

---

## Deutscher Industrie- und Handelskammertag

---

### **Stellungnahme der deutschen IHK-Organisation zur EU-Konsultation zu den Modalitäten des Investitionsschutzes und der Investor-Staat-Streitbeilegung im Abkommen über eine Transatlantische Handels und Investitionspartnerschaft (TTIP)**

Der Deutsche Industrie- und Handelskammertag (DIHK) vertritt als Dachorganisation der 80 Industrie- und Handelskammern (IHKs) mehr als 3,6 Mio. Mitgliedsunternehmen aller Branchen, Regionen und Größenklassen und damit das Gesamtinteresse der deutschen gewerblichen Wirtschaft. Der DIHK ist im Register der Interessenvertreter der Europäischen Kommission registriert (Nummer 22400601191-42).

#### **Summary – Investment protection is important – but not at any price!**

Investment protection is important for companies: It is intended to protect against unfair or discriminatory treatment compared to national companies as well as against expropriation. Germany has concluded numerous investment protection agreements, especially with developing and emerging countries. The jurisdiction of arbitration courts is common. Private arbitration is a simple and effective means of dispute resolution, particularly in commercial arbitration.

However, amongst countries with developed legal systems, the combination of free trade agreement and investment protection is not mandatory. Investors are not defenceless without international agreements. Therefore, relating to the United States and TTIP, investment protection is not a key issue for German companies. Nevertheless, the model character of TTIP for other trading partners has to be taken into consideration.

If the proposed agreement were to comprise investment protection, a high level of protection and clearly defined rules for expropriation, discrimination and unfair treatment are of utmost importance, the regulatory freedom of the states must not be undermined. Furthermore, the relation to national legal protection must be clarified. Investor-to-state dispute settlement – unlike commercial arbitration – has to be designed as transparent as possible because legitimate public interests arise from the participation of States. However, business secrets must always be respected.

## **Zusammenfassung – Investitionsschutz ist wichtig – aber nicht um jeden Preis!**

Investitionsschutzbestimmungen sind für Unternehmen bedeutsam: Sie sollen vor unfairer oder diskriminierender Behandlung im Vergleich zu nationalen Unternehmen sowie vor Enteignung schützen. Deutschland hat in der Vergangenheit zahlreiche Investitionsschutzabkommen v. a. mit Entwicklungs- und Schwellenländern geschlossen. Auch die Vereinbarung von Schiedsgerichten ist üblich. Private Schiedsgerichtsbarkeit ist ein einfaches und effektives Mittel zur Streitbeilegung, gerade auch in der Handelsschiedsgerichtsbarkeit.

Zwischen Ländern, die über entwickelte Rechtssysteme verfügen, ist die Verbindung von Handels- und Investitionsschutz hingegen nicht zwingend. Denn Investoren sind auch ohne völkerrechtliches Abkommen nicht schutzlos. Deshalb ist in Bezug auf die USA und TTIP der Investitionsschutz für deutsche Unternehmen kein Schlüsselthema. Allerdings ist der Modellcharakter von TTIP für weitere Handelspartner zu berücksichtigen.

Sollte das geplante Abkommen auch den Investitionsschutz umfassen, bedarf es eines hohen Schutzniveaus und klar definierter Regelungen für Enteignung, Diskriminierung und unfaire Behandlung. Die Regulierungsfreiheit eines Staates darf nicht ausgehebelt werden. Auch das Verhältnis zum nationalen Rechtsschutz muss geklärt werden. Die Investitionsschiedsverfahren müssten – anders als die Handelsschiedsgerichtsbarkeit – aufgrund der legitimen öffentlichen Interessen, die sich aus der Beteiligung von Staaten ergeben, möglichst transparent ausgestaltet werden. Geschäftsgeheimnisse müssen jedoch gewahrt werden.

<b>I.</b>	<b>Allgemeine Einschätzung eines Investitionsschutzkapitels in TTIP (Frage 13.1)</b>	<b>3</b>
<b>II.</b>	<b>Kommissionsvorschläge im Einzelnen (Fragen 1-12)</b>	<b>4</b>
	<b>A. Materiell-rechtliche Investitionsschutzbestimmungen</b>	
	1. Anwendungsbereich der materiell-rechtlichen Investitionsschutzregeln	4
	2. Nichtdiskriminierung	4
	3. Billige und gerechte Behandlung	5
	4. Enteignung	6
	5. Schutz der Regelungshoheit und Investitionsschutzrecht	6
	<b>B. Investor-Staat-Streitbeilegung (ISDS)</b>	
	6. Transparenz	7
	7. Mehrfachklagen und das Verhältnis zu nationalen Gerichten	8
	8. Verhaltensmaßstäbe und Qualifikationen von Schiedsrichtern	9
	9. Verhinderung missbräuchlicher und offensichtlich unbegründeter Klagen	9
	10. Zulassung von Klagen (Filter)	10
	11. Auslegungsleitlinien der Vertragsstaaten	10
	12. Berufungsmechanismus und Einheitlichkeit der Schiedssprüche	11
<b>III.</b>	<b>Weitere Verbesserungsmöglichkeiten (Frage 13.2 und 3)</b>	<b>11</b>

## **I. Allgemeine Einschätzung eines Investitionsschutzkapitels in TTIP (Frage 13.1)**

Investitionsschutz ist für Unternehmen von großer Bedeutung: Er soll vor unfairer oder diskriminierender Behandlung sowie vor Enteignung schützen und damit einen Mindeststandard an Rechtsschutz auch im Ausland sicherstellen. Die EU-Mitgliedstaaten haben deshalb in der Vergangenheit viele Investitionsschutzabkommen v. a. mit Entwicklungs- und Schwellenländern geschlossen. Mängel beim im Investitionsland gewährten Rechtsschutz werden durch einen Mindeststandard an Rechten und Streitbeilegung durch Investor-Staat-Schiedsgerichte (ISDS) ausgeglichen. Die Schiedsgerichtsbarkeit ist ein einfaches, effektives und schnelles Mittel zur Streitbeilegung. Gerade in der Handelsschiedsgerichtsbarkeit ist es erfolgreich, weil so Streitigkeiten durch kompetente und erfahrene Schiedsrichter in einem auf die Bedürfnisse der Parteien abgestimmten Verfahren zügig und abschließend beigelegt werden und Schiedsurteile zudem weltweit vollstreckt werden können.

Zwischen Ländern mit entwickelten Rechtssystemen ist Investitionsschutz jedoch nicht zwingend. Denn Investoren sind dann auch ohne völkerrechtlichen Vertrag nicht schutzlos. Wir teilen nicht die Auffassung, wonach es ein „Recht auf ISDS“ gebe oder ein Vertrag ohne ISDS geringen praktischen Wert hätte. Rechtsschutz wird durch die staatlichen Gerichte auf der Basis des einfachen Rechts, ergänzt um Grundrechtsschutz gemäß der Verfassung gewährt. Das deutsche Verfassungsrecht erlaubt überdies die Auslegung deutschen Rechts im Sinne des Völkerrechts. Solange national aber grundsätzlich ausreichender Rechtsschutz gewährt wird, erscheinen Investor-Staat-Schiedsgerichte – anders als in der Handelsschiedsgerichtsbarkeit – nicht unproblematisch, auch weil ihnen nicht die gleiche demokratische Legitimation wie staatlichen Gerichten zukommt.

Zudem ist in der Praxis die Angst vor Diskriminierung oder Enteignung in Bezug auf den Handel in den USA bislang kein Grund, von Investitionen Abstand zu nehmen. Die USA sind für EU-Unternehmen der wichtigste außereuropäische Handelspartner. Für deutsche Unternehmen spielt die Sorge vor Eingriffen der US-Behörden bei der Investitionsentscheidung keine Rolle. Eher lassen die Skepsis gegenüber einem unbekanntem Rechtssystem, das – z. B. in Bezug auf Verfahrensrechte (discovery) und die Schadensberechnung – markante Unterschiede aufweist, und die teilweise Ungleichbehandlung beim Marktzugang Investor-Staat-Schiedsgerichte bisweilen als attraktive Alternative erscheinen. Von Bedeutung in Bezug auf die USA ist gleichwohl in erster Linie der Abbau nicht-tarifärer Handelshemmnisse.

Aus diesen Gründen ist Investitionsschutz für EU-Unternehmen bei TTIP kein Schlüsselthema, auch wenn ISDS in Einzelfällen ein sinnvolles Instrument zur Streitbeilegung sein könnte.

Gleichwohl ist der Modellcharakter von TTIP für Abkommen mit weiteren Handelspartnern zu berücksichtigen. In diesen Ländern sind Investitionsschutzkapitel mit hohem Schutzniveau und

ISDS von großer Wichtigkeit, um Investitionen rechtlich abzusichern. Dies darf durch die Diskussion um Investitionsschutz im TTIP nicht gefährdet werden. Es ist wichtig, dass EU und USA zusammenarbeiten, um auf internationaler Ebene hohe Investitionsschutzstandards auszuarbeiten und etwaige Defizite zu beseitigen. Diese Standards könnten zur Grundlage für Investitionsschutzabkommen mit Schwellen- und Entwicklungsländern weltweit werden.

## **II. Kommissionsvorschläge im Einzelnen (Fragen 1-12)**

### **A. Materieellrechtliche Investitionsschutzbestimmungen**

#### **1. Anwendungsbereich der materieell-rechtlichen Investitionsschutzregeln**

Eine präzisere Definition der Arten von Investitionen und Investoren, die durch das Abkommen geschützt werden, ist im Sinne der Rechtssicherheit geboten. Die Vorschläge der Kommission sind entsprechend positiv zu bewerten. Die Beschränkung des Anwendungsbereichs auf Investoren, die selbst bereits substantielle Geschäfte im Gaststaat getätigt haben, und der Ausschluss von reinen Briefkastenfirmen oder „Firmenhüllen“ könnten zudem „treaty shopping“ verhindern, wobei jedoch zu prüfen ist, ob das Kriterium „substantial business activities“ ausreichend ist oder nicht weiter präzisiert werden muss.

Die Einschränkung auf bestehende Investitionen erscheint akzeptabel, solange es in anderen Teilen des Abkommens Regelungen über die Öffnung des Marktzugangs gibt. Denn zu Diskriminierungen ausländischer Investoren kann es bereits in der Planungsphase kommen. Gerade im öffentlichen Sektor bestehen in den USA nach wie vor Wettbewerbsverzerrungen, weil die Bewertung von Angeboten zu öffentlichen Ausschreibungen auch auf der Basis der Herkunft erfolgt. Solche Diskriminierungen müssen durch TTIP soweit wie möglich beseitigt werden.

Die Beschränkung des Investitionsschutzes auf Investitionen, die rechtmäßig erfolgt sind, ist grundsätzlich richtig. Investoren, die sich Rechtspositionen durch rechtswidriges Verhalten erschleichen wollen, sind nicht schutzwürdig. Allerdings muss den Unternehmen auch möglich sein, die entsprechenden Anforderungen zu erfüllen. Insbesondere müssen die Anforderungen transparent bekannt gemacht werden.

#### **2. Nichtdiskriminierung**

Die Gleichbehandlung von inländischen und ausländischen Unternehmen sowie mit ausländischen Unternehmen aus Drittstaaten ist zentral, um gleiche Wettbewerbsbedingungen herzustellen. Deshalb ist in dieser Frage ein hohes Investitionsschutzniveau unabdingbar, auch wenn tatsächliche Gleichbehandlung selbst durch verbindliche und vor internationalen Gerichten durchsetzbare Rechtsvorschriften kaum vollständig realisiert werden kann. Die vorgeschlagene

Regelung wird seitens der IHK-Organisation grundsätzlich befürwortet. Die vorgeschlagenen Einschränkungsmöglichkeiten und Ausnahmebestimmungen unter Verweis auf GATT und GATS sollten dabei jedoch noch einmal auf ihre Reichweite zu überprüft werden, sowie daraufhin, ob sie in diesem Umfang notwendig sind (vgl. auch die Antwort auf Frage Nr. 5).

### **3. Billige und gerechte Behandlung**

Der Grundsatz billiger und gerechter Behandlung wurde in der Vergangenheit durch Investitionsabkommen nicht genauer definiert und daher von Schiedsgerichten unterschiedlich ausgelegt. Das hat zu Rechtsunsicherheit geführt. Eine Präzisierung der Frage, unter welchen Umständen eine unbillige und ungerechte Behandlung vorliegt, ist daher sinnvoll, um Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit der Schiedsurteile zu erhöhen. Der Katalog umfasst relevante Fälle ungerechter Behandlung, wie sie im Fallrecht entwickelt wurden, wie z. B. Rechtsverweigerung, Verstoß gegen wesentliche Grundsätze eines ordentlichen Verfahrens, offensichtliche Willkür, zielgerichtete Diskriminierung und Ausübung von Zwang.

Allerdings umfasst der Katalog nicht zwingend alle Fälle, in denen eine unfaire Behandlung gegeben ist. Es ist zu prüfen, ob es weitere Formen ungerechter Behandlung gibt, die in weiteren Fallgruppen aufgenommen werden müssten. Insbesondere muss Vertrauensschutz gewährleistet sein. Zudem sollte überdacht werden, ob tatsächlich ein abschließender Katalog geschaffen werden soll. Dieser könnte relevante Fälle ausschließen und dadurch das Investitionsschutzniveau insgesamt absenken. Sinnvoll wäre daher eine Formulierung, wonach weitere ähnlich gelagerte Gründe zu einer Diskriminierung führen können.

Schließlich ist zu bedenken, dass auch die vorgeschlagenen Fallgruppen unbestimmte Rechtsbegriffe enthalten, die der Auslegung bedürfen und unterschiedlicher Interpretation zugänglich sind, sodass offen ist, ob der Vorschlag tatsächlich zu ausreichender Rechtssicherheit führt.

Nach dem Vorschlag der Kommission soll der Katalog auch ohne Vertragsänderung nachträglich durch die Vertragsparteien ergänzt und verändert werden können. Dieses Verfahren könnte mehr Flexibilität bei der Anpassung an künftige geänderte Umstände und veränderten Regelungsbedarf schaffen, darf aber nicht zu einer rückwirkenden Änderung des Vertrags ohne förmliches Vertragsänderungsverfahren führen. Insbesondere darf Vertrauen der Investoren an den Schutzzumfang bestehender Verträge nicht enttäuscht werden.

#### **4. Enteignung**

Das Ziel der Kommission, den Begriff der indirekten Enteignung zu präzisieren, ist nachvollziehbar. Auf diese Weise könnten den Schiedsgerichten klarere Vorgaben gemacht werden, um mehr Rechtssicherheit zu schaffen und zusätzlich die Regulierungshoheit des Staates zu schützen. Dies gilt insbesondere für die indirekte Enteignung. Die von der Kommission vorgeschlagene Definition verbunden mit der im Anhang aufgenommenen Auslegungsregel könnte insofern für die Beurteilung des enteignenden Charakters einer Maßnahme hilfreich sein. Allerdings darf auch dieser Kriterienkatalog nicht abschließend verstanden werden.

Neu und noch unklar in ihren Auswirkungen ist die Einschränkung, dass eine nicht diskriminierende staatliche Regelung mit dem Ziel des Schutzes von legitimen öffentlichen Gemeinwohlzielen wie Gesundheit, Sicherheit und Umwelt nur ausnahmsweise eine Enteignung darstellen könne, wenn sie offenkundig unverhältnismäßig erscheine. Dies schränkt den Begriff der Enteignung stark ein. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung soll durch die Begrenzung auf ein Verbot offensichtlich unverhältnismäßiger Maßnahmen auf eine Willkürprüfung reduziert werden. Dies könnte eine Absenkung des Investitionsschutzniveaus bedeuten. Dieselbe Auswirkung könnte die Regelung haben, wonach negative Auswirkungen allein auf den wirtschaftlichen Wert einer Investition keine Forderung wegen indirekter Enteignung begründen können.

#### **5. Schutz der Regelungshoheit und Investitionsschutzrecht**

Die Regulierungsfreiheit eines Staates darf durch Investitionsschutzbestimmungen nicht ausgehebelt werden. Die Schaffung eines angemessenen Gleichgewichts zwischen öffentlichen Interessen wie Umwelt- und Verbraucherschutz auf der einen Seite und Investitionsschutz auf der anderen Seite ist zentral für die Legitimität von Investitionsschutzabkommen. Eine völkerrechtlich belastbare Absicherung des „right to regulate“ existiert noch nicht. Daher dürfen Klagen nicht dazu genutzt werden, den Staat durch die Schadensersatzdrohung zu einer Änderung demokratisch legitimierter Politik zu drängen. Die Erwähnung der nationalen Regelungshoheit und konkreter Allgemeinwohlintereessen in der Präambel und im Text des Abkommens ist entsprechend unabdingbar, um eine solche Abwägung zu ermöglichen.

Dies darf jedoch auf der anderen Seite auch nicht dazu führen, dass Investitionsschutz durch die Neuregelung prinzipiell hinter die Regulierungshoheit des Staates zurücktritt. Vielmehr ist ein angemessener Ausgleich herzustellen, der berechtigtes Vertrauen der Investoren ausreichend schützt. Es darf nicht übersehen werden, dass Investor-Staat-Klagen nicht dazu dienen, die Gestaltungsfreiheit von Regierungen auszuhöhlen, sondern diese zur Verlässlichkeit in der Gestaltung der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen und zur Beachtung des Rechtsstaatsprinzips anzuhalten.

In Bezug auf die zahlreichen und zum Teil sehr weitgehenden Ausnahmenvorschriften besteht bei einem Teil der Unternehmen die Besorgnis, dass dadurch gerade solche Bereiche ausgeschlossen werden könnten, in denen Investoren verstärkt von restriktiven staatlichen Maßnahmen betroffen sind und in denen Investor-Staat-Schiedsgerichte wertvolle Dienste leisten könnten, darunter in den Bereichen Umwelt- und Verbraucherschutz. Weniger einschränkend als ein kompletter Ausschluss könnte ein Erfordernis der vorherigen Ausschöpfung des nationalen Rechtsschutzes in diesen Bereichen sein. Jedenfalls sollten Allgemeinwohlinteressen und Ausnahmebestimmungen so präzise wie möglich gefasst werden, um eine zu starke Absenkung des Investitionsschutzniveaus zu verhindern.

## **B. Investor-Staat-Streitbeilegung (ISDS)**

### **6. Transparenz**

Transparenz schützt die Integrität der Investor-Staat-Schiedsverfahren. Schiedsverfahren zwischen Staaten und Investoren müssen – anders als etwa in der Handelsschiedsgerichtsbarkeit ausschließlich zwischen Privaten – aufgrund der betroffenen öffentlichen Interessen und der finanziellen Auswirkungen für den Staatshaushalt und damit für die Steuerzahler offen und transparent ausgestaltet werden. Dies ist auch Voraussetzung für die Akzeptanz von ISDS in der Bevölkerung der beteiligten Staaten. Darüber hinaus wird durch die Öffentlichkeit auch anderen Unternehmen, die sich in einer ähnlichen Lage befinden, die Möglichkeit gegeben, sich durch Amicus Curiae-Briefe in einem laufenden Schiedsverfahren zu beteiligen oder ein eigenes Schiedsverfahren einzuleiten. Es ist daher positiv, dass die Kommission Schriftsätze, Verhandlungen und Schiedsurteile grundsätzlich öffentlich zugänglich machen möchte und dass sie dabei auf die Transparenzvorschriften der United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) zurückgreift.

Gleichzeitig ist es aus Sicht der Unternehmen besonders wichtig, dass Geschäftsgeheimnisse geschützt werden. Mechanismen wie die Schwärzung der betreffenden Abschnitte in Dokumenten und der zeitweise Ausschluss der Öffentlichkeit von der Verhandlung sowie ein diesbezügliches Verfahren, das sich an den Erfahrungen im Kartellrecht orientiert, sind entsprechend erforderlich. Auch sollte genau geprüft werden, welche Schriftsätze veröffentlicht werden sollten. Während insbesondere an der Klageschrift und dem Schiedsurteil regelmäßig ein öffentliches Interesse bestehen wird, dürfte dies bei vielen Schriftsätzen im Rahmen des schriftlichen Verfahrens nicht der Fall sein. Insbesondere Beweisstücke wie Schriftstücke und Geschäftsunterlagen sollten ebenfalls nur ausnahmsweise öffentlich gemacht werden müssen, wenn daran ein besonderes Interesse besteht und die Veröffentlichung nicht die Interessen des Unternehmens gefährdet und nicht zu großen Verwaltungsaufwand verursacht.

Die Einführung von Amicus Curiae-Briefen kann eine sinnvolle Ergänzung der Schiedsverfahren sein. Der DIHK hat mit Amicus Curiae-Briefen positive Erfahrungen gemacht. Gleichwohl dürfen Stellungnahmemöglichkeiten Dritter ebenso wie die Öffentlichkeit des Verfahrens nicht dazu führen, dass sachwidrige Erwägungen Eingang in die Urteilsfindung finden. Das Schiedsgericht soll Recht anwenden und nicht auf die politische „Großwetterlage“ Rücksicht nehmen. Außerdem müssen Verfahrensverzögerungen verhindert werden.

## **7. Mehrfachklagen und das Verhältnis zu nationalen Gerichten**

Nationaler Rechtsschutz ist in entwickelten Rechtsstaaten wie den USA und den EU-Mitgliedstaaten grundsätzlich ausreichend, um Investoren gegen staatliche Eingriffe in ihr Eigentum, Diskriminierung und unfaire Behandlung zu schützen (hierzu ausführlich die Antwort auf Frage Nr. 13). Sollte gleichwohl ein Investitionsschutzkapitel in TTIP aufgenommen werden, liegt es nahe, bei transatlantischen Investitionsstreitigkeiten zumindest die Streitentscheidung durch nationale Gerichte zu fördern, wie es die Kommission als Ziel formuliert. Die vorgelegten Texte setzen jedoch bislang nur bedingt Anreize, tatsächlich nationale Gerichte in Anspruch zu nehmen.

Bei Investitionsschutzabkommen mit Staaten, die weniger entwickelte Rechtssysteme aufweisen, sollte Investoren dagegen in jedem Fall die Möglichkeit eingeräumt werden, ihre Klage vor einem Investor-Staat-Schiedsgericht einzureichen. Die vorherige Ausschöpfung des nationalen Rechtswegs darf bei solchen Staaten nicht verlangt werden, weil sonst der Zweck von ISDS, Investoren schnellen und effektiven Rechtsschutz zu ermöglichen, konterkariert würde. Die Diskussion um den Investitionsschutz im TTIP darf nicht dazu führen, dass das Schutzniveau geltender bilateraler Abkommen in Bezug auf die Klagemöglichkeiten abgesenkt wird. Dies ist bei den jetzigen TTIP-Verhandlungen zu bedenken.

Im Hinblick auf parallele Verfahren vor nationalen Gerichten und vor internationalen Schiedsgerichten ist es wichtig sicherzustellen, dass ein Investor nicht mehrfach Schadensersatz erhalten bzw. einerseits national die Rücknahme der staatlichen Maßnahme und andererseits durch das Schiedsgericht Schadensersatz zugesprochen bekommen kann. Schiedsgerichte müssen insofern eine Rücknahme der Maßnahme oder Kompensation nach nationalem Recht berücksichtigen. Auch ist es richtig, mehrere Klagen auf der Basis verschiedener internationaler Verträge zu koordinieren und die Schiedsgerichte insofern zur Berücksichtigung anderer Verfahren und Urteile und ggf. auch zur Aussetzung des Verfahrens zu verpflichten. Keinesfalls darf es zu einer Überkompensation kommen.

Die von der Kommission vorgeschlagenen Anreize für die freiwillige Nutzung alternativer Streitbeilegungsmechanismen wie Schlichtung und Mediation sind nachvollziehbar, soweit dadurch die Kosten der Verfahren reduziert werden können und die Verfahren gleichzeitig nicht zu sehr in die

Länge gezogen werden. Die zwingende Durchführung einer Mediation, Schlichtung oder Konsultation erscheint dagegen nicht sinnvoll, da oft bereits Verhandlungen zwischen Staat und Investor stattgefunden haben und dann eine weitere Verhandlungsphase nur zu einer weiteren Verzögerung führen würde. Jedenfalls sind frühere Versuche einer einvernehmlichen Streitbeilegung zu berücksichtigen und entsprechende Verhandlungsphasen bei einer Konsultationsphase anzurechnen.

## **8. Verhaltensmaßstäbe und Qualifikationen von Schiedsrichtern**

Neutralität und Unabhängigkeit sind rechtstaatliche Mindeststandards für Schiedsverfahren. Außerdem müssen Schiedsrichter ausreichende Sachkenntnisse und Erfahrung haben, damit eine hohe Qualität der Schiedsurteile sichergestellt ist. Ein Verhaltenskodex sowie Anforderungen an die Qualifikation von Schiedsrichtern stellen deshalb einen unverzichtbaren Bestandteil für ein funktionierendes Schiedswesen dar. Man sollte sich in diesem Zusammenhang jedoch an bestehenden Regelungen orientieren statt neue Regelungen zu schaffen. Die gängigen Schiedsordnungen enthalten bereits heute Anforderungen an das Verhalten und die Qualifikation von Schiedsrichtern sowie ein Verfahren zu ihrer Abberufung. Hier sind nur punktuelle Ergänzungen nötig. U. a. könnte die Qualifikation der Schiedsrichter regelmäßig überprüft werden. Ein besonderer Fokus auf pensionierte Richter scheint dagegen entbehrlich: Experten gibt es auch in der Wissenschaft und unter spezialisierten Anwälten.

Die Auswahl der Schiedsrichter muss transparent sein. Gleichzeitig dürfen die Auswahlmöglichkeiten jedoch nicht beschränkt werden, soweit die Schiedsrichter über die entsprechenden Qualifikationen verfügen. Das Recht zur Auswahl der Schiedsrichter ist ein zentraler Aspekt der Schiedsgerichtsbarkeit. Dies ermöglicht die Wahl von Schiedsrichtern, die besondere Sachkenntnisse oder Erfahrungen im jeweiligen Bereich haben. Jede Form vorgefertigter Listen von Schiedsrichtern ist entsprechend abzulehnen. Die Zahl von 15 Personen ist zudem viel zu klein, auch wenn es sich nur um eine Mindestanzahl handelt. Sie würde keine ausreichende Wahlmöglichkeit bieten. Die Führung der Liste durch einen Ausschuss der Vertragsparteien erscheint überdies im Hinblick auf die Neutralität der Schiedsrichter mehr als fraglich. Eine Vorauswahl vermeintlich geeigneter Personen als Schiedsrichter darf nicht dazu führen, dass politisch genehme Personen ausgesucht werden.

## **9. Verhinderung missbräuchlicher und offensichtlich unbegründeter Klagen**

Schutzmechanismen zur Verhinderung missbräuchlicher und offensichtlich unbegründeter Klagen sind sinnvoll. Klagen, die allein dazu dienen, den Staat unter Druck zu setzen, sind zu verhindern. Denn bereits die Anhängigkeit einer Klage kann den Mitgliedstaat zu Zugeständnissen bewegen,

nicht nur weil sie Personal und finanzielle Mittel bindet, sondern allein durch die Rechtsunsicherheit, die sie verursacht.

Ein wichtiger Aspekt ist insofern eine vorgeschaltete Zulässigkeitsprüfung. Diese sollte möglichst einfach, schnell und kostengünstig ohne großen Verwaltungsaufwand erfolgen. Die Kommission sieht insofern zwei verschiedene Verfahren vor. Es muss jedoch klarer geregelt werden, wann eine Klage „manifestly without legal merit“ und wann sie „unfounded as a matter of law“ ist und in welchem Verhältnis diese beiden Fälle zueinander stehen.

Die von der Kommission vorgeschlagene und im nationalen Recht weit verbreitete grundsätzliche Kostentragungspflicht durch die unterlegene Partei ist ein sinnvolles Instrument, um missbräuchliche Klagen zu verhindern und die oft sehr hohe Kostenlast angemessen zu verteilen. Sie darf jedoch insbesondere kleine und mittlere Unternehmen nicht davon abhalten, begründete Forderungen im Rahmen von Investor-Staat-Schiedsverfahren durchzusetzen. Die hohen Kosten, insbesondere bei spezialisierten Anwälten, stellen für KMU ein echtes Hindernis dar. Sie dürfen nicht benachteiligt werden.

## **10. Zulassung von Klagen (Filter)**

Der Filter für staatliche Maßnahmen in Krisensituationen wird als sinnvoll bewertet. Er ist wichtig für die Sicherung der Integrität des staatlichen Systems und wichtiges Element demokratischer Akzeptanz. Einem Missbrauch wird dadurch vorgebeugt, dass beide Vertragspartner im konkreten Fall damit einverstanden sein müssen, dass die Maßnahme als gerechtfertigt angesehen wird. Der Filter darf den Investorenschutz allerdings nicht völlig aushebeln oder zu weiteren erheblichen Kostensteigerungen führen. Außerdem ist zu überlegen, ob in einem solchen Fall nicht der Kläger vor den Kosten zu verschonen ist.

## **11. Auslegungsleitlinien der Vertragsstaaten**

Nachträgliche Auslegungsvereinbarungen und die Möglichkeit einer Beteiligung bei laufenden Schiedsverfahren geben den Vertragsstaaten die Möglichkeit, Unklarheiten des Abkommens, die sich später und insbesondere während eines konkreten ISDS-Verfahrens zeigen, im Nachhinein noch präzisieren zu können. Damit können Unsicherheiten bei der Auslegung des Abkommens beseitigt und Feinheiten auch später noch nachjustiert werden, insbesondere wenn sich die Entscheidungspraxis der Schiedsgerichte als uneinheitlich herausstellen sollte. Diese gemeinsame Auslegung und Rechtsfortbildung kann zur Rechtsklarheit und Rechtssicherheit sowie zur einheitlichen Anwendung des Abkommens beitragen. Urteile werden dadurch besser vorhersehbar. Darüber hinaus behalten die Staaten auf diese Weise die Kontrolle über das Abkommen.

Die Gefahren für die Interessen der Investoren erscheinen in diesem Zusammenhang als beherrschbar, wenn seitens der Vertragsstaaten die üblichen Auslegungsmethoden angewendet werden und Vertrauensschutzgesichtspunkte und das Rückwirkungsverbot als Teil des Rechtsstaatsprinzips beachtet werden. Eine Auslegung, die eine völlig neue Rechtslage schafft, auf die sich der Investor bei seiner Investitionsentscheidung nicht eingestellt hat und nicht einstellen konnte, darf jedenfalls grundsätzlich nicht rückwirkend gelten. Die Auslegungsvereinbarungen müssen grundsätzlich auf zukünftige Investitionen beschränkt sein. Eine retroaktive Wirkung von Einschränkungen des Sachbereichs ist nur bei Vorliegen sehr wichtiger Gründe denkbar. Insofern kann auf die im nationalen Recht (z. B. der deutschen Verfassungsrechtsprechung) oder etwa im Rahmen der EMRK entwickelten Grundsätze zurückgegriffen werden. Die Lösung, dass Auslegungsleitlinien nur auf Streitfälle beschränkt werden, die nach ihrer Verabschiedung anhängig werden, kann sinnvoll sein. Wichtig ist zudem, dass die Entscheidung über den konkreten Einzelfall beim Schiedsgericht liegt und nicht durch einen Ausschuss der Vertragsstaaten getroffen wird.

## **12. Berufungsmechanismus und Einheitlichkeit der Schiedssprüche**

Die von der Kommission vorgeschlagene Option, über die bestehenden Annullierungsmöglichkeiten hinaus eine Berufungsinstanz einzuführen, konterkariert einerseits den Vorteil von ISDS, schnell abschließend Rechtsschutz zu erlangen. Andererseits hätten Investoren und Gaststaaten die Möglichkeit, ggf. unrichtige Schiedssprüche von einer zweiten Instanz überprüfen zu lassen. Langfristig könnte sich über die Berufungsinstanz eine einheitlichere Auslegung des Investitionsschutzrechts entwickeln und damit eine Vereinheitlichung der Spruchpraxis erfolgen, was zu mehr Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit von Urteilen führen könnte.

## **III. Weitere Verbesserungsmöglichkeiten (Frage 13.2 und 3)**

In Bezug auf weitere Verbesserungsmöglichkeiten sei darauf verwiesen, dass EU-Unternehmen die Sorge haben, dass im Rahmen von ISDS US-amerikanische Rechtsauffassungen und Verfahrensrecht dominieren könnten. Dies betrifft z. B. die Aufklärung des Sachverhalts und exzessive Schadenersatzregelungen. Dem steht der Wunsch nach stärkerer Beachtung kontinentaler Rechtsauffassungen gegenüber.

### **Ansprechpartner**

Patricia Sarah Stöbener, LL.M. (King's College London)  
Tel.: +49 30 20308 – 2715, E-Mail: [stoebener.patricia@dihk.de](mailto:stoebener.patricia@dihk.de)