



# BDI

Bundesverband der  
Deutschen Industrie e.V.

## BEWERTUNG

### Investitionsschutz in TTIP

## Vorschlag der EU-Kommission zu einem reformierten Investitionsschutz in TTIP

**Oktober 2015**

- Am 16. September 2015 stellte die Europäische Kommission einen Vorschlag zur konkreten Ausgestaltung eines reformierten Investitionskapitels für die Transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft (TTIP) vor. In ihrem Vorschlag berücksichtigt die EU-Kommission sowohl die Ergebnisse der öffentlichen Konsultation zu diesem Thema aus dem Jahr 2014 als auch die Resolution des Europäischen Parlaments zu TTIP vom Sommer 2015. Ihren neuen Vorschlag möchte die EU-Kommission nun mit den Mitgliedstaaten und dem Europäischen Parlament abstimmen und dem Verhandlungspartner möglichst bis Ende des Jahres offiziell übermitteln.
- Aus Sicht des BDI sind viele der unterbreiteten Gestaltungsvorschläge der EU-Kommission zu begrüßen. Allerdings weisen die Vorschläge auch deutlichen Verbesserungsbedarf auf, etwa bei der Ausgestaltung des Verfahrens zur Bestellung der Richter. Eine Politisierung des Verfahrens sollte unbedingt vermieden werden.
- Die Schwächen des Vorschlags müssen beseitigt werden. Dies gilt umso mehr, als dass der Textvorschlag Modell für kommende bilaterale Investitionsförder- und -schutzverträge (IFV) sein soll. Zudem darf der Vorschlag der Kommission, einen permanenten Investitionsgerichtshof (*Investment Court System*) einzuführen, nicht dazu führen, dass sich die TTIP-Verhandlungen weiter verzögern oder der Investitionsschutz gar ganz aus TTIP gestrichen wird, sollten sich die Verhandlungspartner nicht auf eine solche Institution einigen können. Auch in Zukunft müssen Investitionen im Ausland angemessen geschützt werden.

## **Inhaltsverzeichnis**

<b>Hintergrund: Investitionsschutz in TTIP</b> .....	<b>3</b>
<b>Zusammenfassende Bewertung</b> .....	<b>4</b>
Positives .....	4
Nachbesserungsbedarf .....	4
<b>Bewertung der Vorschläge der Europäischen Kommission im Einzelnen</b> .....	<b>6</b>
Materielle Schutzrechte .....	6
Investment Court System.....	13
<b>Impressum</b> .....	<b>26</b>

## Hintergrund: Investitionsschutz in TTIP

Seit dem 17. Juni 2013 verhandeln die EU und die USA über eine Transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft (*Transatlantic Trade and Investment Partnership*, TTIP). Dieses Abkommen soll auch ein Kapitel zum Schutz ausländischer Investitionen enthalten. Zwischen März und Juli 2014 führte die Europäische Kommission (EU-Kommission) eine öffentliche Konsultation zur Ausgestaltung dieses Kapitels durch. Seitdem ruhen die Verhandlungen zwischen der EU und den USA zum Investitionsschutz.

Die Ergebnisse der EU-Konsultation wurden von der Kommission im Januar 2015 vorgestellt. Auf der Grundlage dieser Ergebnisse stellte die EU-Kommission im Mai 2015 erste Leitlinien zur Ausgestaltung eines Investitionskapitels in TTIP vor. Im Juli 2015 verabschiedete das EU-Parlament eine Resolution zu TTIP, in der es ebenfalls den Investitionsschutz thematisierte. In ihrer Resolution mahnten die europäischen Volksvertreter deutliche Veränderungen im völkerrechtlichen Investitionsschutz gegenüber dem derzeit herrschenden Standard an, wie er etwa durch die 129 bestehenden deutschen IFV verkörpert wird.

Am 16. September 2015 stellte EU-Handelskommissarin Cecilia Malmström schließlich einen Vorschlag zur konkreten Ausgestaltung eines reformierten Investitionskapitels für TTIP vor.<sup>1</sup> In ihrem Vorschlag geht die EU-Kommission auf die Einwände vieler Kritiker ein, die sich in der öffentlichen Konsultation im Jahr 2014 zu Wort gemeldet hatten. Auch greift sie die Resolution des EU-Parlaments auf und setzt die dort aufgestellten Bedingungen um. Im Zentrum des Vorschlags steht die Schaffung eines permanenten und öffentlichen Investitionsgerichtshofs (*Investment Court System*).

---

<sup>1</sup> Europäische Kommission, *Trade in Services, Investment and E-Commerce, Chapter II – Investment, Definitions Specific to Investment Protection*, September 2015, <[http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc\\_153807.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc_153807.pdf)>.

## Zusammenfassende Bewertung

### Positives

Viele der von der EU-Kommission unterbreiteten Gestaltungsvorschläge für **materielle Schutzstandards** in einem Investitionskapitel in TTIP sind grundsätzlich zu begrüßen. Die Definition von Investitionen entspricht weitgehend den Erfordernissen von Investoren. Die detaillierte Auflistung der Fälle ungerechter und unbilliger Behandlung (*fair and equitable treatment*) stellt zwar eine deutliche Herabsetzung des Schutzniveaus gegenüber dem bisherigen Investitionsschutzstandard dar. Allerdings kann die Neuregelung die Einschätzung der Rechtslage für Staaten und Investoren auch verbessern sowie die Legitimität und Akzeptanz des Investitionsschutzes stärken. Positiv am Kommissionsvorschlag ist auch, dass er die Möglichkeit vorsieht, die Liste der Fälle ungerechter und unbilliger Behandlung zu erweitern. Die Formulierungsvorschläge der EU-Kommission zur Definition direkter und indirekter Enteignung können die Berechenbarkeit der Rechtsprechung und die Akzeptanz des Systems verbessern. Positiv am Kommissionsvorschlag ist überdies, dass er eine Schirmklausel für das TTIP-Investitionskapitel enthält.

Auch einige Vorschläge der Kommission zur Ausgestaltung eines reformierten **Schiedsverfahrens** sind grundsätzlich zu begrüßen. So sieht der Vorschlag ein Investor-Staat-Schiedsverfahren vor. Gegen die Offenlegung der Finanzierung der Verfahrenskosten durch dritte Parteien ist nichts einzuwenden. Die Kommission schlägt vor, einen öffentlichen Investitionsgerichtshof (*Investment Court System*) zu etablieren. Ein permanentes Tribunal aus Richtern soll bereitstehen, aufkommende Streitfälle zu lösen. Bei Einreichung eines konkreten Streitfalls durch einen Investor soll dann aus den Reihen des Tribunals eine Spruchkammer (*division*) eingerichtet werden, um über den Fall zu urteilen. Diesem Vorschlag steht der BDI offen gegenüber. Auch die Anforderungen an die Qualifikation und die ethischen Ansprüche an die Richter sind zu begrüßen. Innovativ ist der Vorschlag der Kommission, „kleine“ Investitionsschiedsverfahren unter TTIP mit nur einem Richter zu ermöglichen. Dies könnte Kosten für kleine und mittlere Unternehmen senken. Der BDI begrüßt auch den Vorschlag, dass das Tribunal auf bestehende internationale Strukturen zurückgreift, um die Richtertätigkeit zu unterstützen. Positiv ist überdies die Einführung einer Berufungsinstanz. Der BDI begrüßt das Fernziel eines multilateralen Schiedsgerichtshofs, an dessen Aufbau die Kommission parallel zum Aufbau eines TTIP-Investitionsgerichtshofs arbeiten will. Auch unterstützt der BDI den Ausschluss von Mehrfachklagen, die Möglichkeit zur Abweisung ungerechtfertigter Klagen und den Vorschlag der Kommission zur Gewährleistung transparenter Verfahren nach Standards der *United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL).

### Nachbesserungsbedarf

Bei den **materiellen Schutzstandards** gibt es allerdings auch Nachbesserungsbedarf. Die Bedingung, dass eine staatliche Maßnahme zum Schutz von Allgemeininteressen offenkundig unverhältnismäßig (*manifestly excessive*) sein muss, um als indirekte Enteignung gelten zu können, ist restriktiv und kann zu einem Problem für Investoren werden. Wird dieser Begriff von den Spruchkammern des Tribunals zu eng ausgelegt, könnten damit jegliche Klagen, die sich auf indirekte Enteignung berufen, abgelehnt werden. Dies sollte verhindert werden. Darüber hinaus beschränkt sich der Grundsatz gerechter und billiger Behandlung auf sehr schwerwiegende Verstöße gegen Vertragsbestimmungen. Damit bleibt der Schutzzumfang, wie schon in CETA, deutlich hinter bisher verwendeten Formulierungen des Grundsatzes gerechter und billiger Behandlung zurück. Es darf jedoch nicht dazu kommen, dass leichte oder auch willkürliche Verstöße des Staates gegen Vertragsbestimmungen ungeahndet bleiben.

Auch bei der Ausgestaltung des **TTIP-Investitionsgerichtshofs** muss nachgebessert werden. Eine Besetzung der Spruchkammern (*divisions*) – sie entscheiden über die einzelnen Fälle – nach einem Rotationsverfahren lehnt der BDI ab, da dies zu einer einseitigen Zusammensetzung dieser Gremien führen kann. Unternehmen sollten auch in Zukunft bei völkerrechtlichen Investitionsstreitigkeiten Einfluss auf die Auswahl mindestens eines Richters einer Spruchkammer haben. Das permanente Tribunal (*tribunal*) sollte deutlich mehr Richter beinhalten, damit angesichts der Vielfalt und Komplexität der Fallkonstellationen geeignete Richter zur Besetzung der Spruchkammern zur Verfügung stehen. Eine Politisierung des Investitionsschutzes und der Streitschlichtung muss unbedingt vermieden werden. Werden die Schwächen des Vorschlags nicht beseitigt, droht ein wichtiges völkerrechtliches Schutzinstrument an Bedeutung zu verlieren.

Nach Aussagen der EU-Kommission soll der Vorschlag für den Investitionsgerichtshof in TTIP auch Grundlage für die Verhandlungen mit anderen Ländern sein<sup>2</sup>. Die EU schließt mit sehr unterschiedlichen Ländern Handels- und Investitionsabkommen ab. Bevor ein solcher Vorschlag daher auch anderen Ländern vorgelegt wird, sollte zunächst eine umfassende Folgenabschätzung durchgeführt werden, die untersucht, wie sich ein solches System auf die Investitionsflüsse zwischen der EU und ihren unterschiedlichen Partnern auswirkt.

---

<sup>2</sup> Das Modell würde der EU-Kommission zufolge sowohl bei den Verhandlungen der EU über ein FTA mit Japan als auch bei den beiden Verhandlungen über bilaterale Investitionsschutzverträge mit China und mit Myanmar zur Anwendung kommen.

## Bewertung der Vorschläge der Europäischen Kommission im Einzelnen

### Materielle Schutzrechte

---

EU-Vorschlag: Definition von Investition und Investor (Section 2, *Definitions specific to investment protection*, S. 1; Article 1, S. 3; Article 9, S. 7; Section 3, Article 14, S. 22 f.)

---

Die EU-Kommission schlägt vor, dass alle Vermögenswerte als geschützte Investitionen gelten sollen, die der Investor direkt oder indirekt besitzt oder kontrolliert. Die Definition schließt auch Portfolioinvestitionen mit ein. Allerdings legt der Textvorschlag (wie schon in CETA) 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.<sup>3</sup> Eine Vertragspartei darf die Bestimmungen des Investitionsschutzkapitels dem Investor gegenüber unter bestimmten Voraussetzungen verweigern. Dies gilt etwa, wenn ein Investor aus einem Drittstaat das Unternehmen besitzt oder kontrolliert oder wenn dies zur Aufrechterhaltung des internationalen Friedens oder auch der Sicherheit notwendig ist.

In Section 3 zum Investitionsgerichtssystem ist zudem eine Definition von „Kläger“ (*claimant*) enthalten. Demnach umfasst der Begriff „Kläger“ alle Personen, die Eigentumsanteile am Unternehmen/dem Investor besitzen (direkt oder indirekt) oder vom Unternehmen/Investor kontrolliert werden und angeben, denselben Verlust oder Schaden erlitten zu haben wie der Investor.

#### Bewertung des BDI

„Investition“ wird im Vorschlag der Kommission sehr genau definiert, während „Investor“ nicht weiter definiert wird. Die Definition von „Investor“ ergibt sich lediglich aus den Definitionen von „Investition“ und „Kläger“ (Section 3). Der BDI begrüßt eine weite Definition von Investition und Investor, da diese einen umfassenderen Schutz für Auslandsinvestitionen schafft. Es ist positiv, dass die Definition auch Portfolioinvestitionen miteinschließt, sodass alle Vermögenswerte eines Unternehmens geschützt sind.

Gleichzeitig schränkt die genaue Definition von Investition die Möglichkeit ein, dass Investoren über „Briefkastenfirmen“ klagen. Dies kann auch *treaty shopping* verhindern. Dazu gehört beispielsweise die Einschränkung, dass das Kapitel nicht greift, wenn ein Investor aus einem Drittstaat im Besitz oder in Kontrolle der Investition ist.

Die Definition von „Kläger“ in Section 3 ist enger gefasst als die Definition von „Investor“ in Section 2. Diese engere Definition könnte dazu führen, dass Klagen ausgeschlossen werden.

---

<sup>3</sup> Der Kommissionsvorschlag zählt verschiedene Vermögenswerte auf, die im Sinne von TTIP als Investitionen gelten sollen: Unternehmen, Anteilsrechte und andere Arten von Beteiligungen an Unternehmen, Anleihen, Schuldscheine und andere Schuldinstrumente von Unternehmen, Darlehen an Unternehmen, jegliche andere Arten von Beteiligungen an Unternehmen, Beteiligungen, die durch Konzessionen entstehen, die im Einklang mit nationalem Recht oder unter einem Vertrag erteilt wurden, einschließlich zur Suche, Kultivierung, Gewinnung oder Ausbeutung natürlicher Ressourcen, Verträge zur schlüsselfertigen Übergabe, Bau-, Produktions-, Umsatzbeteiligungsverträge, andere ähnliche Verträge, geistige Eigentumsrechte, anderes bewegliches oder unbewegliches Eigentum, Geldforderungen oder Forderungen nach Leistungserfüllung im Rahmen eines Vertrags.

---

EU-Vorschlag: Verhältnis zu regulatorischen Maßnahmen und Zielen (*right to regulate/policy space* beziehungsweise Regulierungshoheit) sowie *non-stabilization-clause* (Section 2, Article 2, S. 3)

---

Das *right to regulate* – die Regulierungshoheit des Staates – wird im Textvorschlag der EU-Kommission nicht nur in der Präambel, sondern auch im Vertragstext explizit abgesichert. Die Vertragsparteien sollen nicht in ihrem Recht eingeschränkt werden, Maßnahmen zu ergreifen, die notwendig sind („*through measures necessary*“), um berechnigte politische Ziele zu erreichen wie den Schutz der Gesundheit, Sicherheit, Umwelt und öffentlichen Moral, den Sozialschutz, Verbraucherschutz oder auch die Förderung und den Schutz der kulturellen Vielfalt. Es wird explizit darauf hingewiesen, dass die Vertragsparteien nicht verpflichtet sind, ihren rechtlichen und regulatorischen Rahmen unverändert zu lassen, auch wenn dies Investitionen oder Gewinnerwartungen von Investoren negativ beeinflusst. Diese Formulierung soll einen *regulatory freeze* oder *regulatory chill* verhindern (*non-stabilization clause*). Eine Entscheidung einer Vertragspartei, eine staatliche Subvention (einschließlich staatlicher Beihilfen der EU) nicht zu erteilen, zu erneuern oder aufrechtzuerhalten (sofern es keine spezifischen Vereinbarungen gibt und dies im Einklang mit den Konditionen der Subvention erfolgt), soll dem Vorschlag der EU-Kommission zufolge keine Verletzung des Abkommens darstellen. Die von der EU-Kommission vorgeschlagene Verankerung der staatlichen Regulierungshoheit kann im internationalen Vergleich als eine der Weitgehendsten bezeichnet werden.<sup>4</sup>

### Bewertung des BDI

Der Staat muss grundsätzlich in der Lage sein, im öffentlichen Interesse, unter anderem zum Schutz der Umwelt und des Klimas, zum Schutz des Verbrauchers sowie der Gesundheit, zum Schutz europäischer Werte und auch zur Sicherung der Stabilität des wirtschaftlichen Gleichgewichts gesetzgeberisch und regulierend tätig zu werden. Gleichzeitig muss ein ausreichender Schutz ausländischer Direktinvestitionen gewährleistet bleiben.

Die Kommission sollte klarstellen, dass das *right to regulate* kein absolutes Recht ist, sondern immer im Kontext der Investitionsschutzstandards zu interpretieren ist. Ansonsten würden diese Standards ad absurdum geführt, der Staat könnte sich immer auf sein Regulierungsrecht berufen, wenn der Investor seine Rechte geltend macht. Es gilt also, ein Gleichgewicht zwischen den Rechten der Investoren und dem Recht des Staates auf Regulierung zu finden. Die EU-Kommission sollte entsprechend den Charakter des *right to regulate* genauer definieren.

Darüber hinaus ist die Formulierung „*through measures necessary*“ sehr weit gefasst und lässt nicht genügend Schlüsse darüber zu, wo die Grenzen des *right to regulate* liegen, beispielsweise um Investoren vor verstecktem Protektionismus zu schützen.

Die Beweislast bei Berufung auf das *right to regulate* liegt beim Staat. Nach WTO-Regeln müssen Staaten eine Notwendigkeitsprüfung (*necessity test*) durchführen, wenn sie Maßnahmen einführen, die den Handel beeinträchtigen. Solche Prüfungen sollen sicherstellen, dass Maßnahmen nicht weitgreifender als notwendig sind, um das jeweilige Ziel der Maßnahme zu erreichen. Auf diese Notwendigkeitsprüfung sollte im Vorschlag der EU-Kommission klar hingewiesen werden. Zudem sollten Kriterien identifiziert werden, die der Notwendigkeitsprüfung zugrunde liegen.

Für einen *regulatory chill* gibt es zwar kaum empirische Belege. Staaten erlassen in der Praxis trotz abgeschlossener IFV umfangreiche Gesetze im Interesse der Allgemeinheit. Dennoch kann die Aufnahme einer

---

<sup>4</sup> Till Patrik Holterhus, „A New Era in The Settlement of Investment Disputes?“ – Reformvorschläge der EU-Kommission zum Investitionsschutz in TTIP, Beitrag auf dem Verfassungsblog des Center for Global Constitutionalism, <[http://www.verfassungsblog.de/a-new-era-in-the-settlement-of-investment-disputes-reformvorschlaege-der-eu-kommission-zum-investitionsschutz-in-ttip/#.Vf\\_AKVjouUm](http://www.verfassungsblog.de/a-new-era-in-the-settlement-of-investment-disputes-reformvorschlaege-der-eu-kommission-zum-investitionsschutz-in-ttip/#.Vf_AKVjouUm)> (eingesehen am 18.9.2015).

*non-stabilization clause* sinnvoll sein, durch die das Vertrauen in einen TTIP-Schiedsgerichtshof gestärkt werden kann.

---

EU-Vorschlag: Gerechte Behandlung von Investitionen und Investoren (*fair and equitable treatment, FET*) (Section 2, Article 3, S. 4)

---

Der Vorschlag der EU-Kommission zur Ausgestaltung eines Investitionskapitels in TTIP sieht vor, dass Investoren eine gerechte und billige Behandlung sowie vollen Schutz und Sicherheit erfahren sollen. Der Vorschlag enthält eine Liste, die aufzählt, in welchen Fällen der Grundsatz der gerechten und billigen Behandlung als nicht eingehalten betrachtet werden soll: Rechtsverweigerung in straf-, zivil- oder verwaltungsrechtlichen Verfahren; wesentliche Verletzung des Rechts auf ein ordnungsgemäßes Verfahren, einschließlich einer wesentlichen Verletzung der Pflicht zur Transparenz, in Gerichts- und Verwaltungsverfahren; offenkundige Willkür; gezielte Diskriminierung aus offenkundig ungerechtfertigten Gründen wie Geschlecht, ethnische Zugehörigkeit oder religiöser Glaube; Schikane, Zwang, Machtmissbrauch oder ähnliches bösesartiges Verhalten. Auf Wunsch einer der Vertragsparteien soll die Pflicht der gerechten und billigen Behandlung inhaltlich durch die Vertragsparteien geprüft und die Liste entsprechend ergänzt werden können. Bei der Beurteilung, ob ein Investor gerecht und billig behandelt wurde, sollen die Richter prüfen können, ob der Staat mit dem Zweck der Anwerbung der Investition berechnete Erwartungen (*legitimate expectations*) des Investors geweckt hat, die er im Nachhinein nicht erfüllt hat.

### **Bewertung des BDI**

Eine Präzisierung des Gebots der gerechten und billigen Behandlung ist aus Sicht des BDI notwendig. Im Vorschlag der EU-Kommission werden (wie auch in CETA) konkrete Handlungen aufgezählt, die gegen den Grundsatz der gerechten und billigen Behandlung verstoßen. Die Listenregelung kann zwar die Einschätzung der Rechtslage für Staaten und Investoren verbessern, ist jedoch problematisch, da hiervon nicht jede missbräuchliche Handlung von Staaten abgedeckt sein könnte. Problematisch ist die Listenregelung vor allem verbunden mit Artikel 3, Absatz 4, der die berechnete Erwartung des Investors nur unzureichend schützt. Ein Staat würde demzufolge die *legitimate expectations* des Investors nur dann verletzen, wenn er dem Investor gegenüber eine explizite Zusage (*specific representation*) zu der betreffenden Investition gemacht hat. Solange der Staat dem Investor keine explizite Zusage macht, könnte er theoretisch ein Gesetz retroaktiv verändern, ohne dabei gegen die gerechte und billige Behandlung zu verstoßen. Zudem garantiert der Vorschlag der EU-Kommission, die Liste der Fälle ungerechter und unbilliger Behandlung zu erweitern, nicht, dass alle relevanten Fälle erfasst werden. Sinnvoll ist vielmehr eine Formulierung, wonach weitere ähnlich gelagerte Fälle automatisch abgedeckt werden.

Insgesamt bleibt der Schutzzumfang im TTIP-Vorschlag der EU-Kommission deutlich hinter bisher verwendeten Formulierungen des Grundsatzes gerechter und billiger Behandlung zurück. Beständigkeit rechtlicher Normen, Vorhersehbarkeit, Angemessenheit und Konsistenz staatlichen Handelns werden nicht explizit verlangt. Der Grundsatz gerechter und billiger Behandlung beschränkt sich auf sehr schwerwiegende Verstöße gegen Vertragsbestimmungen. Kriterien wie „offenkundige Willkür“ oder auch „gezielte Diskriminierung“ dürfen aber nicht dazu führen, dass leichte oder auch willkürliche Verstöße gegen Vertragsbestimmungen ungeahndet bleiben. Die Begriffe grundlegend und offenkundig (*fundamental breach/ manifest arbitrariness/ manifestly wrongful*) in der Liste der Handlungen, die gegen den Grundsatz der fairen und gerechten Behandlung verstoßen, sollten gestrichen werden, da sie einer zu starken Auslegung bedürfen und von dieser abhängen.

Die Kommission muss klarstellen, dass staatliches Handeln immer verhältnismäßig sein muss und der Vertrauensschutz des Investors gewahrt bleibt. Gleiches gilt für die berechneten Erwartungen des Investors. Ist dies nicht der Fall, könnten relevante Fälle ausgeschlossen und das Investitionsschutzniveau insgesamt weiter gesenkt werden.



---

EU-Vorschlag: Kompensation von Verlusten durch Diskriminierung gegenüber inländischen Investoren (Inländerbehandlung) oder gegenüber Ausländern aus Drittstaaten (Meistbegünstigungsprinzip) (Section 2, Article 4, S. 4 sowie *Trade in Services, Investment and E-Commerce*, Chapter II – Investment, Article 2-3 und 2-4)

---

Der EU-Vorschlag für das TTIP-Kapitel zum Thema Dienstleistungen, Investitionen und digitaler Handel (*Trade in Services, Investment and E-Commerce*) enthält Regelungen zum Marktzugang, zur Inländerbehandlung und zur Meistbegünstigung (MFN), die auch für den Regelungsbereich der Direktinvestitionen gelten sollen. Einen entsprechenden Vorschlag hat die EU-Kommission am 31. Juli 2015 veröffentlicht. Der Artikel zum Meistbegünstigungsprinzip enthält eine Klausel, die *treaty shopping* verhindern soll (Art. 2-4, Abs. 4). Demnach wird festgelegt, dass die Vorgaben für die Behandlung von Investoren unter dem Meistbegünstigungsprinzip nicht für ISDS-Verfahren in anderen IFV und anderen Handelsabkommen gelten. Auch werden im Vorschlag zum 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 vor dem 1. Mai 2015 in Kraft getreten sind. Grundsätzlich enthält Annex I Vorbehalte für existierende Maßnahmen, während Annex II Vorbehalte für zukünftige Maßnahmen vorgibt, jeweils für die EU-Ebene und/oder für einzelne Mitgliedstaaten. Annex I nennt beispielsweise bestimmte Vorbehalte für die Inländerbehandlung in Bezug auf Regelungen zu Freien Berufen. Annex II nennt beispielsweise Vorbehalte in Bezug auf die Inländerbehandlung und Meistbegünstigung für den Erwerb von Grundstücken oder auch für die Bereiche Landwirtschaft, Umwelt, und Bildung.

Der Vorschlag der EU-Kommission zur Ausgestaltung des Investitionsschutzkapitels in TTIP sieht gemäß Artikel 4 zusätzlich vor, ausländische Investoren in folgenden Fällen nicht weniger gut zu behandeln 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.

### **Bewertung des BDI**

Vorgaben zu Inländerbehandlung und Meistbegünstigung finden sich in erster Linie im Vorschlag zum Kapitel *Trade in Services, Investment and E-Commerce*. Der Vorschlag zum Investitionsschutz ist als Teil dieses Kapitels zu sehen. Der Annex<sup>5</sup> zum Kapitel *Trade in Services, Investment and E-Commerce* listet explizite Ausnahmen auf, für die die Prinzipien der Inländerbehandlung und Meistbegünstigung nicht gelten, sowohl sektorspezifischer als auch genereller Natur. Hier sind unter anderem Einschränkungen für sensible Bereiche wie das Gesundheits- oder Bildungswesen zu finden, wie es auch in anderen Freihandelsabkommen üblich ist. Um ein internationales *Level Playing Field*, also faire Wettbewerbsbedingungen, zu garantieren, ist ein starkes Diskriminierungsverbot unabkömmlich. Generelle Ausnahmen sollten daher restriktiv gehandhabt und präzise formuliert werden, um kein Einfallstor dafür zu schaffen, begründete Klagen abzuweisen.

Das Prinzip der Meistbegünstigung kann ein Einfallstor für die Nutzung eines fremden IFV darstellen: Gastländer dürfen nicht zwischen ausländischen Investoren aus unterschiedlichen Drittländern diskriminieren. In diesem Fall hat die Regierung des Herkunftslands mit mehreren Ländern IFV unterzeichnet – mit unterschiedlichen Schutzstandards. Ein ausländischer Investor aus einem dieser Länder kann nun mit Hinweis auf MFN höhere Schutzstandards aus einem „fremden“ IFV für den Investitionsvertrag einfordern, den sein Heimatland mit seinem Gastland unterzeichnet hat. Grundsätzlich ist MFN ein wichtiger Schutzstandard für

---

<sup>5</sup> Annex II zum Vorschlag der Kommission zu „*Services, Investment and E-Commerce*“ ist einzusehen unter [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/july/tradoc\\_153670.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/july/tradoc_153670.pdf).

Unternehmen, kann jedoch dann zum Problem werden, wenn die Vertragsländer in ihrem IFV bewusst bestimmte Schutzmöglichkeiten eingeschränkt oder die Klagemöglichkeit konditioniert haben. Genau dies wird im Vorschlag der EU-Kommission ausgeschlossen, indem (im Vorschlag zum Kapitel *Trade in Services, Investment and E-Commerce*) festgelegt wird, dass die Vorgaben für die Behandlung von Investoren unter dem Meistbegünstigungsprinzip nicht für ISDS-Verfahren in anderen IFV und anderen Handelsabkommen gelten. Ähnlich wie in CETA ist der Meistbegünstigungsgrundsatz im Vorschlag für TTIP deutlich beschränkter als in herkömmlichen Investitionsschutzabkommen. Dies kann den Missbrauch einschränken und so die Akzeptanz der Verfahren erhöhen.

---

#### EU-Vorschlag: Definition von direkter/indirekter Enteignung (Section 2, Article 5, S. 5 sowie Annex I, S. 9)

---

Der Vorschlag der EU-Kommission sieht den Schutz von Investitionen vor direkter und indirekter Enteignung vor. Gleichzeitig betont der Kommissionsvorschlag ausdrücklich und ausführlich das staatliche Regulierungsrecht. So sind Enteignungen vom Investitionsschutz ausgenommen, wenn sie in einem rechtsstaatlichen Verfahren und im öffentlichen Interesse durchgeführt werden, den ausländischen Investor nicht diskriminieren und wenn schnell eine angemessene Entschädigung erfolgt. Eine indirekte Enteignung liegt laut Annex I (*expropriation*) vor, wenn dem Investor grundlegende Eigentümereigenschaften weitgehend entzogen werden. Dazu gehört das Recht, eine Investition zu nutzen, zu besitzen und zu veräußern. Ob eine indirekte Enteignung vorliegt, muss von Fall zu Fall entschieden werden. Dabei müssen folgende Kriterien in Erwägung gezogen werden: die wirtschaftlichen Auswirkungen (allein die Tatsache, dass eine Maßnahme wirtschaftliche Auswirkungen hat, qualifiziert diese noch nicht als indirekte Enteignung), die Dauer sowie die Art der Maßnahme, das heißt deren Ziel und Inhalt.

Außerdem stellen nicht-diskriminierende staatliche Maßnahmen, die dem Schutz von Interessen der Allgemeinheit wie Gesundheit, Sicherheit, Umwelt, Verbraucherschutz oder Schutz und Förderung der kulturellen Vielfalt dienen, nur in Ausnahmefällen eine entschädigungspflichtige indirekte Enteignung dar. Dies ist dann der Fall, wenn die staatliche Maßnahme im Vergleich zu dem verfolgten gesetzgeberischen Ziel offenkundig unverhältnismäßig (*manifestly excessive*) ist.

Die Höhe der Kompensation bei einer Enteignung soll dem Marktwert der Investition zum Zeitpunkt direkt vor der Enteignung oder dem Bekanntwerden der Enteignung entsprechen (je nachdem, was früher stattfand), zuzüglich der marktüblichen Zinsen vom Zeitpunkt der Enteignung bis zum Zeitpunkt der Kompensationszahlung.

#### **Bewertung des BDI**

Für Investoren und Staaten ist es wichtig, den Begriff „indirekte Enteignung“ klar zu definieren. Die Definition muss den gesetzgeberischen Handlungsspielraum des Staates sichern, darf aber berechnete Klagen nicht abblocken. Im Gegensatz zu Regelungen nach dem Muster der bestehenden deutschen Investitionsverträge definiert der Vorschlag der EU-Kommission präziser, was unter einer indirekten Enteignung zu verstehen ist. Durch die Auflistung von Kriterien könnten manche Investor-Staat-Schiedsklagen unmöglich werden, die unter einer alten Formulierung möglich gewesen wären. Der Investitionsschutz sinkt. Gleichzeitig kann die Präzisierung auch die Vorhersagbarkeit des Ausgangs von Investor-Staat-Schiedsklagen erhöhen und somit sowohl im Interesse des Staates als auch des Investors sein.

Darüber hinaus sichert der Kommissionsvorschlag auch im Rahmen der Regelung von direkter und indirekter Enteignung die Regulierungshoheit des Staates ab. Auch diese Regelung kann die Akzeptanz des Investitionsschutzes erhöhen. Die Bedingung, dass eine staatliche Maßnahme zum Schutz von Allgemeininteressen offenkundig unverhältnismäßig (*manifestly excessive*) sein muss, um als indirekte Enteignung gelten zu können, ist allerdings sehr restriktiv und kann zu einem ernststen Problem für Investoren werden. Wird dieser Begriff von den Spruchkammern des Tribunals zu eng ausgelegt, könnten damit jegliche Klagen, die sich

auf indirekte Enteignung berufen, abgelehnt werden. Dies sollte verhindert werden. Wie bezüglich von FET sollte auch hier das Kriterium ‚offenkundig‘ gestrichen werden. Staatliches Handeln sollte immer verhältnismäßig sein und der Vertrauensschutz des Investors gewahrt bleiben.

Die Gefahr, den Investitionsschutz auszuhebeln, ist auch in Verbindung mit den Vorgaben des Vorschlags zum *right to regulate* zu sehen: Laut Vorschlag (Section 2, Art. 2) darf der Staat Maßnahmen ergreifen, die notwendig sind (*through measures necessary*), um berechnete politische Ziele zum Schutz des Allgemeinwohls zu erreichen. Diese Formulierung lässt dem Staat sehr viel Spielraum. Insgesamt wird der Schutzzumfang im Vergleich zu anderen Investitionsschutzverträgen somit deutlich abgesenkt. Die Kommission sollte klarstellen, dass die Rechte des Investors und das Recht des Staates auf Regulierungsautonomie eine Verhältnismäßigkeitsabwägung verlangen.

Bei der Berechnung der Kompensationszahlung im Falle einer Enteignung sollten aus Sicht des BDI auch entgangene Gewinne angemessen berücksichtigt werden. Denn Investitionsentscheidungen werden 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.

---

EU-Vorschlag: Schutz vor dem Bruch schriftlicher Vereinbarungen zwischen Staat und Investor (Schirmklausel, *umbrella clause*) (Section 2, Article 7, S. 7)

---

Der Vorschlag der EU-Kommission sieht einen Schutz vor dem Bruch schriftlicher Vereinbarungen und Zusagen zwischen Investor und Gaststaat vor.

#### **Bewertung des BDI**

Der BDI begrüßt den Vorschlag für eine Schirmklausel im Investitionskapitel in TTIP. CETA sieht im Vergleich zum TTIP-Vorschlag der EU-Kommission keine Schirmklausel vor. Schirmklauseln stellen keine unangemessene Belastung für einen Staat dar, da er lediglich dazu angehalten wird, Verpflichtungen einzuhalten, die er freiwillig eingegangen ist. Die ausdrückliche Begrenzung auf schriftliche Vereinbarungen kommt den Kritikern derartiger Klauseln in Investitionsverträgen entgegen und erhöht insbesondere für die Vertragsstaaten die Rechtssicherheit.

---

EU-Vorschlag: Absicherung des Staates bei Zahlungsbilanzungleichgewichten oder Finanzkrisen (Section 2, Article 6, S. 7)

---

Im Anschluss an den Artikel 6 (*Transfer*) findet sich ein redaktioneller Hinweis. Er weist darauf hin, dass zu einem späteren Zeitpunkt einschränkende Regelungen in andere Teile von TTIP aufgenommen werden können zum Schutz des Staates bei Zahlungsbilanzschwierigkeiten, finanziellen Schwierigkeiten oder bei Operationen der europäischen Währungsunion. Diese Regelungen können sich dann auch auf die Regelungen in Kapitel 6 (*Transfer*) auswirken.

#### **Bewertung des BDI**

Im Fall von Transfers im Zusammenhang mit der zu schützenden Auslandsinvestition sollten diese so wenigen Einschränkungen wie möglich unterliegen. Einschränkungen müssen so formuliert sein, dass der Staat nicht willkürlich Transfers einschränken kann. Die in der Notiz aufgeführten Ausnahmetatbestände scheinen

sehr weitreichend zu sein. Da die EU-Kommission noch keine konkrete Formulierung vorgelegt hat, kann allerdings noch keine abschließende Beurteilung erfolgen.

---

EU-Vorschlag: Absicherung des Staates bei Umstrukturierung von Staatsschulden (Section 2, Annex II, S. 9)

---

Der Vorschlag der EU-Kommission sieht vor, dass Investoren keine Ansprüche über das TTIP-Investitionskapitel geltend machen können, die aus der Restrukturierung (*negotiated restructuring*) von Staatsschulden entstanden sind. Unter Staatsschulden versteht der Kommissionsvorschlag insbesondere auch die Schulden von EU-Mitgliedsstaaten oder ihrer Regierungen unterhalb der Bundesebene.

**Bewertung des BDI**

Investitionsschutz- und -förderverträge sowie Investitionskapitel in Handelsverträgen sollen durch eine Zusicherung eines Mindestmaßes an Rechtstaatlichkeit Investitionsanreize bieten. Zentrales Element rechtstaatlichen Verhaltens ist es, bestehende Gesetze und getroffene Vereinbarungen einzuhalten, also auch Zahlungsverpflichtungen. Der BDI spricht sich dafür aus, die Einschränkungen des Investitionsschutzes enger zu definieren und auf zwingende Notlagen des Staates zu beschränken.

## Investment Court System

Die Vorschläge der EU-Kommission zur Gestaltung eines Mechanismus zur Lösung von Investitionsstreitigkeiten (**Investment Court System**) sehen ein Investor-Staat-Schiedsverfahren vor, das Unternehmen eines Vertragsstaates Investitionsklagen gegen den anderen Vertragsstaat ermöglicht (Art. 1, Abs. 1).

---

EU-Vorschlag: Definition von „*locally established company*“ (Section 3, Article 1, Abs. 2, S. 11)

---

Der Vorschlag der EU-Kommission legt in Section 3, Artikel 1 den Anwendungsbereich des *Investment Court Systems* fest und definiert zentrale Begriffe. In Absatz 4 wird der Begriff „*locally established company*“ (Art. 1, Abs. 4) definiert. Der Vorschlag lautet, dass es sich dabei um juristische Personen handelt, die im Staatsgebiet der einen Vertragspartei ansässig sind, sich aber im Besitz und unter der Kontrolle eines Investors aus der anderen Vertragspartei befinden. Fußnote 4 enthält weitere Kriterien. In Punkt (i) wird spezifiziert, dass die juristische Person aus der anderen Vertragspartei einen Eigenkapitalanteil von mindestens 50 Prozent halten muss, um die Kontrolle über das Unternehmen auszuüben. Liegt der Anteil unter 50 Prozent, so handelt es sich nicht mehr um eine „*locally established company*“, die zur Klage vor dem Investitionsgerichtshof berechtigt ist.

### BDI-Position

Der BDI begrüßt grundsätzlich, dass im Vorschlag der EU-Kommission klare Definitionen aufgenommen werden, die den Anwendungsbereich des Investitionsgerichtshofs spezifizieren. Der Vorschlag für eine Definition von *locally established companies* ist hingegen zu restriktiv. Der Grenzwert von 50 Prozent Eigenkapitalanteil, der in Fußnote 4 aufgestellt wird, reflektiert nicht die unternehmerische Wirklichkeit. Die EU-Kommission sollte vielmehr den Begriff der effektiven Kontrolle (*effective control*) aufnehmen und die Kriterien für *locally established companies* daran ausrichten.

---

EU-Vorschlag: Mediation (Section 3, Article 2 und 3, S. 12, Annex I, S. 32)

---

Der Vorschlag der EU-Kommission sieht die Möglichkeit vor, Investor-Staat-Schiedsverfahren durch ein vorgelagertes Mediationsverfahren abzuwenden. Soweit möglich, soll jeder aufkommende Streit gütlich durch ein Mediationsverfahren geregelt werden (Art. 2). Ein solches Verfahren kann jederzeit freiwillig initiiert werden. Der für Investitionsfragen zuständige TTIP-Ausschuss soll bei Inkrafttreten von TTIP sechs geeignete Personen zur Durchführung von Mediationsverfahren als Schlichter (*mediator*) bestimmen. Nach einem gemeinsamen Antrag der Streitparteien beim Präsidenten des Tribunals auf Schlichtung ernennt dieser einen Schlichter aus der Liste der Schlichter (Art. 3).

Annex I regelt Details zum Mediationsverfahren. Ziel des Mediationsverfahrens ist es, eine einvernehmliche Lösung für den Investitionsstreit zu finden. Jede Streitpartei kann die andere Streitpartei schriftlich um Aufnahme eines Mediationsverfahrens bitten; die andere Partei soll innerhalb von zehn Arbeitstagen antworten. Für den Fall, dass die EU angeschrieben wird und auf das Ansinnen eingehen will, soll sie erklären, ob sie selbst oder ein Mitgliedsstaat Verhandlungspartei sein wird. 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 keinerlei Basis für nachfolgende

Verfahren dar. Jede Partei trägt die ihr entstehenden Kosten des Mediationsverfahrens selbst, die Kosten für den Schlichter werden auf beide Parteien aufgeteilt.

#### **BDI-Position**

Das von der EU-Kommission vorgeschlagene Mediationsverfahren kann dazu beitragen, Staaten und Investoren hohe Prozesskosten und lange Verfahrensdauern zu ersparen. Der BDI begrüßt, dass das Mediationsverfahren freiwillig ist. Eine verpflichtende Durchführung des Mediationsverfahrens würde Kosten und Dauer des Rechtsstreits in solchen Fällen unnötig erhöhen, wo absehbar ist, dass eine gütliche Einigung nicht erreicht werden kann.

EU-Vorschlag: Inanspruchnahme einer Finanzierung der Verfahrenskosten durch eine dritte Partei muss gemeldet werden (Section 3, Article 8, S. 16)

Die EU-Kommission schlägt vor, dass eine Finanzierung der Verfahrenskosten durch Dritte der anderen Streitpartei wie auch der zuständigen Spruchkammer oder, falls noch nicht vorhanden, dem Präsidenten des Tribunals des TTIP-Investitionsgerichtshofs angezeigt werden muss. Die von der Finanzierung profitierende Partei soll den Namen und die Adresse des Drittfinanzierers melden. Die Meldung soll möglichst bald nach dem Abschluss einer Finanzierungslösung erfolgen. Weitere Schritte oder mögliche Konsequenzen einer Drittfinanzierung sind im Vorschlag nicht vorgesehen.

#### **BDI-Position**

Kritiker befürchten, dass durch die Finanzierung von Verfahrenskosten durch Dritte (etwa Rechtsanwaltskanzleien) ein Anreiz entstehen könnte, ungerechtfertigte Klagen gegen Staaten einzureichen. Dass eine Finanzierung durch Dritte grundsätzlich erlaubt ist, ist vor allem für kleinere Unternehmen positiv, die sich sonst vielleicht keine Klage leisten könnten. Einer Verbesserung der Transparenz der Finanzierung von ISDS-Verfahren steht der BDI offen gegenüber, sofern Unternehmen nicht zur Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen gezwungen werden. Für deutsche Investoren dürfte eine Finanzierung durch eine dritte Partei einen Ausnahmefall darstellen.

EU-Vorschlag: Einrichtung eines Richtertribunals erster Instanz zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten (Section 3, Article 9, S. 17)

Der Vorschlag der EU-Kommission sieht den Aufbau eines *Investment Court Systems* in TTIP vor. Der geplante ständige Gerichtshof 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 (*the Committee*) bestellt werden. Das fest stehende Gremium soll die bisher für jeden Streitfall einzeln einzurichtenden ad-hoc-Schiedsgerichte ersetzen. 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 (engl.: *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 stammen, einer aus der EU und einer aus einem Drittstaat. Der Angehörige des Drittstaates ist der vorsitzende Richter (*chair*).

## BDI-Position

Dem Vorschlag, ein Investitionsgerichtssystem (*Investment Court System*) in TTIP zu etablieren, steht der BDI grundsätzlich offen gegenüber. Das neue System sollte dabei auf bestehende internationale Strukturen der Schiedsgerichtbarkeit (u.a. das *International Centre for Settlement of Investment Disputes*, ICSID) aufbauen. Der Vorschlag der EU-Kommission sieht eine Anknüpfung an solche Institutionen vor. An dieser Stelle sollte die Kommission eindeutig klarstellen, dass ICSID oder andere Strukturen anwendbar sein werden. So könne das schon bestehende ICDIS-Sekretariat oder das Sekretariat des *Permanent Court of Arbitration* (PCA) als Sekretariat des Tribunals dienen. Die dafür anfallenden Kosten sollen die Vertragsparteien gleichermaßen tragen. Der Vorschlag der Kommission darf allerdings nicht dafür genutzt werden, ISDS durch die Hintertür aus TTIP zu entfernen, oder zur Folge haben, dass die TTIP-Verhandlungen verlangsamt werden oder das TTIP-Verhandlungsmandat neu verhandelt werden muss. Insgesamt muss ein umfassender Investorenschutz in TTIP gewährleistet sein, um Unternehmen im Ausland Rechtssicherheit zu bieten. Die Gespräche über ein Investitionsgerichtssystem dürfen nicht dazu führen, dass die TTIP-Verhandlungen generell blockiert werden.

---

## EU-Vorschlag: Aufstellung eines Richtertribunals erster Instanz (Section 3, Article 9 Abs. 2, 3, 6 und 12, S. 17 f.)

---

Die EU-Kommission schlägt vor, dass der für Investitionen zuständige TTIP-Ausschuss (*the Committee*) ein Tribunal von 15 Richtern aufstellt. Davon sollen jeweils fünf aus den USA, fünf aus der EU und fünf aus Drittstaaten kommen. Zu einem späteren Zeitpunkt kann der Ausschuss die Gesamtzahl der Richter um ein Vielfaches von drei erhöhen (oder reduzieren), wobei die Verhältnisse der Staaten gleich bleiben sollen. Die Richter werden für eine Amtszeit von sechs Jahren ernannt, eine einmalige Wiederernennung ist möglich. Sieben der 15 Richter, die bei Inkrafttreten des Abkommens ernannt werden, sollen jedoch für eine Amtszeit von neun Jahren ernannt werden. Für jeden Streitfall sollen aus den Reihen des Tribunals Spruchkammern (*divisions*) bestehend aus drei Richtern bestellt werden, wobei ein Richter aus der EU, einer aus den USA und einer aus einem Drittstaat auszuwählen ist. Die Höhe des Honorars soll von dem für Investitionsfragen zuständigen TTIP-Ausschuss festgelegt werden, die Kommission schlägt aber 2 000 Euro pro Monat vor. Für den Präsidenten und den Vizepräsidenten des Tribunals wird ein Honorar in Höhe von 7 000 Euro pro Monat vorgeschlagen.

## BDI-Position

Schon heute ist es schwierig, qualifizierte Schiedsrichter für die mehrheitlich hochkomplexen ISDS-Fälle zu finden. Es ist unwahrscheinlich, bei einer Anzahl von nur 15 nominierten Richtern geeignete Kandidaten für die Beurteilung von Fällen zu finden, die je nach Wirtschaftsbranche extrem unterschiedliche Erfahrungen und Fachkenntnisse erfordern. Dies wird zusätzlich durch die weiter einschränkende Regelung im Vorschlag erschwert, dass jeder Richter aus einer anderen Fünfergruppe (USA, EU, Drittstaat) ausgewählt werden muss. Von Anfang an sollte das Tribunal daher aus einer größeren Zahl an Richtern bestehen. Allerdings wäre dies auch mit höheren Kosten verbunden (siehe BDI-Bewertung zu Art. 9, Abs. 12 und Art. 10, Abs. 12).

Bei der Auswahl von nur fünf Richtern aus der EU werden zudem nationale Interessen der EU-Mitgliedstaaten nicht hinreichend berücksichtigt. Auch ist auf EU-Seite nicht gewährleistet, dass zumindest einer der Richter der Spruchkammern das nationale Recht des betroffenen Staates kennt.

Im Vorschlag der EU-Kommission wird nicht festgelegt, wo das TTIP-Tribunal seinen Sitz haben und Klagen anhören soll.



---

EU-Vorschlag: Anforderungen an die Qualifikation von Richtern. Richter sollten Erfahrungen im internationalen Investitionsrecht und bei der Lösung von Investitionsstreitigkeiten haben (Section 3, Article 9 Abs. 4, S. 17)

---

Die EU-Kommission schlägt vor, dass Kandidaten für ein Richteramt im Tribunal bestimmte Qualifikationen aufweisen müssen. Kandidaten brauchen eine offizielle Befähigung zum Richteramt oder sie müssen Juristen mit anerkannter Kompetenz sein. Sie sollten Expertise im Völkerrecht demonstriert haben. Wünschenswert wären Expertise im internationalen Handels- und Investitionsrecht sowie Erfahrungen in der Bearbeitung von Investitionsstreitigkeiten.

#### **BDI-Position**

Für die Effektivität und die Legitimität von ISDS-Verfahren sind hohe Qualifikation und ein Höchstmaß an Integrität der Schiedsrichter unabkömmlich. Die Forderung, dass die Richter eines TTIP-Investitionsgerichtssystems Erfahrung im internationalen Investitionsrecht und Erfahrung bei der Lösung von Handelsstreitigkeiten mitbringen sollten, unterstützt der BDI ausdrücklich.

---

EU-Vorschlag: Zusammensetzung des Tribunals und der Spruchkammern (*divisions*). Zielsetzung, allen Richtern gleiche Chancen zur Ernennung zu gewähren (Section 3, Article 9 Abs. 6, 7 und 8, S. 17)

---

Der Vorschlag der EU-Kommission sieht vor, dass der Vorsitzende des für Investitionen zuständigen TTIP-Ausschusses per Losverfahren einen Präsidenten und einen Vizepräsidenten des Tribunals auswählt. Beide stammen aus der Gruppe der Richter aus einem Drittstaat. Präsident und Vizepräsident wechseln dann in einem Zweijahreszyklus im Rotationsverfahren.

Bei Einreichung einer Investitionsklage stellt der amtierende Präsident des Tribunals innerhalb von 90 Tagen aus den Reihen des Tribunals drei Richter als Spruchkammer (*division*) zusammen, die diesen Fall zu behandeln haben. Dabei soll jeweils ein Richter aus den USA, einer aus der EU und einer aus einem Drittland kommen. Der Richter aus dem Drittland steht der Spruchkammer vor (*chair*). Die Richterauswahl durch den Präsidenten des Tribunals soll nach einem Rotationsprinzip erfolgen. Dies soll sicherstellen, dass die Zusammensetzung der Spruchkammern zufällig und nicht vorhersagbar ist, wobei jeder Richter dieselbe Chance auf Ernennung haben soll.

#### **BDI-Position**

Aus Sicht des BDI wird im Vorschlag der EU-Kommission noch nicht eindeutig klar, wie die Auswahl der Richter für die Spruchkammern erfolgt, um eine transparente und unparteiische Auswahl der Richter sicherzustellen.

Völkerrechtliche Investitionsklagen bergen für beide Streitparteien finanzielle Risiken. Es muss sichergestellt sein, dass die Spruchkammern (*divisions*) ausgewogen zusammengesetzt sind. Deshalb müssen beide Streitparteien Einfluss auf die Auswahl von jeweils mindestens einem der Richter der Spruchkammer haben. Die Auswahl des vorsitzenden Richters kann hingegen durch eine neutrale Instanz erfolgen. Eine Besetzung der Spruchkammer nach einem Rotationsverfahren lehnt der BDI hingegen strikt ab. Durch eine rotierende Richterauswahl ist die genaue Zusammensetzung der Spruchkammer zufällig. Dies birgt das Risiko von zu einseitig besetzten Spruchkammern.

Falls ein nach diesem rein staatlich gesteuerten Verfahren besetztes Richtergremium kein Schiedsgericht im Sinne der *New York Convention* ist, könnten die Urteile außerdem nicht weltweit vollstreckt werden. Dies gilt es zu prüfen.



Außerdem widerspricht das Ziel der EU-Kommission, allen Richtern des Tribunals die „gleichen Chancen“ einzuräumen, dem Ziel, eine möglichst fachkompetente Beurteilung der einzelnen Streitfälle zu ermöglichen. Die im Hinblick auf die Kompetenz passendste Richterauswahl kann durch ein Rotationssystem nicht gewährleistet werden. Das beste Urteil ist von denjenigen zu erwarten, die den Sachverhalt am besten kennen und vor dem Hintergrund die zur Verfügung stehenden Richter beurteilen können, also der Investor auf der einen und ein Staat auf der anderen Seite. Welcher Richter den Sachverhalt am besten kennt, lässt sich besser durch Einschätzung der Streitparteien entscheiden als durch eine zufällige Auswahl. Dem Vorschlag, dass der jeweils vorsitzende Richter (*chair*) einer Spruchkammer aus einem Drittland kommen muss, steht der BDI offen gegenüber. Allerdings muss auch hier sichergestellt sein, dass der für den Fall qualifizierteste Richter ausgewählt wird.

Der Vorteil eines ständigen Gerichts gegenüber einem Schiedsgericht ist in der Regel, dass es sofort zur Verfügung steht. Dieser Vorteil wird durch die 90-Tages-Frist für die Zusammensetzung der Spruchkammer aufgehoben. Insgesamt solle eine kürzere Frist für die Zusammensetzung der Spruchkammern gelten.

---

EU-Vorschlag: Schiedsgerichte mit nur einem Richter mit dem Ziel der Kostenersparnis, insbesondere im Hinblick auf Klagen kleiner und mittlerer Unternehmen (KMU) (Artikel 9 Abs. 9, S. 17)

---

Der Vorschlag der EU-Kommission sieht vor, dass Investitionsstreitigkeiten von nur einem Richter anstatt von einer Spruchkammer bestehend aus drei Richtern beurteilt werden können. Beide Streitparteien müssen damit einverstanden sein; die Entscheidung trifft der Präsident des Tribunals. Diese Regelung ist insbesondere zur Behandlung von Streitfällen kleiner oder mittlerer Unternehmen oder bei relativ kleinen Streitwerten vorgesehen.

### **BDI-Position**

Für kleine und mittlere Unternehmen (KMU) ist das größte Hemmnis für Direktinvestitionen im Ausland die fehlende Rechtssicherheit im Gastland.<sup>6</sup> Investitionsabkommen sind somit ein wichtiger Faktor, der Investitionsentscheidungen von KMU beeinflussen kann. Sie stärken das Vertrauen in das Zielland und senken die Risiken. Laut einer OECD-Studie reichten in 22 Prozent der betrachteten Fälle (die Studie untersucht 50 ICSID- und 45 UNCITRAL-Fälle) kleine Unternehmen eine Klage ein (s. Abb. 18).<sup>7</sup> Ein Hindernis zur Inanspruchnahme von Investor-Staat-Schiedsverfahren durch kleine und mittlere Unternehmen sind allerdings die hohen Verfahrenskosten. Der BDI begrüßt daher ausdrücklich den Vorschlag zur Ermöglichung „kleiner“ Investitionsschiedsverfahren unter TTIP, da dies Kosten sparen kann.

Der Vorschlag sollte jedoch noch weitere Erleichterungen für KMU beinhalten. Denn aufgrund der komplizierten Verfahrenseinleitung und den erheblich gesteigerten Transparenzvorschriften, die grundsätzlich zu begrüßen sind, ist in Zukunft mit einer Steigerung der Verfahrenskosten zu rechnen. Es wäre beispielsweise begrüßenswert, KMU technische Unterstützung bei der Auswahl von geeigneten Anwaltskanzleien zu ermöglichen.

---

<sup>6</sup> KfW Economic Research/Creditreform, *Internationalisierung im deutschen Mittelstand*, 2012, S. 38.

<sup>7</sup> David Gaukrodger und Kathryn Gordon, *Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community*, OECD Working Papers on International Investment, 2012/03, OECD Publishing, S.17, <[http://www.oecd.org/investment/investment-policy/WP-2012\\_3.pdf](http://www.oecd.org/investment/investment-policy/WP-2012_3.pdf)>.

---

EU-Vorschlag: Das Richtertribunal soll durch internationale Institutionen in Sekretariatsangelegenheiten unterstützt werden (Section 3, Article 9 Abs. 16, S. 18)

---

Der Kommissionsvorschlag sieht vor, dass das Richtertribunal durch ein schon bestehendes Sekretariat einer internationalen Institution unterstützt wird. Der Textvorschlag der EU-Kommission legt die Institution nicht fest, schlägt aber ICSID und den PCA vor. Die Kosten für diese Unterstützung soll durch die beiden Vertragsparteien zu gleichen Teilen getragen werden.

#### **BDI-Position**

Der BDI begrüßt diesen Vorschlag der EU-Kommission ausdrücklich. Die Nutzung bestehender Strukturen kann die Kostenbelastung gegenüber dem Aufbau einer separaten Infrastruktur erheblich reduzieren. Außerdem erfolgt so eine Anbindung des TTIP-Investitionsgerichtssystems an diese etablierten Strukturen und an die große Fachkompetenz und Erfahrung der Mitarbeiter dieser Institutionen. Jedoch wird im Vorschlag der EU-Kommission nicht eindeutig klar, in welchem Verhältnis die Regeln des TTIP-Investitionsgerichtssystems zu den Regeln von ICSID oder dem PCA stehen.

---

EU-Vorschlag: Einrichtung eines Berufungsmechanismus. Die Zusammenstellung der Richter in der Berufungsinstanz soll nach den gleichen Prinzipien erfolgen wie die Zusammensetzung erstinstanzlicher Gerichte (Section 3, Article 10, S. 18f. und Article 29, S. 30)

---

Die EU-Kommission schlägt die Einrichtung eines Berufungstribunals vor. Gründe für eine Berufung sind Fehler in der Anwendung und Interpretation des angewendeten Rechts oder Fehler bei der Einschätzung der zugrundeliegenden Fakten (Art. 29, Abs. 1). Wird ein Berufungsverfahren abgelehnt, weil diese Gründe als nicht zutreffend 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. Abschließend werden die sechs Berufungsrichter durch den Ausschuss eingesetzt. Der Ausschuss kann übereinkommen, das Berufungstribunal zu vergrößern. Die Berufungsrichter werden für jeweils sechs Jahre ernannt, ihre Amtszeit kann einmal verlängert werden. Bei drei der sechs Berufungsrichter, die bei Inkrafttreten des Abkommens eingesetzt werden, soll die Amtszeit neun Jahre betragen. Es soll per Losverfahren entschieden werden, welche drei Berufungsrichter dies betrifft. Berufungsrichter sollen nach dem Kommissionsvorschlag ein Honorar von 7 000 Euro pro Monat erhalten.

Auch dem Berufungstribunal sollen ein Präsident und ein Vizepräsident vorstehen, die nach dem gleichen Verfahren ausgewählt werden wie der Präsident und der Vizepräsident des erstinstanzlichen Tribunals.

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.

#### **BDI-Position**

Bislang sind die Urteile von Schiedsgerichten in Investor-Staat-Schiedsverfahren abschließend und bindend und können nur bei Verfahrensfehlern angefochten werden. Der Kommissionsvorschlag sieht für TTIP die Möglichkeit zur Entwicklung eines Berufungsverfahrens vor. Urteile in Investitionsverfahren in zweiter Instanz hätten eine besonders hohe politische und rechtliche Autorität gegenüber den Vertragsstaaten.

Der BDI begrüßt die Einführung einer Berufungsinstanz. Bei der Ausgestaltung von Berufungsverfahren muss aber darauf geachtet werden, dass sie die Verfahrenskosten insbesondere im Hinblick auf kleine und mittlere Unternehmen nicht weiter in die Höhe treiben und Verfahren nicht übergebührlich in die Länge ziehen. Auch kleine und mittlere Unternehmen müssen die Möglichkeit haben, ihre zugesicherten Rechte einzufordern. Geprüft werden sollten daher die Möglichkeiten zur Aufnahme einer Rückverweisungsregel.

Die kleine Zahl von nur sechs Berufungsrichtern ist allerdings problematisch. Denn es ist unwahrscheinlich, bei einer Anzahl von nur sechs nominierten Berufungsrichtern geeignete Kandidaten für die Beurteilung von Fällen zu finden, die je nach Wirtschaftsbranche extrem unterschiedliche Erfahrungen und Fachkenntnisse erfordern. Von Anfang an sollte das Berufungstribunal daher aus einer größeren Zahl an Richtern bestehen. Allerdings wäre dies auch mit höheren Kosten verbunden (siehe BDI-Bewertung zu Art. 9 Abs. 12 sowie Art. 10 Abs. 12).

Der BDI begrüßt auch den Vorschlag der EU-Kommission, dass internationale Institutionen wie ICSID oder der PCA das Berufungstribunal als Sekretariat unterstützen sollten (siehe BDI-Bewertung zu Art. 9 Abs. 16).

Eine Auswahl zur Besetzung der Spruchkammern nach dem Rotationsprinzip wird vom BDI ebenso wie in der ersten Instanz abgelehnt (Argumentation entsprechend der BDI-Bewertung von Art. 9 Abs. 7).

---

EU-Vorschlag: Vergütung der Richter und Berufungsrichter/anfallende Kosten (Section 3, Article 9, Abs. 12 sowie Article 10, Abs. 12, S. 18 und 19)

---

Um die Verfügbarkeit der Richter des Tribunals und des Berufungstribunals zu erhöhen, schlägt die EU-Kommission die Auszahlung eines monatlichen Honorars, also eine Bereithaltungsgebühr, vor. Die Höhe des Honorars soll von dem für Investitionsfragen zuständigen TTIP-Ausschuss festgelegt werden, die Kommission schlägt aber 2 000 Euro pro Monat vor, das entspreche rund einem Drittel des Honorars eines Richters des WTO-Berufungsgerichts. Für den Präsidenten und den Vizepräsidenten des Tribunals wird ein Honorar in Höhe von 7 000 Euro pro Monat vorgeschlagen. Die Honorare sollen von beiden Vertragsstaaten zu gleichen Teilen getragen und durch das einzurichtende Sekretariat (etwa ICSID oder PCA) verwaltet und ausgezahlt werden. Weitere Verfahrenskosten einer Spruchkammer sollen entsprechend der ICSID-Konvention berechnet werden. Der für Investitionsfragen zuständige TTIP-Ausschuss kann die Honorar-Regelung in eine Festanstellung überführen. In diesem Fall dürften die Richter keiner anderen Tätigkeit mehr nachgehen. Berufungsrichter sollen nach dem Kommissionsvorschlag ein Honorar von 7 000 Euro pro Monat erhalten, auch hier kann eine Umwandlung in eine Festanstellung beschlossen werden.

### **BDI-Position**

Die überwiegende Mehrheit der weltweit geltenden Investitionsschutz- und -förderverträge (IFV) war noch nie Grundlage für ein Investor-Staat-Schiedsverfahren. Angesichts der Tatsache, dass viele IFV nie zum Einsatz kommen, sollte die Entlohnungsstruktur einer Überprüfung unterzogen werden. Dies gilt umso mehr, als dass die Zahl der Richter deutlich erhöht werden sollte.

---

EU-Vorschlag: Die Auswahl der Richter soll Unabhängigkeit und moralische Standards gewährleisten (Section 3, Article 11, S. 20; Annex II, S.20)

---

Die EU-Kommission schlägt vor, dass die Richter bestimmten moralischen Kriterien gerecht werden sollen. Die Richter des Tribunals müssen unabhängig sein. Sie dürfen nicht den Regierungen der Vertragsparteien

angehören. Sie dürfen nicht der Weisungsbefugnis einer Regierung oder Regierungsorganisation unterliegen, die mit dem zu behandelnden Streitfall in Verbindung stehen. Außerdem dürfen die Richter nicht an Streitigkeiten beteiligt sein, die einen direkten oder indirekten Interessenkonflikt verursachen könnten. In Zusammenhang mit der Aufstellung moralischer Standards schlägt die Kommission einen *Code of Conduct* vor.

### **BDI-Position**

Der BDI begrüßt hohe moralische Anforderungen an Richter. Für die Effektivität und die Legitimität von Investitionsverfahren sind hohe Qualifikation und ein Höchstmaß an Integrität der Richter unverzichtbar. Nur wenn Richter neutral und unabhängig sind, kann das System funktionieren. Die Regularien des ICSID und der UNCITRAL beinhalten schon heute entsprechende Prüfungen der Schiedsrichter. Ein verbindlicher Verhaltenskodex, wie im Vorschlag der EU-Kommission vorgeschlagen, kann die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Richter sicherstellen. Die Unabhängigkeit der Richter von staatlichen Weisungen und die Vermeidung von Interessenkonflikten sind zu begrüßen.

---

EU-Vorschlag: Ziel eines multilateralen Streitbeilegungsmechanismus für Investitionsstreitigkeiten (Section 3, Article 12, S. 20 f.)

---

Die EU-Kommission schlägt vor, mit TTIP ein Investitionsgerichtssystem zur Lösung von Investitionsstreitigkeiten zu konzipieren. Die in TTIP erreichte Ausgestaltung soll dann Vorbild sein für weitere Investitionsverträge der EU. Langfristiges Ziel ist es, diese bilateralen Lösungen in einen multilateralen Streitbeilegungsmechanismus (*multilateral dispute settlement mechanism*) zu überführen, an dem die EU-Kommission parallel arbeiten will.<sup>8</sup>

### **BDI-Position**

Der BDI begrüßt das Fernziel eines multilateralen Streitbeilegungsmechanismus. Eine solche Institution müsste – neben den erwähnten grundsätzlichen Forderungen an zukünftige IFV – außerdem folgenden Kriterien gerecht werden: Streitbeilegungsverfahren sollten wie bisher Investor-Staat-Verfahren sein und nicht zu einem Staat-Staat-Verfahren abgeändert werden. Das Gericht sollte möglichst auf bestehende internationale Strukturen der Schiedsgerichtsbarkeit (ICSID, UNCITRAL, etc.) aufbauen. Auch ein multilateraler Schiedsgerichtshof sollte ein Berufungsverfahren beinhalten. Außerdem dürfen die parallel laufenden Überlegungen für einen multilateralen Gerichtshof nicht dazu führen, die Verhandlung einer bilateralen Lösung für ISDS in TTIP zu keinem Ergebnis zu bringen.

---

EU-Vorschlag: Verhältnis zu nationalem Recht (Section 3, Article 13, S. 21f)

---

In seiner Entscheidungsfindung soll das Tribunal die Bestimmungen des Abkommens und andere Regeln des internationalen Rechts anwenden, welche zwischen den Vertragsparteien Anwendung finden. Nationales Recht ist im Rahmen des Abkommens nicht Teil des geltenden Rechts. Sofern die Auslegung von Regelungen des nationalen Rechts einer der Vertragsparteien durch das Tribunal notwendig ist, soll das Tribunal

---

<sup>8</sup> Pressekonferenz von EU-Handelskommissarin Cecilia Malmström am 16. September 2015; Pressemitteilung der Europäischen Kommission, *Kommission schlägt Investitionsgerichtsbarkeit für TTIP und andere EU Handels- und Investitionsabkommen vor*, <[http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-15-5651\\_de.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5651_de.htm)> (abgerufen am 16. September 2015).

der Auslegung der maßgeblichen Gerichte der Staaten folgen. Die Bedeutung, die das Tribunal dem nationalen Recht beimisst, soll wiederum nicht bindend sein für die nationalen Gerichte der Vertragsparteien.

#### **BDI-Position**

Der BDI begrüßt den Hinweis im Vorschlag der EU-Kommission auf die Hoheit der nationalen Gerichte bei der Auslegung nationalen Rechts.

EU-Vorschlag: Verhältnis zu nationalen Gerichten. „*No-U-Turn-Ansatz*“ zum Ausschluss paralleler Klagen vor nationalen oder anderen internationalen Gerichten (*forum shopping*) (Section 3, Article 14, S. 21f)

Die EU-Kommission schlägt vor, dass das Tribunal Klagen abweisen soll, die bei Einreichung der Schiedsklage an einem nationalen (Art. 1) oder einem anderen internationalen Gericht (Art. 2) verhandelt werden. Falls schon andere Gerichte mit dem Fall beschäftigt sind, kann das TTIP-Tribunal erst angerufen werden, wenn das andere Gericht die Bearbeitung des Falles einstellt oder wenn das Urteil dort erfolgt ist.

#### **BDI-Position**

Der BDI unterstützt den von der EU-Kommission vorgeschlagenen *No-U-Turn-Ansatz*. Er schließt aus, dass der Kläger im selben Streitpunkt gleichzeitig von einem nationalen Gericht und vor dem Tribunal klagen kann. Mehrfachklagen sind damit ausgeschlossen. Andererseits wird durch diesen Ansatz die Gefahr umgangen, dass Investoren den nationalen Rechtsweg grundsätzlich meiden, denn nach Abschluss oder Abbruch des nationalen Rechtswegs steht dem Investor immer noch der Weg für eine ISDS-Klage offen. Der weiter gehende *Fork in the Road-Ansatz* würde hingegen vorsehen, dass der Investor sich bei Auftreten des Streitfalls bindend für den einen oder den anderen Rechtsweg entscheiden muss und der andere Rechtsweg dann versperrt bleibt. Eine solche Regelung könnte eine Vermeidung des nationalen Rechtswegs durch die Investoren zur Folge haben. Der *No-U-Turn-Ansatz* ist dem *Fork in the Road-Ansatz* daher vorzuziehen.

EU-Vorschlag: Möglichkeit zur Vorprüfung von Klagen, die offensichtlich keine Rechtsgrundlage haben oder unbegründet sind (Section 3, Article 16 und 17, S. 23)

Der Vorschlag der EU-Kommission sieht vor, dass missbräuchliche und offensichtlich ungerechtfertigte Klagen verhindert werden. Spätestens 30 Tage nach Bildung der Spruchkammer und 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 offensichtlich keine Rechtsgrundlage hat (*manifestly without legal merit*). Die Begründung des Einspruchs soll so präzise wie möglich erfolgen. Die Streitparteien werden daraufhin von der Spruchkammer angehört, die ein begründetes Urteil auszusprechen hat (Art. 16).

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 Section 3, Artikel 6 (*Submission of a Claim*) entspricht (*unfounded as a matter of law*). In diesem Fall soll der Einspruch so früh wie möglich nach Bildung der Spruchkammer erfolgen, spätestens jedoch zu dem Datum, an dem der Angeklagte seine Klageerwiderung einreichen muss. Sollte ein solcher Einspruch eingelegt werden, dann soll das Tribunal das Verfahren unterbrechen – es sei denn, es hält den Einspruch für offenkundig unbegründet – und ein begründetes Urteil bezüglich des Einspruchs aussprechen (Art. 17).

## BDI-Position

Auch wenn am Ende das Unternehmen bei einer Klage unterliegt, schafft doch jede Klage Kosten und bindet Mittel. Schon heute enthalten Schiedsverfahren Mechanismen, um unseriöse Klagen zu verhindern. Weitere Klauseln können unnötige Verfahrenskosten reduzieren. Der BDI steht dem Vorschlag der Kommission offen gegenüber, den Klagegrund einer Vorabprüfung zu unterziehen. Allerdings muss gleichzeitig verhindert werden, dass gerechtfertigte Klagen abgelehnt werden. Daher sollte in Artikel 16, Absatz 1 das Wort *manifestly* gestrichen werden. Zudem sollte die Prüfung nur in eng begrenzten Fällen der offensichtlichen Unbegründetheit erfolgen. Um Zeit zu sparen, sollte dies nicht durch das Tribunal geschehen, sondern gegebenenfalls durch das Sekretariat des Gerichtshofs, bevor oder während sich das Tribunal zusammensetzt.

---

## EU-Vorschlag: Erhöhung der Transparenz von Investor-Staat-Schiedsverfahren gegenüber der Öffentlichkeit (Section 3, Article 18, S. 24f)

---

Der Vorschlag der EU-Kommission sieht vor, dass die Investitionsstreitverfahren den UNCITRAL-Transparenzregeln unterliegen. Zu den Vorgaben der UNCITRAL-Transparenzregeln gehört, dass alle Verfahrensdokumente veröffentlicht werden und dass mündliche Verhandlungen öffentlich stattfinden. Der Vorschlag der EU-Kommission geht dahingehend über die UNCITRAL-Transparenzregeln hinaus, dass auch Beweismittel (*exhibits*) aus den Expertenberichten und Zeugenaussagen für die Öffentlichkeit einsehbar sein sollen.

## BDI-Position

Transparenz ist eine grundlegende Voraussetzung für die Legitimität und Akzeptanz von IFV und ISDS in der Bevölkerung. Dies gilt vor allem auch, da es sich bei den Streitfällen nicht um Konflikte zwischen privaten Akteuren, sondern zwischen Privaten und dem Staat handelt, wodurch unmittelbar das öffentliche Interesse betroffen ist. Seit einigen Jahren gibt es daher Bestrebungen auf internationaler Ebene, die Transparenz von Investitionsverfahren-Verfahren zu verbessern.

UNCITRAL verabschiedete im Juli 2013 Transparenzregeln für die Schiedsgerichtsbarkeit, die im April 2014 in Kraft getreten sind. Die Regierungen Deutschlands, der USA, Kanadas und fünf weiterer Staaten unterzeichneten zudem am 17. März 2015 die sogenannte Mauritius-Konvention, im weiteren Jahresverlauf sind außerdem Italien, Luxemburg, Belgien, die Schweiz und Syrien beigetreten.<sup>9</sup> Die Mauritius-Konvention (Übereinkommen über Transparenz in Investor-Staat-Schiedsverfahren auf der Grundlage von Verträgen) sorgt dafür, dass zwischen Ländern, die die Konvention ratifizieren, die neuen UNCITRAL-Transparenzregeln auch für bestehende Investitionsverträge gelten.

Der BDI unterstützt, dass sich TTIP an den UNCITRAL-Transparenzregeln orientiert, wie von der EU-Kommission vorgeschlagen. Wie nationale Gerichtsverfahren erfordern aber auch Schiedsgerichtsverfahren ein gewisses Maß an Diskretion und können daher nicht völlig transparent sein. So müssen etwa Geschäftsgeheimnisse und Persönlichkeitsrechte auch in Zukunft geschützt werden. Der Vorschlag der EU-Kommission im Artikel zu Transparenz gegenüber der Öffentlichkeit enthält eine entsprechende Einschränkung.

Eine solche Einschränkung ist jedoch nicht gegeben in Artikel 22, in dem es um Transparenz und Offenlegung gegenüber dem Herkunftsland des Investors geht (*The non-disputing Party to the Agreement*). Auch

---

<sup>9</sup> UNCITRAL, *Status, United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration (New York, 2014)*, <[http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/2014Transparency\\_Convention\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency_Convention_status.html)> (eingesehen am 24.9.2015).

gegenüber dem eigenen Herkunftsland sollten jedoch Geschäftsgeheimnisse von Investoren geschützt werden. Daher sollte auch in Artikel 22 ein Hinweis auf eine entsprechende Einschränkung aufgenommen werden.

---

#### EU-Vorschlag: Konsolidierung von Klagen (Section 3, Article 27, S. 28f)

---

Der Vorschlag der EU-Kommission sieht vor, dass es einem Staat, der mit zwei oder mehr Klagen mit gleichem Klagehintergrund (zum Beispiel Klagen zu einem Gesetz oder einer staatlichen Handlung) konfrontiert wird, offen steht, die Konsolidierung der Einzelklagen zu beantragen (*consolidated consideration*). Dazu stellt der Staat einen entsprechenden Antrag beim Präsidenten des Tribunals und informiert die Kläger. Die Kläger müssen dazu innerhalb von 30 Tagen Stellung nehmen. Die Entscheidung über Annahme oder Ablehnung des Antrags auf Konsolidierung obliegt dann ausschließlich der vom Präsidenten einberufenen Spruchkammer (*consolidating division*).

#### **BDI-Position**

Der BDI steht der Möglichkeit, Klagen zu konsolidieren grundsätzlich offen gegenüber. Die EU-Kommission möchte mit diesem Instrument die Effizienz des Tribunals verbessern, was der BDI begrüßt. Gerade KMUs könnten zudem von der Konsolidierung von Klagen profitieren.

Der aktuelle Vorschlag der EU-Kommission birgt aber auch Gefahren, die bei der weiteren Konkretisierung des Modells beseitigt werden sollten. So muss ganz genau definiert werden, welche Kriterien der Entscheidung über die Annahme oder Ablehnung des Konsolidierungsantrags zu Grunde liegen. Problematisch ist aus Sicht des BDI zudem Absatz 7. Ein Investor kann zwar seine Klage aus den konsolidierten Klagen lösen, ist aber gemäß Abs. 7 dann nicht mehr zu einer erneuten Klage vor dem Tribunal berechtigt. Durch die vom Tribunal auferlegte Konsolidierung könnte demnach der Fall eintreten, dass einem Investor nur noch der nationale Rechtsweg offen steht, obwohl er bei einer Einzelklage vor dem Investitionsgerichtshof hätte klagen können.

---

#### EU-Vorschlag: Verlierer-zahlt-Prinzip (Section 3, Article 28, S. 29f)

---

Der Vorschlag der EU-Kommission sieht vor, dass die für ein Schiedsverfahren anfallenden Kosten durch den Verlierer des Schiedsverfahrens getragen werden müssen. In Ausnahmefällen kann das Richterorgane allerdings auch eine Kostenaufteilung festlegen, etwa dann, wenn sich die gewinnende Partei ungebührlich verhalten hat.

#### **BDI-Position**

Ein Investitionsabkommen in TTIP sollte missbräuchliche und offensichtlich ungerechtfertigte Klagen (*frivolous claims*) verhindern. Auch dann, wenn der Staat Recht behält, verursacht eine Klage Kosten und bindet Mittel. Ein möglicher Mechanismus ist das „Verlierer-zahlt-Prinzip“, wie es von der EU-Kommission vorgeschlagen wurde. 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.



Die Verlierer-Zahlt-Regel birgt allerdings das Risiko, dass etwa kleine oder mittlere Unternehmen auch bei klarer Rechtslage von einer Klage absehen, weil sie im Fall einer Niederlage die Prozesskosten nicht tragen könnten. Die Verlierer-zahlt-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. Zudem könnte das Verlierer-Zahlt-Prinzip in der Praxis Umsetzungsprobleme mit sich bringen. Denn häufig gewinnt eine Partei im Hinblick auf einige, aber nicht alle Anklagepunkte. Deshalb begrüßt der BDI, dass ein Investitionsgericht unter dem TTIP-Vorschlag einen Ermessensspielraum hat, Kosten abweichend von der Regel auf die Streitparteien zu verteilen. In der Praxis wird es darauf ankommen, diese Regel bedacht anzuwenden.

---

#### EU-Vorschlag: Vollstreckung der Schiedssprüche (Section 3, Article 30, S. 31)

---

Der Vorschlag der EU-Kommission sieht vor, dass die Schiedssprüche (*awards*) des Tribunals und des Berufungstribunals für die Streitparteien binden sind. Die Vollstreckung der Schiedssprüche (*enforcement of awards*) erfolgt, laut Vorschlag der EU-Kommission, auf Basis von nationaler Gesetzgebung.

#### **BDI-Position**

Im Vorschlag der EU-Kommission wird nicht klar genug dargestellt, wie die Vollstreckung im Einzelnen umgesetzt wird. Vor allem wird nicht geklärt, wie die Schiedssprüche durch nationale Gerichte vollstreckt werden sollen. Unbeantwortet ist zudem die Frage, ob die *awards* von Investoren gegen den Verliererstaat auch in einem Drittland vollstreckt werden können. Insgesamt ist Artikel 30 zu vage formuliert. Schon im bestehenden System sind Investoren mit Problemen bei der Vollstreckung konfrontiert. Der Vorschlag der EU-Kommission schafft mit Artikel 30 jedoch keine Abhilfe. Vielmehr wird die Situation für Investoren noch unübersichtlicher.

Der BDI fordert daher, dass in Artikel 30 ein Verweis auf das New Yorker Übereinkommen (*New York Convention*) aufgenommen wird. Dabei muss deutlich werden, dass die Schiedssprüche des Investitionsgerichtshofs als Schiedssprüche unter der *New York Convention* zu verstehen sind. Nur so wäre die weltweite Vollstreckung von Schiedssprüchen möglich, die für Investoren von großer Bedeutung ist.



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

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

Julia Howald  
T. +49 30 2028-1483  
j.howald@bdi.eu

Henry von Klencke  
T. +49 151 40727562  
h.vonklencke@bdi.eu

### Herausgeber

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