNG

Im Rahmen der seit Juli 2013 zwischen den USA und der EU geführten Verhandlungen über eine Transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft (Transatlantic Trade and Investment Partnership, TTIP) gehören potenzielle Bestimmungen über den Schutz von Investoren und Investitionen zu den umstrittensten Themenbereichen. Die außerordentlich intensive Kritik an Vorschriften zum Investitionsschutz, insbesondere dem Staat-Investor-Streitbeilegungsmechanismus, führte dazu, dass die Europäische Kommission von März bis Juli 2014 eine öffentliche Konsultation zum Investitionsschutz in TTIP durchführte. Vor dem Hintergrund auch mitgliedstaatlicher Initiativen und der anhaltenden politischen und medialen Kritik an traditionellen Investitionsschutzabkommen stellte die Europäische Kommission im Herbst 2015 einen Vorschlag für ein Investitionsschutzkapitel in TTIP vor.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass der Vorschlag der Kommission keine grundsätzliche Abkehr vom bestehenden Investitionsschutzregime darstellt. Zwar werden mit dem vorgeschlagenen bilateralen Investitionsgericht (Investment Court System, ICS) einige prozedurale Mängel des bisherigen schiedsgerichtlichen Systems beseitigt. Dazu zählen etwa die Transparenz des Verfahrens oder die Etablierung einer festen Richterbank, jedoch ohne institutionelle Garantien vollkommener richterlicher Unabhängigkeit. In materieller Hinsicht beruht der Kommissionsvorschlag weitgehend auf dem bereits ausgehandelten Text des CETA (Comprehensive Economic and Trade Agreement), dem geplanten Handelsabkommen zwischen Kanada und der EU. Die eingefügte Klausel zum Schutz des Rechts auf Regulierung („right to regulate“) bleibt vage. Wegweisende weitere Schritte – wie eine Begrenzung des materiellen Schutzniveaus auf das der Inländergleichbehandlung – hat die Kommission bewusst unterlassen. Daher kann der Kommissionsvorschlag auch nicht ausschließen, dass regulative Maßnahmen, die im öffentlichen Interesse getroffen werden (z. B. Arbeits-, Sozial- und Umweltschutzgesetze) zu einer Schadensersatzpflicht führen.

Der Kommissionsvorschlag beruht schließlich wie alle Investitionsschutzabkommen auf der grundsätzlichen Prämisse, dass ausländische Investoren im Gaststaat der Investition eines besonderen Schutzregimes bedürfen und dass eine bloße Verweisung ausländischer Investoren auf den innerstaatlichen

Schutz von wirtschaftlichen Tätigkeiten einschließlich des Rechtsschutzes vor innerstaatlichen Gerichten nicht ausreichend sei. Damit wird stets ein Rechtsregime etabliert, das ausländischen Investoren zusätzliche Rechte einräumt und damit in jedem Fall über den Rechtsschutz für inländische Investoren hinausgeht. Der Kommissionsvorschlag zielt auf eine Reform des gegenwärtigen Systems des Investitionsschutzes ab, bietet ausländischen Investoren aber weiterhin prozedurale wie materielle Sonderrechte, ohne ihnen konkrete Pflichten aufzuerlegen.

## 1

## EINLEITUNG UND HINTERGRUND

Im Rahmen der seit Juli 2013 zwischen den USA und der EU geführten Verhandlungen über eine Transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft (Transatlantic Trade and Investment Partnership, TTIP) gehören potenzielle Bestimmungen über den Schutz von Investoren und Investitionen zu den umstrittensten Themenbereichen. Die außerordentlich intensive Kritik an Vorschriften zum Investitionsschutz, insbesondere dem Staat-Investor-Streitbeilegungsmechanismus (Investor State Dispute Settlement, ISDS), führte dazu, dass die Europäische Kommission von März bis Juli 2014 eine öffentliche Konsultation zum Investitionsschutz in TTIP durchführte, die noch auf den entsprechenden ursprünglichen Vorschriften im Handels- und Investitionsabkommen zwischen der EU und Kanada (Comprehensive Economic and Trade Agreement, CETA) beruhten (dazu Krajewski 2014). Diese waren von der Kommission seinerzeit bereits als neuer und innovativer Ansatz gefeiert worden, obwohl sie im Wesentlichen auf der neueren kanadischen Vertragspraxis beruhten – allerdings ergänzt durch umfassende Transparenzanforderungen an ISDS. Das erst im Januar 2015 veröffentlichte Ergebnis der Konsultationen offenbarte u. a. ein mangelndes Vertrauen der europäischen Öffentlichkeit in die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des hergebrachten Systems der Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit. Als Ergebnis der Konsultationen identifizierte die Kommission vier Bereiche, in denen Reformbedarf bestünde: Schutz des staatlichen Regulierungsrechts („right to regulate“), Schaffung eines Streitbeilegungsverfahrens, das rechtsstaatlichen Anforderungen genügt, Klärung des Verhältnisses von innerstaatlichem Rechtsschutz und Investor-Staat-Streitbeilegung sowie die Überprüfung der Entscheidungen des Investor-Staat-Streitbeilegungsmechanismus durch eine zweite Instanz (European Commission 2015b; 2015c).

In der ersten Jahreshälfte 2015 ergriffen einige Mitgliedstaaten (u. a. Deutschland und Frankreich) die Initiative und unterbreiteten Reformvorschläge für den Investitionsschutz in TTIP und in zukünftigen europäischen Investitionsschutzabkommen. Diese Vorschläge zielten einerseits auf eine institutionelle Reform des ISDS und andererseits auf Präzisierungen und Einschränkungen der materiellen Schutzstandards ab. In institutioneller und prozessualer Hinsicht wurde

als Streitbeilegungsmechanismus ein internationaler zwischenstaatlicher Gerichtshof vorgeschlagen (BMW 2015). Dieser Aspekt stand bei der politischen und medialen Rezeption der Vorschläge zumeist im Vordergrund. Dabei wurden die Vorschläge, mit denen die materiellen Schutzstandards eingeschränkt und die staatliche Regulierungsautonomie gestärkt werden sollten, oft nicht ausreichend beachtet, obwohl diese Dimension der Reform des Investitionsschutzes mindestens so bedeutsam ist wie die genaue Ausgestaltung des Systems der Streitschlichtung.

Vor dem Hintergrund der mitgliedstaatlichen Initiativen und der anhaltenden politischen und medialen Kritik an traditionellen Investitionsschutzabkommen stellte die Europäische Kommission im Herbst 2015 einen Vorschlag für ein Investitionsschutzkapitel in TTIP vor (im Folgenden „Kommissionsvorschlag“ bezeichnet), der Gegenstand der vorliegenden Analyse ist. Der Vorschlag der EU-Kommission für ein Investitionsschutzkapitel in TTIP wurde in einer ersten Fassung als Entwurf am 16.9.2015 der Öffentlichkeit präsentiert (European Commission 2015d). Eine textlich geringfügig überarbeitete Fassung wurde in der 11. TTIP-Verhandlungsrunde den USA vorgestellt und am 12.11.2015 veröffentlicht (European Commission 2015e). Auf diese nunmehr offiziell in die TTIP-Verhandlungen eingeführte Textfassung beziehen sich die folgenden Ausführungen. Der Kommissionsvorschlag stellt den Teil 2 („investment protection“) des Kapitels II zu Investitionen („investment“) im TTIP-Abschnitt zu „Trade in Services, Investment and E-Commerce“ dar. Daher ist der Kommissionsvorschlag zum Investitionsschutz auch im Zusammenhang mit dem bereits Ende Juli 2015 veröffentlichten übrigen Kapiteln dieses Teils zu lesen (European Commission 2015a). Insbesondere die Vorschläge zur Investitionsliberalisierung, die sich in dem bereits im Juli 2015 veröffentlichten Text befinden, stehen in einem engen Zusammenhang zu dem hier analysierten Vorschlag zum Investitionsschutz.

Als weiterer Kontext des Kommissionsvorschlags ist auch die neue handelspolitische Strategie der EU-Kommission „Trade for all“ anzusehen, die im Oktober 2015 veröffentlicht wurde (European Commission 2015f). In dieser bekundet die Kommission ihren Anspruch, einen neuen Weg in der Investitionsschutzpolitik zu gehen, und stellt einen zu-

nächst bilateralen und später multilateralen permanenten Investitionsgerichtshof in den Mittelpunkt ihrer Reformüberlegungen. Damit ist deutlich, dass der TTIP-Vorschlag bereits als Vorwegnahme dieser neuen Strategie anzusehen ist. Ein dem TTIP-Vorschlag ähnliches Kapitel zum Investitionsschutz findet sich auch in dem im Januar 2016 veröffentlichten Freihandelsabkommen zwischen der EU und Vietnam. Für die meisten Beobachter\_innen überraschend gelang es der EU, auch einen im Kern vergleichbaren Mechanismus in einer überarbeiteten Fassung des CETA, der Anfang März 2016 veröffentlicht wurde, zu verankern.

Der Kommissionsvorschlag zum Investitionsschutz in TTIP ist also Teil einer breiter angelegten Reformstrategie der EU-Kommission, an der zukünftige Abkommen ausgerichtet sein sollen. Es stellt sich in diesem Zusammenhang jedoch die Frage, ob und in welcher Weise diese neue Strategie auch bei dem bereits ausverhandelten Abkommen mit Singapur, das noch einen „alten“<sup>1</sup> Streitschlichtungsmechanismus enthält, umgesetzt werden kann und sollte.

Die Vorschläge der Kommission stellen keine grundsätzliche Abkehr vom bestehenden Investitionsschutzregime dar. Der Kommissionsvorschlag beruht wie alle Investitionsschutzabkommen auf der grundsätzlichen Prämisse, dass ausländische Investoren im Gaststaat der Investition eines besonderen Schutzregimes bedürfen und dass eine bloße Verweisung ausländischer Investoren auf den innerstaatlichen Schutz von wirtschaftlichen Tätigkeiten einschließlich des Rechtsschutzes vor innerstaatlichen Gerichten nicht ausreichend sei. Damit wird stets ein Rechtsregime etabliert, dass ausländischen Investoren zusätzliche Rechte einräumt und damit in jedem Fall über den Rechtsschutz für inländische Investoren hinausgeht. Damit unterscheidet sich der Kommissionsvorschlag auch grundlegend von in der Literatur und kritischen politischen Kräften aufgestellten Forderungen, auf Sonderklagemöglichkeiten ausländischer Investoren generell zu verzichten und stattdessen auf den Rechtsschutz in den Gaststaaten zu verweisen oder auf den diplomatischen Schutz zurückzugreifen.

Der Kommissionsvorschlag reagiert schwerpunktmäßig auf diejenigen Problembereiche, die sich im Rahmen der öffentlichen Konsultation aus dem Jahr 2014 herauskristallisiert haben. Im Mittelpunkt steht eine Reform der prozessualen Ausgestaltung der Streitschlichtung. Der Kommissionsvorschlag enthält mit der Einführung eines Investitionsgerichtshofsystems (Investment Court System) einen im Vergleich zur bisherigen Praxis innovativen Ansatz und weicht damit erheblich von den bisherigen Streitbeilegungsmechanismen ab. In materieller Hinsicht entwickelt der Vorschlag jedoch hauptsächlich bereits bestehende Standards, die bereits in den Abkommen mit Kanada und Singapur verwendet wurden, weiter und weist keinen vergleichbaren Innovationscharakter auf.

Die folgende Kurzanalyse erfolgt in drei Schritten: Zunächst wird die Reichweite des Entwurfs im Hinblick auf die Definitionen und den Anwendungsbereich sowie dessen Ausnahmen analysiert. Dabei ist auch auf die sogenannte „right to regulate“-Klausel einzugehen (Kapitel 2). Es folgt eine Untersuchung der wesentlichen materiellen Investitionsstandards

(Grundsatz der fairen und gerechten Behandlung, Grundsatz der Nichtdiskriminierung und der Schutz vor Enteignungen ohne Entschädigung) (Kapitel 3). Schließlich werden die prozeduralen Reformen und die Schaffung eines Systems der Investitionsgerichtsbarkeit analysiert (Kapitel 4).

<sup>1</sup> So qualifiziert die EU-Kommission ausdrücklich die bisherige Praxis von Investor-Staat-Streitbeilegungsmechanismen als „old style“, (siehe European Commission 2015g).

## 2

## ANWENDUNGSBEREICH UND BEGRIFFSBESTIMMUNGEN

### 2.1 GESCHÜTZTE INVESTITIONEN UND INVESTOREN

Der Kommissionsvorschlag beruht auf einem weiten Investitionsbegriff („investment“), der eine Vielzahl von Vermögenswerten umfasst. Der Entwurf verwendet für die Definition des Investitionsbegriffs eine offene und keine abschließende Liste, die generell zu einem eingeschränkten Anwendungsbereich führen würde. Die im Kommissionsvorschlag verwendete Aufzählung umfasst auch Interessen, die sich aus Konzessionen ergeben, selbst wenn diese ohne kommerzielle Nutzung bleiben.<sup>2</sup> Damit könnten auch bergrechtliche Aufsuchungskonzessionen erfasst sein, was vor dem Hintergrund der Regulierung bzw. des Verbots von Fracking problematisch ist. Zu den vom Kommissionsvorschlag geschützten Investitionen („covered investments“) zählt jede Investition, die direkt oder indirekt gehalten oder auch nur (direkt oder indirekt) kontrolliert wird, egal ob die Investitionen vor oder nach Inkrafttreten des Abkommens getätigt wurden oder nicht.

Als „Investor“ wird jede natürliche oder juristische Person einer Vertragspartei definiert, die eine Investition im Territorium der anderen Partei beabsichtigt, tätigt oder getätigt hat. Der Kommissionsvorschlag enthält ebenso wie der CETA-Text eine Präzisierung der Definition einer juristischen Person, die eine substantielle wirtschaftliche Tätigkeit („substantial business operations“) auf dem Gebiet des Heimatstaats verlangt (Chapter I, General Provisions, Article 1-1). Damit werden ähnlich wie bei CETA sogenannte Briefkastenfirmen vom Anwendungsbereich ausgeschlossen. Unklar ist allerdings, was im Einzelnen unter einer substantiellen wirtschaftlichen Tätigkeit zu verstehen ist.

Darüber hinaus enthält der Vorschlag in Artikel 9 eine sogenannte „denial of benefits“-Klausel, die es den Vertragsparteien gestattet, den Investitionsschutz zu versagen, wenn das betroffene Unternehmen im Eigentum von Investoren einer Nichtvertragspartei steht oder von diesen kontrolliert wird

(„owns or controls the enterprise“). Damit kann bestimmten Unternehmen, auch wenn sie z. B. nach US-amerikanischem Recht inkorporiert sind, der Schutz des Investitionsschutzkapitels versagt werden, wenn ihre Gesellschaftsanteile von ausländischen Investoren gehalten werden. Allerdings fehlt im Kommissionsvorschlag eine genaue Definition, was unter Eigentum oder Kontrolle zu verstehen ist.

Die weiten Definitionen des Investitions- und des Investorenbegriffs ermöglichen es Unternehmen mit komplexen transnationalen Gesellschaftsstrukturen, den Schutz des Abkommens sowohl für direkte als auch für indirekte Anteilshaltung zu sichern. Wenn also eine Muttergesellschaft ihre Investition im Gaststaat durch eine oder mehrere Zwischenholdings in verschiedenen Ländern strukturiert, kann theoretisch jede der Zwischenholdings (auch bei Minderheitsanteilen) klagen, sofern das entsprechende Land ein Investitionsschutzabkommen mit dem Gaststaat hat (UNCTAD 2011: 12-13). Das Phänomen des sogenannten „treaty shopping“ kann so nicht verhindert werden. Damit werden Parallelklagen von Tochter- und Mutterunternehmen möglich. Zu erwähnen ist aber auch die Möglichkeit, den Zugang zum Streitschlichtungsverfahren zu verwehren, wenn eine gesellschaftliche Umstrukturierung erfolgte, nachdem der Streit entstanden oder unmittelbar vorhersehbar war (Artikel 15 – Anti-Circumvention). Das ermöglicht es dem Tribunal, seine Zuständigkeit zu verweigern, wenn eine Umstrukturierung ausschließlich zum Zweck des Zugangs zur Streitschlichtung unter TTIP erfolgte.

### 2.2 SCHUTZ DES STAATLICHEN REGULIERUNGSSPIELRAUMS – „RIGHT TO REGULATE“

Die staatliche Souveränität beinhaltet grundsätzlich das Recht eines Staates, seine inneren Angelegenheiten selbstbestimmt zu regeln. Völkerrechtliche Verträge und damit auch Investitionsschutzabkommen beschränken diese Souveränität des Staates, indem sich der Staat in einem Abkommen internationalen Verpflichtungen unterwirft. Eine im Investitionsschutzrecht bedeutende Kontroverse betrifft die Frage, inwiefern investitionsschutzrechtliche Verpflichtungen

<sup>2</sup> Anders BMWi 2015: „For greater certainty, interests arising from a concession in the absence of any substantial economic activity based on the concession, do not constitute an ‚investment‘.“

die Regulierungsfreiheit („right to regulate“) einschränken. Eine in der jüngeren Vertragspraxis diskutierte und benutzte Möglichkeit, das staatliche Regulierungsrecht gegenüber dem Investitionsschutz zu stärken, sind vertragliche Vorschriften, die dieses Recht bekräftigen. Damit werden jedoch weder bestimmte Politikbereiche von vornherein aus dem Anwendungsbereich des Abkommens herausgenommen noch wird ein potenzieller Konflikt zwischen Investitionsschutz und staatlicher Regulierungsautonomie mithilfe einer Ausnahmeklausel einem Ausgleich zugeführt. Vielmehr dienen derartige Vorschriften zumeist nur als schlichte Auslegungshilfe und entfalten keine eigene normative Bedeutung (Krajewski 2014: 14-15).

Der Kommissionsvorschlag enthält in Artikel 2 Absatz 1 eine Vorschrift, wonach die Regelungen zum Investitionsschutz das staatliche Regulierungsrecht („right to regulate“) nicht beeinträchtigen sollen. In dieses Regulierungsrecht fallen staatliche Maßnahmen, die notwendig sind, um legitime politische Ziele wie Umwelt- und Verbraucherschutz zu schützen. Die Liste der legitimen staatlichen Maßnahmen ist keine abschließende, sodass grundsätzlich auch der Arbeitnehmerschutz als politisches Ziel Berücksichtigung finden könnte. Aus Gründen der Rechtsklarheit wäre es jedoch in jedem Fall zu empfehlen, neben dem Bezug auf „social protection“, der eng verstanden nur den sozialen Schutz umfasst, auch eine Formulierung aufzunehmen, die Arbeitnehmerrechte ausdrücklich erwähnt (z. B. „labour protection including collective agreements“).

Allerdings ist der rechtliche Gehalt der Vorschrift des Artikels 2 Absatz 1 des Kommissionsentwurfs vollkommen unklar. Die verwendete Formulierung „shall not affect the right of the Parties to regulate“ entspricht weder den Standardformulierungen in allgemeinen Rechtfertigungsklauseln wie z. B. in Artikel XIV GATS oder Artikel 1101 (4) NAFTA (bspw. „nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any Member of measures“<sup>3</sup>) noch den Formulierungen bereichsspezifischer Ausnahmeklauseln („This agreement does not apply to“). Die Formulierung „shall not affect“ enthält zwar eine Gebotsformulierung („shall not“). Diese zieht jedoch keine eindeutige Rechtsfolge nach sich, sondern eine bloße Feststellung („affect“). Soweit ersichtlich wurde diese Formulierung noch in keinem anderen Investitionsschutzabkommen verwendet.

Zudem enthält die Formulierung einen Notwendigkeitstest und schützt nur „legitime“ staatliche Ziele. Diese Begriffe öffnen einen Beurteilungsspielraum in der Streitbeilegung und überlassen es nicht dem staatlichen Willen, welche Maßnahmen genau auf eine Notwendigkeit reagieren oder aufgrund ihrer Reichweite als unverhältnismäßig einzustufen sind. Tatsächlich wurde die Notwendigkeit der staatlichen Maßnahme in der Vergangenheit teilweise sehr restriktiv ausgelegt (Van Harten 2015: 4; Marwedel 2015).

Artikel 2 Absatz 2 des Kommissionsvorschlags stellt klar, dass die Vorschriften des Investitionsschutzkapitels nicht so verstanden werden können, dass sich eine Partei dazu ver-

pflichtet habe, ihren Rechts- oder Regulierungsrahmen nicht zu ändern. Zu dieser weitreichenden Schlussfolgerung waren einige Investitionsschiedsgerichte auf der Grundlage einer sogenannten Umbrella-Klausel gekommen. Die Formulierung des Artikels 2 Absatz 2 soll genau dies ausschließen.

Umbrella-Klauseln (Schirmklauseln) verpflichten die Vertragsstaaten, jede Verpflichtung einzuhalten, die sie in Bezug auf Kapitalanlagen von Investoren des anderen Vertragsstaats in seinem Hoheitsgebiet übernommen haben. Dadurch soll verhindert werden, dass staatliche Institutionen durch Änderung der gesetzlichen Rahmenbedingungen den Umfang und Gegenstand derjenigen Vertragsverpflichtungen beeinflussen, die sie direkt gegenüber Investoren eingegangen sind.

Die im Kommissionsentwurf enthaltene Umbrella-Klausel (Artikel 7) beschränkt sich auf schriftliche Zusagen gegenüber dem Investor und dürfte damit in erster Linie für sogenannte Investor-Staat-Verträge von Bedeutung sein. Die Umbrella-Klausel schützt den Investor gegen Verletzungen der schriftlichen Zusagen durch hoheitliche Maßnahmen. Sollten diese jedoch auf staatlichen Regulierungsmaßnahmen beruhen (z. B. der Entzug einer Konzession), kann die Umbrella-Klausel das staatliche Regulierungsrecht einschränken. Damit wird der Wert von Artikel 2 Absatz 2 des Kommissionsvorschlags erheblich eingeschränkt, wenn sich der Investor auf schriftliche Zusagen berufen kann.

Abschließend kann festgestellt werden, dass die Absicherung des „right to regulate“ grundsätzlich durch eine Eingrenzung der materiellen Schutzstandards (Grundsatz der fairen und gerechten Behandlung, Grundsatz der Meistbegünstigung, Schutz vor Enteignungen ohne Entschädigung etc.) erfolgen sollte, damit ein Gleichlauf zwischen der „right to regulate“-Klausel und den Schutzstandards gewährleistet ist und Konflikte zwischen Regulierungsfreiheit und Investitionsschutz effektiv vermieden werden.

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass mit der von der Kommission gewählten Formulierung in jedem Fall zahlreiche Rechtsfragen aufgeworfen werden, die ggf. in Streitfällen geklärt werden können. Damit ist auch deutlich, dass das staatliche Regulierungsrecht nicht so geschützt wird, dass gemeinwohlorientierte Regulierungen grundsätzlich nicht zum Gegenstand von Investitionsschutzklagen werden können (so auch Van Harten 2015: 5).

## 2.3 BEREICHSSPEZIFISCHE AUSNAHMEN

Trotz des grundsätzlich weiten Anwendungsbereichs sieht der Kommissionsvorschlag einige Einschränkungen des Schutzbereichs des Investitionsschutzkapitels vor. So kann grundsätzlich die Nichtgewährung oder Beendigung einer Subvention nicht als Verstoß gegen das Abkommen angesehen werden, wenn keine konkrete rechtliche Verpflichtung zur Gewährung der Subvention bestand (Artikel 2 Absatz 3 des Kommissionsvorschlags).

In weiteren Bestimmungen wird an anderer Stelle im Entwurf (Section 2, Annex II (Public Debt)) die Anwendung der Schutzstandards und des Streitbeilegungsverfahrens auf Klagen bezüglich der Umstrukturierung öffentlicher Schulden ausgeschlossen. Damit wird der Ausschlussbereich um Maßnahmen im Rahmen von Entschuldungen sowie Banken-

<sup>3</sup> Diese Formulierung verwendet auch Artikel 2 Absatz 4 des Kommissionsentwurfs, der sich jedoch nur auf die Beendigung der Zahlung einer EU-rechtswidrigen Subvention oder deren Rückforderung nach Aufforderung durch die EU-Kommission oder ein zuständiges Gericht bezieht.

auflösungen und -umstrukturierungen ergänzt und der Anwendungsbereich des Investitionsschutzes in diesem für Maßnahmen zur Bewältigung von Finanz- und Wirtschaftskrisen wichtigen Bereich ausgeschlossen.

Weiterhin ist auch zu berücksichtigen und kritisch anzumerken, dass der Kommissionsvorschlag anders als das CETA keine Ausnahme für öffentliche Beschaffung mit Blick auf den Investitionsschutz vorsieht. Öffentliche Beschaffung wird zwar von den Verpflichtungen der Investitionsliberalisierung ausgeschlossen (Section 1, Artikel 2–1, siehe European Commission 2015a), eine entsprechende Ausnahme von den Vorschriften zum Investitionsschutz fehlt dagegen.

## 3

# MATERIELLE INVESTITIONSSCHUTZSTANDARDS

### 3.1 NICHTDISKRIMINIERUNG

Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung (Artikel 2–3(2)) und der Grundsatz der Meistbegünstigung (Artikel 2–4(2)) finden sich im Kapitel 2 Teil 1 (Section 1, Liberalisation of Investment, siehe European Commission 2015a). Die Formulierung beider Grundsätze entspricht denjenigen im Entwurf des CETA. Bezüglich der Meistbegünstigung ist anzumerken, dass die wichtige Beschränkung dieses Grundsatzes, wonach andere Investitionsschutzabkommen unberücksichtigt bleiben müssen, im TTIP-Entwurf ebenso enthalten ist.

Mit Blick auf die Nichtdiskriminierung ist zu beachten, dass dieser Grundsatz im Wesentlichen darauf gerichtet ist, ausländische Investoren nicht zu diskriminieren. Durch eine Beschränkung des Investorenschutzes auf die Inländerbehandlung würden Investoren im Ergebnis in gleicher Weise gegen staatliche Maßnahmen geschützt wie inländische Unternehmen. Damit wäre staatliches Handeln auch kaum größeren Einschränkungen unterworfen als denjenigen Einschränkungen, die sich aus dem nationalen Recht, insbesondere dem Verfassungsrecht, ergeben (so BMWi 2015; siehe auch Marwedel 2015).

### 3.2 FAIRE UND GERECHTE BEHANDLUNG

Artikel 3 beinhaltet den Grundsatz der fairen und gerechten Behandlung („fair and equitable treatment“) in einer gegenüber klassischen Investitionsschutzabkommen leicht abgewandelten Form, da sich der Artikel nicht darauf beschränkt, eine faire und gerechte Behandlung zu fordern, sondern in weiteren Absätzen Kriterien festlegt, wann der Schutzstandard verletzt sein soll. Hierbei hat man in Absatz 2 einen Katalog aufgeführt, der abschließend sechs Maßnahmen aufführt. Diese Kategorien – darunter beispielsweise eine Rechtsverweigerung durch den Gaststaat, offensichtliche Willkür oder Grundsätze eines fairen Verfahrens – sind vorwiegend solche, die die Schiedsgerichtsbarkeit unter die Verletzung des Grundsatzes der fairen und gerechten Behandlung gefasst hat. Im Wesentlichen entspricht der Vorschlag der gleichen Klausel im CETA.

In Artikel 3 Absatz 4 wird festgehalten, dass ein Versprechen des Gaststaates, das eine legitime Erwartung des Investors hervorgerufen hat, bei der Feststellung einer Verletzung des Abkommens herangezogen wird. Bei diesem Schutz „legitimer Erwartungen“ handelt es sich um eine Interpretation des Grundsatzes der fairen und gerechten Behandlung, die in der Vergangenheit als zu weitgehend kritisiert wurde. Hintergrund der Kritik ist eine teils sehr expansive Schiedsrechtsprechung, die jegliche (gesetzliche) Änderungen, die der Investor nicht vorhergesehen hatte, als Verletzung des Grundsatzes interpretierte, oder so hohe Ansprüche an den Umgang mit ausländischen Investoren anlegte, dass diese auch in hoch entwickelten Rechtskulturen nicht zu gewährleisten sind.

Der Entwurf sieht dazu vor, dass nur solche legitimen Erwartungen berücksichtigt werden, die auf einem spezifischen Versprechen des Gaststaates beruhen. Was hierunter zu verstehen ist, bleibt jedoch unklar. Insbesondere ist nicht geklärt, dass nur schriftliche Versprechen dazu in der Lage wären, Vertrauensschutzatbestände zu begründen. Die Formulierung des Grundsatzes der fairen und gerechten Behandlung ist daher immer noch zu weitgehend.

Aufgrund der Konstruktion von Artikel 3 kann festgestellt werden, dass der Grundsatz der fairen und gerechten Behandlung zunächst durch Auflistung eines abschließenden Katalogs enger als bisher gefasst wurde und als dies in manchen klassischen Investitionsschutzabkommen der Fall ist. Diese Einschränkung wird durch die Inbezugnahme der legitimen Erwartung eines Investors jedoch wieder aufgeweicht.

### 3.3 SCHUTZ VOR ENTEIGNUNGEN OHNE ENTSCHÄDIGUNG

Der in Artikel 5 formulierte – dem entsprechenden Artikel im CETA vergleichbare – Schutz vor Enteignungen ohne Entschädigung besteht aus der klassischen althergebrachten Formulierung der Voraussetzungen einer rechtmäßigen Enteignung gegen Entschädigungszahlung und einer Bezugnahme auf Annex I, der zur Interpretation herangezogen werden soll. Annex I dient als Hilfestellung in der Interpretation, ob

eine entschädigungspflichtige Enteignung oder eine nicht entschädigungspflichtige bloße staatliche Regulierung vorliegt. Hierzu sieht der Entwurf vor, dass nichtdiskriminierende Maßnahmen, die dazu bestimmt sind, legitime politische Ziele wie beispielsweise Gesundheitsschutz, Umwelt- und Verbraucherschutz zu schützen, keine indirekte Enteignung darstellen und damit keiner Entschädigungspflicht unterliegen. Das gilt jedoch dann nicht, wenn die Maßnahme so schwerwiegend ist, dass sie offenkundig unverhältnismäßig ist. Obwohl eine Verhältnismäßigkeitsprüfung grundsätzlich die Option eröffnet, eine Abwägung zwischen Investorenschutz und staatlichem Regulierungsinteresse vorzunehmen, muss der damit einhergehende Spielraum, der hierdurch einem (Schieds-)Gericht überantwortet wird, kritisch betrachtet werden.

Die Höhe der Entschädigungssumme richtet sich nach dem fairen Marktwert der enteigneten Investition unmittelbar vor dem staatlichen Eingriff. Hierbei handelt es sich um einen im Investitionsschutzrecht gebräuchlichen Maßstab, der jedoch nicht weiter definiert wird. In der EU-Grundrechtecharta wird beispielsweise schlicht eine „faire“ Kompensation verlangt und nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte muss eine Entschädigung für eine rechtmäßige Enteignung mit dem Wert der Investition „reasonably related“ sein. Allerdings kann dort die Berücksichtigung legitimer öffentlicher Interessen dazu führen, dass die Entschädigung geringer als der volle Marktwert ausfällt.<sup>4</sup> Im Hinblick auf Entschädigungen wegen Enteignungen nach deutschem Recht besteht insbesondere ein Unterschied in dem Umstand, dass nach deutschem Recht keine Entschädigung für zukünftige entgangene Gewinne des Investors gezahlt wird. In der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit werden zukünftige Gewinne regelmäßig bei der Berechnung des Werts der Investition miteinbezogen.

Einen weiteren finanziellen Faktor stellt die Verzinsung des Anspruchs dar, die nach dem Kommissionsvorschlag in einer Verzinsung in Höhe einer „normal commercial rate“ besteht. Wie viele andere Bezeichnungen der Verzinsung, stellt dies eine vage Berechnungsgrundlage für die Verzinsung des Anspruchs dar, obwohl durchaus recht präzise Alternativen wie beispielsweise die LIBOR Rate (London Interbank Offered Rate) zur Verfügung stünden.

In der EU gibt es keinen vereinheitlichten Eigentumschutz, der demjenigen des Kommissionsvorschlags in einem Vergleich gegenübergestellt werden könnte. Die Eigentumsordnung ist maßgeblich durch das Recht der Mitgliedstaaten geprägt und weist insofern auch Variationen auf. In der EU ist das Recht auf Eigentum durch Artikel 17 der Grundrechtecharta geschützt. Der Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte ist jedoch auf Handlungen der Organe und Einrichtungen der EU bzw. den Vollzug von Unionsrecht durch die Mitgliedstaaten beschränkt. Artikel 6 Absatz 3 EUV nimmt die in der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) verbürgten Rechte als allgemeine Rechtsgrundsätze in das EU-Recht auf. Artikel 1 Absatz 2 des 1. Zusatzprotokolls zur EMRK schützt das Eigentumsrecht. Daneben existieren in den meisten Mitgliedstaaten verfassungsrechtliche

Verbürgungen des Eigentumsrechts (z. B. Artikel 14 GG). In allen EU-Mitgliedstaaten bestehen zahlreiche Gesetze, die gerade auch die soziale Funktion des Eigentums zum Ausdruck bringen.<sup>5</sup> Sowohl beim Eigentumsschutz nach Artikel 14 GG als auch beim Eigentumsgrundrecht in der Grundrechtecharta handelt es sich um einen durch den Gesetzgeber geschaffenen Schutzbereich. Dies bedeutet, dass der Inhalt des Eigentums nicht bereits feststeht, sondern durch Bestimmungen des Gesetzgebers geformt wird. Hierin unterscheiden sich der investitionsschutzrechtliche Eigentumsschutz und derjenige der Mitgliedstaaten der EU. Im Rahmen der Überprüfung nationalen und europäischen Eigentumsrechts findet immer eine Verhältnismäßigkeitsprüfung statt, während dies im Kommissionsvorschlag nicht festgelegt wurde.

### 3.4 SONSTIGE STANDARDS

Artikel 6 des Kommissionsvorschlags enthält eine allgemeine Vorschrift zum freien Transfer von Kapital und Zahlungen, die im Zusammenhang mit einer Investition stehen. Hiervon sind in Artikel 6 Absatz 3 Ausnahmen vorgesehen, u. a. für sogenannte „prudential measures“. Darüber hinaus heißt es im Text, dass Vorschriften über Zahlungsbilanzen, Steuermaßnahmen und Sicherheitsausnahmen in den allgemeinen Text des Abkommens eingefügt werden und dann auch für den Investitionsschutz gelten. Daher kann gegenwärtig noch nicht abschließend festgestellt werden, wie sich der TTIP-Investitionsschutz auf die Einführung einer Finanztransaktionssteuer und Kapitalverkehrskontrollen auswirken würde.

Anders als der CETA-Text enthält der TTIP-Entwurf – wie ausgeführt – eine Umbrella-Klausel, die allerdings auf schriftliche Vereinbarungen zwischen Staat und Investor beschränkt ist. Damit wird auf die Kritik an weiten Umbrella-Klauseln, die oft eine starke Einschränkung staatlicher Regelungsautonomie bedeuteten, reagiert und die negative Wirkung dieser Klausel entschärft. Gleichwohl ist kritisch anzumerken, dass überhaupt eine Umbrella-Klausel aufgenommen wurde, da dies ein Rückschritt gegenüber dem CETA-Text ist.

<sup>4</sup> EGMR, *Pincova and Pinc v. the Czech Republic*, Urteil vom 5.11.2002, Absatz 53.

<sup>5</sup> Vgl. EuGH, Slg. 1979, 3727 – Hauer, Rn. 20-22.

# 4

## STREITSCHLICHTUNG

Dem von der Kommission vorgeschlagenen Investment Court System kommt im Rahmen des Entwurfs die meiste Aufmerksamkeit zu. Nachdem in der öffentlichen Konsultation deutlich wurde, dass am bisherigen System auch aufgrund der Tatsache, dass es sich um ein Schiedsgerichtsverfahren handelte, erhebliche Kritik bestand und nachdem Vorschläge aus Deutschland und Frankreich die Schaffung eines bilateralen Gerichts vorsahen, hat sich die Kommission ebenfalls zu einem grundsätzlich neuen System bekannt und damit die Kritik an dem alten System der Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit bestätigt.

### 4.1 INVESTMENT COURT SYSTEM (ICS)

Um das System der Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit durch ein rechtsstaatliches Verfahren zu ersetzen, schlägt die Kommission ein neues „Investment Court System“ (Investitionsgerichtssystem) vor, das aus einem Investitionstribunal erster Instanz mit 15 öffentlich ernannten Richter\_innen und einem Berufungstribunal (mit sechs Richter\_innen) bestehen soll. Die 15 Richter\_innen erster Instanz sollen sich aus fünf US-amerikanischen Richter\_innen, fünf EU-Richter\_innen und fünf Richter\_innen zusammensetzen, die weder US- noch EU-Bürger\_innen sind, um die Unparteilichkeit zu gewährleisten.

Das Tribunal erster Instanz soll Investitionsstreitigkeiten mit einer Besetzung von drei Richter\_innen hören. Deren Zusammensetzung soll einerseits rotieren und andererseits zufällig sein. Das sich hieraus ergebende Spannungsverhältnis wird in dem Entwurf nicht aufgelöst. Die Besetzung des Tribunals soll aus je einer/einem US-amerikanischen und einem/einer EU-Richter\_in bestehen, während der/die „neutrale“ Richter\_in Vorsitzende\_r des Tribunals sein soll. Das Berufungstribunal (Appeals Tribunal) wiederum entscheidet in einer ständigen Besetzung mit sechs Richter\_innen, von denen je zwei US- und EU-Bürger\_innen und zwei weitere neutrale Richter\_innen sein müssen.

Der Kommissionsvorschlag gesteht auch im derzeitigen Investor-Staat-Streitbeilegungssystem bestehenden Institutionen wie dem International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) und/oder dem Permanent Court of

Arbitration eine administrative Rolle im neuen Investitionsgerichtssystem zu. Eine dieser beiden Institutionen soll das administrative Sekretariat des Gerichtssystems bilden. Darüber hinaus sieht der Kommissionsvorschlag in Teil 3 Artikel 6 Absatz 2 vor, dass eine Klage beim Tribunal nach der ICSID-Konvention oder den UNCITRAL-Schiedsregeln eingereicht werden kann. Da die EU nicht Mitglied der ICSID-Konvention ist, ist das Verhältnis zwischen Kommissionsvorschlag und ICSID unklar. Insbesondere stellt sich die Frage, ob die EU als Nichtvertragspartei in einem anderen völkerrechtlichen Vertrag (also hier dem TTIP) die Geltung von ICSID-Regeln und Aufgaben des ICSID-Sekretariats bestimmen kann. Die Rolle bestehender Verfahrensregeln der Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit wirft einige bisher ungelöste Fragen und Probleme auf, zu denen sich die Kommission bisher nicht geäußert hat.

Positiv ist noch zu bewerten, dass die Prozessfinanzierung durch einen Dritten ausdrücklich erwähnt und grundsätzlich offengelegt werden muss.

### 4.2 QUALIFIKATION UND UNABHÄNGIGKEIT DER RICHTER\_INNEN

Der Kommissionsvorschlag stützt den Wandel vom System klassischer Investor-Staat-Streitbeilegung hin zu einem Investitionsgerichtshofsystem maßgeblich darauf, dass der Kreis derjenigen, die Streitigkeiten beilegen, begrenzt und ihre Verfügbarkeit mit einer Aufwandspauschale abgegolten wird.

Um die Verfügbarkeit der Richter\_innen zu gewährleisten, sieht Section 3 Artikel 9 Absatz 12 einen sogenannten „retainer fee“ (Festvergütung) in Höhe von ca. 2.000,- Euro pro Monat vor. Alle anderen Gebühren sollen sich nach Regulation 14(1) of the Administrative and Financial Regulation of the ICSID Convention richten. Die Höhe wird vom Secretary General bestimmt und beträgt derzeit für einen Arbeitstag 3.000,- US-Dollar.<sup>6</sup> Da die Richter\_innen in Rotati-

<sup>6</sup> Siehe International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), Schedule of Fees, Stand Januar 2013, abrufbar unter <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/icsidocs/Pages/Schedule-of-Fees.aspx>

onsform jeweils zu dritt einen Fall behandeln würden, besteht immer die Möglichkeit, dass ein/eine Richter\_in in einem Monat „nur“ den „retainer fee“ in Höhe von 2.000,- Euro erhält und keine zusätzliche arbeitsabhängige Vergütung. Hier zeigt sich bereits eine der Schwächen des Kommissionsvorschlages. Zum einen ist die richterliche Unabhängigkeit nicht ausreichend gewährleistet, wenn als regelmäßiger Betrag nur die vorgesehenen 2.000,- Euro gezahlt werden. Insbesondere im Verhältnis zu den in der Branche üblichen Tagessätzen von 3.000,- US-Dollar erscheint dies nicht großzügig genug, um die richterliche Unabhängigkeit zu sichern. Zwar schreibt Section 3 Artikel 11 („Ethics“) vor, dass die Richter\_innen nicht als Rechtsanwalt („counsel“) in einem anhängigen Rechtsstreit oder einem neuen Streit über den Schutz von Investitionen unter dem Abkommen oder anderen Abkommen, ebenso wie nach nationalem Recht, tätig werden dürfen. Aufgrund des Wortes „counsel“ ist jedoch nicht ausgeschlossen, dass die Richter\_innen neben ihrer Richterfunktion auch diejenige eines/einer Schiedsrichter\_in wahrnehmen und im klassischen Investor-Staat-Streitbeilegungssystem tätig werden (siehe auch Marwedel 2015). Bedenken hinsichtlich einer potenziellen Beeinträchtigung der richterlichen Unabhängigkeit können so nicht vollständig ausgeräumt werden. Auch Kostenerwägungen zeigen, dass es wohl deutlich sinnvoller wäre, entsprechenden Richter\_innen 10.000,- bis 15.000,- Euro im Monat als Festbetrag zu zahlen, als 2.000,- Euro „retainer fee“ und dann 3.000,- US-Dollar pro Arbeitstag.

Um als Richter\_in ernannt zu werden, müssen die Personen in ihrem Heimatland für ein Richteramt qualifiziert oder „Juristen von anerkannter Kompetenz“ sein. Sie sollen eine nachgewiesene Fachkompetenz im Völkerrecht haben. Darüber hinaus wird eine wirtschaftsvölkerrechtliche Kompetenz für wünschenswert gehalten. Kompetenzen im innerstaatlichen Recht sind nicht erforderlich (anders BMWi 2015). Für die Mitglieder des Berufungstribunals sind keine weiterreichenden Qualifikationen erforderlich.

Annex 2 des dritten Teils im zweiten Kapitel sieht in Artikel 5 zwar pro forma die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Mitglieder des Investitionsgerichtshofes vor. Allein ein Niederlegen dieser Grundsätze sichert diese Prinzipien jedoch nicht ab. Vielmehr bedarf es hierfür maßgeblicher institutioneller, finanzieller und qualifikationsorientierter Vorgaben. Der in Annex 2 enthaltene Verhaltenscodex (Code of Conduct) nimmt auf keine bestehenden Regelwerke<sup>7</sup> Bezug. Nach Artikel 11(2) des dritten Teils kann bei befürchteten Interessenskonflikten im Sinne des Code of Conduct ein Befangenheitsantrag gegen das Mitglied des Tribunals oder des Berufungstribunals gestellt werden. Andere Sanktionsmechanismen sind nicht vorgesehen.

### 4.3 TRANSPARENZ UND BETEILIGUNG VON DRITTEN

Deutliche Fortschritte zeigen sich im Bereich Transparenz. Der Kommissionsvorschlag nimmt in Artikel 18 auf das bisher fortschrittlichste Abkommen, die sogenannte Mauritius

Konvention<sup>8</sup> Bezug, die die Veröffentlichung der wichtigsten Dokumente in einem Schiedsverfahren vorsieht. Vergleiche, die zwischen den Parteien geschlossen werden, werden hiervon jedoch nicht erfasst. Die Verhandlungen vor dem ICS sollen grundsätzlich öffentlich sein. Der Kommissionsvorschlag beruht somit auf dem gleichen Transparenzniveau wie der Investitionsschutz im CETA, der im internationalen Vergleich als sehr fortschrittlich angesehen werden kann.

Artikel 23 sieht Interventionsrechte dritter Parteien im Rechtsstreit vor. Jede natürliche oder juristische Person, die geltend machen kann, ein direktes Interesse an dem Ergebnis des Rechtsstreits zu haben, kann innerhalb von 90 Tagen, nachdem die Klage beim Tribunal einging, seine Zulassung als Intervenient beantragen. Die Entscheidung hierüber liegt im Ermessen des Tribunals. Der Intervenient bekommt Zugriff auf die meisten zwischen den Streitparteien ausgetauschten Dokumente und kann an den mündlichen Verhandlungen (auch aktiv) teilnehmen. Damit kommt dem Intervenienten eine Unterstützerposition einer der beiden Streitparteien zu. Davon zu unterscheiden ist die Funktion eines sogenannten „amicus curiae“, einem „Freund des Gerichts“, der anders als ein Intervenient auch eine neutralere gerichtsberatende Rolle einnehmen kann. Artikel 23 lässt diese Möglichkeit neben der Intervention ausdrücklich im Rahmen der Transparenzbestimmungen des Artikels 18 zu.

### 4.4 INHALT DER ENTSCHEIDUNG

Die Entscheidung des Tribunals zielt auf die Verpflichtung des Staates, dem Investor den Schaden zu ersetzen, den dieser aufgrund einer Verletzung des Abkommens erlitten hat. Das Tribunal kann nach dem Kommissionsvorschlag stets nur den Staat zu Schadensersatz verpflichten und nie den Investor, da dieser sich keinen Gegenklagen ausgesetzt sieht und auch nicht initiativ von einem Staat verklagt werden kann. Der Kommissionsvorschlag differenziert zwischen Schadensersatz nach Artikel 28 Absatz 1(a) und einem solchen, der für einen Verstoß gegen den Enteignungsschutz zu zahlen ist. Dabei wird in Artikel 28 Absatz 1(b) festgestellt, dass die Rückerstattung des verletzten Eigentums in Schadensersatz zu zahlen ist und nicht das möglicherweise verlorene Eigentum in Form einer Naturalrestitution (also physisch) zurückzugewähren ist. Eine Zurücknahme einer staatlichen Maßnahme als Rechtsfolge ist ausgeschlossen (Artikel 28 Absatz 1 am Ende). Damit unterscheidet sich das Abkommen maßgeblich von den Rechtsfolgen des nationalen Rechts.

Bei einer Verletzung des Eigentumsrechts gem. Artikel 14 GG, für die keine gesetzliche Entschädigung vorgesehen ist, darf nach deutschem Verfassungsrecht der Geschädigte die Rechtsverletzung nicht einfach hinnehmen und ausschließlich Entschädigung verlangen. Vielmehr muss er die staatliche Maßnahme von den zuständigen Gerichten überprüfen lassen. Kommt in diesem Zusammenhang das Bundesverfassungsgericht zu dem Ergebnis, dass dem Geschädigten ein

<sup>7</sup> In Betracht kämen beispielsweise die ausführlicheren IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration der International Bar Association (IBA).

<sup>8</sup> United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration (New York, 2014). Das Abkommen zählt seit Öffnung des Ratifikationsprozesses im März 2015 bisher 16 Vertragsstaaten. Es ist jedoch bisher nicht in Kraft getreten.

Ausgleich zusteht, verpflichtet es den Gesetzgeber, einen derartigen Ausgleich vorzusehen. Im deutschen Verfassungsrecht soll allein der Gesetzgeber Inhalt und Schranken des Eigentumsrechts bestimmen und eine Entschädigung nur verlangt werden können, wenn diese gesetzlich vorgeschrieben ist. Aus Gewaltenteilungsgründen soll allein der Gesetzgeber die Höhe einer Entschädigung festlegen. Dagegen kann im Investitionsschutzrecht ein Schiedsgericht den Staat direkt zur Zahlung einer Entschädigung verurteilen. Der Gesetzgeber ist an diesem Verfahren nicht beteiligt.

#### **4.5 VERHÄLTNIS ZU NATIONALEM RECHTS-SCHUTZ**

Im Gegensatz zum Rechtsschutz auf Grundlage sonstiger völkerrechtlicher Verträge sieht der Kommissionsvorschlag keine Ausschöpfung des nationalen Rechtsweges vor Erhebung einer Klage bei dem Investitionsgerichtshof vor. Damit fehlt ein wichtiger Baustein der reformorientierten rechtspolitischen Agenda im Investitionsschutz (Marwedel 2015).

Den Problempunkt, dass ein Investor durch Kombination eines investitionsschutzrechtlichen Verfahrens mit einem nationalen Verfahren mehrfach Schadensersatz verlangen könnte oder aber im nationalen Verfahren die Aufhebung der Maßnahme begehren und im investitionsschutzrechtlichen Verfahren zusätzlich Schadensersatz verlangen könnte, versucht die Kommission über eine sogenannte „No-U-turn“-Klausel zu adressieren. Nach der „No-U-turn“-Klausel kann ein Investor zunächst den nationalen Rechtsweg beschreiten. Entscheidet er sich im Verlaufe des Verfahrens dazu, ein investitionsschutzrechtliches Verfahren anzustrengen, kann er jedoch nicht mehr danach weiter den nationalen Rechtsweg beschreiten. Der Investor wird dadurch nicht vor eine klassische Entweder-oder-Wahl gestellt, sondern die Wahlmöglichkeit wird länger aufrechterhalten. Doppelte Klagen dieselbe staatliche Maßnahme betreffend werden so im Ergebnis zwar ausgeschlossen, der nationale Rechtsweg und die Rolle der nationalen Gerichtsbarkeit jedoch nicht gestärkt (so auch Van Harten 2015: 6). Es wird auch weiterhin parallele Verfahren vor der nationalen Justiz und dem ICS über den gleichen Streitfall geben, da nationaler Rechtsschutz und Investitionsschutz auf andere Rechtsschutzmöglichkeiten abzielen (ähnlich Schill 2015).

Aufgrund der weit gefassten Definition eines Investors kann der Kommissionsvorschlag auch nicht ausschließen, dass sowohl ein Mutterunternehmen als auch ihr Tochterunternehmen den Rechtsweg beschreiten.

## 5

# AUSWIRKUNGEN AUF KOLLEKTIVE ABKOMMEN UND MASSNAHMEN DER TARIFPARTEIEN

Der Kommissionentwurf verpflichtet wie jedes andere Investitionsschutzabkommen grundsätzlich nur staatliche bzw. suprastaatliche Akteure und richtet sich gegen Maßnahmen von Staaten bzw. der EU. Das Verhalten privater Akteure wird nicht erfasst. Daher kann sich ein Investor auch nicht auf ein Investitionsabkommen berufen, um unmittelbar gegen Tarifverträge oder andere kollektive Abkommen vorzugehen, da es sich dabei im Regelfall um Maßnahmen der privatrechtlich verfassten Tarifparteien handelt. Das könnte im Fall eines mit der öffentlichen Hand ausgehandelten Tarifvertrages anders sein. Schließlich ist auch dann eine Klage denkbar, wenn ein Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklärt wurde, da in diesem Fall eine staatliche Handlung vorliegt. Die Klage würde sich hier zwar direkt gegen die Allgemeinverbindlichkeitserklärung richten. Indirekt würde der Tarifvertrag jedoch auch Gegenstand des Verfahrens.

Im Bereich des Arbeitskampfs könnten einige materielle Schutzstandards zu einer Entschädigungspflicht wegen kollektiver Maßnahmen führen. Beispielsweise verpflichtet der Kommissionsvorschlag den Gaststaat, den Investitionen ausländischer Investoren vollen Schutz und volle Sicherheit zukommen zu lassen. Nach diesem Grundsatz hat der Staat die Investition zu schützen und unter Umständen bei länger andauernden Streiks oder Arbeitskämpfen einzugreifen, wenn der Investor beweisen kann, dass die Sicherheit seiner Investition durch den Arbeitskampf gefährdet ist oder wurde (Ceyssens/Sekler 2005). Bei Verletzung des Grundsatzes des „vollen Schutzes und der vollen Sicherheit“ könnte der Staat zu Schadensersatz verurteilt werden. Möglich erscheint auch, dass Investoren versuchen, sich zum Schutz vor gesetzlichen Vorgaben des Arbeits- und Sozialrechts auf das Institut der indirekten Enteignung zu berufen und so die Schadensersatzpflicht des Staates auszulösen. Des Weiteren könnten bestimmte Formen der Mitbestimmung als indirekte Enteignungen angegriffen werden, z. B. wenn Arbeitnehmer\_innen ein Mitspracherecht im Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft eingeräumt wird (dazu bereits Rittstieg 1991). Nach deutschem Recht ist die Einführung und Ausweitung der Mitbestimmung keine entschädigungspflichtige Enteignung.<sup>9</sup> Dagegen könnte auf der

Grundlage des Kommissionsentwurfs argumentiert werden, dass es einem Entzug der wesentlichen Eigenschaften des Eigentums gleichkommt, wenn Arbeitnehmervertreter\_innen Unternehmensentscheidungen blockieren können. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass die Konkretisierung des Begriffs der indirekten Enteignung in Annex I Nr. 3 Tarifbestimmungen, Arbeitsschutz u. ä. nicht erwähnt.

<sup>9</sup> BVerfGE 50, 290 – Mitbestimmung.

## 6

# ABSCHLIESSENDE BEWERTUNG

Der Kommissionsvorschlag zielt auf eine Reform des gegenwärtigen Systems des Investitionsschutzes ab, bietet ausländischen Investoren aber weiterhin prozedurale wie materielle Sonderrechte, ohne ihnen konkrete Pflichten aufzuerlegen. Das vorgeschlagene System eines Investitionsgerichtshofs enthält zudem Mängel bezüglich der richterlichen Unabhängigkeit und Verweisungen auf das herkömmliche Investor-Staat-System.

In vielen Punkten nimmt der Vorschlag der Kommission zwar eine Vorreiterrolle ein (Öffnung für ein internationales Gerichtssystem, Initiative zur Beschränkung bestehender Schutzstandards für Investoren), das innovative und progressive Potenzial ist aber bei Weitem nicht ausgeschöpft. Wegweisende Schritte – wie eine Begrenzung des materiellen Schutzniveaus auf das der Inländergleichbehandlung – hat die Kommission bewusst unterlassen.

Darüber hinaus kann der Kommissionsvorschlag nicht ausschließen, dass regulative Maßnahmen, die im öffentlichen Interesse getroffen werden (z. B. Arbeits-, Sozial- und Umweltschutzgesetze) zu einer Schadensersatzpflicht führen.

Abschließend kann der Kommissionentwurf daher als Schritt in die richtige Richtung bewertet werden, der jedoch weiterhin mit zentralen Mängeln behaftet ist.

# Literaturhinweise

Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) 2015: 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> (15.12.2015).

Ceyskens, Jan; Sekler, Nicola 2005: Bilaterale Investitionsabkommen (BITs) der Bundesrepublik Deutschland: Auswirkungen auf wirtschaftliche, soziale und ökologische Regulierung in Zielländern und Modelle zur Verankerung der Verantwortung transnationaler Konzerne, <https://publishup.uni-potsdam.de/opus4-ubp/files/540/BITSStudie.pdf> (21.12.2015).

European Commission 2015a: Transatlantic Trade and Investment Partnership: Trade in Services, Investment and E-commerce, EU's Proposal for Services, Investment and E-commerce Text, [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/july/tradoc\\_153669.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/july/tradoc_153669.pdf) (15.12.2015).

European Commission 2015b: Online Public Consultation on Investment Protection and Investor-to-State Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement (TTIP), Report, SWD (2015) 3 final, [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc\\_153044.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc_153044.pdf) (15.12.2015).

European Commission 2015c: Investment in TTIP and Beyond – The Path for Reform, Concept Paper, [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc\\_153408.PDF](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF) (15.12.2015).

European Commission 2015d: Transatlantic Trade and Investment Partnership: Trade in Services, Investment and E-commerce, Chapter II – Investment, Commission Draft Text TTIP – Investment, [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc\\_153807.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc_153807.pdf) (15.12.2015).

European Commission 2015e: Transatlantic Trade and Investment Partnership: Trade in Services, Investment and E-commerce, Chapter II, EU's Proposal for Investment Protection and Resolution of Investment Disputes, [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc\\_153955.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf) (15.12.2015).

European Commission 2015f: Trade for All – Towards a More Responsible Trade and Investment Policy, [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/october/tradoc\\_153846.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/october/tradoc_153846.pdf) (15.12.2015).

European Commission 2015g: Why the New EU Proposal for an Investment Court System in TTIP is Beneficial to Both States and Investors, European Commission – Fact Sheet: 12 November 2015, [http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-15-6060\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-6060_en.htm) (15.12.2015).

Krajewski, Markus 2014: Modalities for Investment Protection and Investor-State Dispute Settlement (ISDS) in TTIP from a Trade Union Perspective, Friedrich-Ebert-Stiftung, EU Office, Brüssel.

Marwedel, Malte 2015: „Reformierter“ Investitionsschutz in TTIP: Zwei Schritte voran – und gegen die Wand, Verfassungsblog, 3.12.2015, <http://verfassungsblog.de/reformierter-investitionsschutz-in-ttip-zwei-schritte-voran-und-gegen-die-wand/> (15.12.2015).

Rittstieg, Helmut 1991: Unternehmensverfassung und transnationale Eigentumsrechte: Zur Bedeutung internationalen Rechts für die Mitbestimmung, Schriften der Hans-Böckler-Stiftung, Bd. 6, Baden-Baden.

Schill, Stephan 2015: Das TTIP-Gericht: Keimzelle oder Stolperstein für echte Multilateralisierung des internationalen Investitionsrechts?, Verfassungsblog, 25.11.2015, <http://verfassungsblog.de/das-ttip-gericht-keimzelle-oder-stolperstein-fuer-echte-multilateralisierung-des-internationalen-investitionsrechts/> (15.12.2015).

UNCTAD 2011: Scope and Definition (A sequel): UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, Geneva.

Van Harten, Gus 2015: Key Flaws in the European Commission's Proposals for Foreign Investor Protection in TTIP, Osgoode Hall Law School, Legal Studies Research Paper Series No. 16, 17 November 2015, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2692122](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2692122) (21.12.2015).

Impressum:

© 2016

**Friedrich-Ebert-Stiftung**

Herausgeber: Abteilung Wirtschafts- und Sozialpolitik

Godesberger Allee 149, 53175 Bonn

Fax 0228 883 9205, [www.fes.de/wiso](http://www.fes.de/wiso)

Bestellungen/Kontakt: [wiso-news@fes.de](mailto:wiso-news@fes.de)

Die in dieser Publikation zum Ausdruck gebrachten Ansichten sind nicht notwendigerweise die der Friedrich-Ebert-Stiftung. Eine gewerbliche Nutzung der von der FES herausgegebenen Medien ist ohne schriftliche Zustimmung durch die FES nicht gestattet.

**ISBN: 978-3-95861-412-3**

Titelmotiv: ©Ralf Kalytta – fotolia

Gestaltung: [www.zumweissenroessl.de](http://www.zumweissenroessl.de)

Druck: [www.bub-bonn.de](http://www.bub-bonn.de)

