



Stellungnahme

des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Außergerichtliche Konfliktbeilegung

zum Investitionsschutz und zur Investitionsgerichtsbarkeit im Rahmen des Transatlantischen Freihandelsabkommens

Stellungnahme Nr.: 52/2016

Berlin, im September 2016

Mitglieder des Ausschusses

- Rechtsanwältin Ulrike Gantenberg, Düsseldorf, Vorsitzende
- Rechtsanwältin Dr. Alice Broichmann, München, Berichterstatterin
- Rechtsanwalt Dr. Ralf Deutmoser LL.M., München
- Dr. Martin Fries, München
- Rechtsanwalt Dr. Christoph Hartmann, Stuttgart
- Rechtsanwältin Dr. Ines Kilian, Dresden

Zuständig in der DAV-Geschäftsführung

- Rechtsanwältin Nicole Narewski

Deutscher Anwaltverein

Littenstraße 11, 10179 Berlin
Tel.: +49 30 726152-0
Fax: +49 30 726152-190
E-Mail: dav@anwaltverein.de

Büro Brüssel

Rue Joseph II 40
1000 Brüssel, Belgien
Tel.: +32 2 28028-12
Fax: +32 2 28028-13
E-Mail: bruessel@eu.anwaltverein.de
Transparenz-Registernummer:
87980341522-66

Verteiler

Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
SPD-Fraktion im Deutschen Bundestag
CDU/CSU-Fraktion des Deutschen Bundestages, Arbeitsgruppe Recht
Fraktion Bündnis 90/Die Grünen im Deutschen Bundestag
Die Linke-Fraktion im Deutschen Bundestag
Vorstand und Geschäftsführung des Deutschen Anwaltvereins
Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins
Vorsitzende des FORUM Junge Anwaltschaft
Deutscher Richterbund
Deutscher Steuerberaterverband
Bundesrechtsanwaltskammer
Bundesnotarkammer
Steuerberaterverband
Deutscher Notarverein
Deutscher Gerichtsvollzieher Bund e.V.
Deutscher Industrie- und Handelskammertag e.V.
Deutsches Forum für Mediation DFfM e.V.
Bundesverband MEDIATION e.V.
Deutsche Gesellschaft für Mediation
Deutsche Gesellschaft für Mediation in der Wirtschaft e.V.
Redaktion NJW
ver.di, Bundesverwaltung, Fachbereich Bund und Länder, Richterinnen und Richter,
Staatsanwältinnen und Staatsanwälte
Deutsche Anwaltakademie

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit ca. 67.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Kurzzusammenfassung

Der DAV äußert sich nicht zum Transatlantischen Freihandelsabkommen (Transatlantic Trade and Investment Partnership – TTIP) im Allgemeinen, sondern möchte mit dieser Stellungnahme einen Diskussionsbeitrag zur Debatte über den geplanten Investitionsschutz einbringen. Nachdem der geplante Investitionsschutz im TTIP nun schon seit längerem kontrovers diskutiert wird, begrüßt der DAV ausdrücklich, dass die Europäische Kommission einen Vorstoß unternommen hat, um den Bedenken der Öffentlichkeit gegen diesen Streitbeilegungsmechanismus Rechnung zu tragen und das Vertrauen in Investitionsschiedsverfahren (Investor-State Dispute Settlement – ISDS) zurückzugewinnen.

Positiv hervorzuheben ist, dass der neue ISDS-Entwurf nach mehr Konsistenz und Transparenz in den Verfahren der Streitbeilegung strebt¹. Allerdings ist in der Diskussion aus Sicht des DAV auch zu berücksichtigen, dass staatliche Investitionsgerichte mittel- bis langfristig nicht unerhebliche Kosten produzieren würden, die letztlich vom Steuerzahler zu tragen wären. Daneben entsprechen auch einige andere Regelungen möglicherweise nicht vollumfänglich der Interessenlage der am Verfahren beteiligten Staaten und Investoren.

Einleitung

Die Aufnahme einer Investitionsschutzklausel im Rahmen des Transatlantischen Freihandelsabkommens (Transatlantic Trade and Investment Partnership – TTIP) wird nach wie vor kontrovers diskutiert. Zunächst war im TTIP eine Investitionsschutzklausel, d.h. Schiedsklausel vorgesehen, die einem ausländischen Investor, der sich durch Maßnahmen seines Gaststaates benachteiligt fühlt, ermöglichen sollte, seine Rechte vor einem internationalen Schiedsgericht zu verfolgen. Nachdem öffentlich zum Teil

¹ Positiv insoweit auch Diehl/Heppner, TTIP und mehr ehr plant neues Gerichtssystem: Auslaufmodell Investitions- Schiedsgerichtsbarkeit?, Legal Tribune Online v. 12.01.2016; abrufbar unter: <http://www.lto.de/recht/hintergruende/h/investitionen-gerichtsbarkeit-eu-freihandelsabkommen-ttip-vorschlag/>, Letzter Zugriff am 03.08.2016.

massive Kritik an der Streitbeilegungsklausel (Investor-State Dispute Settlement – ISDS) laut geworden war, legte die Kommission am 05. Mai 2015 einen Konzeptvorschlag (Concept Paper) zu Investitionsschutz und Schiedsgerichtsbarkeit im TTIP² vor und präzisierte am 16. September 2015 den darin angekündigten Reformvorschlag für die Beilegung von internationalen Investitionsstreitigkeiten (ISDS-Textentwurf)³, der nach den darauffolgenden Diskussionen in seiner endgültigen Fassung an die US-Seite übermittelt wurde.⁴ Ein wesentlicher Kernpunkt des Concept Paper und des Reformvorschlags der Europäischen Kommission ist die Schaffung einer neuen Gerichtsbarkeit mit einem Gericht erster Instanz (im Nachfolgenden „Investitionsgericht“) mit 15 öffentlich bestellten Richtern und einem Berufungsgericht mit 6 öffentlich bestellten Richtern.

Einzelheiten ergeben sich aus den nachfolgenden Ausführungen.

ISDS als Streitbeilegungsmechanismus

- Hervorzuheben ist, dass mit dem ISDS-Entwurf ISDS als Streitbeilegungsmechanismus zwischen Investor und Staat beibehalten wird. Eine ISDS-Klausel soll in erster Linie Investoren davor schützen, Ansprüche wegen der Verletzung des Investitionsschutzabkommens vor den staatlichen Gerichten des Gastlandes geltend machen zu müssen. Insofern besteht die Sorge, dass das lokale Gerichtswesen im Gastland dem Investor keinen adäquaten Rechtsschutz bei einem Rechtsstreit gegen den eigenen Staat vermitteln werde. Staatliche Gerichte werden insoweit nicht als „neutral“ wahrgenommen, denn es sind gerade staatliche Maßnahmen, die einer gerichtlichen Beurteilung unterzogen werden.

² *Concept Paper* der EU-Kommission „Investment in TTIP and beyond – the path for reform“, abrufbar unter http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF (Abrufdatum für diese und die folgenden Internetauszüge soweit nicht anders angegeben: 03.08.2016).

³ Pressemitteilung der Kommission vom 16.9.2015, abrufbar unter http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5651_de.htm; Letzter Zugriff am 03.08.2016.

⁴ Pressemitteilung der Kommission vom 12.11.2015, abrufbar unter http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-6059_de.htm; Letzter Zugriff am 03.08.2016.

- Der Rückgriff auf zwischenstaatliche Schiedsverfahren, auf diplomatischen Schutz, Investitionsverträge oder -gesetze oder staatliche Rechtsbehelfe würde demgegenüber keine gleichwertige Alternative darstellen.⁵
- Die Aufnahme einer ISDS-Klausel könnte hingegen zur Erzielung eines angemessenen Ausgleichs der Interessen der Vertragsstaaten von TTIP und der ausländischen Investoren führen. Die Vertragsstaaten werden sich der Rechtsprechung staatlicher Gerichte eines anderen Staates ebenso wenig unterwerfen wollen wie Investoren der Gerichtsbarkeit ihres Gaststaates. Zum Ausgleich dieser entgegenstehenden Interessenlage würde der durch eine ISDS-Klausel in TTIP einbezogene Streitbeilegungsmechanismus einen aus Sicht der involvierten Parteien neutralen Konfliktlösungsmechanismus bieten.
- Es erscheint in Anbetracht der mit der Vielzahl von Investitionsschutzabkommen bisher gemachten Erfahrungen unwahrscheinlich, dass es durch die Aufnahme einer Investitionsschutzklausel im Rahmen des TTIP zu einem übermäßigen Anstieg an Investitionsschutzverfahren kommen wird. Bereits heute gibt es einen Bestand von rund 25,5 Billionen US-Dollar an Direktinvestitionen im Ausland, dem lediglich 500 Klagen⁶ von Unternehmen vor internationalen Schiedsgerichten gegenüberstehen.⁷
- Sollte die EU ein Investitionsschutzgericht schaffen, fällt dies in ihre Kompetenz⁸. Die handelspolitische Zuständigkeit der EU umfasst auch das Recht, völkerrechtliche Abkommen zur Streitbeilegung zu schließen. Die Zuständigkeit

⁵ Vgl. Hindelang in: Directorate-General For External Policies – Policy Department, Investor-State Dispute Settlement (ISDS) Provisions in the EU's International Investment Agreements, Volume 2- Studies, 2014, S. 113.

⁶ Es gibt wenige Informationen über die von Investoren eingeklagten Beträge. Bei Fällen, in denen solche Informationen mitgeteilt wurden, bewegt sich die Klagesumme zwischen USD 8 Mio. und ca. USD 2,5 Milliarden, vgl. UNCTAD, Investor-State Dispute Settlement: Review of developments in 2004, IIA Issue Note, No. 2, May 2015, S. 4, abrufbar unter http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d2_en.pdf ; Letzter Zugriff am 03.08.2016.

⁷ Pressemitteilung ICC Germany e.V. vom 11.10.2014, aus Sicht des Generalsekretärs von ICC Germany e.V. Herrn Oliver Wieck „zeigt dies deutlich, dass Investor-Staat Schiedsverfahren für Unternehmen nur das letzte Mittel sind, um sich gegen staatliche Willkür zur Wehr zu setzen“, abrufbar unter: <http://www.iccgermany.de/news/582-investor-staats-schiedsverfahren-schuetzen-auslandsinvestitionen.html>, Letzter Zugriff am 22.06.2015.

⁸ a.A. Stellungnahme des Deutscher Richterbund vom Februar 2016 zur Errichtung eines Investitionsgerichts für TTIP

zur Vereinbarung von Streitbeilegungsverfahren ist notwendiger Bestandteil der Zuständigkeit zur Regelung der materiellen Rechtsfragen in der gemeinsamen Handelspolitik⁹. Bereits im Rahmen der Verhandlungen zum Dispute Settlement Understanding im Rahmen der WTO hat die EU über Streitbeilegungsmechanismen verhandelt und hierzu Abkommen unterzeichnet.

Besetzung des Spruchkörpers

- Wesentlicher Kernpunkt des ISDS-Entwurfs ist die Etablierung eines ständigen Investitionsgerichts anstelle der bisher im ISDS vorgesehenen Schiedsgerichte. Das Investitionsgericht soll in jedem Streitfall mit drei von den 15 für eine Amtszeit von 6 Jahren¹⁰ ernannten Richtern besetzt werden, wobei die Beisitzer jeweils ein Staatsangehöriger eines EU-Landes und ein Staatsangehöriger der USA sein sollen und der Vorsitzende Staatsangehöriger eines Drittlandes sein soll.¹¹
- Die vorgesehene Regelung birgt die Gefahr, dass bei der Besetzung des Spruchkörpers ein strukturelles Ungleichgewicht zugunsten der USA entsteht.¹² Denn als beklagter Gaststaat wären die USA stets in der Richterbank repräsentiert, während ein einzelner beklagter EU-Mitgliedstaat unter Umständen lediglich einen Interessenvertreter aus einem anderen EU-Mitgliedstaat vorfinden würde.
- Weiterhin werden Investoren durch diese Regelung insofern benachteiligt, als sie kein Recht auf einen „eigenen Richter“ haben, während ein beklagter EU-Mitgliedstaat möglicherweise und die USA als Beklagte in jedem Falle einen Interessenvertreter im Spruchkörper vorfinden. Darüber hinaus könnte die von der Europäischen Kommission angestrebte Unparteilichkeit der Richter durch ihre künftig ausschließlich staatliche Bezahlung in Frage gestellt werden.¹³

⁹ Ohler, JZ 2015, 337 (338) mwN; Herrmann, EuZW 2010, 207 (211)

¹⁰ Die Amtszeit kann um eine weitere Amtszeit von 6 Jahren verlängert werden.

¹¹ Vgl. Art. 9 Abs. 6 ISDS-Entwurf; Duve/Rösch, ZVglRWiss 114 (2015), 387, 398.

¹² Vgl. Duve/Rösch, ZVglRWiss 114 (2015), 387, 402.

¹³ Vgl. Diehl/Heppner, TTIP und mehr – EU plant neues Gerichtssystem: Auslaufmodell Investitionsschiedsgerichtsbarkeit?, Legal Tribune Online v. 12.01.2016; abrufbar unter: <http://www.lto.de/recht/hintergruende/h/investitionen-gerichtsbarkeit-eu-freihandelsabkommen-ttip-vorschlag/>, Letzter Zugriff am 03.08.2016.

- Demgegenüber hätten Staat und Investor in einem Schiedsverfahren einen ausgewogenen Einfluss auf die Zusammensetzung des Schiedsgerichts. Beispielsweise benennen die Parteien in ICSID-Verfahren jeweils einen Schiedsrichter und einigen sich auf einen dritten, vorsitzenden Schiedsrichter (Art. 37 ICSID Konvention). Sofern sich die Streitparteien nicht einigen können, benennt der Vorsitzende des ICSID-Generalsekretariats den Vorsitzenden (Art. 38 ICSID Konvention). Damit kann ein strukturelles Ungleichgewicht im Spruchkörper vermieden und zugleich gewährleistet werden, dass sich jede Partei „ihren Schiedsrichter“ mit der von ihr gewünschten Staatsangehörigkeit auswählen kann.

Fachliche Kompetenz der Richter

- Die Richter des Investitionsgerichts sollen eine sehr hohe fachliche und juristische Qualifikation aufweisen und ihre Qualifikation soll damit mit dem der Mitglieder ständiger internationaler Gerichte wie des Internationalen Gerichtshofs oder des WTO-Berufungsgremiums vergleichbar sein.¹⁴ Im Einzelnen sieht der ISDS-Entwurf vor, dass die Richter in ihrem jeweiligen Land die Befähigung zum Richteramt besitzen oder Juristen mit anerkannter Kompetenz sein müssen. Weiter müssen sie Expertise im Völkerrecht nachweisen. Zudem sollten sie insbesondere nachgewiesene Expertise im internationalen Investitionsrecht, internationalen Handelsrecht und Streitbeilegung im Zusammenhang mit Verträgen auf diesen Gebieten vorweisen.¹⁵
- Entsprechende Anforderungen an die fachliche Kompetenz sind ein sehr wichtiges Element zur Stärkung des Vertrauens der Öffentlichkeit in den Spruchkörper. Zugleich erfordern Investitionsstreitigkeiten aufgrund ihres internationalen Charakters mindestens die genannten Fähigkeiten. Insbesondere sind verhandlungssichere Sprachkenntnisse unabdingbar.
- Fraglich ist, ob sich Kandidaten für die Besetzung des Investitionsgerichts finden, die diesen Anforderungen genügen. Wenn man die Idee eines Investitionsgerichts konsequent umsetzen möchte, um dadurch den Eindruck

¹⁴ Vgl. Pressemitteilung der Kommission vom 16.9.2015, abrufbar unter http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5651_de.htm; Letzter Zugriff am 03.08.2016.

¹⁵ Vgl. Art. 9 Abs. 4 ISDS-Entwurf.

eines unabhängigen Spruchkörpers zu vermitteln, läge es auf der Hand, ehemalige Richter aus den nationalen Gerichtsbarkeiten als Schiedsrichter heranzuziehen. Dagegen ist jedoch bereits – nicht zu Unrecht – die mangelnde Erfahrung von nationalen Richtern im internationalen Investitionsrecht eingewandt worden.¹⁶ Damit ist fraglich, ob genügend einschlägig fachlich und sprachlich qualifizierte sowie ständig verfügbare und konfliktfreie Richter zur Auswahl stehen werden.

- Nach dem ISDS-Entwurf soll der Spruchkörper nach dem Zufallsprinzip besetzt und die Besetzung nicht vorhersehbar sein.¹⁷ Grundsätzlich vermittelt dies den Eindruck einer höheren Neutralität des Spruchkörpers und scheint daher das Vertrauen der Öffentlichkeit zu stärken.
- Allerdings opfert der Vorschlag eine bisherige Stärke des Systems: Im Fall der Einführung des Gerichtssystems wäre es nicht mehr möglich, für einen konkreten Fall besonders geeignete Schiedsrichter auszuwählen.¹⁸ Fraglich ist nämlich, ob die im Investitionsgericht zur Verfügung stehenden Richter und das Prinzip der Besetzung des Spruchkörpers in jedem Einzelfall gewährleisten können, dass tatsächlich Richter mit der im konkreten Einzelfall geforderten spezifischen Expertise (etwa technischen, wirtschaftlichen oder rechtlichen Kenntnissen) über einen Fall befinden.
- Die Anforderungen erfüllen eher solche Kandidaten, die bereits Erfahrung auf dem Gebiet der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit nachweisen können. Das sind in der Regel Anwälte mit umfassender Berufserfahrung, internationaler Expertise und exzellenten Sprachkenntnissen, die – anders als staatliche Richter - insoweit Spezialisierungen (etwa auf Investitionsschutzrecht, Energierecht, Transaktionen) und langjährige Erfahrungen vorweisen können, die man bei staatlichen Richtern in dieser Form nur selten findet. Diese Anwälte könnten im

¹⁶ Vgl. *Commission staff working document*, Report on the online consultation on investment protection and investor-to-state-dispute settlement in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement, 13.1.2015, SWD (2015) 3 final, abrufbar unter http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc_153044.pdf; Letzter Zugriff am 03.08.2016.

¹⁷ Vgl. Art. 9 Abs. 7 ISDS-Entwurf.

¹⁸ Vgl. Diehl/Heppner, TTIP und mehr – EU plant neues Gerichtssystem: Auslaufmodell Investitionsschiedsgerichtsbarkeit?, Legal Tribune Online v. 12.01.2016; abrufbar unter: <http://www.lto.de/recht/hintergruende/h/investitionen-gerichtsbarkeit-eu-freihandelsabkommen-ttip-vorschlag/>, Letzter Zugriff am 03.08.2016.

Rahmen von Schiedsgerichten als Schiedsrichter tätig werden und flexibel mit Rücksicht auf die spezifischen Besonderheiten des Falles und ihre individuelle fachliche Kompetenz ausgewählt werden. Damit stünde für jeden Streitfall ein in fachlicher Hinsicht maßgeschneidertes Schiedsgericht zur Verfügung.

- Die Anzahl der im Bereich des Investitionsschutzes tätigen Schiedsrichter ist überschaubar. Indes ist die Anzahl nicht begrenzt; es ist vielmehr die Entscheidung der Nutzer, wer als Schiedsrichter benannt wird. Die Verfahrensschritte und Entscheidungen der Schiedsgerichte in Investitionsstreitigkeiten werden weitestgehend veröffentlicht¹⁹. Ob und in wieweit die durch die Veröffentlichungen geschaffte Transparenz zu einer Kontrolle eines „ständigen peer review“²⁰ eine neutrale, konstante und besonders sorgfältige Rechtsfindung fördert, ist streitig.

Verhaltenskodex für Richter

- Soweit ersichtlich, enthält bisher kein Investitionsschutzabkommen integrale Verhaltens- und Konfliktregeln für Schiedsrichter.²¹ Der ISDS-Entwurf geht daher mit den Regelungen zum Ausschluss von Interessenkonflikten der ständigen Richter in Art. 11 ISDS-Entwurf und Annex II zum ISDS-Entwurf in erfreulicher Weise über den Standard von Investitionsabkommen hinaus und fördert damit das Vertrauen der Streitparteien in die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Schiedsrichter.
- Indessen sieht der ISDS-Entwurf davon ab, die *IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration* (IBA-Regeln) wie ursprünglich geplant in den ISDS-Entwurf einzugliedern bzw. im Annex auf diese zu verweisen. Die IBA-Regeln sind detaillierter als die nun im ISDS-Entwurf vorgesehenen Regeln und geben dem Nutzer in der Praxis bereits erprobte Regelbeispiele zur Beurteilung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Richter an die Hand.

¹⁹ Vgl. <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/AdvancedSearch.aspx> ; <https://uncitral.org/transparency-registry> , Letzter Zugriff am 03.08.2016.

²⁰ Vgl. Risse: Wehrt Euch endlich! Wider das Arbitration-Bashing, SchiedsVZ 2014, S. 273

²¹ Vgl. auch das Concept Paper, S. 7.

- Würde man den Spruchkörper mit Schiedsrichtern besetzen, könnte gleichfalls auf die IBA-Regeln Bezug genommen und dadurch die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Schiedsrichter gewährleistet werden. Schiedsrichter sind keine Interessenvertreter der Parteien, sondern unterliegen den gleichen Anforderungen an Unabhängigkeit und Unparteilichkeit wie staatliche Richter. Auch als Schiedsrichter agierende Anwälte sind selbstverständlich an diese Regeln der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit gebunden. Beide Parteien können bei der Besetzung des Schiedsgerichts auf Personen zurückgreifen, die mit der Materie besonders vertraut sind oder sonstige besondere Fähigkeiten haben, die für den zu entscheidenden Einzelfall nützlich sind.
- Ein wesentlicher Kritikpunkt gegen die Aufnahme einer ISDS-Klausel in TTIP ist, dass Schiedsgerichte im Bereich des Investitionsschutzes nicht neutral seien, sondern oftmals einseitig die Investoren begünstigen würden. Die Schiedsrichter hätten einen Anreiz zur extensiven Auslegung der Investitionsabkommen zugunsten der Investoren, weil sie oftmals neben ihrer Tätigkeit als Schiedsrichter als Parteivertreter tätig seien. Der Aspekt potentieller Mandantenakquise könne bei der Entscheidungsfindung des Schiedsgerichts eine Rolle spielen.
- Die Spruchpraxis der bisher auf Grundlage von Investitionsschutzabkommen angerufenen Schiedsgerichte ist nicht per se investorenfreundlich. Statistische Erhebungen wie z.B. eine neue UNCTAD-Untersuchung zeigen, dass nur 25% der Klagen von Unternehmen und 37% der Klagen von Staaten gewonnen und die übrigen Verfahren vergleichsweise beigelegt werden.²² Auch in Bezug auf die Investoren im Einzelfall zugesprochenen Entschädigungen zeigen Statistiken, dass selbst im Erfolgsfall meist weniger als die Hälfte des eingeklagten Betrags durch Schiedsgerichte zugesprochen werden.²³ Der durchschnittlich eingeklagte Betrag betrug derselben Studie zufolge in 82 untersuchten ISDS-Fällen US\$ 343

²² UNCTAD, Recent Trends in IIAs and ISDS, IIA Issue Note, No 1, 2015, abrufbar unter: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d1_en.pdf, Letzter Zugriff am 03.08.2016; ICSID, The ICSID Caseload – Statistics, Issue 2015-1, S. 27, abrufbar unter: [https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202015-1%20\(English\)%20\(2\)_Redacted.pdf](https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202015-1%20(English)%20(2)_Redacted.pdf), Letzter Zugriff am 03.08.2016.

²³ Susan Franck, 'Empirically Evaluating Claims about Investment Treaty Arbitration', North Carolina Law Review, Vol 86, 2007, S. 57–59; Credibility International, Study of Damages in International Center for the Settlement of Investment Disputes Cases, 1st Edition, June 2014, S. 6 ff.

Millionen, wohingegen sich die von Schiedsgerichten zugesprochenen Beträge im Durchschnitt auf lediglich US\$ 10,4 Millionen beliefen.²⁴ Es ist zudem ein gängiges Missverständnis, dass Investitionsschutzverfahren am häufigsten von großen multinationalen Unternehmen zur Durchsetzung ihrer Interessen genutzt werden. Nur 8% aller Verfahren werden von solchen Unternehmen eingeleitet.²⁵

²⁴ Susan Franck, s.o.

²⁵ Organisation for Economic Co-operation and Development, *Investor-State Dispute Settlement: Public Consultation: 16 May – 9 July 2012*, S 17, abrufbar unter: <http://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/50291642.pdf>, Letzter Zugriff am 03.08.2016; Gaukrodger, D. and K. Gordon (2012), "Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community", OECD Working Papers on International Investment, 2012/03, OECD Publishing S. 17-19. abrufbar unter: <http://dx.doi.org/10.1787/5k46b1r85j6f-en>; Stockholm Chamber of Commerce, *A Guide to ISDS: The Facts*, abrufbar unter: <http://isdsblog.com/2015/01/13/infographics-facts-on-isds/>, Letzter Zugriff am 03.08.2016.

Einführung einer Berufungsinstanz

- Der ISDS-Entwurf sieht die Einführung einer vollumfänglichen Berufungsinstanz (Appeal Tribunal) vor. Diese soll aus sechs Mitgliedern bestehen, von denen zwei Staatsangehörige der EU-Mitgliedstaaten, zwei Staatsangehörige der USA und zwei Staatsangehörige aus Drittstaaten sein sollen.
- Auch auf der Ebene des Appeal Tribunal besteht wie bereits bei der ersten Instanz die Gefahr eines strukturellen Ungleichgewichts, da die USA stets einen Repräsentanten auf der Richterbank vorfinden, während ein Investor bzw. ein EU-Mitgliedsstaat ggf. lediglich durch einen Richter eines anderen EU-Mitgliedstaates repräsentiert ist.
- Grundsätzlich kann eine Berufungsinstanz dazu verhelfen, fehlerhafte Entscheidungen zu korrigieren und die Einheitlichkeit der Auslegung zu sichern.²⁶
- Eine vollumfänglichen Berufungsinstanz würde jedoch andererseits potentiell einen wesentlichen Vorteil aushebeln, den Schiedsverfahren gewährleisten, namentlich dass die Parteien (verhältnismäßig) zügig Rechtssicherheit und Rechtsfrieden erlangen.
- Wenn Entscheidungen nicht nur im Hinblick auf die Einhaltung rechtsstaatlicher Grundsätze überprüft, sondern einer durchgreifenden materiell-rechtlichen Analyse unterzogen werden, können Parteien sich bis zum Abschluss des Berufungsverfahrens nicht auf die Urteile verlassen. Mit Blick auf den beachtlichen Umfang von Investitionsstreitigkeiten könnten solche Verfahren eine sehr lange Zeit in Anspruch nehmen.
- Zudem würden die Prozesskosten erheblich steigen.²⁷ Dies dürfte weder im Interesse der Investoren, noch im Interesse der Staaten sein.
- Ein Aufhebungsverfahren, wie es etwa die ICSID Arbitration Rules in bestimmten Fällen vorsehen,²⁸ zu vereinbaren, erscheint hier sinnvoller. Ein entsprechender

²⁶ Vgl. Hindelang in: Directorate-General For External Policies – Policy Department, Investor-State Dispute Settlement (ISDS) Provisions in the EU's International Investment Agreements, Volume 2-Studies, 2014, S. 107, 108.

²⁷ Duve/Rösch, ZVglRWiss 114 (2015), 387, 404.

²⁸ Article 52 ICSID Arbitration Rules.

Mechanismus wäre von den Vertragsparteien von TTIP im Rahmen der ISDSKlausel festzulegen.

- Erwägenswert ist auch, fehlerhafte Entscheidungen von vornherein dadurch zu verhindern, dass man – wie einige Schiedsregeln²⁹ oder Investment Instruments³⁰ dies vorsehen – die Entscheidung vor ihrem Erlass einer Qualitätskontrolle unterzieht, um offensichtliche formale Mängel auszuschließen.³¹
- Gegenüber einer Berufungsinstanz wäre im Übrigen ein verpflichtendes Verfahren zur Überprüfung eines Urteilsentwurfs vorzugswürdig, das mit dem Ziel durchgeführt wird, die Einheitlichkeit der Rechtsprechung zu sichern und den Ausgleich zwischen privaten und öffentlichen Interessen zu wahren.³² Dadurch könnte auch der im Hinblick auf Schiedsverfahren geäußerten Kritik entgegengewirkt werden, wonach eine stetig wechselnde Besetzung der Schiedsgerichte in der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit dazu führe, dass die Rechtsprechung nicht einheitlich und nicht vorhersehbar sei und es daher an Rechtssicherheit mangle.

Transparenz

- Positiv hervorzuheben ist, dass der ISDS-Entwurf die *UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration* vom 01. April 2014³³ („UNCITRAL Rules on Transparency“) für anwendbar erklärt. Aus der Anwendbarkeit der UNCITRAL Rules on Transparency erwachsen umfangreiche Pflichten bezüglich der Veröffentlichung einzelner Verfahrensdokumente bis hin

²⁹ Article 27 ICC Court of Arbitration Rules

³⁰ Vgl. 2012 U.S. Model BIT, Article 28 (9), available at <http://www.state.gov/documents/organization/188371.pdf> ; Letzter Zugriff am 3.8.2016

³¹ Vgl. Hindelang in: Directorate-General For External Policies – Policy Department, Investor-State Dispute Settlement (ISDS) Provisions in the EU's International Investment Agreements, Volume 2-Studies, 2014, S. 107, 108

³² Vgl. Hindelang, a.a.O., S. 114.

³³ UNCITRAL. Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration, abrufbar unter <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/rules-on-transparency/Rules-on-Transparency-E.pdf>, Letzter Zugriff am 03.08.2016.

zum Schiedsspruch bzw. Urteil, sodass die Öffentlichkeit kontinuierlich über den Ablauf eines Verfahrens aufgrund der ISDS-Klausel informiert ist. Ferner sieht Art. 6 der UNCITRAL Rules on Transparency vor, dass die mündlichen Verhandlungen in dem Verfahren grundsätzlich öffentlich stattfinden. Ausdrücklich zulässig sind auch Übertragungen per Video, um der Öffentlichkeit den Zugang zur mündlichen Verhandlung zu erleichtern, was z.B. in deutschen Gerichtsverfahren nach § 169 GVG ausdrücklich verboten ist. Das Verfahren ist damit sogar transparenter als Verfahren vor deutschen Zivilgerichten, in denen allenfalls nach Abschluss des Verfahrens die Veröffentlichung des Urteils (bei Schwärzung der Parteien) erfolgt. Dementsprechend wäre das gesamte Verfahren transparent ausgestaltet, was in erheblichem Maße das Vertrauen der Öffentlichkeit in ISDS stärken kann.

- Dieses Ziel könnte andererseits in auf Grundlage von ISDS-Klauseln geführten Schiedsverfahren gleichermaßen erreicht werden. Die allgemeinen Anforderungen an die Rechtsstaatlichkeit eines Verfahrens erfordern nicht automatisch dessen Öffentlichkeit. Der Konflikt gehört den Parteien.³⁴ Dennoch existiert in der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit keine generelle Vertraulichkeitspflicht der Parteien. Auch wenn solche Schiedsverfahren vereinzelt auf Grund einer gesonderten Parteivereinbarung oder Anordnung des Schiedsgerichts vertraulich und unter Ausschluss der Öffentlichkeit stattfinden, werden sie zumeist „öffentlicher“ geführt als Verfahren der Handelsschiedsgerichtsbarkeit.³⁵ Da vor allem im häufig genutzten ICSID-System zahlreiche Einzelheiten des Verfahrens, die wichtigsten Verfahrensschritte und die Entscheidungen der Schiedsgerichte veröffentlicht werden, gehen die vermittelten Informationen sogar deutlich über das hinaus, was in einem deutschen Zivilprozess mitgeteilt würde.³⁶ Aber auch für auf Grundlage von ISDS-Klauseln geführte Schiedsverfahrens könnten die UNCITRAL Rules on Transparency in die ISDS-Klausel integriert werden, so

³⁴ Vgl. Risse/Oehm, Vertraulichkeit und Nicht-Öffentlichkeit in Schiedsverfahren, ZVglRWiss 114 (2015), 407, 419.

³⁵ Jörg Risse, Wehrt Euch endlich! Wider das Arbitration-Bashing, SchiedsVZ 2014, Heft 6, S. 271.

³⁶ Jörg Risse, aaO.

dass die Transparenz gleichermaßen gewährleistet wäre wie in dem nun vorliegenden ISDS-Entwurf.

Wahrung der Souveränität des Gaststaates bei der Rechtssetzung

- Soweit Kritiker gegen die Aufnahme einer ISDS-Klausel in TTIP oftmals vortragen, dass die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit die Souveränität des Gaststaates bei der Rechtssetzung (sog. „right to regulate“) mittelbar beeinträchtigt, wenn dem Staat Klagen wegen Verletzungen des Investitionsschutzabkommens seitens ausländischer Investoren vor Schiedsgerichten drohen würden und dies potentiell dazu führen könne, dass es der Staat unterlasse, notwendige Regulierungsmaßnahmen vorzunehmen (sog. „regulatory chill“), ist diese Kritik unberechtigt. Auch vergleichbare Regelungen in Investitionsschutzabkommen mit anderen Staaten haben in der Vergangenheit nicht dazu geführt, dass die staatliche Regulierungshoheit unterlaufen oder beschränkt wurde. Im Jahr 2014 wurden zum Beispiel 42 neue Investitionsschutzverfahren eingeleitet. Dies entspricht trotz einzelner Schwankungen exakt dem jährlichen Durchschnitt von 40 neuen Fällen pro Jahr seit dem Jahr 2004.³⁷ Durch das Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) zwischen Kanada und der EU würden kanadische Investoren materiell-rechtlich in Deutschland ebenfalls nicht besser gestellt als Investoren aus Deutschland. Der insoweit gewährte völkerrechtliche Schutz kanadischer Investoren bliebe laut einem vom Bundesministerium für Wirtschaft und Energie in Auftrag gegebenen Gutachten sogar teilweise hinter dem Schutz deutscher Investoren, wie er durch das deutsche Verfassungs- und Unionsrecht gewährleistet wird, zurück.³⁸

³⁷ UNCTAD, Recent trends in IIAs and ISDS for 2014, IIA Issue Note N° 1, 2015, S. 1.

³⁸ Stefan Schill, Auswirkungen der Bestimmungen zum Investitionsschutz und zu den Investor-Staat-Schiedsverfahren im Entwurf des Freihandelsabkommens zwischen der EU und Kanada (CETA) auf den Handlungsspielraum des Gesetzgebers (Kurzgutachten), S. II, abrufbar unter: <https://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/C-D/ceta-gutachten-investitionsschutz,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf> , Letzter Zugriff am 03.08.2016.

- Eine ISDS-Klausel, die im Konfliktfall die Möglichkeit für den Investor vorsieht, alternativ auf die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit zurückzugreifen, scheint nicht geeignet, die Entscheidungsbefugnis des (Gast-)Staates einzuschränken. Nach einer im Auftrag des holländischen Außenministeriums durchgeführten Studie betrifft mit 90% die ganz überwiegende Mehrheit der ISDS-Fälle staatliches Verwaltungshandeln, während sich Unternehmen in nur 10% der ISDS-Fälle gegen allgemeine gesetzgeberische Maßnahmen des Gaststaates zur Wehr setzen.³⁹ Im Übrigen ist die Schaffung von Schutzstandards für ausländische Investoren, die durch das Investitionsschutzabkommen im Hinblick auf Investitionen im Gaststaat mehr Rechtssicherheit erlangen, gerade erklärtes Ziel eines Investitionsschutzabkommens. Ein Schiedsgericht hat nur eine sehr begrenzte Entscheidungsbefugnis, die auf den konkreten Streitgegenstand beschränkt und durch die Regelungen im Investitionsschutzabkommen legitimiert ist. Das Aushöhlen staatlicher Souveränität durch Schiedssprüche von Investitionsschiedsgerichten ist nicht zu erwarten. Es ist insoweit auch verfehlt, die Schiedsgerichtsbarkeit zu kritisieren. Konstruktive Kritik müsste am Investitionsschutzabkommen selbst ansetzen und sich damit auseinandersetzen, welche der darin geschaffenen Bindungen möglicherweise zu weit gehen.

Anerkennung und Vollstreckung der Entscheidungen in Drittstaaten

- Bei der Etablierung eines Investitionsgerichts ist auch die Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen durch nationale Gerichte zu beachten. Ganz allgemein sind Entscheidungen internationaler Gerichte für die Vertragsstaaten endgültig und unmittelbar bindend und sehen keinen weiteren Anerkennungs- oder Vollstreckungsmechanismus vor. Dies könnte man als Vorteil der Etablierung eines Investitionsgerichts werten. Die Befolgung von

³⁹ The Impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership, Study prepared for the Minister for Foreign Trade and Development Cooperation, Ministry of Foreign Affairs, The Netherlands, Rn. 283, abrufbar unter: <http://www.rijksoverheid.nl/bestanden/documenten-en-publicaties/rapporten/2014/06/24/the-impact-of-investor-state-dispute-settlement-isds-in-the-ttip/the-impact-of-investor-state-dispute-settlement-isds-in-the-ttip.pdf>, Letzter Zugriff am 03.08.2016.

Urteilen hängt jedoch vom Willen der Staaten ab, Entscheidungen zu akzeptieren, so dass dieses System praktisch zu Schwierigkeiten führen kann.⁴⁰

- Dieser Schwierigkeit wirkt der ISDS-Entwurf nunmehr entgegen, indem Art. 30 Abs. 5 und 6 ISDS-Entwurf bestimmen, dass Entscheidungen des Investitionsgerichts als Schiedssprüche im Sinne des Übereinkommens vom 10.6.1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche (UNÜ) bzw. als solche im Sinne des ICSID-Übereinkommens gelten sollen. Danach können Schiedssprüche auf Antrag einer Partei von den Gerichten am Schiedsort oder am jeweiligen Vollstreckungsstaat auf die Einhaltung rechtsstaatlicher Grundsätze und des *ordre public*-Grundsatzes überprüft werden. Die Gerichte entscheiden über die Anerkennung und Vollstreckbarkeit eines ausländischen Schiedsspruchs anhand der Regeln der genannten Übereinkommen. Dies soll nun auch für Schiedssprüche des Investitionsgerichts gelten.
- Auf der Ebene der Anerkennung und Vollstreckung bietet der ISDS-Entwurf damit keine Neuerungen gegenüber der schon seit langem für Schiedssprüche gängigen Praxis.

Kosten

- Hinsichtlich der Kosten rechnet die Kommission zunächst mit jährlichen Kosten des neuen Gerichtssystems von drei Millionen Euro, die sich die EU und die USA teilen würden.⁴¹
- Allerdings muss bei Schaffung des Gerichts damit gerechnet werden, dass es nicht bei diesen Kosten bleibt. Insofern sei auf die Kosten für den Internationalen Seegerichtshof verwiesen, dessen jährliches Budget ungefähr EUR 18,8 Millionen (im Jahr 2015/2016) beträgt. Hinzu kommen die Kosten für das Gerichtsgebäude in Hamburg, die vom deutschen Steuerzahler aufgebracht werden. Indessen hat das Gericht in den letzten 18 Jahren lediglich 24 Fälle

⁴⁰ Stein/von Buttlar, Völkerrecht, 13. Aufl. 2012, S. 341 Rn. 927.

⁴¹ Vgl. Bauchmüller/Kirchner/Mühlauer, EU bessert TTIP-Pläne nach, Sueddeutsche.de v.16.09.2015, abrufbar unter <http://www.sueddeutsche.de/politik/handelsabkommen-eu-bessert-ttip-plaene-nach-1.2650495>; Letzter Zugriff am 03.08.2016.

behandelt, das sind weniger als 1,5 Fälle pro Jahr. Dies bedeutet Kosten von EUR 20 Millionen für jeden einzelnen Fall. Daher müssen Maßnahmen ergriffen werden, damit ein Investitionsgericht nicht diesem Beispiel folgt. Dies ist eine realistische Gefahr, wenn man berücksichtigt, wie wenige Investitionsschiedsverfahren derzeit anhängig sind, bei denen alle Beteiligten aus entwickelten Industrienationen mit einer fundierten demokratischen Tradition kommen.⁴² So wird unter den wenigsten Investitionsschutzabkommen mehr als ein Schiedsverfahren pro Jahr eingeleitet. Berufungsverfahren – obwohl schon jetzt teilweise möglich – sind noch seltener. Das Internationale Zentrum zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten (ICSID) mit Sitz in Washington, das als administrative Institution in zahlreichen Investitionsschutzabkommen vorgesehen ist, verzeichnete zum Beispiel in den ersten 30 Jahren seines Bestehens im Schnitt nur einen Fall pro Jahr, und in den letzten 20 Jahren im Durchschnitt 25,7 Fälle pro Jahr. Die Notwendigkeit eines kostspieligen ständigen Gerichtshofs allein für Investitionsstreitigkeiten unter TTIP erschließt sich vor diesem Hintergrund nicht.⁴³

- Demgegenüber könnte ein Schiedsgerichtssystem ohne nennenswerte jährliche Fixkosten auskommen, weil Schiedsgerichte nur in Abhängigkeit von tatsächlich auftretenden Streitfällen gebildet werden. Hierbei fallen allenfalls Verwaltungskosten für eine diese administrierende Schiedsinstitution an, die ausschließlich von den Streitparteien zu tragen sind.⁴⁴ Damit würde der Steuerzahler nicht mit unnötigen Verwaltungs- und Overheadkosten belastet. Unter Kostengesichtspunkten ist daher ein Schiedsgerichtssystem flexibler und klar vorzugswürdig.

⁴² Vgl. Risse, A New „Investment Court System“ – Reasonable Proposal or Nonstarter?.

⁴³ Schroeder/Arnold, Ein Handelsgericht ist keine Lösung – Warum das Freihandelsabkommen TTIP keine neue Institution einführen sollte, FAZ v. 9.12.2015, S. 16.

⁴⁴ Auch nach dem ISDS-Entwurf ist vorgesehen, dass die Parteien die Kosten des Sekretariats des Schiedsgerichts zu gleichen Teilen tragen sollen, vgl. Art. 9 Abs. 16 ISDS-Entwurf.