BDI
Bundesverband der
Deutschen Industrie e.V.

BEWERTUNG

Investitionsschutz in TPP (Kapitel 9)

Transpazifisches Partnerschaftsabkommen

März 2016

- Am 4. Februar 2016 unterzeichneten Australien, Brunei, Chile, Japan, Kanada, Malaysia, Mexiko, Neuseeland, Peru, Singapur, die USA und Vietnam den Vertragstext über die Transpazifischen Partnerschaft (*Transpacific Partnership Agreement*, TPP). TPP wird das bisher größte plurilaterale Freihandelsabkommen weltweit sein.
- TPP umfasst Themen, die über klassische Handelsabkommen hinausgehen, darunter auch Regelungen zum Investitionsschutz und einen Mechanismus zur Lösungen von Investitionsstreitigkeiten.
- Aus Investorensicht ist der Investitionsbegriff in TPP weit genug gefasst. Investoren sind hinreichend vor unfairer Behandlung, Diskriminierung und Enteignung geschützt. Das Schiedsverfahren lässt eine freie Richterauswahl zu. Es besteht die Möglichkeit, ungerechtfertigte Klagen abzuweisen und dritte Parteien am Verfahren zu beteiligen. Die Regulierungshoheit der Staaten wird gewährleistet.
- Schwächen des Investitionskapitels sind unter anderem, dass keine Klarstellung vorgenommen wurde, was genau unter der Regulierungshoheit des Staates zu verstehen ist. Zudem gilt das Verbot von Diskriminierungen nur unter „sonst gleichen Bedingungen“. Die Tabakbranche kann von den Vertragsstaaten gänzlich vom Investitionsschutz ausgenommen werden.
- Unterschiede zwischen TPP und dem TTIP-Vorschlag der EU:
  - Keine Schirmklausel (*umbrella clause*),
  - Präzisierung von fairerer und billiger Behandlung ohne Liste,
  - „Verlierer zahlt“-Prinzip nicht umfassend angewendet,
  - Keine detaillierte Ausgestaltung eines Berufungsverfahrens,
  - Weltweite Vollstreckbarkeit der Urteile ist sicher.

Inhaltsverzeichnis

Hintergrund: Investor-Staat-Schiedsverfahren (ISDS) im Transpazifischen Partnerschaftsabkommen (TPP) 3

Zusammenfassende Bewertung 4

Positives 4

Nachbesserungsbedarf 5

Die größten Unterschiede zum EU-Verhandlungsvorschlag für TTIP 6

TPP im Detail 7

Materielle Schutzrechte 7

Investor-Staat-Schiedsverfahren (ISDS) 18

Impressum 32

Hintergrund: Investor-Staat-Schiedsverfahren (ISDS) im Transpazifischen Partnerschaftsabkommen (TPP)

Anfang Oktober 2015 erklärten die zwölf Verhandlungspartner der Transpazifischen Partnerschaft (*Transpacific Partnership Agreement*, TPP) das Ende der Verhandlungen, nachdem alle strittigen Verhandlungspunkte ausgeräumt waren. Einen Monat später veröffentlichte das US-Handelsministerium den kompletten Text des Abkommens.[1] Am 4. Februar 2016 unterzeichneten Australien, Brunei, Chile, Japan, Kanada, Malaysia, Mexiko, Neuseeland, Peru, Singapur, die USA und Vietnam den Vertragstext über die Transpazifische Partnerschaft. TPP wird das bisher größte plurilaterale Freihandelsabkommen weltweit sein. Das Abkommen soll in Kraft treten, sobald mindestens sechs Staaten, die mindestens 85 Prozent der Wirtschaftsleistung aller TPP-Staaten ausmachen, den Vertragstext ratifiziert haben.

Der Vertragstext umfasst 30 Kapitel. Ziel von TPP ist es, Handel und Investitionen zwischen den Partnerstaaten zu stärken. Die Verbesserung des Marktzugangs und der Abbau von Zöllen spielen dabei eine wichtige Rolle, da Zölle in mehreren TPP-Ländern noch vergleichsweise hoch sind (gerade im Agrarbereich). TPP deckt jedoch nicht nur die klassischen Kernthemen eines Handelsabkommens ab, sondern geht weit darüber hinaus. Der Vertrag regelt den Schutz geistigen Eigentums, den Umgang mit Staatsunternehmen, den digitalen Handel, Wettbewerb und Nachhaltigkeit. Zudem umfasst der Text Schutzklauseln für Investitionen sowie einen Mechanismus zur Lösungen von Investitionsstreitigkeiten (ISDS).

Eine genaue Analyse des Kapitels zum Investitionsschutz in TPP soll Licht in die Interessen der US-Administration an der Ausgestaltung von Investitionsschutz bringen sowie Unterschiede zum Verhandlungsvorschlag der Europäischen Kommission für die Transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft (*Transatlantic Trade and Investment Partnership*, TTIP) herausarbeiten.

Das Thema Investitionsschutz ist für die deutschen Unternehmen von großer Bedeutung. Im Jahr 2013 betrug der Wert der Bestände deutscher Direktinvestitionen im Ausland (ADI) 919 Milliarden Euro. Der Umsatz, den die deutschen Unternehmen über diese Auslandsinvestitionen generieren, übersteigt die deutschen Exporte um das Doppelte. Der Bestand an ADI in Deutschland lag 2013 bei 458 Milliarden Euro. Beides stärkt die Wettbewerbsfähigkeit, sichert Arbeitsplätze in Deutschland und sorgt für Wachstum und Wohlstand. Umso wichtiger ist ein umfassender Schutz von ADI in Deutschland und im Ausland. Investitionsförder- und -schutzverträge (IFV) bieten einen solchen Schutz. Deutschland hat mehr IFV (129) mit anderen Ländern abgeschlossen als anderen Staaten. Einhergehend mit der öffentlichen Diskussion über das Transatlantische Investitions- und Partnerschaftsabkommen sind IFV und ISDS aber in den letzten beiden Jahren in die Kritik geraten. Im Zentrum der Kritik steht dabei die Sorge um die Sicherung der Regulierungshoheit des Staates angesichts der wirkmächtigen Instrumente zur Schlichtung von Investitionsstreitigkeiten, die auf einer völkerrechtlichen Grundlage stehen. Die Europäische Kommission hat in den vergangenen zwei Jahren zahlreiche Schritte auf die Kritiker zugegangen. Vorläufiger Höhepunkt war die Vorlage eines stark reformierten Modells zur Abwicklung von Investor-Staat-Schiedsverfahren im Rahmen eines Verhandlungsvorschlags für ein TTIP-Kapitel zum Thema Investitionsschutz im November 2015.[2] Der Entwurf dieses Kapitels enthält etwa den Vorschlag zur Errichtung eines öffentlichen Investitionsgerichtshofs.

---

[1] *Transpacific Partnership Agreement* (full text), <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/trans-pacific-partnership/tpp-full-text>, eingesehen am 16. Dezember 2015.
[2] Europäische Kommission, *Trade in Services, Investment and E-Commerce, Chapter II – Investment*, November 2015, <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf>.

Zusammenfassende Bewertung

Das Investitionskapitel ist das neunte von insgesamt 30 Kapiteln in TPP. Das Kapitel hat 44 Seiten. In „Sektion A“ werden nach einigen wenigen Definitionen (Artikel 9.1) von im Investitionskapitel verwendeten Begriffen materielle Schutzstandards konkretisiert (ab Artikel 9.4). In „Sektion B“ (ab Artikel 9.17) wird der Ablauf von Investor-Staat-Schiedsverfahren (ISDS) geregelt. In sieben kurzen Anhängen (Annex A-G) werden beispielsweise Ausnahmen für einzelne Vertragsstaaten festgehalten.

Positives

Materielle Schutzstandards

- Die Definition einer Investition ist präzise und gleichzeitig ausreichend weit gefasst (Portfolioinvestitionen sind inbegriffen).
- Die Regulierungshoheit des Staates ist ausdrücklich geschützt (*right to regulate*).
- Der Vertragstext enthält Hinweise auf die Bedeutung der Verantwortung der Unternehmen (*corporate social responsibility*, CSR).
- Der Schutzstandard der gerechten und billigen Behandlung (*fair and equitable treatment, FET*) ist präzise definiert und kommt ohne eine Liste von Tatbeständen aus.
- Der Vertragstext sichert den Schutz vor einer Diskriminierung (Inländerbehandlung/Meistbegünstigung), ohne einen Missbrauch durch *treaty shopping* zuzulassen.
- Der Vertragstext bietet Schutz vor direkter und indirekter Enteignung, wobei Enteignungen im öffentlichen Interesse unter bestimmten Bedingungen möglich sind.
- Der Vertragstext sichert dem Investor zu, sein Kapital (etwa Gewinne oder Zinsen) frei transferieren zu können.

Schiedsverfahren (ISDS)

- TPP sieht ein Investor-Staat-Schiedsverfahren vor.
- Der Investor ist an der Auswahl der Schiedsrichter beteiligt.
- Es besteht die Möglichkeit zur Beteiligung von Dritten, die selbst keine Partei des Verfahrens sind (*Amicus Curiae*).
- Der Vertragstext sieht eine Vorprüfung zur Abweisung ungerechtfertigter Klagen (*frivolous claims*) vor.
- Das „Verlierer zahlt“-Prinzip gilt zumindest für das Verfahren der Vorprüfung.
- Der Vertragstext sieht die Möglichkeit vor, dass die Vertragsstaaten bindende Interpretationen von Vertragsklauseln vornehmen können.
- Mehrere Klagen zum selben Tatbestand können in einem Verfahren zusammengeführt werden (*consolidation*).
- Der Vertragstext legt Mindestanforderungen an Schiedsrichter bezüglich Qualifikation und Unabhängigkeit fest.
- Der Vertragstext schafft transparente Verfahren bei Gewährleistung des Schutzes vertraulicher Informationen.

Nachbesserungsbedarf

Materielle Schutzstandards

- TPP stellt nicht klar, dass das *right to regulate* im Kontext der Investitionsschutzstandards zu interpretieren ist (keine Notwendigkeitsprüfung, *necessity test,* vorgesehen).
- Der Vertrag bietet keinen Schutz vor dem Bruch staatlich gewährter Zusagen (Schirmklausel, *umbrella clause*).
- TPP fordert, dass klagende Investoren die Beweislast tragen müssen (Umkehrung der Beweislast).
- TPP stellt den Vertragsparteien frei, staatliche Regulierungen der Tabakbranche vom Investitionsschutz auszunehmen.

Schiedsverfahren

- TPP enthält (im Gegensatz zum Verhandlungsvorschlag der Europäischen Kommission an die USA für ein Investitionskapitel in TTIP) keine weitreichenden Vorschläge für eine umfassende Neugestaltung von Investor-Staat Schiedsverfahren. Gerade weil der EU-Vorschlag an manchen Stellen erheblichen Nachbesserungsbedarf aufweist, wäre TPP eine gute Möglichkeit gewesen, weitere Reformvorschläge zur Optimierung der Balance zwischen Schutzniveau und Regulierungshoheit vorzulegen.
- Das Investitionskapitel enthält keinen Berufungsmechanismus, sondern lediglich einen Hinweis auf die Möglichkeit, einen solchen in der Zukunft einzurichten.
- Es sind keine Sonderregeln zur Abwicklung von Fällen mit kleinem Streitwert zur Verbesserung der rechtlichen Situation kleiner und mittlerer Unternehmen (KMU) vorgesehen.

Die größten Unterschiede zum EU-Verhandlungsvorschlag für TTIP

Materielle Schutzrechte

- TPP enthält im Gegensatz zum TTIP-Vorschlag keine Schirmklausel. Das kann den staatlichen Handlungsspielraum der TPP-Staaten sichern, senkt aber den Schutz des Investors vor dem Bruch staatlicher Zusagen.
- TPP präzisiert den Begriff der gerechten und billigen Behandlung, ohne – wie im TTIP-Vorschlag der Europäischen Kommission – konkrete Handlungen aufzuzählen, die gegen den Grundsatz der gerechten und billigen Behandlung verstoßen. Die konkrete Aufzählung im TTIP-Vorschlag könnte dazu führen, dass berechtigte Klagen unterbunden werden.
- In TPP fehlt bei der Bestimmung des Begriffs der „öffentlichen Wohlfahrt“ im Vergleich zum TTIP-Vorschlag die Bedingung, dass ein solcher Eingriff offenkundig unverhältnismäßig sein muss, um als ungerechtfertigte indirekte Enteignung zu gelten. Durch die Abwesenheit dieser verschärfenden Einschränkung ist das Schutzniveau von TPP an dieser Stelle im Vergleich zum TTIP-Vorschlag höher.

Investor-Staat-Schiedsverfahren (ISDS)

- Sowohl der TTIP-Vorschlag der EU als auch TPP sehen die Möglichkeit vor, Investor-Staat-Schiedsverfahren durch ein vorgelagertes Mediationsverfahren abzuwenden. Allerdings regelt der TTIP-Vorschlag detaillierter den Ablauf eines solchen Verfahrens.
- Unter TPP sind beide Streitparteien gleichermaßen an der Zusammensetzung des Schiedsgerichtes beteiligt. Der TTIP-Vorschlag der EU-Kommission lässt hingegen keinerlei Mitwirkung des Investors zu.
- Während unter TPP die Aufteilung der Verfahrenskosten durch das Schiedsgericht geregelt wird, sieht der TTIP-Vorschlag der EU grundsätzlich vor, dass die unterlegene Partei die Verfahrenskosten trägt. Die TTIP-Regelung kann dazu beitragen, ungerechtfertigte Klagen zu verhindern.
- TPP hält im Gegensatz zum TTIP-Vorschlag ausdrücklich fest, dass klagende Investoren die Beweislast für die Rechtmäßigkeit der vorgetragenen Klage tragen zu müssen.
- Der TTIP-Vorschlag der EU schlägt eine detaillierte Ausgestaltung eines Berufungsverfahrens vor, TPP erwähnt lediglich die Möglichkeit einer künftigen Errichtung einer solchen zweiten Instanz.
- TPP sieht vor, dass ein Schiedsrichter Expertise in den Rechtsgebieten aufweisen soll, die für die Behandlung des Falls relevant sind. Der TTIP-Vorschlag der EU-Kommission enthält ausführlichere Regelungen zu Anforderungen an die Unabhängigkeit und moralischen Standards der Richter.
- Sowohl TPP als auch der TTIP-Vorschlag der EU sehen vor, dass ergangene ISDS-Urteile Schiedsurteile im Sinne der *New York Convention* sind. Zum jetzigen Zeitpunkt bietet TPP in dieser Hinsicht mehr Sicherheit, da noch nicht geklärt ist, ob Urteile des in TTIP vorgeschlagenen Schiedsgerichtshofs von nationalen Gerichten tatsächlich als Schiedssprüche anerkannt werden.

TPP im Detail

Materielle Schutzrechte

Definition von Investition und Investor (*Definitions*, Sektion A, Artikel 9.1, S. 2-3)

Eine Investition im Sinne von TPP ist eine Investition im Staatsgebiet eines TPP-Vertragsstaates durch einen Investor eines anderen TPP-Vertragsstaates. TPP sieht vor, dass alle Vermögenswerte als geschützte Investitionen gelten sollen, die der Investor direkt oder indirekt besitzt oder kontrolliert. Die Definition schließt auch Portfolioinvestitionen ein. TPP legt außerdem fest, dass eine Investition im Sinne von TPP mit einer Gewinnerwartung und mit einer Risikoübernahme verbunden sein muss. Die Definition von *Investor* beruht in TPP auf der Definition der Investition. Ein Kläger (*claimant*) im Sinne von TPP ist ein Investor eines TPP-Vertragsstaates, der Partei einer Investitionsstreitigkeit ist. TPP legt einschränkend fest, dass ein Investor kein Investor-Staat-Schiedsverfahren einreichen kann, wenn er seinen Hauptwohnsitz in dem Staat hat, gegen den er eine solche Klage vorbringen will.

Vergleich: TPP und EU-Verhandlungsvorschlag für TTIP

Der Investitionsbegriff im TTIP-Verhandlungsvorschlag der EU-Kommission[3] entspricht grundsätzlich der Definition in TPP. Die Liste der Werte, die im Sinne von TPP als Investition zählen, ist in TPP allerdings etwas weniger detailliert; beide Listen weichen in einzelnen Punkten voneinander ab. Die EU-Kommission schlägt vor, dass alle Vermögenswerte als geschützte Investitionen gelten sollen, die der Investor direkt oder indirekt besitzt oder kontrolliert. Auch der TTIP-Vorschlag schließt Portfolioinvestitionen mit ein; im Gegensatz zu TPP deckt der TTIP-Vorschlag allerdings nicht ausdrücklich Futures und Finanzmarktderivate ab. TPP schützt im Gegensatz zum TTIP-Vorschlag ausdrücklich Lizenzen und Genehmigungen; der Begriff einer Konzession ist im TTIP-Vorschlag enger gefasst als in TPP. Eine Formulierung, die im TTIP-Vorschlag Spielräume bei der Definition einer Investition im Sinne des Vertrags eröffnet (*any other kind of interest in an enterprise*), fehlt in TPP. Der Textvorschlag der Kommission legt einschränkend fest, dass der Wert für eine bestimmte Dauer angelegt sein muss, um als Investition im Sinne des Vertrags gelten zu können. Das Kapital oder andere Ressourcen müssen außerdem gebunden und sowohl mit einer Gewinnerwartung als auch mit einer Risikoübernahme verbunden sein. TPP verlangt zwar, dass eine Investition mit Gewinnerwartung verbunden ist, aber nicht, dass sie für eine bestimmte Zeit angelegt sein muss. Der Schutz gegen Klagen durch „Briefkastenfirmen“ und damit gegen *treaty shopping* durch die Definition ist geringer als in TTIP. Allerdings ermöglicht in TPP Artikel 9.14 (*denial of benefits*) eine Verwehrung des Klagerechts, wenn das klagende ausländische Unternehmen entweder einem Investor des angeklagten Staates gehört oder das Unternehmen keine substantiellen Geschäftsaktivitäten im angeklagten Land („Briefkastenfirmen“) aufweist. Wie im TTIP-Vorschlag basiert auch in TPP die Definition des Investors auf der Definition von Investitionen und ist dadurch hinreichend weit gefasst.

[3] *Definitions Specific to Investment Protection*, S. 1; *Scope*, Sektion 2, Artikel 1, S. 3; *Denial of Benefits,* Sektion 2, Artikel 9, S. 7-8; *Other Claims*, Sektion 3, Sub-Sektion 5, Artikel 14, S. 22-23.

Bewertung

- Die Definition von Investition und Investor in TPP hat vergleichbare Auswirkungen auf das Schutzniveau wie die entsprechenden Regelungen im Vorschlag der Europäischen Kommission zu TTIP.
- TPP und der TTIP-Vorschlag der EU-Kommission schließen Portfolioinvestitionen mit ein; der geschützte Bereich scheint in TPP aber etwas größer zu sein, so werden etwa Finanzmarktderivate und Lizenzen geschützt.
- Der Schutz gegen Klagen durch „Briefkastenfirmen“ und damit gegen *treaty shopping* durch die Definition in TPP ist geringer als in TTIP.

Verhältnis zu regulatorischen Maßnahmen und Zielen (*right to regulate* bzw. *policy space* beziehungsweise Regulierungshoheit) (*Investment and Environmental, Health and other Regulatory Objectives*, Sektion A, Artikel 9.15, S. 18-19 und andere Stellen)

Das TPP-Investitionskapitel schützt explizit die Regulierungshoheit des Staates (*right to regulate* bzw. *policy space*). Keine Regelung des TPP-Investitionskapitels darf Vertragsparteien von Maßnahmen abhalten, die sicherstellen, dass Investitionsaktivitäten mir Rücksicht auf Umwelt, Gesundheit oder andere regulatorische Interessen erfolgen. Solche Maßnahmen sollen allerdings nicht im Widerspruch zu anderen Regelungen im TPP-Investitionskapitel stehen. Auch an anderen Stellen des Investitionskapitels nimmt TPP Bezug auf die Regulierungshoheit des Staates, etwa wenn es um die Reichweite des Abkommens geht (Artikel 9.2 Absatz 1c). TPP schützt das *right to regulate* der Staaten auch, indem genau festgelegt wird, was unter einer indirekten Enteignung zu verstehen ist, und den Vertragsstaaten dieses Mittel der Politikgestaltung im öffentlichen Interesse unter bestimmten Bedingungen eingeräumt wird (Artikel 9.7). Auch überlässt TPP die Auslegung von Vertragsklauseln nicht ausschließlich Schiedsgerichten, sondern gibt den Vertragsstaaten die Möglichkeit, nach Inkrafttreten von TPP rechtsverbindliche Auslegungen zu einzelnen Vertragsklauseln vorzunehmen (Artikel 9.24).

Vergleich: TPP und EU-Verhandlungsvorschlag für TTIP

Auch im TTIP-Vorschlag der EU-Kommission wird das *right to regulate* des Staates explizit abgesichert.[4] Dort ist die entsprechende Formulierung allerdings ausführlicher. So wird im Gegensatz zu TPP etwa auch der Bereich Subventionen beziehungsweise Subventionskürzung explizit aufgeführt. Auch der TTIP-Vorschlag stellt klar, dass die Vertragsparteien nicht in ihrem Recht eingeschränkt werden sollen, Maßnahmen zu ergreifen, die notwendig sind (*through measures necessary*), um berechtigte politische Ziele zu erreichen. Im Gegensatz zu TPP werden hier aber zusätzlich die öffentliche Moral, Sozialschutz, Verbraucherschutz oder auch die Förderung und der Schutz der kulturellen Vielfalt genannt. In TPP wird hingegen auf „weitere regulatorische Ziele“ verwiesen. Der TTIP-Vorschlag weist außerdem explizit darauf hin, dass die Vertragsparteien nicht verpflichtet sind, ihren rechtlichen und regulatorischen Rahmen unverändert zu lassen, auch wenn dies Investitionen oder Gewinnerwartungen von Investoren negativ beeinflusst. TPP enthält im Gegensatz zum TTIP-Vorschlag der EU-Kommission und zu CETA keine Schirmklausel.

---

[4] *Investment and Regulatory Measures/Objectives*, Sektion 2, Artikel 2, S. 4.

Bewertung

- Der Staat muss grundsätzlich in der Lage sein, im öffentlichen Interesse gesetzgeberisch und regulierend tätig zu werden. Das gilt unter anderem, wenn es um den Schutz der Umwelt und des Klimas, um Verbraucherschutz, um die Gesundheit der Bürger oder auch die kulturelle Vielfalt geht. Gleichzeitig muss ein ausreichender Schutz ausländischer Direktinvestitionen gewährleistet bleiben. TPP wird beiden Anforderungen grundsätzlich gerecht; der TTIP-Vorschlag der EU ist in diesem Bereich allerdings etwas präziser.
- Das *right to regulate* ist allerdings kein absolutes Recht, sondern immer im Kontext der Investitionsschutzstandards zu interpretieren. Ansonsten würden diese Standards ad absurdum geführt. Der Staat könnte sich immer auf sein Regulierungsrecht berufen, wenn der Investor seine Rechte geltend macht. Wie im TTIP-Vorschlag der EU wird dies in TPP nicht ausdrücklich klagestellt.
- Die gewählten Formulierungen, nach denen die Regierung sicherstellen muss, dass Investitionen rücksichtsvoll gegenüber bestimmten Regulierungszielen sein müssen (*in a manner sensitive to regulatory objectives*) lässt nicht genügend Schlüsse darüber zu, wo die Grenzen des *right to regulate* liegen, beispielsweise um Investoren vor verstecktem Protektionismus zu schützen. In dieser Hinsicht weisen TPP und der TTIP-Vorschlag der Europäischen Kommission ein ähnliches Problem auf.
- Bei regulatorischen Maßnahmen, die Vertragsstaaten unter Berufung auf das *right to regulate* und zum Schaden von Investoren durchführen, sollte die Beweislast für die Notwendigkeit der Maßnahme beim Staat liegen. Eine solche Prüfung kann sicherstellen, dass Maßnahmen nicht weitgreifender als notwendig sind, um das jeweilige Ziel der Maßnahme zu erreichen. Auch nach WTO-Regeln müssen Staaten eine Notwendigkeitsprüfung (*necessity test*) durchführen, wenn sie Maßnahmen einführen, die den Handel beeinträchtigen. Auf eine solche Notwendigkeitsprüfung wird in TPP nicht hingewiesen, ebenso wenig wie im TTIP-Vorschlag der Europäischen Kommission.
- TPP enthält im Gegensatz zum TTIP-Vorschlag keine Schirmklausel; auch dies stärkt den staatlichen Handlungsspielraum, allerdings deutlich zu Lasten des Investors.

Förderung freiwilliger Verantwortung der Unternehmen (*Corporate Social Responsibility*, CSR) (*Corporate Social Responsibility*, Sektion A, Artikel 9.16, S. 18-19)

Das TPP-Investitionskapitel betont die Bedeutung von *Corporate Social Responsibility*. Die Vertragsparteien sollen Unternehmen dazu ermuntern, international anerkannte Standards, Leitlinien und Prinzipien im Bereich der unternehmerischen Verantwortung freiwillig in ihre internen Richtlinien zu integrieren.

Vergleich: TPP und EU-Verhandlungsvorschlag für TTIP

Im TTIP-Vorschlag der EU-Kommission ist kein besonderer Hinweis auf die Bedeutung von *Corporate Social Responsibility* enthalten.

Bewertung

- Es gibt eine Reihe international anerkannter Referenztexte und Instrumente, mit denen Regierungen und internationale Organisationen ihre Erwartungen an multinationale Unternehmen formulieren. Diese sind oft direkt an Unternehmen gerichtet, wie zum Beispiel die dreigliedrige Erklärung der ILO, die OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen oder der Global Compact. In ihrer geschäftlichen Praxis dienen sie den Unternehmen als Orientierungsrahmen und helfen ihnen, gesellschaftliches Engagement zu entwickeln.

- Die Aufnahme eines entsprechenden Artikels in TPP ist aus Sicht der Wirtschaft zu begrüßen. Gerade für international ausgerichtete Unternehmen ist die Frage der Übernahme unternehmerischer Verantwortung zu einem wichtigen Erfolgsfaktor geworden. Die Umsetzung solcher Leitlinien muss allerdings freiwillig bleiben. Die Formulierung in TPP weist auf den freiwilligen Charakter von CSR hin (*voluntary incoroporate*).

Gerechte und billige Behandlung von Investitionen und Investoren (*fair and equitable treatment*, FET) (*Minimum Standard of Treatment*, Sektion A, Artikel 9.6, S. 7)

TPP sieht die in Investitionsschutz- und -förderverträgen üblichen Schutzstandards für Auslandsinvestitionen vor. So regelt der Vertrag, dass jeder Vertragsstaat Investitionen aus anderen Vertragsstaaten in Übereinstimmung mit den Prinzipien des Völkergewohnheitsrechts behandeln soll, einschließlich dem Prinzip der gerechten und billigen Behandlung und der Gewährung von vollem Schutz und Rechtssicherheit (*full protection and security*). TPP nimmt zu dieser Schutzklausel einige Präzisierungen vor. So wird ausgeführt, dass der Standard des Völkergewohnheitsrechts, auf den TPP Bezug nimmt, auch Mindeststandards für die Behandlung von Ausländern beinhaltet. Zudem wird betont, dass die Vertragsstaaten unter FET ausländischen Investoren den Zugang zu nationalen Gerichtsverfahren nicht verweigern dürfen. Überdies erfordert die Gewährung von vollem Schutz und Sicherheit die Gewährung eines völkergewohnheitsrechtlich üblichen Niveaus polizeilichen Schutzes.

Vergleich: TPP und EU-Verhandlungsvorschlag für TTIP

Im Gegensatz zum TTIP-Vorschlag der EU-Kommission[5] enthält die FET-Regelung in TPP keine Liste, die im Einzelnen aufzählt, in welchen Fällen der Grundsatz der gerechten und billigen Behandlung als nicht eingehalten betrachtet werden soll.

Unterschiede bestehen auch beim Schutz berechtigter Erwartungen (*legitimate expectations*) des Investors. Mit dem Ziel, eine Investition anzuwerben, kann ein Staat berechtigte Erwartungen beim Investor wecken. Der TTIP-Vorschlag der EU-Kommission enthält im Gegensatz zu TPP den Hinweis, dass Richter bei der Beurteilung, ob ein Investor gerecht und billig behandelt wurde, prüfen können, ob ein Bruch von Zusagen vorliegt. Auch TPP geht auf die Frage der berechtigten Erwartungen ein. Die bloße Tatsache, dass der Staat durch seine Handlungsweise Erwartungen des Investors verletzt, stellt laut TPP allerdings für sich genommen noch keinen Bruch der Garantie gerechter und billiger Behandlung dar.[6]

Die Kürzung oder Streichung einer zuvor gewährten Subvention ist im Sinne von TPP kein hinreichender Klagegrund. Auch der TTIP-Vorschlag der EU-Kommission sieht vor[7], dass die Nichterteilung, Nichterneuerung oder Streichung einer staatlichen Subvention (einschließlich staatlicher Beihilfen der EU) keine Verletzung eines Artikels des Investitionsschutzkapitels darstellt.

---

[5] *Treatment of Investors and of Covered Investments*, Sektion 2, Artikel 3, S. 4.
[6] Eine Rolle spielen die berechtigten Erwartungen des Investors allerdings bei der Beurteilung des Vorliegens von indirekter Enteignung (Annex 9-B *Expropriation* Absatz 3 a (ii), S. 9-35).
[7] *Investment and Regulatory Measures/Objectives*, Sektion 2, Artikel 2, S. 3. Im TTIP-Vorschlag der EU-Kommission gilt diese Klarstellung für alle Artikel dieser Sektion, in TPP für den FET-Artikel.

Bewertung

- Eine Präzisierung des Gebots der gerechten und billigen Behandlung ist auch für Investoren hilfreich. TPP nimmt an dieser Stelle einige Präzisierungen vor, ohne – wie im TTIP-Vorschlag der EU-Kommission – konkrete Handlungen aufzuzählen, die gegen den Grundsatz der gerechten und billigen Behandlung verstoßen. Eine Listenregelung kann zwar die Einschätzung der Rechtslage für Staaten und Investoren verbessern, bringt allerdings auch Probleme mit sich, da eine Aufzählung nicht jede missbräuchliche Handlung von Staaten abdecken kann. Außerdem sind die im TTIP-Vorschlag der EU-Kommission gewählten Fälle sehr restriktiv formuliert (*fundamental breach, manifest arbitrariness*). TPP bietet daher ein höheres Schutzniveau.
- Problematisch für Investoren könnte die Regelung sein, nach der die Enttäuschung berechtigter Erwartungen kein Klagegrund darstellt. Zwar sollten Investitionsförder- und -schutzverträge (IFV) nicht das Ziel verfolgen, Investoren vom unternehmerischen Risiko zu befreien. Unternehmen müssen damit rechnen, dass sich Zukunftserwartungen nicht erfüllen. Allerdings sollten IFV auch sicherstellen, dass Staaten ihre expliziten Zusagen an Investoren einhalten.

Kompensation von Verlusten durch Diskriminierung gegenüber inländischen Investoren (Inländerbehandlung) oder gegenüber Ausländern aus Drittstaaten beziehungsweise Meistbegünstigung *(National Treatment, Most-Favoured-Nation-Treatment*, Sektion A, Artikel 9.4 und 9.5, S. 6-7)

Der Schutz vor Diskriminierung ist für Investoren im Ausland eine der wichtigsten Garantien von Investitionsförder- und -schutzverträgen. Das TPP-Investitionskapitel verpflichtet die Vertragsstaaten, Investoren der anderen Vertragsparteien unter vergleichbaren Bedingungen (*in like circumstances*) nicht weniger günstig (*no less favourable*) zu behandeln als Investoren des eigenen Landes (Inländerbehandlung, Artikel 9.4) oder aus anderen Ländern (Meistbegünstigung, Artikel 6.5). Die Regelungen beziehen sich jeweils auf Unternehmensaktivitäten im Zusammenhang mit der Gründung, dem Kauf, der Expansion, der Verwaltung, dem Betreiben, der Durchführung oder auch dem Verkauf einer Investition. TPP legt fest (Artikel 9.6, S. 8), dass die Parteien ausländische Investoren auch im Kriegsfall oder bei Ausbruch eines Bürgerkriegs nicht diskriminieren dürfen.

Das Prinzip der Meistbegünstigung (*Most-Favoured-Nation-Treatment*, MFN) kann allerdings ein Einfallstor für die Nutzung „fremder“ IFV darstellen. Investoren könnten mit Hinweis auf MFN höhere Schutzstandards aus einem fremden IFV einfordern, also Rechte aus Verträgen, die nicht zum Schutz des klagenden Investors gedacht waren (*treaty shopping)*. Diese Möglichkeit führt zu Risiken für Staaten und zu berechtigter Kritik am völkerrechtlichen Investitionsschutz. TPP präzisiert in Bezug auf die Meistbegünstigung, dass sich diese nicht auf Streitschlichtungsprozedere (*international dispute resolution procedures*) bezieht (Artikel 9.5 Absatz 3). Ein Missbrauch der Meistbegünstigungsregel in TPP durch *treaty shopping* wird dadurch ausgeschlossen.

Vergleich: TPP und EU-Verhandlungsvorschlag für TTIP

Wie TPP sieht auch der TTIP-Vorschlag der EU-Kommission ein Diskriminierungsverbot (Inländerbehandlung und MFN) für ausländische Investoren vor.[8] Nur TPP präzisiert aber, dass diese Garantie ausschließlich unter vergleichbaren Bedingungen („unter gleichen Bedingungen“, *in like circumstances*) gilt.

Der EU-Vorschlag präzisiert gemäß Artikel 4 (S. 4), dass ausländische Investoren auch in folgenden Fällen nicht weniger gut behandelt werden dürfen als inländische Investoren oder Investoren aus Drittstaaten: Verluste aufgrund von Krieg oder anderer bewaffneter Konflikte, Revolution, nationaler Notstand, Aufstand, Aufruhr oder Unruhen im Gebiet des Staates, in dem die Investition getätigt wurde. Auch TPP enthält eine ähnliche Feststellung, allerdings nur für die Fälle von bewaffneten Konflikten (*armed conflict*) und ziviler Unruhen (*civil strife*).[9] Allerdings spezifiziert der TTIP-Vorschlag der EU-Kommission Ausnahmeregelungen für den Investitionsschutz. So sollen die Prinzipien der Inländerbehandlung und der Meistbegünstigung nicht für nichtkonforme Maßnahmen auf EU-, Staats-, Regional- oder Kommunalregierungsebene gelten, die vor dem 1. Mai 2015 in Kraft getreten sind (Annex I, S. 4).

Wie TPP enthält TTIP im Kapitel *Services, Investment and E-Commerce* eine Klausel, die *treaty shopping* über das Meistbegünstigungsprinzip verhindern soll. Dort regelt Artikel 2-4 Absatz 4, dass das Meistbegünstigungsprinzip sich nicht auf Prozedere für Investor-Staat-Schiedsverfahren anderer Investitionsschutzverträge bezieht. Der Ausschluss in TPP ist mit der Formulierung *international dispute resolution procedures or mechanisms* etwas weiter gefasst als in der Formulierung *investor-to-state dispute settlement procedures* im TTIP-Vorschlag der EU-Kommission.

TPP verweist in Sektion A Artikel 9.11 *Non-Conforming Measures* (S. 9-15) auf Wirtschaftssektoren, in denen in Teilbereichen Inländerbehandlung und Meistbegünstigung nicht gelten sollen. Die einzelnen Ausnahmebereiche werden in den Annexen I und II aufgezählt. Die Annexe enthalten für jedes Land separate Aufzählungen der Wirtschaftsbereiche, in denen diese Schutzstandards nicht uneingeschränkt gelten sowie eine kurze Beschreibung des Hintergrunds der aufgezählten Ausnahme. Für die USA werden etwa Bereiche der Branchen Kernenergie (Handel, Herstellung, Transfer, Import oder Nutzung von Anlagen im Bereich der Kernenergie[10]), Bergbau (Erwerb von Wegerechten zum Betrieb von Pipelines zum Transport mineralischer Produkte wie Öl oder Gas über Festland in Bundeseigentum oder Nutzungsrechte in diesem Bereich[11]) und Luftverkehr (Betrieb von Flugzeugen im Inlandsverkehr und internationale Flüge als US-Luftfahrtunternehmen; Ausländer benötigen behördliche Genehmigung für das Anbieten von Charterflügen oder spezieller Flugdienste[12]) genannt. Auch im TTIP-Vorschlag der EU-Kommission werden im Kapitel *Trade in Services, Investment and E-Commerce* Ausnahmeregelungen für den Bereich der Investitionen spezifiziert. So sollen die Prinzipien der Inländerbehandlung und der Meistbegünstigung nicht für nichtkonforme Maßnahmen auf EU-, Staats-, Regional- oder Kommunalregierungsebene gelten. Die Annexe I und II zählen diese Bereiche für einzelne Mitgliedstaaten auf (beispielsweise Ausnahmen für Freie Berufe, beim Erwerb von Grundstücken oder auch für die Bereiche Landwirtschaft, Umwelt und Bildung. Dort wird für jeden Bereich der Geltungsbereich der Ausnahmen weiter eingeschränkt beziehungsweise präzisiert und EU-Mitgliedsstaaten genannt, für die sie jeweils gelten.).

---

[8] *Compensation for Losses*,Sektion 2, Artikel 4, S. 4 und Kapitel *Trade in Services, Investment and E-Commerce*, Artikel 2-3 *National Treatment* und *Most-Favoured-Nation Treatment*, Artikel 2-4, S. 6.
[9] *Treatment in Case of Armed Conflict or Civil Strife*, Sektion A, Artikel 9.6, S. 9-8.
[10] Unter Verweis auf *Atomic Energy Act of 1954*, 42 U.S.C. §§ 2011 et seq.
[11] Unter Verweis auf *Mineral Lands Leasing Act of 1920*, 30 U.S.C. Chapter 3A.
[12] Unter Verweis auf 49 U.S.C. Subtitle VII, *Aviation Programs*.

Bewertung

- Die TPP-Vertragsparteien versuchen das Risiko von *treaty shopping* einzudämmen, indem MFN ausdrücklich nicht auf Verfahrensregeln bezogen wird (Artikel 9.5, Absatz 3, S.7). Damit ist MFN in TPP ebenso wie im TTIP-Vorschlag der EU-Kommission nur auf materielle Schutzstandards anwendbar. Für die Investoren ist damit gewährleistet, dass sie materiell-rechtlich nicht gegenüber Investoren aus anderen Ländern diskriminiert werden, gleichzeitig kann die Akzeptanz für TPP verbessert werden.
- TPP sieht Ausnahmen für die Anwendung von Inländerbehandlung und MFN im Bereich der nichtkonformen Maßnahmen (*non-conforming measures*) vor (Sektion A, Artikel 9.11, S. 15). Diese Ausnahmen können den Schutzbereich einschränken, finden sich aber auch im ISDS-Vorschlag der EU-Kommission zu TTIP.
- Im Gegensatz zu vielen älteren IFV wird der Schutzbereich durch die wiederkehrende Formulierung *in like circumstances* präzisiert. Dadurch könnte der Schutzbereich im Vergleich zu älteren IFV eingeschränkt werden. Andererseits stellt auch diese Präzisierung einen gewissen Schutz vor unberechtigten Klagen dar.

Schutz vor direkter und indirekter Enteignung (*Expropriation and Compensation,* Sektion A, Artikel 9.7, S. 8-10, sowie Annex 9-B und 9-C, S. 35)

Eine zentrale Funktion von IFV ist der Schutz vor Enteignung ausländischer Investoren durch den Gaststaat. TPP schützt ausländische Investitionen vor Enteignung beziehungsweise Nationalisierung. Erfasst werden sowohl direkte als auch indirekte Enteignungen. Ausgenommen sind Enteignungen, die für einen „öffentlichen Zweck“ (*public purpose*), in nicht-diskriminierender Weise, bei Zahlung einer angemessenen Kompensation und in Übereinstimmung mit einem ordentlichen Rechtsverfahren (*in accordance with due process of law*) erfolgen. Die Kompensation soll ohne Verzögerung und in einer dem Marktwert angemessenen Höhe erfolgen. Führt das Bekanntwerden einer Enteignung zu einem Preisverfall, so soll dieser in der Bestimmung der Kompensationshöhe nicht berücksichtigt werden. Die geleistete Kompensation soll frei transferierbar sein und mindestens dem fairen Marktwert des enteigneten Gutes plus einer geschäftsüblichen Verzinsung entsprechen. Der Schutz vor Enteignung gilt allerdings entsprechend Artikel 9.7 Absatz 5 (S. 9-10) nicht bei einer Einschränkung der Nutzung geistiger Eigentumsrechte, sofern diese in Übereinstimmung mit dem TRIPS-Übereinkommen und mit TPP Kapitel 18 (*Intellectual Property*) erfolgt.

In einem Anhang (Annex 9-B, S. 9-35) erfolgt eine weitere Präzisierung des Begriffs der Enteignung im Sinne von TPP. Eine *direkte Enteignung* liegt demnach bei einer formellen Eigentumsübertragung oder Beschlagnahmung vor. Eine *indirekte Enteignung* liegt dann vor, wenn eine Maßnahme oder eine Serie von Maßnahmen den gleichen Effekt (*effect equivalent to direct expropriation*) wie eine direkte Enteignung haben, ohne dass formal eine Enteignung stattfindet. Über das Vorliegen einer indirekten Enteignung soll laut TPP im Einzelfall entschieden werden. Dabei müssen verschiedene Faktoren betrachtet werden: erstens die wirtschaftlichen Auswirkungen der staatlichen Maßnahme, wobei ein wirtschaftlicher Schaden alleine noch keine indirekte Enteignung begründet; und zweitens das Ausmaß, in dem der staatliche Eingriff begründete Erwartungen des Investors im Zusammenhang mit der Investition beeinflusst. Eine Fußnote präzisiert drittens, dass begründete Erwartungen (*reasonable investment-backed expectations*) im Sinne von TPP etwa durch bindende und schriftliche Versicherungen (*binding written assurances*) des Staates an den Investor entstehen (S. 35).

Nichtdiskriminierende enteignende Maßnahmen mit dem Ziel des Schutzes legitimer Ziele der öffentlichen Wohlfahrt (*legitimate public welfare objectives*, etwa zum Schutz der öffentlichen Gesundheit, der Sicherheit oder der Umwelt) stellen nur in Ausnahmefällen (*except in rare circumstances*) eine Enteignung im Sinne von TPP dar.

Die Entscheidung einer Partei, Subventionen oder Zuschüsse nicht zu erteilen, zu erneuern oder zu erhalten, stellt für sich genommen keine Enteignung im Sinne von TPP dar.

Vergleich: TPP und EU-Verhandlungsvorschlag für TTIP

Wie TPP sieht der TTIP-Vorschlag der EU-Kommission den Schutz von Investitionen vor direkter und indirekter Enteignung vor.[13] Auch der EU-Vertragsentwurf verlangt, dass über das Vorliegen indirekter Enteignung im Einzelfall entschieden werden muss und sieht dabei ähnliche Prüfkriterien vor. So sollen beiden Vertragstexten zufolge die wirtschaftlichen Auswirkungen und der Charakter der staatlichen Maßnahme geprüft werden. Anders als im EU-Vorschlag ist die Dauer einer staatlichen Maßnahme in TPP allerdings kein Prüfkriterium. In TPP können hingegen – anders als im TTIP-Vorschlag – die berechtigten Erwartungen (*investment-backed expectations*) des Investors bei der Beurteilung des Vorliegens einer indirekten Enteignung berücksichtigt werden. Ob diese Erwartungen tatsächlich berechtigt waren, kann laut einer Fußnote im TPP-Text etwa daran festgemacht werden, ob sie auf einer schriftlichen Zusage des Staates basierten.

Auch die Festlegung der Entschädigungssumme folgt im TTIP-Vorschlag ähnlichen Kriterien wie in TPP (Marktwert der Investition vor Bekanntwerden der Enteignung plus Zinsen ab dem Zeitpunkt der Enteignung bis zur Auszahlung der Kompensation). Allerdings erwähnt TPP zusätzlich, dass Kompensationen in einer frei konvertierbaren Währung ausgezahlt werden sollen.

Sowohl in TPP als auch im TTIP-Vorschlag stellen nichtdiskriminierende staatliche Maßnahmen zum Schutz legitimer politischer Ziele (beispielhaft aufgezählt werden etwa Maßnahmen zum Schutz der Gesundheit, der Sicherheit oder auch der Umwelt) grundsätzlich keine entschädigungspflichtige indirekte Enteignung dar. Laut beiden Vertragstexten kommen solche Maßnahmen nur in seltenen Ausnahmen (*rare circumstances*) einer indirekten Enteignung gleich. TPP präzisiert dies nicht weiter. Der EU-Vorschlag konkretisiert hingegen, dass die staatliche Maßnahme im Vergleich zu dem verfolgten gesetzgeberischen Ziel offenkundig unverhältnismäßig (*manifestly excessive*) sein muss.

Bewertung

- Positiv ist, dass TPP und der TTIP-Vorschlag der EU-Kommission Investitionen sowohl vor direkter als auch indirekter Enteignung schützen.
- Positiv für Investoren und Staaten ist die klare Definition von indirekter Enteignung.
- Sowohl TPP als auch TTIP schützen das *right to regulate* der Staaten, indem sie Enteignungen im öffentlichen Interesse unter bestimmten Bedingungen erlauben.
- Die Präzisierung in TPP, dass eine Nichtgewährung von Subventionen an sich keine Enteignung und somit keinen Klagegrund darstellt, begegnet einer verbreiteten Kritik an IFV.
- Die Auslegung des schwammigen Begriffs der „öffentlichen Wohlfahrt“ (*public welfare objective*) könnte in der Praxis dazu führen, dass auch begründete Klagen abgelehnt werden. Dieses Manko teilt TPP mit dem TTIP-Vorschlag der EU-Kommission. Allerdings fehlt in TPP im Vergleich zum TTIP-Vorschlag die Bedingung, dass ein solcher Eingriff offenkundig unverhältnismäßig sein müsste, um als ungerechtfertigte indirekte Enteignung gelten zu können. Durch die Abwesenheit dieser verschärfenden Einschränkung ist das Schutzniveau von TPP an dieser Stelle im Vergleich zum TTIP-Vorschlag der EU-Kommission etwas höher.
- In der Prüfung, ob eine indirekte Enteignung vorliegt, können laut TPP die berechtigten Erwartungen des Investors berücksichtigt werden. Allerdings wird darauf hingewiesen, dass eine solche Erwartungshaltung des Investors etwa eine schriftliche Zusage des Gaststaates erfordert. TPP geht

[13] *Expropriation*, Sektion 2, Artikel 5, S. 5 und *Expropriation*, Annex I, S. 9.

mit dieser Präzisierung auf eine häufig geäußerte Kritik an IFV ein. Das Schutzniveau für Investoren wird durch diese Einschränkung aber grundsätzlich gesenkt, da etwa der Bruch von mündlichen Zusagen des Gaststaates an den Investor nicht zur Begründung des Vorliegens einer indirekten Enteignung herangezogen werden kann.

- Zur Feststellung des Vorliegens einer indirekten Enteignung ist unter TPP (ebenso wie der TTIP-Vorschlag der EU-Kommission) die Herabsetzung des Wertes einer Investition alleine kein hinreichender Grund. Investitionsentscheidungen werden jedoch mit einer langfristigen Perspektive getroffen, welche auch die erwarteten Gewinne beinhaltet. Wenn erwartete Gewinne nicht bei der Berechnung der Kompensation berücksichtigt werden, könnte dies einen negativen Einfluss auf zukünftige Investitionsflüsse haben.

Schutz vor dem Bruch schriftlicher Vereinbarungen zwischen Staat und Investor (Schirmklausel, *umbrella clause*)

TPP sieht keine Klausel zum Schutz vor dem Bruch schriftlicher Vereinbarungen und Zusagen zwischen Investor und Gaststaat (Schirmklausel, *umbrella clause*) vor. Lediglich im Zusammenhang mit den Regelungen zur Feststellung des Vorliegens indirekter Enteignungen kann ein Bruch schriftlich gewährter Zusagen als Enttäuschung berechtigter Erwartungen (*reasonable investment-backed expectations*) (Annex 9-B und 9-C, S. 35) gewertet werden.

Vergleich: TPP und EU-Verhandlungsvorschlag für TTIP

Der Verhandlungsvorschlag der EU-Kommission sieht einen Schutz vor dem Bruch schriftlicher Vereinbarungen und Zusagen zwischen Investor und Gaststaat vor.[14]

Bewertung

- Kritiker von IFV und ISDS sehen in Schirmklauseln eine Gefahr für die Regulierungshoheit von Staaten. Doch Schirmklauseln stellen keine unangemessene Belastung für einen Staat dar, da dieser lediglich dazu angehalten wird, Verpflichtungen einzuhalten, die er freiwillig eingegangen ist. Der BDI begrüßt den Vorschlag für eine Schirmklausel im Investitionskapitel in TTIP. TPP sieht keine Schirmklausel vor, so dass das Schutzniveau in dieser Hinsicht hinter dem des TTIP-Vorschlags zurückbleibt.
- Im TTIP-Vorschlag der EU-Kommission gilt der Schutz vor dem Bruch schriftlicher Vereinbarungen übergreifend für den Schutz der Auslandsinvestitionen. Zumindest im Zusammenhang mit der Feststellung einer indirekten Enteignung spielt auch unter TPP der Bruch von staatlichen Zusagen eine Rolle. Eine ausdrückliche Begrenzung auf schriftliche Vereinbarungen beschränkt den Schutz der Unternehmen. Andererseits kommt dies den Kritikern derartiger Klauseln in Investitionsverträgen entgegen und erhöht für die Vertragsstaaten die Rechtssicherheit.

[14] *Observance of Written Commitments*, Sektion 2, Artikel 7, S. 7.

Freiheit des Kapitalverkehrs (*Transfers*, Sektion A, Artikel 9.8, S. 10-11)

Wie viele IFV schreibt auch TPP den Vertragsparteien vor, Transfers des ausländischen Investors nicht einzuschränken. Unter Transfers im Sinne von TPP sind etwa Kapitaleinlagen, Profite, Dividenden, Zinsen, Verkaufserlöse, vertragsgemäße Zahlungen, Kompensationen bei Enteignungen oder auch Zahlungen aus einem Rechtsstreit zu verstehen. Die Parteien sollen Transfers in frei konvertierbarer Währung und zu marktüblichen Wechselkursen ermöglichen. Die Freiheit der Transfers kann durch die Vertragsparteien unter bestimmten Bedingungen eingeschränkt werden, wenn dies in einer nichtdiskriminierenden Weise geschieht. Zu den Gründen für eine solche Einschränkung gehören etwa Bankrott oder Insolvenz, Transfers im Bereich des Handels mit Wertpapieren, das Vorliegen von Straftaten, die Absicht der Rechtsdurchsetzung oder auch der Einhaltung von Gesetzen.

Vergleich: TPP und EU-Verhandlungsvorschlag für TTIP

Auch im TTIP-Vorschlag der EU-Kommission findet sich eine Liste regulatorischer Maßnahmen, die der Staat trotz einschränkender Wirkung auf die Freiheit des Kapitalverkehrs vornehmen darf. [15] Auch hier dürfen solche Beschränkungen nichtdiskriminierend sein. Über die Aufzählung in TPP hinaus werden dabei auch Maßnahmen zum Schutz von Sozialleistungen, öffentlichen Pensionen und Pflichtsparsystemen genannt. Darüber hinaus enthält der TTIP-Vorschlag der EU-Kommission einen redaktionellen Hinweis, dass zu einem späteren Zeitpunkt einschränkende Regelungen in andere Teile des Vertragstextes zum Schutz des Staates bei Zahlungsbilanzschwierigkeiten, finanziellen Schwierigkeiten oder bei Operationen der europäischen Währungsunion aufgenommen werden können. Eine solche Formulierung findet sich in TPP nicht.

Bewertung

- Der Wert einer Auslandsinvestition für den Investor steht und fällt mit der Möglichkeit, Gewinne oder Erlöse aus der Veräußerung der Investition in sein Heimatland transferieren zu können. Transfers im Zusammenhang mit der zu schützenden Auslandsinvestition sollten daher so wenigen Einschränkungen wie möglich unterliegen.
- Durch die Liste der Ausnahmen (Bankrott oder Insolvenz, Transfers im Bereich des Handels mit Wertpapieren, beim Vorliegen von Straftaten, zum Zwecke der Rechtsdurchsetzung oder der Einhaltung von Gesetzen) fällt das Schutzniveau des TTIP-Vorschlags der EU-Kommission, der mehr Politikbereiche (zum Beispiel Sozialleistungen) aus den Transfers herausnimmt, leicht hinter das Schutzniveau von TPP zurück.
- Im Gegensatz zum TTIP-Vorschlag der EU-Kommission enthält TPP keinen Hinweis auf eine Klausel zur Einschränkung der Transfers bei Vorliegen von Zahlungsbilanzschwierigkeiten. TPP verspricht an dieser Stelle daher ein höheres Schutzniveau als der TTIP-Vorschlag der EU-Kommission.

[15] *Transfer,* Sektion 2, Artikel 6, S. 6 f..

Ausnahme vom Investitionsschutz für die Tabakbranche (Kapitel 29 *Exceptions*, Sektion A, Artikel 29.5 *Tobacco Control Measures*, S. 8)

In Kapitel 29 sieht TPP sektorale Ausnahmen vor. Der Artikel 29.5 bezieht sich dabei auf Ausnahmen im Bereich der Tabakregulierung. Nur dieser Artikel des 29. Kapitels bezieht sich auf Regelungen zum Investitionsschutz in Kapitel 9. Von dieser sektoralen Ausnahme betroffen sind unter anderem Regulierungsmaßnahmen, die sich auf die Produktion, den Konsum, den Vertrieb, die Beschriftung und Verpackung, die Werbung und Vermarktung oder auf den Kauf von Tabakprodukten beziehen. Nicht betroffen sind regulatorische Maßnahmen für den Anbau der Tabakpflanzen. Ein TPP-Vertragsstaat kann laut Kapitel 29 Artikel 29.5 die Klagerechte des Investitionskapitels verwehren, wenn sich die vorgebrachte Klage gegen Maßnahmen zur Tabakregulierung richtet. Wurde diese Wahl nicht schon vor dem Vorliegen eines spezifischen Streitfalls getroffen, kann der Staat auch noch im Verlauf eines Schiedsverfahrens diese Wahl treffen. Hat der Vertragsstaat die Wahl zur Nichtzulassung von Klagen im Bereich der Tabakregulierung getroffen, sind entsprechende Klagen von Investoren abzuweisen.

Vergleich: TPP und EU-Verhandlungsvorschlag für TTIP

Auch im TTIP-Vorschlag der EU-Kommission gibt es sektorale Ausnahmen, die jeweils bestimmte Regelungsbereiche des Investitionsschutzes betreffen. Wie oben beschrieben zählen die Annexe I und II Teilbereiche für einzelne Mitgliedstaaten und Teilbranchen auf (beispielsweise Ausnahmen von Inländerbehandlung und der Meistbegünstigung für Freie Berufe, beim Erwerb von Grundstücken oder auch für die Bereiche Landwirtschaft, Umwelt oder Bildung). Die Regelung in TPP nimmt allerdings nicht nur Teilbereiche von Wirtschaftsbereichen von einzelnen Schutzrechten aus, sondern eine ganze Branche komplett aus dem Schutzbereich des Investitionskapitels heraus.

Bewertung

- Die Möglichkeit, Regulierungen der Tabakbranche aus dem Geltungsbereich des Investitionsschutzes in TPP auszuklammern, kommt einer verbreiteten Kritik an IFV und ISDS entgegen, die insbesondere im Zuge der ISDS-Klagen von Philip Morris gegen Uruguay und Australien laut wurde.
- TPP schafft mit dieser Regelung allerdings einen Präzedenzfall und birgt damit die Gefahr, dass auch in zukünftig abzuschließenden IFV Branchen vom Schutz ausgenommen werden. Dies würde die Tür für politische Willkür öffnen und könnte sich negativ auf Investitionsentscheidungen auswirken.
- Der TTIP-Vorschlag der EU-Kommission bietet in diesem Punkt Unternehmen einen größeren Schutz.

Investor-Staat-Schiedsverfahren (ISDS)

Im zweiten Teil des TPP-Investitionskapitels (Sektion B) wird das Verfahren zur Behandlung von Investitionsstreitigkeiten zwischen ausländischen Investoren und einem Gaststaat definiert. Das Kapitel sieht ein Investor-Staat-Schiedsverfahren vor, das der jüngeren Generation von IFV entspricht. Die Ausgestaltung ähnelt also in wesentlichen Punkten eher NAFTA oder CETA als den älteren, bestehenden deutschen Investitionsabkommen. Der TTIP-Verhandlungsvorschlag der EU-Kommission zum Investitionsschutz sieht allerdings im Gegensatz zu den Regelungen von TPP und bisher bestehenden IFV mit einem öffentlichen Investitionsgerichtshof (*Investment Court System*) ein neuartiges Verfahren zur Bearbeitung von Investor-Staat-Schiedsverfahren vor. Ein Vergleich der Charakteristika des Investitionskapitels von TPP mit dem entsprechenden Vorschlag der EU-Kommission ist daher nur bedingt möglich.

Mediation (*Consultation and Negotiation*, Sektion A, Artikel 9.17, S. 18-19)

Eine häufig geäußerte Kritik an Investor-Staat-Schiedsverfahren richtet sich gegen die hohen Verfahrenskosten. Für den Fall einer aufkommenden Investitionsstreitigkeit sieht TPP daher vor, dass Investor und Gaststaat zunächst versuchen sollten, den Streit durch Beratungen und Verhandlungen zu klären (*should initially seek to resolve the dispute through consultation and negotiation*). Solche Versuche können laut TPP nicht-bindende Verfahren einer dritten Partei beinhalten. Erläuternd werden bespielhaft Kooperation, Schlichtung oder auch Mediation genannt. Zu diesem Zweck soll der Kläger dem Gaststaat eine schriftliche Bitte nach Konsultationen zukommen lassen, die eine kurze Beschreibung des Sachverhalts beinhalten soll. TPP präzisiert, dass die Einleitung einer solchen Konsultation keine Vorentscheidung für den möglichen Gerichtsstandort eines gegebenenfalls folgenden ISDS-Verfahrens vorwegnimmt.

Vergleich: TPP und EU-Verhandlungsvorschlag für TTIP

Der TTIP-Vorschlag der EU-Kommission sieht ebenfalls die Möglichkeit vor, Investor-Staat-Schiedsverfahren durch ein vorgelagertes Mediationsverfahren abzuwenden[16], regelt aber detaillierter den Ablauf eines solchen Verfahrens. So solle der für Investitionsfragen zuständige TTIP-Ausschuss bei Inkrafttreten von TTIP sechs geeignete Personen zur Durchführung von Mediationsverfahren als Schlichter (*mediator*) bestimmen. Jede Streitpartei kann die andere Streitpartei schriftlich um Aufnahme eines Mediationsverfahrens bitten. Anschließend soll die andere Partei dann innerhalb von zehn Arbeitstagen antworten. Nach einer Konsultation der Streitparteien kann der Schlichter nach eigenem Ermessen etwa Treffen durchführen oder auch Experten anhören. Er kann den Streitparteien Lösungsvorschläge unterbreiten. Innerhalb von 60 Tagen nach der Benennung des Schlichters soll eine einvernehmliche Lösung gefunden werden. Auch im Falle einer Nichteinigung stellt das Mediationsverfahren keine Basis für ein gegebenenfalls folgendes Investor-Staat-Schiedsverfahren dar. Die im Mediationsverfahren gewonnenen Erkenntnisse über den Sachverhalt stellen keine Beurteilungsgrundlage für nachfolgende Verfahren dar. Jede Partei trägt die ihr entstehenden Kosten des Mediationsverfahrens selbst, die Kosten für den Schlichter werden auf beide Parteien aufgeteilt.

[16] *Mediation*, Sektion 3, Sub–Sektion 2, Artikel 3, S. 12 und *Mediation Mechanism for Investor-to-State Disputes*, Annex I, S. 33--34.

Bewertung

- Ein vorgelagertes außergerichtliches Verfahren, wie es in TPP und im TTIP-Vorschlag der EU-Kommission eingeräumt wird, kann dazu beitragen, Staaten und Investoren hohe Prozesskosten und lange Verfahrensdauern zu ersparen.
- Wichtig ist, dass außergerichtliche Verfahren (wie zum Beispiel Mediation) freiwillig bleiben. Wo absehbar ist, dass eine gütliche Einigung nicht erreicht werden kann, würde eine verpflichtende Durchführung des Mediationsverfahrens Kosten und Dauer des Rechtsstreits unnötig erhöhen. Dem Kriterium der Freiwilligkeit wird TPP (ebenso wie der TTIP-Vorschlag der EU-Kommission) grundsätzlich gerecht.
- Die deutlich detailliertere Regelung im TTIP-Vorschlag der EU-Kommission schafft einen Rahmen zur Abwicklung von Mediationsverfahren und die Vorauswahl eines Mediators. In bestimmten Fällen könnte diese Hilfestellung die Inanspruchnahme dieser Möglichkeit durch die Streitparteien fördern.

Einreichung einer Investor-Staat-Schiedsklage und *Cool Down*/*Cooling-off*-Periode (*Submission of a Claim to Arbitration*, Sektion B Artikel 9.18, S. 19)

Aufgrund des hohen Aufwands von Investor-Staat-Schiedsverfahren sollten voreilige Klage möglichst vermieden werden. TPP sieht vor, dass eine Investor-Staat-Schiedsklage erst eingereicht werden kann, wenn innerhalb von sechs Monaten nach der Einreichung einer schriftlichen Bitte um Konsultationen gemäß Artikel 9.17 (*Consultation and Negotiation*) der Streitfall nicht gütlich gelöst werden konnte. Diese Phase kann als *cool down* beziehungsweise *cooling-off*-Periode bezeichnet werden. Nach dieser Frist kann der Kläger die Rechtsforderung zur Streitschlichtung durch ein Schiedsverfahren einreichen. Dabei muss er darlegen, dass das Gastland ein im TPP-Investitionskapitel gewährtes Recht des Investors gebrochen hat und dass dem Investor aus diesem Rechtsbruch ein Schaden entstanden ist. Mindestens 90 Tage vor Einreichung der Klage soll der Kläger das Gastland über die Absicht einer Klage informieren (*notice of intention*). Diese Mitteilung soll Name und Adresse des Klägers, einen Hinweis auf die mutmaßlich gebrochene Vertragsklausel, eine rechtliche und faktische Beschreibung des Sachverhalts und die Höhe des geschätzten Schadens enthalten. Außerdem ist der vom Kläger gewählte Obmann (*arbitrator*) zu nennen. Alternativ kann der ICSID-Generalsekretär schriftlich um Ernennung eines Obmanns gebeten werden. Falls sich der Kläger in seiner Klagebegründung auf die ICSID-Verfahrensregeln für die Abwicklung von Schiedsverfahren beruft, muss die Klage beim Generalsekretär von ICSID eingereicht werden. TPP lässt dem Kläger freie Wahl, andere Schiedsverfahrensregeln (UNCITRAL etc.) zu wählen. In diesem Fall muss die Klage allerdings direkt beim beklagten Gaststaat eingereicht werden. Mit dem Eingang der Klage bei ICSID beziehungsweise beim Gaststaat gilt die Klage im Sinne von TPP als eingereicht, und die dort festgeschriebenen Schiedsverfahrensregeln sind für die Abwicklung des Verfahrens heranzuziehen.

Vergleich: TPP und EU-Verhandlungsvorschlag für TTIP

Der TTIP-Verhandlungsvorschlag der EU-Kommission sieht ebenfalls eine Frist von sechs Monaten vor. Vorgesehen ist auch die Möglichkeit eines Mediationsverfahrens, wobei der Ablauf eines solchen Verfahrens geregelt wird.[17] Alternativ kann ein Investor den beklagten Staat zu Gesprächen (c*onsultations*) auffordern.[18] Wenn durch diese Gespräche auch nach 90 Tagen die Streitigkeiten nicht beigelegt werden können, kann der klagende ausländische Investor bei der Europäischen Union anfragen, ob die EU oder einer ihrer

---

[17] *Mediation*, Sektion 3, Sub-Sektion 2, Artikel 3, S. 12.
[18] *Consultations,* Sektion 3, Sub-Sektion 2, Artikel 4, S. 13.

Mitgliedstaaten Klagegegner einer ISDS-Klage wäre.[19] Die EU muss diese Frage innerhalb von 60 Tagen beantworten. Sechs Monate nach der Anfrage des Investors zu Gesprächen und mindestens drei Monate nach der Anfrage bei der EU nach der Zuständigkeit kann der Investor eine Klage beim Schiedstribunal des TTIP-Investitionsgerichtshofs einreichen.[20] Der TTIP-Verhandlungsvorschlag der EU-Kommission sieht damit ebenfalls eine *cooling-off*-Periode von sechs Monaten vor.[21] TPP sieht wie auch der TTIP-Vorschlag der EU-Kommission eine freie Wahl der Verfahrensregeln vor, unter denen eine Investor-Staat-Schiedsklage abgewickelt werden soll (ICSID, UNCITRAL etc.).

Bewertung

- Entsprechend der Regelungen in TPP kann eine Investor-Staat-Schiedsklage von einem Investor erst sechs Monate nach dem Einreichen seiner schriftlichen Bitte um Konsultationen an den Gaststaat eingereicht werden. Die Frist von sechs Monaten, die zur Findung einer gütlichen Einigung (etwa durch Mediation) genutzt werden kann, entspricht dem TTIP-Verhandlungsvorschlag der EU-Kommission. Auch aus Investorensicht ist eine *cooling-off*-Periode als sinnvoll zu bewerten.
- Eine möglichst große Auswahl an Verfahrensregeln ist aus Investorensicht zu begrüßen.

Auswahl der Schiedsrichter (*Selection of Arbitrators*, Sektion B, Artikel 9.21, S. 23-24)

TPP sieht vor, dass für jeden einzelnen Streitfall ein ad-hoc-Schiedsgericht bestehend aus drei Schiedsrichtern (*arbitrators*, Schiedsrichter oder Obleute) zusammengesetzt werden soll, falls sich die beiden Streitparteien nicht auf eine andere Zusammensetzung einigen. Sowohl der klagende Investor als auch der Gaststaat sollen jeweils einen der beiden Schiedsrichter auswählen. Der dritte und dem Gremium vorsitzende Schiedsrichter soll von beiden Parteien einvernehmlich ausgewählt werden. Falls das Tribunal 75 Tage nach Einreichung der Klage noch nicht konstituiert ist, hat der ICSID-Generalsekretär die Aufgabe, die fehlenden Schiedsrichter zu bestimmen. Die vom Generalsekretär ausgewählten Schiedsrichter sollen weder die Nationalität des Heimatlands des klagenden Investors noch die des verklagten Staates haben, außer die Parteien stimmen der Schiedsrichterauswahl einvernehmlich zu.

Vergleich: TPP und EU-Verhandlungsvorschlag für TTIP

Der TTIP-Vorschlag der EU-Kommission sieht mit dem Aufbau eines *Investment Court Systems* ein deutlich aufwändigeres Verfahren zu Besetzung eines Gremiums zur Beurteilung von Streitfällen vor. Der geplante ständige Investitionsgerichtshof soll die Form eines Richtertribunals (*Tribunal of First Instance*) haben, das eingereichte Investitionsklagen behandeln soll. Dieses Tribunal soll von dem für Investitionen zuständigen TTIP-Ausschuss (*Committee*) bestellt werden. Das stehende Gremium ersetzt die unter bisher bestehenden IFV üblichen und für jeden Streitfall einzeln einzurichtenden ad-hoc-Schiedsgerichte. Für das Tribunal soll es einen Präsidenten und einen Vizepräsidenten geben, die aus einem Drittstaat stammen und für organisatorische Angelegenheiten zuständig sind. Die einzelnen Fälle sollen von einer dreiköpfigen Spruchkammer (*the division of the Tribunal hearing the case*) bearbeitet werden. Die Mitglieder einzelner Spruchkammern werden vom Präsidenten des Tribunals benannt. Einer der Richter der Spruchkammer soll aus den USA

[19] *Request for Determination of the Respondent*, Sektion 3, Sub-Sektion 3, Artikel 5, S. 14.
[20] *Submission of a Claim*, Sektion 3, Sub-Sektion 3, Artikel 6, S. 15.
[21] *Request for Determination of the Respondent, Submission of a Claim*, Sektion 3, Sub-Sektion 3, Artikel 5 und 6, S. 14-16.

stammen, einer aus der EU und einer aus einem Drittstaat. Der Angehörige des Drittstaates ist der vorsitzende Richter (*chair*). Die vorgesehene Frist von maximal 75 Tagen zur Aufstellung eines Schiedsrichtergremiums in TPP ist vergleichsweise kurz. Der TTIP-Vorschlag der EU-Kommission sieht eine Frist von 90 Tagen nach Einreichung einer Investitionsklage vor, in der der Präsident des vorgesehenen öffentlichen Investitionsgerichtshofs drei Richter als Spruchkammer (*division*) zusammenstellen muss, die dann den Fall zu behandeln haben.

Bewertung

- Wie es in bisher bestehenden IFV üblich ist, sieht TPP ad-hoc-Schiedsgerichte zur Beurteilung von Streitfällen vor. Die Zusammensetzung des Schiedsgerichts aus drei neutralen Schiedsrichtern hat sich aus Investorensicht über Jahrzehnte hinweg international bewährt. Der Investor bleibt an der Auswahl der Schiedsrichter beteiligt, was aus Investorensicht zu begrüßen ist.
- Dem TTIP-Verhandlungsvorschlag der EU, ein Investitionsgerichtssystem in TTIP zu etablieren, steht der BDI grundsätzlich offen gegenüber, auch wenn mehrere Schwächen des vorgeschlagenen Systems noch behoben werden müssen. Hinsichtlich der Akzeptanz seitens der Öffentlichkeit hat das reformierte Verfahren, wie es im TTIP-Vorschlag der EU-Kommission vorgeschlagen wurde, Vorteile.

Möglichkeit zur Einbeziehung von nicht unmittelbar am Streitfall beteiligten Dritten (*Amicus Curiae*) (*Conduct of the Arbitration*, *Transparency of Arbitral Proceedings*, *Expert Reports*, Sektion B, Artikel 9.22(3), S. 24, Artikel 9.23, S. 26-27 und Artikel 9.26, S. 29)

TPP bietet die Möglichkeit, Personen oder Organisationen am Verfahren zu beteiligen, die selbst keine Partei des Verfahrens sind (*Amicus Curiae*, „Freunde des Gerichts“). Bei Investor-Staat-Schiedsverfahren können das etwa Nichtregierungsorganisationen wie Umweltverbände oder Gewerkschaften sein, die auf Verlauf und Ausgang des Verfahrens einwirken wollen. Eine solche dritte Partei darf keiner der beiden Streitparteien angehören, muss aber ein großes Interesse an dem Verfahren haben. Jede Eingabe dieser dritten Partei muss den Autor identifizieren, Zugehörigkeiten mit den Streitparteien offenlegen und Auskunft geben über die Finanzierung oder andere Hilfen bei der Erarbeitung der Eingabe. Das Schiedsgericht kann Obergrenzen für die Seitenzahl einer Eingabe und ein Abgabedatum festlegen. Den Streitparteien muss die Gelegenheit gegeben werden, auf die Eingabe zu reagieren. Eine Eingabe darf den Verfahrensverlauf nicht stören und nicht zu einer unfairen Vorverurteilung einer Partei führen. Neben der Möglichkeit, unbeteiligte Dritte zum Verfahren hinzuzuziehen, bietet TPP auch die Möglichkeit, Berichte von Experten einzuholen (Artikel 9.26, S. 29)

Vergleich: TPP und EU-Verhandlungsvorschlag für TTIP

Auch der TTIP-Vorschlag der EU-Kommission eröffnet die Möglichkeit, Dritte in das Verfahren einzubeziehen.[22] Der TTIP-Entwurf gewährt der dritten Partei dabei weitergehende Rechte, etwa die Zustellung von Kopien von Verhandlungsdokumenten. Außerdem legt der TTIP-Vorschlag der EU-Kommission Fristen für den Umgang mit den Eingaben fest.

---

[22] *Intervention by Third Parties*, Sektion 3, Sub-Sektion 5, Artikel 23, S. 26-27

Bewertung

- Mit der Gewährung der Möglichkeit zur Anhörung Dritter begegnet TPP ebenso wie der TTIP-Vorschlag der EU-Kommission dem verbreiteten Vorbehalt gegenüber ISDS-Verfahren, dass diese zu geheim und der Einflussnahme durch die Bürger entzogen seien. Die Regelung kann die öffentliche Akzeptanz des Verfahrens erhöhen und kann außerdem die Urteilsbildung des Gerichts verbessern.
- Der BDI unterstützt ausdrücklich die Möglichkeit zur Einbindung von *Amicus Curiae* in Investor-Staat-Schiedsverfahren. Diese Einbindung sollte die Möglichkeit beinhalten, Stellungnahmen abgeben zu können und – im Rahmen der in TPP oder TTIP vereinbarten Transparenzregeln – über den Verfahrensverlauf informiert zu werden. Eine weitergehende Einbindung, etwa durch eine Beteiligung an den mündlichen Verhandlungen, sollte zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen allerdings unterbleiben.

Möglichkeit zur Vorprüfung von Klagen, die offensichtlich keine Rechtsgrundlage haben oder unbegründet sind (*frivolous claims*) (*Conduct of the Arbitration,* Sektion B, Artikel 9.22(4-5), S. 24-25)

Entsprechend der Regelungen in TPP kann ein beklagter Gaststaat zu Anfang eines Schiedsverfahrens Einspruch gegen die rechtliche Zulässigkeit der Klage einlegen. Das Schiedsgericht hat dann zu Anfang eines Investor-Staat-Schiedsverfahrens diesen Einwand zu überprüfen. Untersucht werden soll dabei, ob die Klage im Sinne von TPP grundsätzlich zu einer Schadenersatzzahlung führen kann (*as a matter of law*) oder ob die Klage offensichtlich jeder rechtlichen Grundlage entbehrt (*manifestly without legal merit*). Der beklagte Gaststaat muss einen entsprechenden Einwand schnellstmöglich nach der Konstituierung des Gerichts geltend machen, spätestens bis zu einem vom Gericht festzulegenden Zeitpunkt. Während der Prüfung des Einwands ist das inhaltliche Verfahren einzustellen. Im Rahmen dieser Prüfung soll das Gericht davon ausgehen, dass die Angaben des Klägers in der Klagebegründung der Wahrheit entsprechen. Das Gericht soll eine Entscheidung bis spätestens 150 Tage nach der Einreichung des Einwands durch den Beklagten treffen, wobei das Abhalten einer Anhörung die Frist um weitere 30 Tage verzögern kann.

Vergleich: TPP und EU-Verhandlungsvorschlag für TTIP

Auch der TTIP-Vorschlag der EU-Kommission sieht vor, dass missbräuchliche und offensichtlich ungerechtfertigte Klagen verhindert werden können.[23] Spätestens 30 Tage nach Bildung der Spruchkammer, in jedem Fall vor der ersten Sitzung der Spruchkammer, kann der Angeklagte Einspruch gegen die Anklage erheben und begründen, warum die Anklage nach seiner Ansicht nach offensichtlich keine Rechtsgrundlage hat. Die Begründung des Einspruchs soll so präzise wie möglich erfolgen. Die Streitparteien werden daraufhin von der Spruchkammer angehört, die ein begründetes Urteil auszusprechen hat (Artikel 16, S.23-24). Das Tribunal soll außerdem zur Vorbereitung des Verfahrens jedem Einspruch des Angeklagten nachgehen, nach dem die Anklage nicht den Klagegründen im Sinne des TTIP-Investitionskapitels nach Sektion 3, Artikel 6 (*Submission of a Claim*) entspricht (*unfounded as a matter of law*).

---

[23] *Preliminary Objections*, Sektion 3, Sub-Sektion 5, Artikel 16, S. 23.

Bewertung

- Eine verbreitete Sorge im Zusammenhang mit IFV und ISDS ist, dass Unternehmen das Instrument missbrauchen, um möglichst viel Geld durch willkürliche Schadenersatzklagen einzunehmen. Grundsätzlich besteht allerdings wenig Anlass zur Sorge, dass Investoren ohne gute Begründung Investor-Staat-Schiedsverfahren anstreben. Aufgrund des hohen Aufwands und des möglichen Reputationsschadens sehen Unternehmen ISDS in der Regel als letztes Mittel zur Lösung von Investitionsstreitigkeiten an.
- Schon heute enthalten Schiedsverfahren Mechanismen, um unseriöse Klagen zu verhindern. Verfahren, die unter ICSID-Regeln verhandelt werden, unterliegen einer formellen Vorprüfung seitens ICSID.
- Eine Vorprüfung einer Klage auf Grundlage eines formell vorgebrachten Vorwands des angeklagten Staates kann Kosten für beide Parteien sparen und in der Öffentlichkeit existierende Vorbehalte gegen Investor-Staat-Schiedsverfahren begegnen. Vorprüfungen sind daher grundsätzlich auch im Interesse der Investoren.
- Das Verfahren einer Vorprüfung ist in TPP ähnlich geregelt wie im TTIP-Vorschlag der EU-Kommission. Den beiden Vorschlägen steht der BDI offen gegenüber. TPP und der TTIP-Vorschlag der EU-Kommission bergen aber gleichermaßen das Risiko, dass gerechtfertigte Klagen abgelehnt werden. Entscheidend ist, nach welchen Kriterien Klagen abgewiesen werden können.

Kostenaufteilung und Umgang mit ungerechtfertigten Klagen (*frivolous claims*) (*Conduct of the Arbitration, Awards,* Sektion B, Artikel 9.22 Absatz 6, S. 25 und Artikel 9.28, S. 31-32)

TPP stellt klar, dass ein Schiedsgericht mit einem Schiedsspruch einer geschädigten Partei Ersatz für einen finanziellen Schaden (plus Zinsen), die Rückgabe von Eigentum und den Ersatz von Anwaltskosten zusprechen kann (Artikel 9.28, S. 31-33). Das Schiedsgericht legt fest, wie und durch wen die Anwaltsgebühren zu bezahlen sind. Dabei hat es die zur Anwendung kommenden Schiedsgerichtsregeln zu beachten. Zur Vorbeugung ungerechtfertigter Klagen sieht TPP außerdem vor, dass das Gericht im Rahmen einer auf eine Anfrage des angeklagten Staates eingeleiteten Vorprüfung (gemäß Artikel 9.22 Absatz 5 und 6, S. 24-26) der obsiegenden Partei eine Erstattung von Kosten in angemessener Höhe und die Anwaltskosten zugestehen kann. Bei der Entscheidung, ob eine solche Kostenerstattung gerechtfertigt ist, soll das Gericht auch der Frage nachgehen, ob die Anklage (oder deren Zurückweisung durch den angeklagten Gaststaat) ungerechtfertigt war. Der anderen Streitpartei soll die Möglichkeit zu einer Stellungnahme eingeräumt werden. Das Gericht kann selbst entscheiden, wie und durch wen diese Kosten und Anwaltsgebühren zu bezahlen sind.

Vergleich: TPP und EU-Verhandlungsvorschlag für TTIP

Der TTIP-Vorschlag der EU-Kommission sieht vor, dass die für ein Schiedsverfahren anfallenden Kosten grundsätzlich durch den Verlierer des Schiedsverfahrens getragen werden müssen.[24] Diese „Verlierer zahlt"-Regelung soll das Risiko ungerechtfertigter Klagen senken. Die Aussicht darauf, bei einer Abweisung der Klage die Verfahrenskosten zahlen zu müssen, soll den Investor motivieren, genau zu prüfen, wie gerechtfertigt seine Klage ist. In Ausnahmefällen kann aber auch unter TTIP das Richtergremium eine Kostenaufteilung festlegen. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn das Schiedsgericht zu dem Urteil kommt, dass eine Kostenaufteilung entsprechend der Umstände des Falls angemessen ist. In Fällen, in denen nur einige

[24] *Provisional Award*, Sektion 3, Sub-Sektion 5, Artikel 28, S. 29.

Teile der Klage erfolgreich waren, sollen unter TTIP die Kosten aufgeteilt werden. Die Kosten sollen dabei im Verhältnis zur Anzahl oder zum Umfang der erfolgreichen Bestandteile der Klage verteilt werden.

In TPP kann die Frage, ob eine Klage nicht gerechtfertigt war, zumindest eine Rolle bei der Kostenaufteilung bei der Vorprüfung von Fällen spielen. Für die Aufteilung der Kosten des Hauptverfahrens ist dieser Hinweis allerdings nicht vorgesehen.

Bewertung

- Bisher üblich in Investor-Staat-Schiedsverfahren ist eine Verteilung der Verfahrenskosten auf die beiden Streitparteien, die davon unabhängig ist, welche Partei abschließend Recht bekommen hat. Unter einer solchen Regelung kann der Kläger von vornherein davon ausgehen, dass er nicht die gesamten Verfahrenskosten alleine tragen muss.
- Während TPP grundsätzlich am bisher üblichen Modell der Kostenaufteilung festhält, hat entsprechend des TTIP-Vorschlags der EU-Kommission die unterlegene Partei die Verfahrenskosten zu tragen. Mit der „Verlierer zahlt“-Regelung in TTIP sollen unberechtigter Klagen verhindert werden. Die „Verlierer zahlt“-Regel birgt allerdings das Risiko, dass kleine und mittlere Unternehmen auch bei klarer Rechtslage von einer Klage absehen, weil sie im Fall einer Niederlage die Prozesskosten nicht tragen könnten. Diese Regel darf nicht dazu führen, dass kleine und mittlere Unternehmen aufgrund des finanziellen Risikos keine begründeten Forderungen im Rahmen von Investor-Staat-Schiedsverfahren mehr stellen.
- Die Lösung in TPP ist aus Investorensicht in dieser Hinsicht grundsätzlich positiv, weil sie dem Tribunal im Rahmen der Vorprüfung die Möglichkeit zur Beurteilung der Unzulässigkeit von Klagen und der Kostenaufteilung einräumt. Somit besteht eine Anreizwirkung, von unbegründeten Klagen abzusehen. Das Risiko für den Investor, die vollen Kosten tragen zu müssen, obwohl er im Recht ist, bleibt dabei auf die Vorprüfung beschränkt.

Beweislast ausschließlich beim Investor (*Conduct of the Arbitration*, Sektion B, Artikel 9.22(7), S. 25)

TPP präzisiert, dass ein Investor, der eine Klage gegen einen Vertragsstaat einreicht, selbst die Beweislast zu tragen hat (*the investor has the burden of proving all elements of its claims*). Alle Bestandteile seiner Klage müssen in Übereinstimmung mit der Anwendung internationaler Rechtsstandards auf die internationale Schiedsgerichtsbarkeit sein.

Vergleich: TPP und EU-Verhandlungsvorschlag für TTIP

Eine entsprechende Formulierung findet sich im TTIP-Vorschlag der EU-Kommission nicht.

Bewertung

- TPP reagiert auf die Sorge, dass Investorenschutz die Vertragsparteien zwingen könnte, die Legitimität nachvollziehbarer Handlungen im öffentlichen Interesse gegenüber Investoren beweisen zu müssen.
- Grundsätzlich ist es auch in Investor-Staat-Schiedsverfahren üblich, dass Kläger die Rechtmäßigkeit ihrer Klage hinreichend belegen müssen. TPP schafft Vertrauen, indem der Vertrag klarstellt,

dass klagende Investoren die Beweislast für die Rechtmäßigkeit der vorgetragenen Klage tragen müssen.
- Für die klagenden Unternehmen bedeutet die Klarstellung keine Änderung der rechtlichen Praxis, ist aber zu begrüßen, da sie die Akzeptanz von TPP stärken kann.

Mögliche Einrichtung eines Berufungsmechanismus (*Conduct of the Arbitration,* Sektion B, Artikel 9.22 (11), S. 26)

TPP enthält keine Regelung für einen Berufungsmechanismus für Urteile von Investor-Staat-Schiedsverfahren. Allerdings nimmt der Vertragstext Bezug auf die Möglichkeit, dass zukünftig unter einem anderen institutionellen Arrangement ein Berufungsverfahren entwickelt werden kann. In diesem Fall können die Vertragsstaaten erwägen, ob Schiedsurteile, die entsprechend Artikel 9.28 (*awards*) ergangen sind, Gegenstand dieses Berufungsverfahrens sein sollen. Außerdem sollen sich die TPP-Vertragsparteien darum bemühen, dass bei einer möglicherweise später erfolgenden Entwicklung eines Berufungsverfahrens vergleichbare Transparenzregeln zur Anwendung kommen sollen wie im TPP-Hauptverfahren.

Vergleich: TPP und EU-Verhandlungsvorschlag für TTIP

Der TTIP-Vorschlag der EU-Kommission geht bedeutend weiter als TPP.[25] Neben der dort vorgeschlagenen Etablierung eines Investitionsgerichtshofs ist auch eine Berufungsinstanz als feststehendes Gremium geplant. Gründe für eine Berufung sind Fehler in der Anwendung und Interpretation des angewendeten Rechts oder Fehler bei der Einschätzung der zugrundeliegenden Fakten (Artikel 29, Absatz 1, S. 31). Wird ein Berufungsverfahren abgelehnt, weil diese Gründe als nichtzutreffend betrachtet werden, gilt der erstinstanzliche Richterspruch als final. Die Besetzung des sechsköpfigen Berufungstribunals soll durch den für Investitionsfragen zuständigen TTIP-Ausschuss erfolgen. Jede Vertragspartei schlägt drei Kandidaten vor, wobei jeweils zwei dem vorschlagenden Staat angehören sollen und jeweils einer einem Drittstaat. Die Zusammensetzung der Spruchkammern der Berufungsinstanz erfolgt ebenfalls nach den gleichen Prinzipien wie die Zusammensetzung der Spruchkammern des erstinstanzlichen Tribunals: Die Spruchkammern bestehen aus drei Berufungsrichtern, den Vorsitz hat der Richter aus einem Drittstaat.

Bewertung

- ISDS-Urteile sind in der Regel abschließend und bindend.
- Die Möglichkeit einer Berufungsinstanz wäre für Investoren grundsätzlich von Vorteil. Allerdings kommt es auf die Ausgestaltung an. Dabei muss darauf geachtet werden, dass sie die Verfahrenskosten insbesondere im Hinblick auf kleine und mittlere Unternehmen nicht weiter in die Höhe treibt und Verfahren nicht übergebührlich in die Länge zieht. Auch kleine und mittlere Unternehmen müssen die Möglichkeit haben, ihre zugesicherten Rechte einzufordern. Geprüft werden sollten daher die Möglichkeiten zur Aufnahme einer Rückverweisungsregel.

---

[25] *Appeal Procedure*, Sektion 3, Sub-Sektion 5, Artikel 29, S. 31.

Transparenz von Investor-Staat-Schiedsverfahren gegenüber der Öffentlichkeit (*Transparency of Arbitral Proceedings,* Sektion B, Artikel 9.23, S. 26-27)

ISDS-Kritiker bemängeln, dass Investor-Staat-Schiedsverfahren im Geheimen stattfinden. Zwar sehen auch die heutigen allgemeinen Schiedsregeln Mindeststandards für die Transparenz von Schiedsverfahren vor (UNCITRAL-Regeln). TPP sieht darüber hinaus explizit vor, dass für das Verfahren wichtige Informationen und Dokumente öffentlich gemacht werden. So soll der angeklagte Gaststaat Dokumente im Zusammenhang mit dem Verfahren zeitnah nach ihrem Eingang dem anderen Vertragsstaat übermitteln und veröffentlichen. Zu den zu veröffentlichenden Dokumenten gehört die schriftliche Ankündigung der Klage, die Klageschrift, die Dokumente des Verfahrens (zum Beispiel schriftliche Stellungnahmen der Streitparteien), Eingaben und Protokolle von Anhörungen und die Entscheidungen des Gerichts. Das Gericht muss Anhörungen öffentlich durchführen und die angemessenen logistischen Vorkehrungen dafür treffen. Dabei muss sichergestellt sein, dass vertrauliche Informationen nicht an die Öffentlichkeit gelangen. TPP hebt jedoch hervor, dass keine Regelung des entsprechenden TPP-Abschnitts vom angeklagten Vertragsstaat fordert, geschützte Informationen (*protected information*) öffentlich zu machen. Das gilt sowohl gegenüber der Öffentlichkeit als auch gegenüber den nicht am Streit beteiligten Parteien (*non-disputing parties*). Dokumente, die von einer der Streitparteien gegenüber dem Gericht als geschützt deklariert werden, müssen in einer Fassung vorgelegt werden, in der die geschützten Informationen unleserlich gemacht wurden. Falls von einer der Streitparteien als geschützt deklarierte Dokumente vom Gericht nicht als schützenswert angesehen werden, kann die Streitpartei die Dokumente zurückziehen oder in einer geschwärzten Fassung erneut vorlegen.

Vergleich: TPP und EU-Verhandlungsvorschlag für TTIP

Auch der TTIP-Vorschlag der EU-Kommission enthält Regelungen zur Transparenz der Verfahren.[26] Im Gegensatz zu TPP unterwerfen diese Regelungen Investitionsstreitverfahren allerdings ausdrücklich den UNCITRAL-Transparenzregeln. Zu den Vorgaben der UNCITRAL-Transparenzregeln gehört ebenso wie unter TPP, dass alle Verfahrensdokumente veröffentlicht werden und dass mündliche Verhandlungen öffentlich stattfinden. Der Vorschlag der EU-Kommission geht jedoch dahingehend sowohl über TPP als auch über die UNCITRAL-Transparenzregeln hinaus, dass auch Beweisstücke (*exhibits*) aus den Expertenberichten und Zeugenaussagen für die Öffentlichkeit einsehbar sein sollen. In Bezug auf den Schutz vertraulicher Informationen enthält TPP ebenso wie der TTIP- Vorschlag der EU-Kommission Einschränkungen und Regelungen für den Umgang mit zu schützenden Informationen.

Bewertung

- Die Transparenzregeln in TPP und im TTIP-Vorschlag der EU-Kommission sind grundsätzlich im Interesse der investierenden Unternehmen.
- Der BDI unterstützt auch, dass sich der TTIP-Vorschlag an den UNCITRAL-Transparenzregeln orientiert.

[26] *Transparency*, Sektion 3, Sub-Sektion 5, Artikel 18, S. 25.

Bindende Interpretation von Vertragsklauseln durch die Vertragsparteien (*Governing Law*, Sektion B, Artikel 9.24, S. 28)

Kritiker an Investor-Staat-Schiedsverfahren bemängeln häufig die fehlende Kontinuität in der Auslegung der einzelnen Vertragsklauseln. Diese obliege im Streitfall nur einem kleinen Gremium von Schiedsrichtern, die an keine Rechtstraditionen oder Auslegungsregeln gebunden seien. Dadurch sei der Ausgang von Investor-Staat-Schiedsverfahren schwer vorhersagbar und die Risiken für die Streitparteien entsprechend groß. TPP ermächtigt das für Investitionen zuständige TPP-Gremium, bei Auslegungsfragen zu strittigen Formulierungen eine bindende Interpretation vorzulegen. Diese Interpretation soll dann für ein Gericht bindend sein. Jede Entscheidung und jedes Urteil des Tribunals müssen mit dieser Entscheidung übereinstimmen.

Vergleich: TPP und EU-Verhandlungsvorschlag für TTIP

TPP schafft die Möglichkeit, dass die Vertragsstaaten auch nach Inkrafttreten von TPP rechtsverbindliche Auslegungen zu einzelnen Vertragsklauseln vorlegen. Der TTIP-Vorschlag der EU-Kommission sieht diese Möglichkeit in einer ähnlichen Formulierung vor und gibt dem für Investitionen zuständigen TTIP-Gremium das Recht, strittige Klauseln verbindlich auszulegen.[27]

Bewertung

- Die Aufnahme dieser Möglichkeit in TPP stärkt die Regulierungshoheit der Vertragsstaaten und kann die Akzeptanz von Investor-Staat-Schiedsklagen in der Öffentlichkeit verbessern.
- Allerdings besteht die Gefahr, dass durch eine bindende Auslegung der Staaten die Rechtsprechung politisiert werden könnte.
- Neue bindende Auslegungen durch Staaten sollten zudem nicht in Bezug auf bereits laufende Verfahren möglich sein.

Konsolidierung von Klagen (*Consolidation*, Sektion B, Artikel 9.27, S. 29)

In der Schiedspraxis kommt es vor, dass zu einer spezifischen Rechtsfrage oder zu einem Sachverhalt zwei oder mehr Investor-Staat-Schiedsklagen eingereicht werden (zum Beispiel Klagen zu einer Maßnahme der Regierung, von der mehrere Investoren betroffen sind). In diesem Fall sieht TPP die Möglichkeit vor, mehrere Klagen in ein Investor-Staat-Schiedsverfahren zusammenzufassen. Dazu muss eine der Streitparteien dem ICSID-Generalsekretär eine schriftliche Bitte zukommen lassen. Dort muss er Namen und Adressen der zusammenzufassenden Streitparteien nennen sowie eine Begründung des Antrags. Falls der Antrag angenommen wird, muss die Gruppe der Kläger den von ihnen zu benennenden Schiedsrichter einvernehmlich auswählen; der vorsitzende Schiedsrichter wird vom Generalsekretär ausgewählt. Der Generalsekretär hat dann über die Zulässigkeit des Antrags zu entscheiden.

[27] *Applicable Law and Rules of Interpretation,* Sektion 3, Sub-Sektion 5, Artikel 13, S. 21-22

Vergleich: TPP und EU-Verhandlungsvorschlag für TTIP

Auch der TTIP-Vorschlag der EU-Kommission sieht vor, dass eine Vertragspartei, die mit zwei oder mehr Klagen mit gleichem Klagehintergrund konfrontiert ist, eine Konsolidierung der Einzelklagen beantragen kann.[28] Im Unterschied zu TPP liegt die Entscheidungskompetenz über die Zusammenfassung von Klagen im TTIP-Vorschlag der EU-Kommission beim Präsidenten des Schiedsgerichtshofs. Dazu stellt der Staat entsprechend dem TTIP-Vorschlag einen Antrag auf die Zusammenlegung von Klagen beim Präsidenten des Tribunals und informiert die Kläger. Die Entscheidung über Annahme oder Ablehnung des Antrags auf Konsolidierung obliegt dann ausschließlich einer vom Präsidenten einberufenen Spruchkammer (*consolidating division*).

Bewertung

- Die Möglichkeit, Klagen mehrerer Kläger zusammenzulegen, kann sowohl den Gaststaaten als auch den Investoren im Streitfall Kosten sparen. Gerade kleine und mittlere Unternehmen könnten zudem von der Konsolidierung von Klagen profitieren. Der BDI steht der Möglichkeit, Klagen zu konsolidieren, grundsätzlich offen gegenüber.
- Weder die Regelungen in TTP noch im TTIP-Verhandlungsvorschlag der EU-Kommission spezifizieren allerdings, nach welchen *Kriterien* die Entscheidung über eine Zusammenlegung erfolgen soll. Da etwa eine Ablehnung des Antrags negative Folgen für den Kläger mit sich bringen könnte, besteht in dieser Regelungslücke ein Risiko für Investoren. Entsprechend muss ganz genau definiert werden, welche Kriterien der Entscheidung über die Annahme oder Ablehnung des Konsolidierungsantrags zu Grunde liegen.

Anforderungen an die Qualifikation und Integrität von Richtern (*Selection of Arbitrators,* Sektion B, Artikel 9.21 Absatz 5 und 6, S. 23)

TPP verlangt von den Streitparteien, dass sie bei der Auswahl der Richter die Fachkenntnisse und relevanten Erfahrung der Kandidaten berücksichtigen. Diese müssen sich auf das für die Behandlung des Falls zu Grunde liegende Recht beziehen. Zu dem in diesem Zusammenhang relevanten Recht können laut Artikel 9.24 (2) (*Governing Law*, S. 28) nationales Recht, internationales Recht oder Regelungen aus Investitionsverträgen gehören. Ebenso soll auch der UNCTAD-Generalsekretär bei der Auswahl eines vorsitzenden Richters diese Kriterien beachten. TPP legt zudem fest, dass Schiedsrichter den einschlägigen Regeln zur Unabhängigkeit und Unparteilichkeit von Schiedsrichtern gerecht werden müssen. Artikel 9.21 Absatz 6 (S.24) verweist außerdem auf die Anforderungen an Schiedsrichter, die im Rahmen der Regeln für die Abwicklung von Handelsstreitigkeiten im TPP-Kapitel 28 festgelegt werden. Diese sollen noch vor Inkrafttreten von TPP sinngemäß für Investitionsstreitigkeiten angepasst und ausgelegt werden.

Vergleich: TPP und EU-Verhandlungsvorschlag für TTIP

Der TTIP-Vorschlag der EU-Kommission[29] enthält ausführlichere Regelungen zu Anforderung an die Unabhängigkeit und moralische Standards der Richter. Der TTIP-Vorschlag der EU-Kommission ist in Bezug auf die Anforderungen an Richter insgesamt verbindlicher und schlägt vor, dass Kandidaten für ein Richteramt

---

[28] *Consolidation*, Sektion 3, Sub-Sektion 5, Artikel 27, S. 28.
[29] *Independence and Impartiality of Members*, Annex II, S. 37-39 und *Ethics*, Artikel 11, S. 20.

bestimmte Qualifikationen aufweisen müssen. Kandidaten brauchen eine offizielle Befähigung zum Richteramt oder sie müssen Juristen mit anerkannter Kompetenz sein.[30] Sie sollten Expertise im Völkerrecht demonstriert haben. Wünschenswert wären Expertise im internationalen Handels- und Investitionsrecht sowie Erfahrungen in der Bearbeitung von Investitionsstreitigkeiten. TPP sieht vor, dass ein Schiedsrichter Expertise in den Rechtsgebieten aufweisen soll, die für die Behandlung des Falls relevant sind.

Bewertung

- Für die Durchführung, insbesondere für Effektivität und Legitimität von ISDS-Verfahren sind eine hohe Qualifikation und ein Höchstmaß an Integrität der Schiedsrichter unabkömmlich.
- Eine hohe Qualifikation der Schiedsrichter, wie sie von TPP und TTIP verlangt wird, ist sowohl im Interesse der Staaten als auch der Investoren. Die Anforderung im TTIP-Verhandlungsvorschlag der EU-Kommission, dass Richter Erfahrung im internationalen Investitionsrecht und der Lösung von Handelsstreitigkeiten mitbringen sollten, unterstützt der BDI ausdrücklich.
- TPP bietet insgesamt mehr Spielraum, die für einen spezifischen Fall qualifiziertesten Schiedsrichter auszuwählen. Gemäß dem TTIP-Vorschlag der EU-Kommission stehen grundsätzlich nur 15 Richter zu Auswahl, die die dort gestellten hohen Voraussetzungen zwar erfüllen müssen, unter denen das klagende Unternehmen dann aber nicht selbst auswählen kann.

Vollstreckung der Schiedssprüche (*Awards*, Sektion B, Artikel 9.28 Absatz 12 und 13, S. 33)

TPP legt fest, dass sich eine Streitpartei zur Durchsetzung eines Schiedsspruchs auf die ICSID-Konvention und auf die *New York Convention* (New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche) berufen kann, um die Ansprüche aus dem Schiedsspruchs durchzusetzen. TPP regelt, dass ein Schiedsspruch, der im Rahmen der in TPP geregelten Verfahren ergangen ist, als Urteil im Sinne dieser *New York Convention* gilt. Urteile, die auf der Grundlage von TPP ergehen, sind damit in jedem der 159 Mitglieder der Konvention vollstreckbar.

Vergleich: TPP und EU-Verhandlungsvorschlag für TTIP

Der TTIP-Vorschlag der EU-Kommission sieht vor, dass die Schiedssprüche des Tribunals und des Berufungstribunals für die Streitparteien bindend sind.[31] Die Vollstreckung der Schiedssprüche (*enforcement of awards*) erfolgt laut Vorschlag der EU-Kommission auf Basis von nationaler Gesetzgebung oder auf Grundlage des New Yorker Übereinkommens. Der TTIP-Vorschlag stellt in Artikel 7 Absatz 2 (b) (S.16) fest, dass Urteile, die im Rahmen des Investitionskapitels ergehen, als Schiedsurteile im Sinne der *New York Convention* Artikel 2 gelten. Sowohl TPP als auch der TTIP-Vorschlag der EU-Kommission sehen also die internationale Vollstreckbarkeit von Schiedssprüchen vor.

[30] *Tribunal of First Instance ('Tribunal')*, Sektion 2, Artikel 9 Absatz 4, S. 17.
[31] *Enforcement of Awards*, Sektion 3, Sub-Sektion 5, Artikel 30, S. 31.

Bewertung

- Investor-Staat-Schiedsverfahren sind nur dann von Nutzen für Investoren, wenn die daraus ergehenden Urteile auch umgesetzt werden. Das bedeutet in der Praxis, dass ein von einem Gericht zugestandener Schadenersatz auch ausgezahlt wird. Es muss gewährleistet sein, dass der Geschädigte den entstandenen Schaden auch dann ersetzt bekommt, wenn die unterlegene Partei dem Urteil nicht nachkommen will. Deshalb ist die internationale Vollstreckbarkeit der Urteile wichtig. Diese wird in der *New York Convention* geregelt.
- Zwar enthält der TTIP-Vorschlag die Bekräftigung, dass die Urteile als Schiedssprüche im Sinne der *New York Convention* Artikel 2 zu gelten haben. Damit ist aber noch nicht sichergestellt, dass nationale Gerichte Urteile des TTIP-Investitionsgerichtshofs auch als solche anerkennen und entsprechend umsetzen werden. Denn ein wichtiges Merkmal eines Schiedsgerichts ist, dass die Schiedsrichter von den Streitparteien ausgewählt werden. Dieses Kriterium ist aber beim TTIP-Investitionsgerichtshof nicht erfüllt.
- Entsprechend muss eindeutig geklärt werden, ob die im Rahmen eines solchen Verfahrens ergehenden Urteile als „klassische“ Schiedsurteile im Sinne der *New York Convention* anzusehen sind. Der BDI fordert, dass die Ausgestaltung von ISDS in TTIP sicherstellt, dass Schiedssprüche unter TTIP als Urteile im Sinne der *New York Convention* gelten. Nur dann wäre die weltweite Vollstreckung von Schiedssprüchen möglich. Zum jetzigen Zeitpunkt bietet TPP in dieser Hinsicht mehr Sicherheit.

Weitere Informationen des BDI zum Thema Investitionsförder- und -schutzverträge und Investor-Staat-Schiedsverfahren:

- Im BDI-Positionspapier *»Investitionsschutz in TTIP. Verhandlungsvorschlag der EU-Kommission zu einem reformierten Investitionsschutz in TTIP«* bewertet der BDI den Entwurf der Europäischen Kommission, der im November 2015 an den Verhandlungspartner USA übermittelt wurde.
- Der BDI hat mit den Positionspapieren »*Schutz europäischer Investitionen im Ausland*« sowie »*The ‚I' in TTIP*« Reformempfehlungen zur Ausgestaltung künftiger Investitionsschutzverträge skizziert.
- In dem Papier »*Investitionsschutzabkommen und Investor-Staat-Schiedsverfahren: Mythen, Fakten, Argumente*« geht der BDI insbesondere auf die am häufigsten genannten Kritikpunkte und Investorenklagen in der Diskussion der letzten Monate ein. Die ins Englische übersetzte und aktualisierte Version des Papiers (veröffentlicht: September 2015) trägt den Titel »*International Investment Agreements and Investor State Dispute Settlement: Fears, Facts, Faultlines*«.
- Eine Stellungnahme des BDI zu den Vorschlägen und Forderungen europäischer Sozialdemokraten an künftige Investitionsförder- und Schutzverträge finden Sie in dem Papier »*Investitionsschutz und Schiedsgerichtsbarkeit*«.
- Eine Stellungnahme des BDI zur Unterzeichnung der UN-Konvention über Transparenz in ISDS-Verfahren (»Mauritius-Konvention«) durch die Bundesregierung finden Sie in dem Papier »*Transparenz in Investor-Staat-Schiedsverfahren*«.
- Eine Stellungnahme des BDI zu Vorschlägen der EU-Kommission vom Mai 2015 finden Sie in dem Papier »*Stellungnahme des BDI zu den Vorschlägen der EU-Kommission zur Verhandlung künftiger Investitionsschutzverträge*«.
- Eine Stellungnahme des BDI zum Entwurf eines Modell-Investitionsschutzvertrags im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie finden Sie in dem Papier »*Investitionsschutz und Schiedsgerichtsbarkeit*«.

Impressum

Autoren

Dr. Stormy-Annika Mildner
T: +49 30 2028-1562
s.mildner@bdi.eu

Dr. Christoph Sprich
T: +49 30 2028-1525
c.sprich@bdi.eu

Herausgeber

Bundesverband der Deutschen Industrie e.V. (BDI)
Breite Straße 29, 10178 Berlin
www.bdi.eu
T: +49 30 2028-0