

Grundzüge eines modernen Investitionsschutzes – Ziele und Handlungsempfehlungen

Unter Mitwirkung der Freien Universität Berlin und
des Deutschen Industrie- und Handelskammertags



Herausgeber der Harnack-Haus Reflections

Prof. Dr. Steffen Hindelang, LL.M.
Freie Universität Berlin
Fachbereich Rechtswissenschaft
Boltzmannstraße 3
14195 Berlin
mail@steffenhindelang.de

Prof. Dr. Stephan Wernicke
Deutscher Industrie- und Handelskammertag (DIHK e.V.)
Bereichsleiter Recht
Breite Straße 29
10178 Berlin
wernicke.stephan@dihk.de

Die Aussagen in diesem Dokument entsprechen nicht notwendigerweise den persönlichen Positionen der Herausgeber, noch sollen sie den von ihnen repräsentierten Institutionen in irgendeiner Weise zugeschrieben werden.

Redaktionsschluss: 26. August 2015. This publication is also available in English language.

Zitiervorschlag

Hindelang/Wernicke (Hrsg.), Grundzüge eines modernen Investitionsschutzes – Harnack-Haus Reflections, 2015, abrufbar unter <http://tinyurl.com/ofzq7k3>.

Vorwort

Die Diskussion um die bestmögliche Reform des internationalen Investitionsschutzrechts hat die Fachebene verlassen und ist im allgemeinen politischen Diskurs angelangt. Umso dringlicher ist es, die konkreten rechtlichen Probleme zu identifizieren und Lösungen anzubieten. Genau dies möchte das vorliegende Papier erreichen.

Auf Einladung des Deutschen Industrie- und Handelskammertags (DIHK) e.V. und des Fachbereichs Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin diskutierten 19 Wissenschaftler und Praktiker am 17. April 2015 im Berliner Harnack-Haus die unterschiedlichen Interessen im Reformprozess des Internationalen Investitionsschutzrechts sowie die Chancen, Risiken und Herausforderungen für den deutschen Wirtschafts-, Wissenschafts- und Rechtsstandort. Auf der Basis eines von den Gastgebern entworfenen Thesenpapiers und des Inputs der Mitwirkenden wurden in Arbeitsgruppen und im anschließenden Plenum konkrete Handlungsvorschläge für eine Reform des Investitionsschutzrechts erarbeitet. Hierbei galt es auch, die aktuelle Frage nach einem sinnvollen Zugang kleiner und mittlerer Unternehmen (KMUs) zu dem Rechtsschutzinstrument aufzugreifen.

Die Ergebnisse der „Harnack-Haus Reflections“ halten Sie in Ihren Händen. Sie spiegeln Ideen, Erfahrungen, Diskussionen und Kompromisslinien unter den Mitgliedern der Gruppe wider. Es handelt sich bei dem Papier um die Identifikation des Korridors, innerhalb dessen Lösungen für eine moderne Investitionsschiedsgerichtsbarkeit gefunden werden könnten. Die Aussagen entsprechen damit nicht notwendigerweise der Position eines jeden einzelnen Mitwirkenden oder gar der Institutionen, denen sie angehören. Vielmehr soll, wie auch im DIHK, die abschließende Meinungsbildung auf der Grundlage der Diskussion dieser Vorschläge erfolgen. Bei einzelnen Wegmarken sind abweichende Sichtweisen der Teilnehmer offengelegt.

Wir danken herzlich den Teilnehmern für Ihre Bereitschaft, sich in dieses Projekt einzubringen, für die intensiven Gespräche und weiterführenden Diskussionsbeiträge in den Arbeitsgruppen, insbesondere: Dr. Matthias Bauer, European Centre for International Political Economy (ECIPE), Dr. Markus Burgstaller,

Hogan Lovells, Dr. Christian Groß, DIHK, Jan von Herff, BASF, Dr. Roland Kläger, Haver & Mailänder Rechtsanwälte, Prof. Dr. Karsten Nowrot, Universität Hamburg, Prof. Dr. Dr. h.c. Ingolf Pernice, Humboldt Universität zu Berlin, und Prof. Dr. Tobias Stoll, Georg-August-Universität Göttingen. Lediglich als Beobachter nahmen u. a. Thomas Klippstein, BMJV, und Dr. Christoph Rodenhäuser, BMWi, an den Beratungen teil. Patricia Sarah Stöbener de Mora, LL.M. (KCL), DIHK, sei zudem für die akademische Vorbereitung und insbesondere die Erarbeitung konkreter Textvorschläge und ihrer Erläuterungen an dieser Stelle gedankt. Dr. Bettina Wurster, DIHK, machte ebenfalls hilfreiche Anmerkungen. Dank geht auch an die Schriftführer Sonja Hilgert, Daniel Ncube und Carl-Philipp Sassenrath für gewissenhafte Protokollierung während des Workshops, sowie an sie und Maria Mikoleit für die organisatorische Unterstützung. Die Übersetzung ins Englische besorgte gewissenhaft ebenfalls Daniel Ncube. Das Layout gestalteten Friedemann Encke und Andrea Rosenkranz. Vielen Dank auch hierfür.

Die Herausgeber erwarten, dass die vorgeschlagenen Normtexte (die auf der Grundlage des CETA-Abkommens redigiert wurden) und Handlungsempfehlungen einen Beitrag zur Reform des internationalen Investitionsschutzrechts und zur Stärkung des deutschen Standorts in der internationalen Investitionsschiedsgerichtsbarkeit leisten könnten. Sie bieten Anregungen nicht nur für die aktuelle Diskussion um TTIP und CETA, sondern auch für die zahlreichen bestehenden und in naher Zukunft auszuhandelnden Abkommen in aller Welt, die jetzt zur Debatte stehen.

Berlin, den 26. August 2015

Steffen Hindelang
Stephan Wernicke

Inhaltsverzeichnis

A.	Zusammenfassung in Thesen.....	1
B.	Textvorschläge und Handlungsempfehlungen.....	3
I.	Materielles Investitionsschutzrecht: Ausgleich von Regelungshoheit und hohem Schutzniveau	3
1.	„Right to Regulate“	3
2.	„Fair and Equitable Treatment“	4
3.	Enteignung und indirekte Enteignung	6
4.	Auslegungsvereinbarungen	9
II.	Verfahrensrecht, insb. Verhältnis von nationalem Rechtsschutz und ISDS sowie Berufungsinstanz.....	10
1.	Verhältnis von nationaler Gerichtsbarkeit zur Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit	10
	a) Anreiz zur Nutzung eines funktionierenden nationalen Rechtsschutzsystems.....	10
	b) Stärkere Berücksichtigung nationaler Gerichtsentscheidungen durch Schiedsgerichte	13
2.	Auswahl der Schiedsrichter, Unabhängigkeit, Neutralität	14
3.	Rechtsmittelinstanz.....	17
4.	Sammelklagen.....	20
5.	Zulässigkeitsvoraussetzungen und -prüfung.....	21
III.	Zugang zum Rechtsschutz auch für kleine und mittlere Unternehmen	23

A. Zusammenfassung in Thesen*

1. Investitionsschutzabkommen einschließlich Investor-Staat-Streitbeilegung (ISDS) sind eine Säule der deutschen Außenhandelspolitik und verfolgen wichtige Ziele und Interessen. Diese umfassen insbesondere

- einen robusten Schutz deutscher Auslandsinvestitionen, an dem kleine wie große Unternehmen gleichermaßen partizipieren,
- die Stärkung der Chancengleichheit im Wettbewerb im jeweiligen Markt und damit die Bereitschaft, im Ausland zu investieren,
- die Schaffung eines Anreizes zur guten Rechtsetzung und Aufrechterhaltung bzw. Entwicklung eines funktionierenden staatlichen Rechtssystems in den Vertragsstaaten sowie die Herausbildung von international einheitlichen Rechtsstandards, die öffentliche und private Interessen in einen angemessenen Ausgleich bringen,
- die aktive Förderung deutscher und europäischer Investitionen im In- und Ausland, wobei hierfür auch andere marktwirtschaftliche Mechanismen sowie staatliche Investitions Garantien flexibel genutzt werden sollten.

2. Internationales Investitionsschutzrecht muss die staatliche Regelungshoheit wahren und öffentliche und private Interessen in einen angemessenen Ausgleich bringen. Dies gilt insbesondere für die Ausgestaltung des Rechts auf eine faire und gerechte Behandlung. Hier ist auch der Vertrauensschutz als eine Fallgruppe eines nicht abschließenden Katalogs möglicher Verletzungen aufzunehmen. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip sollte hier ebenso wie bei der Enteignung das Mittel zur Herstellung eines angemessenen Interessenausgleichs sein.

3. Es gibt ein Bedürfnis für völkerrechtlichen Investitionsschutz, der europarechtlich flankiert wird. Die völkerrechtlichen Schutzstandards und ihre Anwendung und Achtung im nationalen Recht sind wichtig. Sie tragen zur Verwirklichung grundlegender Prinzipien wie der Rechtsstaatlichkeit bei und sind insoweit auch für kleine und mittlere Unternehmen (KMU) in ihrer internationalen Tätigkeit von Bedeutung. Allerdings sind die materiellen Regelungen allein nicht hinreichend; sie müssen auch verfahrensrechtlich durchgesetzt werden können.

4. Besteht ein funktionstüchtiger, effektiver nationaler Rechtsweg, ist dies im Rahmen eines eventuellen völkerrechtlichen Investor-Staat-Schiedsverfahrens zu berücksichtigen. Dies kann auf unterschiedliche Weise geschehen. Ein Weg ist, das (zumindest teilweise) Beschreiten des nationalen Rechtswegs zur Voraussetzung für den Zugang zur Investitionsschiedsgerichtsbarkeit zu machen, wobei die Rahmenbedingungen hierfür möglichst klar zu definieren sind. Eine alternative Option wäre, im Rahmen der materiell-rechtlichen Beurteilung – z. B. beim Mitverschulden oder der Berechnung des Schadens (einschließlich der Verfahrenskosten) – zu berücksichtigen, ob der Investor hinreichend erfolgversprechende Rechtsmittel nach nationalem Recht ergriffen hat.

5. Entscheidend für das Fortbestehen des internationalen Investitionsschutzes ist, dass die rechtsstaatlichen Strukturen des Verfahrens wahrgenommen und fortentwickelt werden. Dazu gehören insb. Unabhängigkeit, Unvoreingenommenheit und Transparenz – u.a. bei der Auswahl der Schiedsrichter, dem Verfahren und der Veröffentlichung der Entscheidung. Nur so kann eine öffentliche und wissenschaftliche Diskussion und Kontrolle ermöglicht werden.

6. Die Auswahl der Schiedsrichter, insbesondere des vorsitzenden Schiedsrichters, muss transparenter und offener gestaltet werden. Für eine Öffnung und Stärkung der Transparenz sind zunächst Änderungen an den Bestimmungen zur Besetzung eines Schiedsgerichts erforderlich. Die Neutralität und fachliche Qualifikation eines jeden Schiedsrichters sollte entscheidendes Auswahlkriterium sein. Dies gilt entsprechend auch dann, wenn für ein eventuelles ständiges internationales Investitionsgericht Richter bestellt werden. Vorgefertigte, geschlossene Listen von Schiedsrichtern können kontraproduktiv wirken. Ein komplettes Verbot der parallelen Tätigkeit als Schiedsrichter und Schiedsanwalt würde zu einer erheblichen Verkleinerung des Schiedsrichterpools führen und damit das System insgesamt gefährden. Richtigerweise ist die Zahl der qualifizierten, aktiv tätigen Schiedsrichter (bzw. Richter) signifikant zu vergrößern, um zu verhindern, dass wenige das System subjektiv-einseitig prägen. Wünschenswert ist zudem eine stärkere Rolle europäischer Schiedsinstitutionen im globalen Wettbewerb.

* Die Aussagen in dieser Zusammenfassung wie im gesamten Text entsprechen nicht notwendig der Position eines jeden einzelnen Mitwirkenden. In keiner Weise spiegeln die in diesem Dokument wiedergegebenen Sichtweisen die der von den einzelnen Teilnehmern repräsentierten Institutionen wider, noch sollen diese jenen Institutionen in irgendeiner anderen Weise zugeschrieben werden.

7. Zur Steigerung der Akzeptanz von Investor-Staat-Schiedsgerichten und Vermeidung von Wertungswidersprüchen zwischen nationaler und internationaler Rechtsschutzebene sollten die Schiedsgerichte in ihrer Rechtsprechung auch die Entscheidungen der Gerichte der Vertragsparteien des Investitionsschutzabkommens berücksichtigen.

8. Eine ständige Rechtsmittelinstanz für ein bestimmtes Abkommen würde Investoren und Gaststaaten die Möglichkeit geben, ggf. rechtlich fehlerhafte Schiedssprüche überprüfen zu lassen. Außerdem könnte sie zu einer einheitlicheren Auslegung und damit zu mehr Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit von Schiedssprüchen auf der Grundlage eines bestimmten Abkommens führen. Durch die Präsenz von qualifizierten Richtern bzw. Schiedsrichtern aus Rechtstraditionen der jeweiligen Vertragsstaaten könnte sichergestellt werden, dass Rechtsprinzipien, aber auch Gepflogenheiten und Befindlichkeiten beider Seiten ausreichend berücksichtigt werden. Zur Vermeidung einer erheblichen Verfahrensverlängerung müssen die verfahrensleitenden Fristen – ähnlich dem WTO-Dispute Settlement Body – und die Zulässigkeitsvoraussetzungen eng gefasst werden. Die Überprüfung muss sich auf Rechtsfragen beschränken. Die Zulassung des Rechtsbehelfs durch die Rechtsmittelinstanz sollte zur Bedingung gemacht werden. Bisherige Überprüfungsmechanismen müssen – soweit dies rechtlich möglich ist – durch die Rechtsmittelinstanz ersetzt werden, um Parallelitäten zu vermeiden.

9. Nicht immer ist es sinnvoll oder politisch möglich eine solche ständige Rechtsmittelinstanz gleichzeitig mit Inkrafttreten des Abkommens zu errichten. Für eine Übergangszeit könnten daher Ad-hoc-Einrichtungen die Aufgabe einer Rechtsmittelinstanz übernehmen. Aufgrund schlanker Strukturen können die Modalitäten ihrer Einsetzung direkt im Abkommen geregelt werden.

10. Die Vertragsstaaten könnten eine ständige Rechtsmittelinstanz auch für Schiedsverfahren auf der Grundlage von Drittstaatenabkommen öffnen und so eine schrittweise Plurilateralisierung erreichen, wobei hierfür auch eine Vereinheitlichung des materiellen Rechtsstandards betrieben werden muss. Eine solche plurilateralisierte Rechtsmittelinstanz könnte mittel- bis langfristig in ein ständiges internationales Investitionsgericht überführt werden.

11. Sammelklagen sind auch im Investitionsschutzrecht abzulehnen. Es besteht kein Bedarf nach Instrumenten des kollektiven Rechtsschutzes, aber eine hohe Missbrauchsgefahr. Um eine weitere Stärkung einer „Klageindustrie“ auf diesem Feld zu vermeiden, müssen Sammelklagen daher ausdrücklich ausgeschlossen werden.

12. Ein dem eigentlichen Schiedsverfahren vorgeschaltetes schiedsgerichtliches Zulassungsverfahren zur einfachen Zurückweisung missbräuchlicher oder offensichtlich unbegründeter Schiedsklagen in einem frühen Verfahrensstadium ist wichtig. Sie muss möglichst unkompliziert, schnell und kostengünstig ohne großen Verfahrensaufwand auf der Basis klarer Kriterien erfolgen.

13. Kleine und mittlere Unternehmen stehen bei Investitionsstreitigkeiten mit ihrem Gaststaat vor besonderen Herausforderungen. Ihnen stehen nur eingeschränkt politische und administrative Gesprächskanäle in ihrem Gast- bzw. Heimatstaat zur Verfügung, durch die womöglich Konflikte frühzeitig ausgeräumt werden können. Zudem sind KMUs regelmäßig mit dem Aufwand und den Kosten eines Investitionsschiedsverfahrens überfordert, selbst wenn es Möglichkeiten der Verfahrensfinanzierung durch Dritte gibt. Die im CETA-Text zu findenden KMU-bezogenen Regelungen greifen diese Problematik nicht hinreichend auf. Es bedarf eines entschiedeneren Vorgehens seitens der Vertragsstaaten sowohl auf Abkommensebene als auch innerhalb ihrer eigenen Rechtsordnungen, um hier Verbesserungen zu erreichen. In Investitionsschutzabkommen ist eine besondere KMU-Gebührenordnung für Parteivertreter und Schiedsrichter sinnvoll, eventuell verbunden mit einem strikten Zeitregime für die Verfahrensdurchführung. Auf nationaler und europäischer Ebene können speziell für KMUs Programme aufgelegt werden, die die finanziellen und organisatorischen Hürden des Zugangs zu einem Investitionsschiedsgericht auf der Grundlage eines Investitionsschutzabkommens beseitigen oder zumindest senken. Hierzu könnten nationale Investitions Garantien mit Rechtsschutzversicherungen verbunden werden. Zudem könnte KMUs Hilfestellung – sog. „technical assistance“ – seitens der Mitgliedstaaten und/oder der EU bei Schiedsverfahren gewährt werden, die an den Gedanken der Prozesskostenhilfe angelehnt sind. Deren Beantragung und Gewährung sollte von diskretionären politischen Erwägungen weitestgehend losgelöst sein.

B. Textvorschläge und Handlungsempfehlungen

I. Materielles Investitionsschutzrecht:

Ausgleich von Regelungshoheit und hohem Schutzniveau

1. "Right to Regulate"

1. PREAMBLE ¹

The parties resolve to

[...]

REAFFIRMING their commitment to promote sustainable development and the development of international trade and investment in such a way as to contribute to sustainable development in its economic, social and environmental dimensions;

DETERMINED to implement this Agreement in a manner consistent with the enhancement of the levels of labour and environmental protection and the enforcement of their labour and environmental laws and policies, building on their international commitments on labour and environment matters;

[...]

RECOGNIZING that the provisions of this Agreement preserve the right to regulate within their territories and resolving to preserve their flexibility to achieve legitimate policy objectives, such as public health, safety, environment, consumer protection, public morals and the promotion and protection of cultural diversity;

[...]

Erläuterung

Investitionsschutzabkommen haben in der Vergangenheit in vielen Fällen von ungerechtfertigten Diskriminierungen und Enteignungen sowie bei Verstößen gegen rechtsstaatliche Grundsätze den betroffenen Investoren die notwendigen Rechtsbehelfe bereitgestellt. Einzelne missbräuchliche Klagen begründen jedoch nicht zu Unrecht die Sorge, dass öffentliche Interessen bei Schiedsverfahren nicht ausreichend berücksichtigt werden könnten. Jedes reformierte Investitionsschutzabkommen bzw. -kapitel muss deshalb den Schutz der staatlichen Regelungshoheit sicherstellen und eine Abwägung der privaten und öffentlichen Interessen ermöglichen. Die Regulierungsfreiheit eines Staates darf durch Investitionsschutzbestimmungen nicht ausgehebelt werden; andererseits muss ein rechtsstaatlicher Mindeststandard an Rechten durch Investitionsschutz garantiert werden. Die Schaffung eines angemessenen Gleichgewichts zwischen öffentlichen Interessen wie Umwelt- und Verbraucherschutz auf der einen Seite und Eigentumschutz auf der anderen Seite ist zentral für die Legitimität von Investitionsschutzabkommen und die Bewahrung eines politischen Gestaltungsspielraums zum Wohle des Gemeinwesens.

Eine völkerrechtliche „Absicherung“ des „right to regulate“ wurde bislang als nicht notwendig erachtet, stellt dieses Recht doch als Ausfluss staatlicher Souveränität eigentlich eine Selbstverständlichkeit dar. Die ausdrückliche Erwähnung der nationalen Regelungshoheit und konkreter Allgemeinwohlintressen in der Präambel und im Text des Abkommens ist ein Weg, um sicherzustellen, dass diese in eine Abwägung mit privaten Eigentumsinteressen, insbesondere durch Schiedsgerichte, eingestellt und hinreichend gewürdigt werden. Dies gilt z. B. für den Verbraucherschutz, der bisher weder in der

¹ Die Textvorschläge basieren auf der konsolidierten Fassung des Entwurfs des Kapitel X des Comprehensive Economic Trade and Investment Agreement zwischen der Europäischen Union und Kanada vom 26.9.2014. Abrufbar unter http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf; zuletzt besucht am 26.8.2015.

Präambel noch im Investitionsschutzkapitel des CETA-Texts ausdrücklich Erwähnung findet. Zur Klarstellung wurde dieser in den hier unterbreiteten Textvorschlag aufgenommen.

Der Begriff der öffentlichen Moral („public morals“), der in der CETA-Präambel enthalten ist, ist dagegen problematisch, weil er sehr weit ist und seitens der Staaten als Einfallstor für Maßnahmen für alles Mögliche genutzt werden könnte (z.B. für diskriminierende Maßnahmen aufgrund der sexuellen Orientierung). Auch wenn der Begriff sich auch heute noch in den EU-Verträgen findet, wirkt er nicht mehr zeitgemäß.

Darüber hinaus sollte der in der Präambel enthaltene Katalog an öffentlichen Interessen nicht abschließend gefasst sein; er muss offen gehalten werden für weitere Politikziele, die derzeit eventuell noch nicht ersichtlich sind. Zudem darf die Regulierungshoheit auch weiterhin nicht zu einem Bruch legitimen Vertrauens seitens der Investoren führen (dazu mehr unter „Fair and Equitable Treatment, Art. X.9).

2. „Fair and Equitable Treatment“

Article X.9: Treatment of Investors and of Covered Investments

- [1.] Each Party shall accord in its territory to covered investments of the other Party and to investors with respect to their covered investments fair and equitable treatment and full protection and security in accordance with paragraphs 2 to 6.
- [2.] A Party breaches the obligation of fair and equitable treatment referenced in paragraph 1 where a measure or series of measures constitutes:
 - [(a)] Denial of justice in criminal, civil or administrative proceedings;
 - [(b)] ~~Fundamental~~-A breach of due process, including a ~~fundamental~~ breach of transparency, in judicial and administrative proceedings;
 - [(c)] ~~Manifest arbitrariness~~;

Erläuterung

„Fair and equitable treatment“ (FET) ist im Kern ein Ausdruck des Rechtsstaatlichkeitsgebots als allgemeiner Rechtsgrundsatz und stellt als solches keine Beschneidung staatlicher Regelungshoheit dar. Allerdings: Eine Präzisierung des auch in der Schiedspraxis weitgehend unbestimmten Verbots einer unbilligen und ungerechten Behandlung ist wichtig, um Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit der Schiedsurteile sicherzustellen und damit dem Missbrauch dieser Vorschrift vorzubeugen. Der Schutz von legitimen Erwartungen der Investoren ist dabei eine der Fallgruppen, die sehr schwierig zu fassen ist. Es darf nicht dazu kommen, dass Investoren enttäuschte Gewinnerwartungen durch die Allgemeinheit finanzieren lassen.

Der Vertrauensschutz ist jedoch ein grundlegendes aus dem Rechtsstaatsprinzip folgendes Prinzip und darf daher nicht vollständig aus einer modernen FET-Regelung ausgeklammert werden. Macht eine Regierung Investoren verbindliche, schriftliche Zusagen, so sind sowohl diese als auch nachfolgende Regierungen hieran nach dem Grundsatz des Vertrauensschutzes gebunden.

- [(d)] ~~Targeted~~–Discrimination on **manifestly** wrongful grounds, such as gender, race or religious belief;
 - [(e)] Abusive treatment of investors, such as coercion, duress and harassment;
 - [(f)] **A substantive frustration of a legitimate expectation based on an express and specific representation towards the investor, made in writing by the competent authority, with the aim to encourage an investment and concerning a significant aspect of the covered investment, and upon which a prudent investor could reasonably rely and upon which the investor acted by making or maintaining the covered investment or part of it;**²
 - [(g)] **An unfair treatment of similar intensity and relevance as the measures cited above; or**
 - [(h)] A breach of any further elements of the fair and equitable treatment obligation adopted by the Parties in accordance with paragraph [4] of this Article.
- [3.] **In assessing a breach of the obligation of fair and equitable treatment and full protection and security, a tribunal shall take into account whether the measure is appropriate for attaining the legitimate policy objectives pursued by that measure and whether the measure goes beyond what is necessary to achieve those objectives. Each Party enjoys a margin of appreciation in determining the legitimacy of a measure's objective, the appropriateness and the necessity of a measure to achieve this objective.**³

Ebenso muss der Gesetzgeber berücksichtigen, dass die Rechtsanwender vorbehaltlich einer gravierenden Änderung der Umstände auf die relative Stabilität einer einmal geschaffenen Regelung vertrauen.

Darüber hinaus sollte die Liste an Fallkonstellationen entgegen des CETA-Entwurfs nicht abschließend sein. Denn der Katalog umfasst nicht zwingend alle Fälle, in denen eine unfaire Behandlung gegeben sein kann. Er könnte relevante Fälle ausschließen und dadurch das Investitionsschutzniveau insgesamt absenken. Sinnvoll ist vielmehr eine Formulierung, wonach weitere ähnlich gelagerte Gründe zu einer Diskriminierung führen können. Das Risiko von Schiedsgerichtsurteilen, die das staatliche Regulierungsinteresse aufgrund einer solchen Öffnungsklausel negieren oder massiv einschränken, erscheint einerseits durch die Einführung des Verhältnismäßigkeitsprinzips beherrschbar und andererseits dadurch begrenzt, dass auf der Vollstreckungsebene eine Kontrolle über den Ordre Public bzw. die guten Sitten gegeben ist. Daneben wird eine Rechtsmittelinstanz moderierende Kräfte entfalten.

FET erfordert v. a. eine Abwägung der widerstrebenden Interessen von Staaten und Investoren. Zur Lösung ähnlicher Zielkonflikte, insb. auch im Zusammenhang mit der Auslegung von Generalklauseln, hat sich in Europa und in vielen anderen Rechtstraditionen das Verhältnismäßigkeitsprinzip bewährt. Dabei handelt es sich um ein geeignetes Instrument, um den bisher in schiedsrichterlichen Entscheidungen häufig unterschiedlich gehandhabten und oft intransparenten Abwägungsvorgang zu strukturieren und qualitativ aufzuwerten. Bei der Definition von legitimen Zielen und der Erforderlichkeit von Maßnahmen sollten die Staaten eine Einschätzungsprärogative besitzen. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeits-

² Der Absatz [2 lit. f)] ersetzt Abs. 4 des CETA-Texts. Der Einbezug und die konkrete Formulierung der Klausel wurden kontrovers diskutiert. Insgesamt wurde sich mehrheitlich dafür entschieden, einschließlich der engen Voraussetzungen, insbesondere im Sinne der Rechtssicherheit. Sollte es bezüglich einer staatlichen Zusicherung Unklarheit geben, könne und müsse der Investor sich Klarheit verschaffen (vergleichbar einer due diligence). Einigen Teilnehmern ging die Formulierung allerdings nicht weit genug; die Regelung sei zu eng und einige Bedingungen, wie die einer schriftlichen Zusicherung der zuständigen Behörde, gäben den Staaten zu große Möglichkeiten, sich aus Zusicherungen „herauszuwinden“. Es werde sehr selten eine entsprechende Zusicherung eines Staates geben. Auch gäbe es in Bezug auf den Begriff der „competent authority“ Schwierigkeiten, wenn mehrere staatliche Stellen eine Investition genehmigen müssten.

³ Die Formulierung einer offenen Liste im Rahmen des FET wurde kontrovers diskutiert. Im Ergebnis wurde sich mehrheitlich für eine solche offene Liste ausgesprochen. Einige Teilnehmer merkten jedoch kritisch an, dass dann das Ermessen der Schiedsgerichte nicht ausreichend beschränkt werden würde und eine abschließende Liste einer kohärenteren Rechtsprechung dienlich wäre.

[4.] The Parties shall regularly, or upon request of a Party, review the content of the obligation to provide fair and equitable treatment. The Committee on Services and Investment may develop recommendations in this regard and submit them to the Trade Committee for decision.

~~[4.] When applying the above fair and equitable treatment obligation, a tribunal may take into account whether a Party made a specific representation to an investor to induce a covered investment, that created a legitimate expectation, and upon which the investor relied in deciding to make or maintain the covered investment, but that the Party subsequently frustrated. [...]~~

3. Enteignung und indirekte Enteignung

Article X.11: Expropriation

1. Neither Party may nationalize or expropriate a covered investment either directly, or indirectly through measures having an effect equivalent to nationalization or expropriation (hereinafter referred to as "expropriation"), except:
 - (a) for a public purpose;
 - (b) under due process of law;
 - (c) in a non-discriminatory manner; and
 - (d) against payment of prompt, adequate and effective compensation.

For greater certainty, this paragraph shall be interpreted in accordance with Annex X.11 on the clarification of expropriation.

2. Such compensation shall amount to the fair market value of the investment at the time immediately before the expropriation or the impending expropriation became known, whichever is earlier. Valuation criteria shall include going concern value, asset value including the declared tax value of tangible property, and other criteria, as appropriate, to determine fair market value.

prüfung könnte bei regulatorischen Änderungen auch das Bestehen von angemessenen Übergangsregelungen berücksichtigt werden.

Erläuterung

Eine Präzisierung des Begriffs der indirekten Enteignung soll den Schiedsgerichten klarere Vorgaben an die Hand geben, auch um mehr Rechtssicherheit zu schaffen und zusätzlich die Regulierungshoheit des Staates zu schützen. Die 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 ist die im CETA-Verhandlungsergebnis enthaltene 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. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung soll folglich im CETA-Entwurf durch die Begrenzung auf ein Verbot offensichtlich unverhältnismäßiger Maßnahmen generell auf eine Willkürprüfung reduziert werden. Dies schränkt den Begriff der indirekten Enteignung zu stark ein. Vielmehr sollte es eine normale Verhältnismäßigkeitsprüfung mit weitem Einschätzungsspielraum geben. Nur für legislative Maßnahmen – mit Ausnahme von Einzelfallgesetzen – ist die Verhältnismäßigkeitsprüfung durch eine Begrenzung auf ein Verbot offensichtlich unverhältnismäßiger Maßnahmen auf eine Willkürprüfung zu reduzieren.

3. The compensation shall also include interest at a normal commercial rate from the date of expropriation until the date of payment and shall, in order to be effective for the investor, be paid and made transferable, without delay, to the country designated by the investor and in the currency of the country of which the investor is a national or in any freely convertible currency accepted by the investor.
4. The investor affected shall have a right, under the law of the expropriating Party, to prompt review of its claim and of the valuation of its investment, by a judicial or other independent authority of that Party, in accordance with the principles set out in this Article.
5. This Article does not apply to the issuance of compulsory licenses granted in relation to intellectual property rights, to the extent that such issuance is consistent with the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights in Annex 1C to the WTO Agreements ('TRIPS Agreement').
6. For greater certainty, the revocation, limitation or creation of intellectual property rights to the extent that these measures are consistent with TRIPS and Chapter X (Intellectual Property) of this Agreement, do not constitute expropriation. Moreover, a determination that these actions are inconsistent with the TRIPS Agreement or Chapter X (Intellectual Property) of this Agreement does not establish that there has been an expropriation.

Der Annex zu X.11 sollte aufgrund der Bedeutung der enthaltenen Regelungen in den Haupttext des X.11 integriert werden.

Annex X.11: Expropriation

The Parties confirm their shared understanding that:

1. Expropriation may be either direct or indirect:
 - [(a)] direct expropriation occurs when an investment is nationalised or otherwise directly expropriated through formal transfer of title or outright seizure; and
 - [(b)] indirect expropriation occurs where a measure or series of measures of a Party has an effect equivalent to direct expropriation, in that it substantially deprives the investor of the fundamental attributes of property in its investment, including the right to use, enjoy and

dispose of its investment, without formal transfer of title or outright seizure.

2. The determination of whether a measure or series of measures of a Party, in a specific fact situation, constitutes an indirect expropriation requires a case-by-case, fact-based inquiry that considers, among other factors:
 - [(a)] the economic impact of the measure or series of measures, although the sole fact that a measure or series of measures of a Party has an adverse effect on the economic value of an investment does not establish that an indirect expropriation has occurred;
 - [(b)] the duration of the measure or series of measures by a Party;
 - [(c)] the extent to which the measure or series of measures interferes with distinct, reasonable investment-backed expectations; and
 - [(d)] the character of the measure or series of measures, notably their object, context and intent.
3. A non-discriminatory measure of a Party does not constitute indirect expropriation if it is appropriate for attaining legitimate policy objectives, such as health, safety and the environment, and if it does not go beyond what is necessary to achieve them. Each Party enjoys a wide margin of appreciation in determining the legitimacy of a measure's objective, the appropriateness and the necessity of a measure to achieve this objective.⁴
4. If the measure of a Party controlling the use of property is of a general legislative nature it does not constitute indirect expropriation if it is non-discriminatory and designed to protect legitimate public welfare objectives, such as health, safety and the environment, except in the rare circumstance where the impact of the legislative measure or series of measures is so severe that it appears manifestly excessive.

⁴ Die Einführung einer Verhältnismäßigkeitskontrolle wurde diskutiert. Manche Teilnehmer meinten, diese würde Investoren keinen ausreichenden Schutz in diesem Kontext gewähren. Insgesamt wurde sich mehrheitlich dafür entschieden, um den Schutz der Investoren immerhin gegenüber der Reduktion auf "offensichtliche Willkür", wie in CETA vorgesehen, zu verbessern.

4. Auslegungsvereinbarungen

Article X.27: Applicable Law and Interpretation

[...]

- [2.] Where serious concerns arise as regards matters of interpretation that may affect investment, the Committee on Services and Investment may, pursuant to Article X.42(3)(a), recommend to the Trade Committee the adoption of interpretations of the Agreement. An interpretation adopted by the Trade Committee shall be binding on a Tribunal established under this Chapter. **It shall be binding from the date of approval but shall not have retroactive effect to the detriment of the investor if a provision created a legitimate expectation of protection upon which the investor relied in deciding to make or maintain the covered investment.**

Erläuterung

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 beherrschbar, wenn seitens der Vertragsstaaten die üblichen Auslegungsmethoden angewendet werden und dabei Vertrauensschutzgesichtspunkte und das Rückwirkungsverbot beachtet werden. Die Auslegungsvereinbarungen müssen daher grundsätzlich auf zukünftige Investitionen beschränkt sein.

II. Verfahrensrecht, insbesondere Verhältnis von nationalem Rechtsschutz und ISDS sowie eine Berufungsinstanz

1. Verhältnis von nationaler Gerichtsbarkeit zur Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit

a) Anreiz zur Nutzung eines funktionierenden nationalen Rechtsschutzsystems

Preamble

[...]

RECOGNIZING the fundamental role which domestic authorities must play in guaranteeing and protecting rights accruing to an investor, irrespective of whether domestic or foreign, at the domestic level. In this respect, the Parties undertake to provide effective legal remedies in their domestic legal systems.

Article X.21 Procedural and Other Requirements for the Submission of a Claim to Arbitration

[1.] An investor may submit a claim to arbitration under Article X.22 (Submission of a Claim to Arbitration) only if the investor:

[...]

[(f)] where it has initiated a claim or proceeding seeking compensation or damages before a tribunal or court under domestic or international law with respect to any measure alleged to constitute a breach referred to in its claim to arbitration, provides a declaration that:

[(i)] a final award, judgment or decision has been made; or

[(ii)] it has withdrawn any such claim or proceeding;

The declaration shall contain, as applicable, proof that a final award, judgment or decision has been made or proof of the withdrawal of any such claim or proceeding; and

Erläuterung

Die durch Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit effektuierten völkerrechtlichen Schutzstandards gelten allgemein als eines der wirksamsten Mittel zur Beherrschung politischer Risiken bei der Tötung von Auslandsinvestitionen. Sie sollen einem ausländischen Investor im Gaststaat vor Diskriminierungen aufgrund der Herkunft oder missbräuchlicher Ausübung staatlicher Gewalt schützen. Funktional vergleichbar mit der innerstaatlichen Verwaltungs- und Verfassungsgerichtsbarkeit dient der völkerrechtliche Investitionsschutz der Kontrolle staatlicher Hoheitsgewalt.

Die Eröffnung des Zugangs zu einem neutralen internationalen Forum der Streitbeilegung in Form des sog. Investor-State-Dispute Settlement („ISDS“) erlaubt es dem Investor, sich von staatlichen Rechtsschutzinstrumenten unabhängig zu machen, wenn diese kein rechtsstaatliches Verfahren garantieren können. ISDS verleiht den materiellen Schutzstandards in einem Abkommen Glaubwürdigkeit und signalisiert nach außen ein gewisses Mindestmaß an Rechtssicherheit im Gaststaat. Außerdem macht ISDS die Investoren von ihren jeweiligen Heimatstaaten unabhängig, da sie nicht auf diplomatischen Schutz angewiesen sind. ISDS trägt damit auch zu einer gewissen Entpolitisierung von Investitionsstreitigkeiten bei, weil der Heimatstaat des Investors sich nicht auf dem völkerrechtlichen Wege der Gewährung diplomatischen Schutzes dessen Anliegen gegenüber dem Gaststaat annehmen muss und damit womöglich zwischenstaatliche Beziehungen belasten könnte.

Schließlich nicht unerwähnt bleiben soll der wichtige Beitrag von Investitionsschutzvorschriften und deren Streitbeilegungsmechanismen zur Stärkung einer internationalen rule of law. Investitionsschutzkapitel mit einem Investor-Staat-Streitbeilegungsmechanismus sind

[(g)] waives its right to initiate any claim or proceeding seeking compensation or damages before a tribunal or court under domestic or international law with respect to any measure alleged to constitute a breach referred to in its claim to arbitration.

Art. X.[Neu] Encouraging the use of effective domestic remedies

1. With a view to encouraging the use of effective domestic remedies, if the claimant omitted to seize domestic courts of the respondent or to take other domestic legal remedies readily available in the jurisdiction of the respondent prior to submitting a claim to arbitration and the respondent can establish that in all probability the measure would have been annulled or in any other way be rectified in reasonable time if domestic remedies had been sought, the tribunal shall take this into account, particularly when calculating damages and by allocating costs of the proceedings.
2. The tribunal shall, when establishing in a summary review whether the measure would have been annulled or in any other way been rectified in the domestic jurisdiction of the respondent, take into account:
 - (a) the overall degree of development of the domestic legal system;
 - (b) the availability of a domestic remedy in the individual case; availability means that a domestic remedy must exist within the domestic legal system and can be pursued by the investor without difficulties or impediments;
 - (c) the effectiveness of a domestic remedy in the individual case, effectiveness means that a domestic remedy must offer a reasonable prospect of success.⁵

wichtige Instrumente zur Absicherung grundrechtlicher Positionen im Ausland. Bilaterale und regionale Investitionsschutzabkommen können so als Erweiterung einer jahrhundertalten Idee im Völkerrecht verstanden werden: nämlich dass im Ausland jedermann jederzeit nach einem allgemeinen Mindeststandard zu behandeln ist.

Investitionsschutzabkommen und insbesondere ISDS haben sich v. a. in Ländern mit weniger entwickelten Rechtssystemen, die keinen ausreichenden Rechtsschutz gewährleisten, zum Schutz deutscher Auslandsinvestitionen bewährt. Der völkerrechtliche Streitbeilegungsmechanismus schafft für den Investor den Zugang zu einem neutralen Forum und garantiert einen internationalen Mindeststandard. Die Ausschöpfung des nationalen Rechtswegs kann in einzelnen Rechtsordnungen vernünftigerweise nicht verlangt werden, sei es aus Gründen drohender Verzögerung oder aus begründetem Misstrauen in die Unabhängigkeit dortiger Gerichte oder wegen prohibitiver Kosten der Rechtsverfolgung.

Mit Blick auf „entwickelte“ Rechtsordnungen, deren Gerichte grundsätzlich in der Lage sein sollten, einen Rechtsstreit ohne Ansehung der Herkunft des Investors unvoreingenommen und unabhängig zu entscheiden, stellt sich hingegen die Frage nach der Rechtfertigung der Eröffnung einer „völkerrechtlichen Option“ für ausländische Investoren. Es ist in erster Linie Aufgabe der nationalen Gesetzgeber, Behörden und Gerichte, die Eigentumsrechte der inländischen ebenso wie der ausländischen Investoren zu schützen. Das einfache Recht ist entsprechend internationaler Abkommen auszugestalten und anzuwenden. Dies ist auch das wirksamste Mittel zur Gewährleistung angemessenen Rechtsschutzes.

In entwickelten Rechtssystemen mit einer stark ausgeprägten Rechtsstaatlichkeit agieren nationale Gerichte in einem rechtlichen Umfeld, das sowohl kohärenter als auch vorhersehbarer ist und auch durch oberste Gerichte eine einheitlichere Rechtsprechung ermöglicht als die gegenwärtige ISDS-Praxis. Die in die spezifische gesellschaftliche und kulturelle Situation eingeflochtenen nationalen Gerichte sind die

⁵ Die Frage des Vorrangs nationalen Rechtsschutzes vor ISDS wurde unter den Teilnehmern kontrovers diskutiert. Wie auch in der öffentlichen Debatte bestanden teilweise erhebliche Bedenken gegenüber einer „Alternativität“ von nationalem Rechtsweg und völkerrechtlicher Schiedsgerichtsbarkeit bei grundsätzlich funktionierenden Rechtssystemen. Gleichwohl gab es angesichts der praktischen Erfahrungen eine klare Tendenz gegen die ausdrückliche Bedingung einer Pflicht zur Nutzung nationalen Rechtsschutzes vor ISDS.

sachnächste Streitbeilegungsinstanz und daher im Grundsatz vorzugswürdig. Zudem können bei nationalen Gerichten Fehlentscheidungen im Gegensatz zum aktuellen ISDS-Modell durch Berufungs- bzw. Revisionsinstanzen einfacher korrigiert werden.

Darüber hinaus können nationale Gerichte ein einheitliches Forum bieten, innerhalb dessen ein Rechtsstreit sowohl hinsichtlich der Frage entschieden wird, ob die angefochtene gaststaatliche Maßnahme im Einklang mit innerstaatlichem Recht steht, als auch bezüglich der Frage, ob diese mit den völkerrechtlichen Pflichten des Gaststaates vereinbar ist. Selbst wenn nationale Gerichte an der direkten Anwendung der völkerrechtlichen Regeln in einem Investitionsschutzkapitel gehindert wären, wäre dies noch kein Argument gegen einen grundsätzlichen Vorrang vor Schiedsklagen. Der Schutz vor Missbrauch staatlicher Gewalt ist eine „Standardaufgabe“ innerstaatlichen Rechts. In entwickelten Systemen sollte der entsprechende Standard im Allgemeinen nicht hinter demjenigen auf internationaler Ebene – d.h. im internationalen Investitionsschutzrecht – zurückfallen. Gerade Deutschland verfügt über ein funktionierendes Rechtssystem, das grundsätzlich ein angemessenes Maß an Rechtsschutz für in- und ausländische Investoren gewährt. Dieser Standortvorteil im Bereich der Rechtspflege darf nicht neutralisiert werden.

Gleichwohl erscheint es sinnvoll, den Investoren auch in Staaten mit entwickelten Rechtssystemen zu ermöglichen, vor ein Schiedsgericht zu ziehen. Auch Gerichte in Rechtsstaaten können gegen die in Investitionsschutzabkommen enthaltenen rechtsstaatlichen Mindeststandards verstoßen. Diesem entgegenzuwirken wäre unmöglich, würde man im Anschluss an Klagen vor nationalen Gerichten ISDS generell ausschließen. Auch eine Pflicht, bereits zu Beginn des Verfahrens endgültig zwischen ISDS und nationalem Rechtsschutz zu wählen, würde Unternehmen, die eigentlich erst den Gang vor die nationalen Gerichte suchen wollen, davon abschrecken, weil sie danach nicht mehr ISDS nutzen können. Dies wäre dem Ziel der Stärkung des nationalen Rechtsschutzes abträglich.

Schließlich ist die Tatsache zu berücksichtigen, dass TTIP und CETA für viele Modellcharakter für den künftigen weltweiten Investitionsschutz

haben. Diese Abkommen müssen – auch wenn sie mit Rechtsstaaten geschlossen werden – die Auswirkungen von Änderungen auf das weltweite Investitionsschutzniveau berücksichtigen und dürfen nicht durch ihre Ausgestaltung den Abschluss von Abkommen mit anderen Handelspartnern auf hohem Investitionsschutzniveau, auch in Bezug auf ISDS, gefährden.

Die Vorschläge für die Präambel und den Vertragstext sollen all diese Erwägungen widerspiegeln. So soll die Nutzung nationaler Gerichte im Rahmen der Begründetheit der Prüfung eines Rechtsverstoßes v. a. in Bezug auf ein mögliches Mitverschulden und die Schadensberechnung Berücksichtigung finden. Im Hinblick auf die Zulässigkeit ist entsprechend dem CETA-Entwurf zwar keine vorherige Ausschöpfung des nationalen Rechtswegs vorgesehen, aber immerhin ausgeschlossen, dass gleichzeitig parallel vor nationalen Gerichten und Investor-Staat-Schiedsgerichten auf Schadenersatz geklagt werden kann. Schiedsgerichte müssen eine Rücknahme der Maßnahme oder Kompensation nach nationalem Recht berücksichtigen.⁶ Auch sind 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 verpflichtet.⁷

b) Stärkere Berücksichtigung nationaler Gerichtsentscheidungen durch Schiedsgerichte

Article X.27: Applicable Law and Interpretation

[...]

- [3.] Where a case has already been decided by a domestic court the Tribunal shall, in general, respect this decision and the underlying balance of interests.

Erläuterung

Es ist wichtig, dass bei Investor-Staat-Schiedsverfahren in Fällen, in denen der Investor vor einem nationalen Gericht oder gar einem höchsten oder Verfassungsgericht bereits gescheitert ist, die Entscheidung dieses Gerichts und die Begründung des Urteils grundsätzlich auch durch das Schiedsgericht beachtet wird. Das nationale Gericht hat in der Regel bereits eine umfassende Sachverhaltswürdigung und eine Abwägung der betroffenen Rechtsgüter und Interessen vorgenommen, die auch eventuelle nationale Besonderheiten einbezieht.

⁶ Vgl. Art. X.36 (3) CETA-Text lautet: "[...] For the calculation of monetary damages, the Tribunal shall also reduce the damages to take into account any restitution of property or repeal or modification of the measure".

⁷ Vgl. Art. X.23 CETA-Text.

2. Auswahl der Schiedsrichter, Unabhängigkeit, Neutralität

Article X.25: Constitution of the Tribunal

- [1.] Unless the disputing parties have agreed to appoint a sole arbitrator, the Tribunal shall comprise three arbitrators. One arbitrator shall be appointed by each of the disputing parties and the third, who will be the presiding arbitrator, shall be appointed by agreement of the disputing parties. If the disputing parties agree to appoint a sole arbitrator, the disputing parties shall seek to agree on the sole arbitrator.
- [2.] If a Tribunal has not been constituted within 90 days from the date that a claim is submitted to arbitration, or where the disputing parties have agreed to appoint a sole arbitrator and have failed to do so within 90 days from the date the respondent agreed to submit the dispute to a sole arbitrator, the ~~Secretary-General of ICSID~~ appointing authority of the chosen arbitration institution or any other appointing authority determined by the parties to the dispute (competent appointing authority) shall appoint the arbitrator or arbitrators not yet appointed in accordance with paragraph 3.
- [3.] The ~~Secretary-General of ICSID~~ competent appointing authority shall, upon request of a disputing party, appoint the remaining arbitrators from the list established pursuant to paragraph 4, in principle, in the order established therein. In the event that such list has not been established on the date a claim is submitted to arbitration, the ~~Secretary-General of ICSID~~ competent appointing authority shall make the appointment at his or her discretion taking into consideration nominations made by either Party and, to the extent practicable, in consultation with the disputing parties. The ~~Secretary-General of ICSID~~ competent appointing authority may not appoint as presiding arbitrator a national of either [the other contracting party] or a Member State of the European Union unless all disputing parties agree otherwise.

Erläuterung

Das investitionsrechtliche Schiedswesen ist bislang relativ verschlossen und intransparent. Es besteht Besorgnis in Bezug auf die Unabhängigkeit und Neutralität der Schiedsrichter. Auch um die Legitimität und Akzeptanz der Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit zu erhöhen, muss die Auswahl der Schiedsrichter deshalb transparenter, objektiver und besser nachvollziehbar werden. Hierfür sind Änderungen an den Bestimmungen zur Errichtung und Besetzung des Schiedsgerichts erforderlich. Das durch CETA konstituierte Verfahren der Streitbeilegung wird dem nicht gerecht. Insbesondere können auf diese Weise nicht die Befürchtungen hinsichtlich der Besorgnis der Voreingenommenheit bzw. Befangenheit von Schiedsrichtern und Schiedsinstitutionen nachhaltig zerstreut werden.

Gerade die Rolle der Schiedsinstitutionen – etwa die von ICSID –, die die Verfahren koordinieren, erscheint verbesserungsbedürftig, weil noch immer der Anschein einer möglicherweise illegitimen politischen Einflussnahme auf die Richterwahl besteht. Dies betrifft insbesondere die Auswahl des gemeinsamen, dritten, vorsitzenden Schiedsrichters, wenn sich die Schiedsrichter der Streitparteien nicht auf diesen einigen können. Dann erfolgt – auch nach dem CETA-Entwurf – die Benennung durch den ICSID-Generalsekretär aus einer vorher von den Vertragsparteien zusammengestellten Liste von potentiell vorsitzenden Schiedsrichtern. Traditionell kommt innerhalb des ICSID-Sekretariats gewissen Staaten eine dominantere Rolle zu als anderen. Auch wenn mit der Vorlage der vorgenannten Liste das Ermessen des ICSID-Generalsekretärs eingeschränkt wird, ist dem Prozess der Ernennung ein gewisses politisches Element nicht völlig abzusprechen.

Eine Methode, eine mögliche Parteilichkeit der Schiedsinstitutionen bei der Ernennung des dritten Schiedsrichters zu reduzieren bzw. auszuschließen, könnte die Einführung eines objektiven Elements im Auswahlprozess des zu bestellenden Schiedsrichters sein. Eine einfache aber effektive Möglichkeit wäre das Führen einer Liste von hochqualifizierten Schiedsrichtern, die prinzipiell in fester Reihenfolge ihres Erscheinens auf der Liste ernannt werden und erst wiederernannt werden können, wenn die Liste „erschöpft“ wor-

- [4.] Pursuant to Article X.42(2)(a), the Committee on Services and Investment shall establish, and thereafter maintain, a list of individuals who are willing and able to serve as arbitrators and who meet the qualifications set out in paragraph 5. It shall ensure that the list includes at least ~~15~~ 90 individuals. ~~Individuals may apply to the Committee on Services and Investment to be included in this list. The Committee on Services and Investment shall include the individual if he or she qualifies as arbitrator in accordance with paragraph 5.~~ The list shall be composed of three sub-lists each comprising at least ~~five~~ 30 individuals: one sub-list for each Party, and one sub-list of individuals who are neither nationals of ~~[the other contracting party]~~ nor the Member States of the European Union to act as presiding arbitrators.⁸
- [5.] Arbitrators appointed pursuant to this Section shall have expertise or experience in public international law, in particular international investment law. It is desirable that they have expertise or experience in international trade law and the resolution of disputes arising under international investment or international trade agreements.
- [6.] Arbitrators shall be independent of, and not be affiliated with or take instructions from, a disputing party or the government of a Party with regard to trade and investment matters. Arbitrators shall not take instructions from any organisation, government or disputing party with regard to matters related to the dispute. Arbitrators shall comply with the International Bar Association Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration or any supplemental rules adopted pursuant to Article X.42(2)(b) (Committee on Services and Investment). Arbitrators who serve on the list established pursuant to paragraph 3 shall not, for that reason alone, be deemed to be affiliated with the government of a Party.
- [...]

den ist. Eine solche Schiedsrichterliste ist bereits in CETA vorgesehen. Lediglich das Verfahren der Ernennung müsste spezifiziert werden.

Insbesondere sollte sichergestellt werden, dass die auf der CETA-Liste genannten Persönlichkeiten nicht der Besorgnis der Befangenheit ausgesetzt werden, weil der Anschein besteht, „Wohlgefallen“ in einem CETA-Schiedsfall würde sich durch Benennung in weiteren Schiedsverfahren, die auf der Grundlage derselben oder anderer Investitionsschutzabkommen stattfinden, „auszahlen“. Hier sollten im CETA-Abkommen nicht nur möglichst objektive Auswahlkriterien formuliert, sondern es sollte auch kritisch hinterfragt werden, ob die Benennung des ICSID-Generalsekretärs als „appointing authority“ im Interesse der EU und ihrer Mitgliedstaaten liegt. Auch die Ernennungsmechanismen/-körper der anderen Schiedsinstitutionen sind zu berücksichtigen. Entsprechend wurde der Verweis auf den Generalsekretär von ICSID durch einen Verweis auf die „zuständige Institution“ ersetzt.

Zudem wird in Wissenschaft und Politik am Einsatz von Ad-hoc-Schiedsrichtern selbst – deren berufliche Rolle als Schiedsrichter und Parteivertreter je nach Fall wechseln kann – Anstoß genommen. Aufgrund des Inhalts von Investitionsschutzabkommen – CETA wird hier keine Ausnahme sein – erheben fast ausschließlich Investoren Schiedsklagen. Auch wenn bisher die überwiegende Anzahl an Verfahren von Staaten gewonnen werden, besteht zum Teil die Besorgnis, dass in der Öffentlichkeit der Eindruck entsteht oder verstärkt wird, dass ein Schiedsrichter ein Interesse daran haben könnte, ein Investitionsschutzkapitel derart zugunsten von Investoren auszulegen, dass dadurch neue Schiedsklagen ermöglicht oder erleichtert werden, um neue Aufträge zu generieren. Zudem werden häufig ältere Schiedssprüche zur Auslegung von Klauseln in denselben oder anderen Investitionsschutzkapiteln herangezogen. Hierbei kommt es zuweilen zu einer mit dem allgemeinen Völkerrecht schwerlich vereinbarten „Migration“ von Auslegungen ähnlich formulierter Vorschriften zwischen verschiedenartigen Abkommen. Dies birgt nicht nur die inhärente Gefahr einer Unausgewogenheit in der Auslegung und Anwendung

⁸ Die Zweckmäßigkeit einer Liste und die Frage, ob diese abgeschlossen sein sollte, wurden vertieft diskutiert. Auch wenn eine Liste viele Probleme aufwirft, wurde hier eine Kompromisslinie entwickelt.

von Investitionsschutzabkommen, sondern führt auch zu einer Verwicklung, die von außen die Sorge der Befangenheit und fehlenden Neutralität und Unabhängigkeit der Schiedsrichter weiter nährt.

Ein ständiges internationales Investitionsschutzgericht, das über angestellte, auf Zeit auf ihre Rolle festgelegte Richter verfügt und auf der Grundlage eines multilateralen Investitionsschutzabkommens entscheidet, wird als ein Lösungsansatz diskutiert. Es würde die derzeit stark in der Kritik stehenden Schiedsinstitutionen und Ad-hoc-Schiedsrichter ersetzen. Bisher war ein solches stehendes Gericht international nicht durchsetzbar. Auch in den kommenden Jahren scheint es offen, ob sich dafür eine Mehrheit unter den Staaten findet. Der Aufbau eines ständigen Gerichts ist im Hinblick auf den Aufwand und die Kosten nur bei einer ausreichenden Anzahl an teilnehmenden Staaten sinnvoll und wirtschaftlich zumutbar. Darüber hinaus dürfte der Aufbau relativ viel Zeit in Anspruch nehmen.

Vor allem ist zweifelhaft, ob ein solches stehendes Gericht in der ersten Instanz überhaupt erforderlich ist. Das Modell der Schiedsgerichtsbarkeit hat sich trotz des dargestellten Reformbedarfs insbesondere aus Sicht der deutschen Außenwirtschaftsförderung grundsätzlich bewährt. Daher könnten bereits die Einrichtung einer Berufungsinstanz und die beschriebenen Reformen – insbesondere in Bezug auf die Transparenz der Verfahren und die Auswahl der Schiedsrichter – den Bedenken gerecht werden und ausreichen, um die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit fit für die nächsten Jahrzehnte zu machen.

Außerdem ist nicht zu vergessen, dass die freie Wahl der Schiedsrichter auch Vorteile hat. Sie ermöglicht die Wahl von Schiedsrichtern, die besondere Sachkenntnisse oder Erfahrungen im jeweiligen Bereich haben. Das Recht zur Auswahl der Schiedsrichter ist zudem ein zentraler Aspekt der Schiedsgerichtsbarkeit. Vorgefertigte Listen von Schiedsrichtern oder ein abschließender Katalog von wenigen Schiedsrichtern, wie bisher in CETA vorgeschlagen, könnten da kontraproduktiv sein und – gerade wenn sie nur eine sehr kleine Anzahl von Schiedsrichtern beinhalten – eher den Missbrauchsverdacht nähren als ihn beseitigen. Eine der Führung von Listen inhärente Vorauswahl vermeintlich geeigneter Personen als

3. Rechtsmittelinstanz

Article X.42: Committee

[2.] The Committee on Services and Investment shall provide a forum for the Parties to consult on issues related to this Section, including:

[(c)] whether, and if so, under what conditions, a permanent appellate mechanism ("Investment Appeals Court") between [the other contracting party] and the EU with judges appointed by [the other contracting party] and the EU could be created under the Agreement to review, on points of law, awards rendered by a tribunal under this Section, or whether awards rendered under this Section could be subject to such an appellate mechanism developed pursuant to other institutional arrangements. Such consultations shall take into account the following issues, among others:

[(i)] the establishment, the nature, and composition of an appellate mechanism;

[(ii)] the applicable scope and standard of review;

[(iii)] the establishment of an admissibility procedure allowing for the admission of an appeal only in cases of arbitrary or abusive deci-

Schiedsrichter darf zudem nicht dazu führen, dass politisch genehme Personen der Vertragsstaaten ausgesucht werden. Zumindest bei der Auswahl der ersten beiden Schiedsrichter jeder Seite – im Unterschied zur Wahl des vorsitzenden Schiedsrichters – spricht daher einiges dagegen, die Auswahlmöglichkeiten zu stark zu beschränken, zumindest wenn die Schiedsrichter über die entsprechenden Qualifikationen verfügen. Eine geschlossene Liste erscheint insofern problematisch. Der hier unterbreitete Kompromissvorschlag geht dahin, dass Selbstbewerbungen qualifizierter Personen zur Aufnahme in die Liste ermöglicht werden.

Erläuterung

Im Rahmen der Reform des Investitionsschutzrechts ist die Frage einer Berufungs- oder Rechtsmittelinstanz besonders diskutiert worden. Da Schiedssprüche bislang nur unter sehr begrenzten Voraussetzungen oder gar nicht vor nationalen Gerichten angefochten werden können, besteht aufgrund einzelner missbräuchlicher Klagen die Sorge, dass öffentliche Interessen bei Schiedsverfahren nicht ausreichend berücksichtigt werden. Eine Rechtsmittelinstanz hätte den Vorteil, dass Investoren und Gaststaaten die Möglichkeit hätten, ggf. unrichtige Schiedssprüche überprüfen zu lassen. Langfristig könnte eine zentrale Einrichtung für Rechtsmittelverfahren zudem zu einer einheitlicheren Auslegung und damit zu mehr Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit von Urteilen auf der Grundlage desselben Abkommens führen. Gleichzeitig darf es nicht zu einer erheblichen Verzögerung der Streitbeilegung oder zu erheblichen Kostenbelastung kommen. Gerechtigkeit kann auch durch Zeitablauf und prohibitive Kosten verloren gehen.

Langfristig könnte eine Rechtsmittelinstanz sogar in einem internationalen Investitionsgericht aufgehen oder in dieses integriert werden. Allerdings hat man sich bisher auf ein institutionalisiertes Gericht für Investitionsstreitigkeiten auf multilateralem Wege nicht einigen können. Daher ist man zunächst auf den bilateralen Weg verwiesen. Den Vertragsparteien soll innerhalb von drei Jahren ein Vorschlag zur Errichtung einer ständigen Rechtsmittelinstanz durch das

sions or manifest errors of law by a tribunal;

[(iv)] transparency of proceedings of an appellate mechanism;

[(v)] the effect of decisions by an appellate mechanism;

[(vi)] the relationship of review by an appellate mechanism to the arbitration rules that may be selected under Article X.22 (Submission of a Claim to Arbitration); and

[(vii)] the relationship of review by an appellate mechanism to domestic laws and international law on the enforcement of arbitral awards.

The Committee on Services and Investment shall present its final proposals on the establishment of an appellate mechanism three years after entry into force of this agreement at the latest for the further consideration of the Parties.⁹

Until a permanent appellate mechanism has been established and is functioning, a disputing party may appeal a partial or final award which amounts to an outrage, to bad faith, or to willful neglect of duty, on grounds of manifest errors of law which, if corrected, alter the ultimate result of the award.

Upon receipt of the appeal, the [President of the International Court of Justice] shall appoint three arbitrators ("ad hoc appellate tribunal"). Two members may hold the respective nationality of the disputing parties. The third presiding member may not hold the nationality of either disputing party. The members of the ad hoc appellate tribunal shall comprise persons of highest moral character and have demonstrated a high level of professional independence and impartiality. They shall be recognized and respected experts of public international law, in particular interna-

entsprechende Vertragsgremium (bei CETA: Committee on Services and Investment) vorgeschlagen werden.

Die Richterbank einer ständigen Rechtsmittelinstanz könnte durch die Vertragsstaaten besetzt werden. Durch die Präsenz auch von Richtern aus Rechtstraditionen beider Vertragsstaaten könnte sichergestellt werden, dass Rechtsprinzipien, aber auch Gepflogenheiten und Befindlichkeiten beider Seiten ausreichend berücksichtigt werden.

Das Rechtsmittelverfahren muss allerdings auf die Aufhebung grob rechtswidriger oder missbräuchlicher Schiedssprüche begrenzt werden. Anderenfalls wäre mit einer umfassenden Inanspruchnahme der Anfechtungsmöglichkeit zu rechnen, was zu einer unnötigen Verfahrensverlängerung und einer damit verbundenen Kostensteigerung führen könnte. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen müssen daher entsprechend eng gefasst werden. Die Überprüfung muss sich außerdem auf Rechtsfragen beschränken. Zudem wäre der Zugang an eine entsprechende Zulassungsentscheidung einer ständigen Rechtsmittelinstanz zu knüpfen (analog dem certiorari-Verfahren vor dem Supreme Court). Eine Verfahrensverlängerung rechtfertigt sich nur bei Verfahren mit offensichtlichen Rechtsfehlern, die gravierende Auswirkungen auf das Ergebnis haben.

Bis zur Errichtung einer solchen Rechtsmittelinstanz könnten zunächst zwischenstaatliche Ad-hoc-Investitionsschiedsgerichte für Rechtsmittelverfahren vorgesehen werden, um größte rechtsfehlerhafte Schiedsurteile auch jetzt schon korrigieren zu können. Der Zugang zu diesen soll ähnlich restriktiv ausgestaltet sein wie der zu der zu errichtenden ständigen Rechtsmittelinstanz.

⁹ Eingefügt auf Grund verfassungsrechtlicher Bedenken hinsichtlich der Schaffung einer Rechtsmittelinstanz allein durch Körper der völkerrechtlichen Ebene (im Artikel genannte „Commission“).

tional investment law. They shall be available at all times and on short notice during their appointment. They shall serve in their individual capacity and decide on a neutral basis.

The appeal shall be filed by a disputing party within four weeks of an award of the tribunal and must be admitted or rejected as inadmissible for review by the ad hoc appellate tribunal within four weeks upon its constitution on the basis of a summary evaluation. The final decision of the ad hoc appellate tribunal on an appeal shall be rendered within twelve weeks.

The arbitration rules selected for the governance of an arbitration on the basis of this agreement are applicable to the appeals arbitration to the extent deemed possible by the ad hoc appellate tribunal and not altered or amended by provisions of this agreement.

A final decision of the ad hoc appellate tribunal is binding and enforceable in the same way as an award of a tribunal constituted on the basis of this agreement is binding and enforceable. An award of a tribunal which (1) can be appealed, or (2) has been appealed and the appeal has neither been rejected nor finally decided is not binding and enforceable during this period.¹⁰

[...]

¹⁰ Kompromissvorschlag durch die Veranstalter.

4. Sammelklagen

Article X.22: Submission of a Claim to Arbitration

- [1.] If a dispute has not been resolved through consultations, a claim may be submitted to arbitration under this Section **only** by:
- [(a)] **one or more** investors of the other Party on its **or their** own behalf; or
 - [(b)] an investor of the other Party, on behalf of a locally established enterprise which it owns or controls directly or indirectly.
- [2.] **A claim submitted in the name of a class of claimants by a representative intending to conduct the proceedings by representing the interests of such claimants and making all decisions relating to the conduct of the claim on their behalf shall not be admissible.**¹¹
- [...]

Erläuterung

Die Reform der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit muss so ausgestaltet werden, dass deutsche und kontinentaleuropäische Rechtstraditionen gewahrt werden. Kontinentaleuropäisch bzw. deutsch geprägte Ansätze und Stimmen haben es zunehmend schwer. Dabei ist etwa das deutsche Recht häufig effizienter, kostengünstiger und berechenbarer als andere Rechtsordnungen und bietet damit spürbare Vorteile für die Wirtschaft. Der Herkunftshinweis "made in Germany" ist auch für das Recht Qualitätshinweis im internationalen Wirtschaftsverkehr. Bei der Reform von ISDS sollte daher im Sinne der Initiative von „Law Made in Germany“ besonders darauf geachtet werden, dass kontinentaleuropäische und deutsche Verfahrensgrundsätze gestärkt werden.

Keine Anerkennung sollten daher Sammelklagen erfahren, bei denen ein Kläger stellvertretend die Rechte zahlreicher oder gar einer bestimmten Kategorie von Investoren einklagt. Solche Klagen werfen zahlreiche Probleme auf, die sich bei Investor-Staat-Schiedsverfahren schwer lösen lassen. Auch tragen sie zum Schutz des einzelnen Investors wenig bei. Insbesondere ist die Gefahr des Missbrauchs und des Entstehens einer Klageindustrie nicht ganz von der Hand zu weisen. Besonders gefährlich sind Sammelklagen, wenn sie – vergleichbar den class actions in den USA – mit einem sog. Opt-out-Verfahren ausgestaltet werden. Dieses problematische Rechtsinstitut darf daher keinesfalls in Deutschland und Europa übernommen werden und entsprechend auch nicht Eingang in von der EU abgeschlossenen Investitionsschutzabkommen finden.

¹¹ Der Ausschluss von Sammelklagen wurde durch die Teilnehmer diskutiert. Von einzelnen Teilnehmern wird dies als ein Mittel angesehen, besseren Zugang zu ISDS herzustellen, vor allen Dingen für KMUs. Die Möglichkeit einer Verbindung von Verfahren (Art. X.41 Consolidation) wird nicht als ausreichend angesehen. Insgesamt wurde sich wegen der Missbrauchsgefahren jedoch mehrheitlich für den Ausschluss von Sammelklagen entschieden.

5. Zulässigkeitsvoraussetzungen und -prüfung

Article X.22:

Submission of a Claim to Arbitration

[...]

[3.] In order to admit a claim, the tribunal shall, on its own motion and in appraising the relevant legal and factual information submitted by the disputing parties, establish that an award in favor of the claimant may not seem entirely improbable from the outset, even if the information submitted by the Parties were assumed to be true.

Article X.29: Claims Manifestly without Legal Merit or Manifest Lack of Jurisdiction

[1.] The respondent may, no later than 30 days after the constitution of the tribunal, and in any event before the first session of the Tribunal, file an objection that a claim is manifestly without legal merit or that there is a manifest lack of jurisdiction.

[2.] An objection may not be submitted under paragraph 1 if the respondent has filed an objection pursuant to Article X.30 (Claims Unfounded as a Matter of Law).

~~[3.] The respondent shall specify as precisely as possible the basis for the objection.~~

[4.] On receipt of an objection pursuant to this Article, the Tribunal shall suspend the proceedings on the merits and establish a schedule for considering any objections consistent with its schedule for considering any other preliminary question.

[5.] The Tribunal, after giving the disputing parties an opportunity to present their observations, shall at its first session or promptly thereafter, issue a decision or award, stating the grounds therefor. In doing so, the Tribunal shall assume the alleged facts to be true unless the violation of the substantial standard is improbable or implausible or the allegations are contradictory.

[6.] This Article shall be without prejudice to the Tribunal's authority to address other objec-

Erläuterung

Zulässigkeitshürden zur Verhinderung missbräuchlicher und offensichtlich unbegründeter Klagen sind wichtig. Klagen, die allein dazu dienen, den Staat unter Druck zu setzen, sind herauszufiltern und in einem frühen Verfahrensstadium zu stoppen. Denn bereits die Anhängigkeit einer Klage führt zu einem großen Verwaltungsaufwand und kann den Staat zu Zugeständnissen bewegen, nicht nur weil sie Personal und finanzielle Mittel bindet, sondern allein durch die Rechtsunsicherheit, die sie verursacht.

Eine vorgeschaltete Zulässigkeitsprüfung ist deshalb auch im regulären Schiedsverfahren, nicht nur im diskutierten Berufungsverfahren, sehr wichtig. Sie muss möglichst einfach, schnell und kostengünstig ohne großen Verwaltungsaufwand auf der Basis klarer Kriterien erfolgen. Der CETA-Entwurf sieht insofern zwei verschiedene Verfahren vor. Auch wenn es zu den teilweise ähnlichen Regeln im Rahmen von ICSID bereits Fallpraxis gibt, muss jedoch klarer geregelt werden, unter welchen Voraussetzungen 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. Der CETA-Entwurf lässt dies vollkommen offen.

Insbesondere muss präzisiert werden, wann eine Klage „manifestly without legal merit“ ist (Art. X.29), da die Fallpraxis zu Rule 41(5) der ICSID Arbitration Rules insofern unterschiedliche Standards entwickelt hat. Der Begrifflichkeit nach geht es nur um die „legal merits“. Daher muss der vorgetragene Sachverhalt grundsätzlich als gegeben angesehen werden (so auch die Regelung in Art. X.29 (5)). Die bloße Behauptung einer Verletzung kann jedoch nicht ausreichen, jedenfalls dann nicht, wenn sie in sich widersprüchlich, nicht plausibel oder unwahrscheinlich ist oder der Klagegegner der Sachverhaltsdarstellung schlüssig widerspricht. Dies ist auch von einigen Schiedsgerichten festgestellt worden, wegen noch unterschiedlicher Auffassungen der Schiedsgerichte jedoch ausdrücklich zu ergänzen.

In Bezug auf die mögliche Verletzung eines Rechts des Investors setzt die Formulierung des CETA-Textes mit dem Begriff „manifestly“ hohe Anforderungen an die Zurückweisung einer Klage.

tions as a preliminary question or to the right of the respondent to object, in the course of the proceeding, that a claim lacks legal merit or jurisdiction.

Article X.30: Claims Unfounded as a Matter of Law

- [1.] ~~Without prejudice to a tribunal's authority to address other objections as a preliminary question or to a respondent's right to raise any such objections at any appropriate time,~~ The Tribunal shall address and decide as a preliminary question any objection by the respondent that, as a matter of law, a claim, or any part thereof, submitted pursuant to Article X.22 (Submission of a Claim to Arbitration) is not a claim for which an award in favour of the claimant may be made under this Section, even if the facts alleged were assumed to be true.
- [2.] An objection under paragraph 1 shall be submitted to the Tribunal no later than the date the Tribunal fixes for the respondent to submit its counter-memorial.
- [3.] If an objection has been submitted pursuant to Article X.29 (Claims Manifestly Without Legal Merit or manifest Lack of Jurisdiction), the Tribunal may, taking into account the circumstances of that objection, decline to address, under the procedures set out in this Article, an objection submitted pursuant to paragraph 1.
- [4.] On receipt of an objection under paragraph 1, and, where appropriate, after having taken a decision pursuant to paragraph 3, the Tribunal shall suspend any proceedings ~~on the merits~~, establish a schedule for considering the objection consistent with any schedule it has established for considering any other preliminary question, and issue a decision or award on the objection, stating the grounds therefor.
- [5.] This Article shall be without prejudice to a tribunal's authority to address other objections as a preliminary question or to a respondent's right to raise any such objections at any appropriate time.

Um die Klage als unzulässig zurückweisen zu können, muss die Klage klar und offensichtlich unbegründet sein. Die Darlegungslast wird zudem dem Klagegegner auferlegt. Stattdessen sollte bereits die Darlegungs- und Beweislast für die Rechtsverletzung im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung umgedreht und dem Kläger auferlegt werden: Wie im deutschen Prozessrecht müsste er dann zunächst darlegen, dass eine Rechtsverletzung möglich erscheint (Art. X.22). Diese Regelung würde wiederum durch die Zulässigkeitsprüfung ergänzt. Schließlich sollte nicht nur summarisch die Begründetheit, sondern auch die Zuständigkeit im Rahmen einer vorgeschalteten Zulässigkeitsprüfung geprüft werden können (vgl. Ergänzung in Art. X.29).

Soll trotz der vergleichbaren Zielrichtung neben Art. X.29 auch das Verfahren gemäß Art. X.30 zu Forderungen, die „unfounded as a matter of law“ sind, bestehen bleiben, so ist der Inhalt dieser Vorschrift von Art. X.30 genau abzugrenzen; ihr Verhältnis zueinander und ihre Voraussetzungen sind entsprechend seitens der Kommission und ihrer Verhandlungspartner zu präzisieren.

III. Zugang zum Rechtsschutz auch für kleine und mittlere Unternehmen

Article X.42: Committee

[1.] The Committee on Services and Investment shall provide a forum for the Parties to consult on issues related to this Section, including:

[...]

[(d)] the establishment of a special schedule of fees for party representatives and arbitrators and the establishment of a special dispute settlement schedule setting out fixed dates for the completion of the different procedural phases for disputes with a value of not more than 10 Million Euros ("small claims") with a view to accelerating the proceedings and, thereby, to facilitate access to dispute settlement also for small or medium-sized enterprises.

The Committee on Services and Investment shall present its final proposals on the establishment of a special schedule of fees for party representatives and arbitrators and a special dispute settlement schedule for small claims three years after entry into force of this agreement at the latest for the further consideration of the Parties.

Until a special schedule of fees for party representatives and arbitrators is established by the Parties for small claims, the fees have to be fixed as follows:

The fee of an arbitrator or presiding arbitrator respectively, including any expenses may not exceed:

15,000 or 22,000 Euros if the value of the dispute equals 500,000 Euros or less;

25,000 or 35,000 Euros if the value of the dispute equals 1,000,000 Euros or less;

35,000 or 45,000 Euros if the value of the dispute equals 5,000,000 Euros or less;

Erläuterung

Kleine und mittlere Unternehmen (KMUs) sind bei Investitionsstreitigkeiten in ihrem Gaststaat besonders herausgefordert. Ihnen stehen seltener Gesprächskanäle zu den politischen und administrativen Entscheidungsträgern in ihrem Gast- und Heimatstaat zur Verfügung, durch die womöglich Konflikte frühzeitig ausgeräumt werden können. Auch sind KMUs regelmäßig nicht in der Lage, Schiedsverfahren auf der Grundlage von Investitionsschutzabkommen zu führen, da sie mit dem Aufwand und den Kosten (durchschnittlich ca. 8 Mio. US-Dollar pro Verfahren; 3-4 Mio. US-Dollar pro Seite), die auch teilweise in der Länge der Verfahren begründet sind, überfordert sind. Auf dem heimischen Markt – verstanden als der nationale und mit Blick auf europäische KMUs auch der Binnenmarkt – befürchten KMUs, dass ausländische Unternehmen durch ein „besonderes Klagerecht“ Vorteile im Wettbewerb erlangen könnten. Auch wenn das Problem der unterschiedlichen Behandlung in- und ausländischer Wettbewerber mit Blick auf CETAs ausbalancierteren Schutzstandards heute weniger kritisch erscheint, so stellen die Kosten – aber auch die Komplexität – investitionsschutzrechtlicher Verfahren damit eine ernstzunehmende Hürde für die effektive Wahrnehmung entsprechender Garantien dar.

Die im CETA-Text zu findenden KMU-bezogenen Regelungen werden diesem Problem nicht gerecht. Einzig Art. X.22 (5) CETA schlägt vor, dass die Schiedsbeklagte im Falle von KMUs auf deren Wunsch möglichst einem Verfahren unter einem Einzelschiedsrichter zustimmen soll. Allerdings stellen die Kosten für Schiedsrichter nur einen relativ kleinen Posten in der Gesamtkostenkalkulation dar. Zudem ist aus prozesstaktischen Gründen kaum zu erwarten, dass sowohl Schiedskläger als auch Schiedsbeklagte ohne weiteres auf „ihren“ Schiedsrichter verzichten werden. Die Regelung hilft daher nur bedingt weiter und reicht keinesfalls aus, um KMUs den Zugang zu ISDS zu ermöglichen.

40,000 Euros or 50,000 Euros if the value of the dispute exceeds 5,000,000 Euros.

The total fees of party representatives or a disputing party may not exceed:
50,000 Euros if the value of the dispute equals 500,000 Euros or less,
85,000 Euros if the value of the dispute equals 1,000,000 Euros or less,
150,000 Euros if the value of the dispute equals 2,000,000 Euros or less,
200,000 Euros if the value of the dispute equals 3,000,000 Euros or less,
300,000 Euros if the value of the dispute equals 4,000,000 Euros or less,
400,000 Euros if the value of the dispute equals 6,000,000 Euros or less,
500,000 Euros if the value of the dispute exceeds 6,000,000 Euros.

If the value of the dispute exceeds 10,000,000 Euros this provision does not apply.¹²

Until a special dispute settlement schedule for small claims is established by the Parties, a claim submitted follows, to the extent applicable, the schedule provided for panel proceedings under the 1994 WTO Dispute Settlement Understanding.

Vielmehr bedarf es eines entschiedenen Vorgehens seitens der Vertragsstaaten durch Regelungen sowohl im Abkommen selbst als auch innerhalb der nationalen Rechtsordnungen. Zur Senkung der Kosten sollten auf der Ebene des Abkommen zweierlei Maßnahmen umgesetzt werden:

Erstens sollte für kleinere Schadensfälle (nicht mehr als 10 Mio. Euro Streitwert) eine besondere Gebührenordnung geschaffen werden, die den finanziellen Möglichkeiten von KMUs, die häufig derartige Verfahren einleiten werden, eher entspricht: Gebühren für Anwälte und Schiedsrichter richten sich dann nach dem Streitwert im konkreten Fall. Stundensätze, Tagessätze sowie insgesamt abrechenbare Gebühren werden mit einer realistischen Obergrenze versehen (so der Regelungsvorschlag hier). Alternativ könnten diese durch Pauschalbeträge ersetzt werden.

Zweitens könnte diese besondere Gebührenordnung darüber hinaus verbunden werden mit einem strikteren Zeitregime für die Durchführung des Verfahrens. Solange die Vertragsparteien noch kein spezifisches Zeitregime im Rahmen des Committee on Services and Investment vereinbart haben, sollten Verfahren mit kleineren Schadenersatzforderungen sinngemäß dem strikten prozessualen Zeitrahmen des Dispute Settlement Understanding (DSU) der WTO für sog. Panelverfahren (vgl. insb. Art. 4.7, 12.9 DSU) folgen. Für diese Panelverfahren ist eine Entscheidung innerhalb von knapp einem Jahr vorgesehen.

Auf nationaler bzw. europäischer Ebene können für KMUs Programme aufgelegt werden, die die finanziellen und organisatorischen Hürden des Zugangs zu einem Investor-Staat-Schiedsgericht auf der Grundlage eines Investitionsschutzabkommen beseitigen oder zumindest senken und damit den Zugang zu diesen erleichtern. Investitionsgarantieregime für KMUs, etwa solche, die im Rahmen der Auslandsgeschäftsabsicherung durch die Bundesrepublik Deutschland implementiert wurden, könnten erweitert und verbunden werden mit einer „Rechtsschutzversicherung“ für den Fall eines Schiedsverfahrens.

¹² Die Deckelung der Gebühren wurde unter einigen Teilnehmern kontrovers diskutiert. Teilweise wurde auch die Begrenzung der Kostenerstattung auf einen bestimmten Gebührensatz ins Spiel gebracht.

In den Mitgliedstaaten oder bei der Europäischen Kommission kann eine Stelle eingerichtet werden, die KMUs nicht nur abstrakt über die in Rahmen von Investitionsschutzabkommen bestehenden Rechtsschutzmöglichkeiten informiert, sondern auch nach einer summarischen Prüfung Prozesskostenhilfe für Investor-Staat-Schiedsverfahren gewährt oder rechtliche Dienstleistungen zur Verfügung stellt („technical assistance“). Diese Dienstleistungen in Form von Rechtsberatungskapazitäten könnte die zuständige Stelle gar europaweit ausschreiben und beschaffen und dadurch Mengenrabatte realisieren, die dann an die KMUs weitergegeben werden könnten.