

Deutscher Bundestag
19. Wahlperiode
Ausschuss für Wirtschaft und Energie

Ausschussdrucksache 19(9)42
4. Juni 2018



FRIEDRICH-ALEXANDER
UNIVERSITÄT
ERLANGEN-NÜRNBERG

FACHBEREICH
RECHTSWISSENSCHAFT

**Lehrstuhl für Öffentliches Recht und
Völkerrecht**

Dr. Rhea Tamara Hoffmann

Schillerstraße 1, 91054 Erlangen
rhea.hoffmann@fau.de
<https://www.rph1.rw.fau.de/>

Erlangen, den 31. Mai 2018

**Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung „Investitionsgerichtshof (BT-Drs. 19/97,
19/1694, Ratsdok.-Nr. 12131/17)“ im Ausschuss für Wirtschaft und Energie des Deutschen
Bundestages am 6. Juni 2018**

I. Einleitung

**II. Legitimitätskrise und Initiativen für die Reform des internationalen
Investitionsschutzregimes**

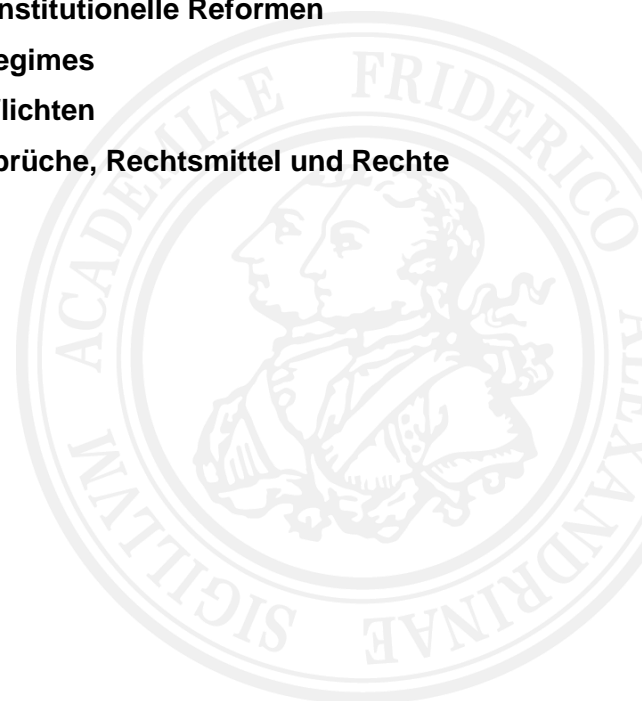
- 1. Klassische Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit**
- 2. Bilaterales Investitionsgerichtssystem**
- 3. Multilateraler Investitionsgerichtshof**

III. Defizite des MIC-Mandats – Beschränkung auf institutionelle Reformen

IV. Zukunftsfähige Reform des Investitionsschutzregimes

- 1. Materiell-rechtliche Reformen: Investorenpflichten**
- 2. Verfahrensrechtliche Reformen: Gegenansprüche, Rechtsmittel und Rechte
Dritter**
- 3. Mögliche Verhandlungsforen**

V. Zusammenfassung



I. Einleitung

Am 20. März 2018 erteilte der Rat der Kommission das Mandat für die Verhandlungen über einen Vertrag zur Errichtung eines multilateralen Investitionsgerichts.¹ Mit diesem Schritt versucht die EU das traditionelle Schlichtungssystem der Investor-Staat-Streitbeilegung in Investitionsschutzabkommen (Investor-State Dispute Settlement, ISDS) durch ein vertraglich verankertes multilaterales Investitionsgericht (MIC) zu ersetzen. Der Ansatz der Kommission ist eine Reaktion auf die Herausforderungen der Investor-Staat-Streitbeilegung, die als inkonsequent, nicht ausreichend demokratisch legitimiert, intransparent und als zu Gunsten der Interessen von Investoren verzerrt wahrgenommen wird.² Bisher hat die Kommission diesem neuen Projekt bereits große Bedeutung beigemessen und sich in verschiedenen internationalen Gremien intensiv dafür eingesetzt. Nachdem die Arbeitsgruppe III der Kommission der Vereinten Nationen für Handelsrecht (UNCITRAL) für die Evaluierung des Reformbedarfs der Investor-Staat-Streitbeilegung mandatiert wurde, finden innerhalb dieser Arbeitsgruppe Gespräche statt. Je nach Voranschreiten des Prozesses im Rahmen der UNCITRAL Arbeitsgruppe III, könnten konkrete multilaterale Verhandlungen über einen MIC prinzipiell beginnen. Derzeit ist in Bezug auf die teilnehmenden Staaten jedoch noch kein Konsens in dieser Frage zu erkennen.

Die vorliegende Stellungnahme nimmt zu den gegenwärtigen Bestrebungen zur Umsetzung eines MIC in drei Schritten Stellung. Zu Beginn werden die bisher diskutierten Defizite der Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit und bestehende Reformbemühungen der EU dargestellt (II.). Daran anschließend befasst sich der nächste Abschnitt mit der Entwicklung eines MIC und es werden die Defizite eines MIC auf Grundlage des Verhandlungsmandats der EU Kommission analysiert (III.). Im dritten und letzten Schritt soll aufgezeigt werden, wie langfristig solche Defizite überwunden werden könnten (IV). Die Stellungnahme schließt mit einer kurzen Zusammenfassung (V.)

II. Legitimitätskrise und Initiativen für die Reform des internationalen Investitionsschutzregimes

1. Klassische Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit

Während die Zahl der internationalen Investitionsabkommen und der auf der Grundlage dieser Abkommen beigelegten Streitigkeiten weiter steigt,³ wird die Legitimität des internationalen Investitionsregimes zunehmend in Frage gestellt.⁴ Im Fokus dieser Kritik des internationalen

¹ Siehe Negotiating directives for a Convention establishing a multilateral court for the settlement of investment disputes, 12981/17 ADD 1 DCL 1, 20 März 2018, abrufbar unter <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12981-2017-ADD-1-DCL-1/en/pdf> (zuletzt abgerufen am 31.5.2018).

² Für eine kurze Zusammenfassung der Bedenken siehe UNCTAD, Improving Investment Dispute Settlement: UNCTAD Policy Tools, IIA Issues Note No. 4, November 2017, S. 5 f., abrufbar unter <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Publications/Details/182> (zuletzt abgerufen am 31.5.2018).

³ Nach Zahlen der UNCTAD ist die Anzahl bekannter Streitfälle auf Grundlage von Investitionsschutzabkommen bis Ende 2017 auf 855 gestiegen. Siehe UNCTAD, Investment Dispute Settlement Navigator, abrufbar unter <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS> (zuletzt abgerufen am 31.5.2018).

⁴ Siehe hierzu die Beiträge in Steffen Hindelang/Markus Krajewski (Hrsg.), Shifting Paradigms in International Investment Law - More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified, 2016.

Investitionsschutzrechts steht, dass die Vereinbarungen und ihre Anwendung im Rahmen des Investor-Staat-Streitbeilegungsverfahrens negative Auswirkungen auf die Regulierungsfähigkeit des Staates im öffentlichen Interesse haben können. In jüngster Zeit haben manche Staaten begonnen, sich aus dem System zurückzuziehen, indem sie ihre bilateralen Investitionsabkommen kündigten oder sich aus regionalen und multilateralen Verträgen zurückzogen. Angesichts dieser "Legitimitätskrise"⁵ des internationalen Investitionsschutzregimes haben viele Beobachter, darunter viele, die generell für den Investitionsschutz sind, akzeptiert, dass das System reformiert werden muss.⁶

2. Bilaterales Investitionsgerichtssystem

Als die Europäische Union 2009 durch den Vertrag von Lissabon die Zuständigkeit für die Regulierung und Verhandlung von Abkommen über ausländische Direktinvestitionen erlangte, schien die Kommission auf die mit dieser Legitimitätskrise verbundene politische Dynamik nicht vorbereitet gewesen zu sein. Im Jahr 2015 führte die Europäische Kommission im Kontext der Verhandlungen für eine Transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft zwischen der EU und den USA (TTIP) eine öffentliche Konsultation durch, bei der deutlich wurde, dass am bisherigen System auch aufgrund der Tatsache, dass es sich um ein Schiedsgerichtsverfahren handelte, erhebliche Kritik bestand.⁷ Nachdem Vorschläge aus Deutschland und Frankreich, die Schaffung eines bilateralen Gerichts vorsahen⁸, hat sich die Kommission ebenfalls zu einem grundsätzlich neuen System bekannt und damit die Kritik an dem alten System der Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit bestätigt.

Ende November 2015 arbeitete die Kommission einen Vorschlag zur Einführung des sogenannten Investment Court Systems für TTIP aus, mit dem sie dann im Anschluss an den kanadischen Verhandlungspartner herantrat.⁹ Das neue Modell – das Investment Court System (ICS) oder bilaterales Investitionsgerichtshofsystem – wurde anschließend in das im Oktober 2016 unterzeichnete umfassende Wirtschafts- und Handelsabkommen CETA zwischen der EU und Kanada sowie in die noch ausstehenden Freihandelsabkommen zwischen der EU und

⁵ European Commission, Multilateral reform of investment dispute resolution, Commission Staff Work Document, SWD(2017) 302, 13 September 2017, S. 10-11.

⁶ Siehe hierzu die Beiträge in Hindelang/Krajewski (Hrsg.), Shifting Paradigms in International Investment Law - More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified, 2016. Für einen Überblick über Reformoptionen siehe UNCTAD, Improving Investment Dispute Settlement: UNCTAD Policy Tools, IIA Issues Note No. 4, November 2017, abrufbar unter <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Publications/Details/182> (zuletzt abgerufen am 31.5.2018).

⁷ European Commission, Online public consultation on investment protection and investor-to-state dispute settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement (TTIP), SWD(2015) 3 final, 13 January 2015.

⁸ Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) 2015: Modell-Investitionsschutzvertrag mit Investor-Staat-Schiedsverfahren für Industriestaaten unter Berücksichtigung der USA, https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/M-O/modell-investitionsschutzvertrag-mit-investor-staat-schiedsverfahren-gutachten.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (zuletzt abgerufen am 31.5.2018).

⁹ Im Kommissionsvorschlag zu TTIP wird das Streitbeilegungssystem als „Investment Court System“ bezeichnet, das aus dem sog. „Tribunal of First Instance“ und dem „Appeal Tribunal“ besteht. Vgl. Art. 9 ff. Transatlantic Trade and Investment Partnership: Trade in Services, Investment and E-commerce, Chapter II, EU's Proposal for Investment Protection and Resolution of Investment Disputes (Nov 2015), http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf (zuletzt abgerufen am 31.5.2018). Demgegenüber werden im CETA-Text allein die Bezeichnungen „Tribunal“ und „Appellate Tribunal“ verwandt ohne diese in Zusammenhang mit einem Gerichtssystem zu stellen.

Vietnam, und das Investitionsschutzabkommen zwischen der EU und Singapur integriert.¹⁰ Auch in das jüngst ausverhandelte Abkommen zwischen der EU und Mexiko fand das ICS Eingang.¹¹ Die Entscheidung, ob getrennte Verhandlungen von Handels- und Investitionsschutzfragen stattfinden, soll nach der jüngst ergangenen „Splitting-Entscheidung“ des Rats der Europäischen Union grundsätzlich von Fall zu Fall getroffen werden.¹² Für die Verhandlungen mit Australien und Neuseeland hat die Europäische Kommission keine Empfehlung für ein Verhandlungsmandat für ein separates Investitionsschutzabkommen vorgelegt.¹³ Ob Verhandlungen mit Japan in Bezug auf ein separates Investitionsschutzabkommen zu Ergebnissen führen werden, ist bisher offen.¹⁴ Ein entsprechendes Verhandlungsmandat hierfür liegt seit 2012 vor¹⁵ und die Verhandlungen in Bezug auf Handelsaspekte sind seit April 2018 abgeschlossen.¹⁶

Die Entscheidung der EU, zukünftig keine klassische Investor-Staat-Streitbeilegung in Abkommen aufzunehmen, und stattdessen andere Strukturen zu etablieren, lässt sich am besten anhand des CETA verdeutlichen. Besonders hervorzuheben ist, die in Artikel 8.29 des CETA-Textes vorgesehene Möglichkeit ein multilaterales Investitionstribunal mit Berufsstruktur zu etablieren. Die Klausel regt die Vertragsparteien dazu an, ein solches in Kooperation mit weiteren Handelspartnern für die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zu errichten. Sollte es hierzu kommen, kann der Gemischte CETA-Ausschuss beschließen, dass Investitionsstreitigkeiten zukünftig nach den Regeln eines solchen multinationalen Mechanismus beigelegt würden.

CETA reformiert zwar das gegenwärtige System des Investitionsschutzes, bietet ausländischen Investoren aber weiterhin prozedurale wie materielle Sonderrechte ohne ihnen konkrete Pflichten aufzuerlegen. Das vorgeschlagene Investitionsgerichtssystem mit einem Tribunal und einem Berufungstribunal enthält zudem Mängel bezüglich der richterlichen Unabhängigkeit. Diese ergeben sich vor allem aus zwei Umständen: zum einen erscheinen die Vergütungsregeln für die Mitglieder der Tribunale problematisch,¹⁷ zum zweiten können die Mitglieder der

¹⁰ EU Singapur Investment Protection Agreement (IPA), abrufbar unter http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/april/tradoc_156731.pdf (zuletzt abgerufen am 28.5.2018).

¹¹ Bei dem EU-Mexiko Freihandelsabkommen handelt es sich noch um ein solches mit Investitionsschutzkapitel, da die Verhandlungen zu diesem Abkommen schon sehr weit fortgeschritten waren als sich die Entscheidung der EU aufgrund des EuGH Gutachtens zum EU-Singapur Abkommen (EuGH Gutachten 2/15 v. 16.5.2017) abzeichnete, Handels- und Investitionsaspekte nunmehr in getrennten Abkommen zu verhandeln. Siehe hierzu auch Conclusions on the Negotiation and Conclusion of EU Trade Agreements, 8622/18, 22.5.2018, abrufbar unter <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8622-2018-INIT/en/pdf> (zuletzt abgerufen am 28.5.2018).

¹² Siehe Conclusions on the Negotiation and Conclusion of EU Trade Agreements, 8622/18, 22.5.2018 (oben Fn. 11).

¹³ Ibid.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Dieses wurde 2017 veröffentlicht. Siehe <http://www.consilium.europa.eu/media/23934/st15864-ad01re02dc01en12.pdf> (zuletzt abgerufen am 28.5.2018).

¹⁶ Siehe zum Abschluss der Verhandlungen zum EU-Japan Economic Partnership Agreement <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1837> (zuletzt abgerufen am 28.5.2018).

¹⁷ Um die Verfügbarkeit der Mitglieder des Tribunals zu gewährleisten, sieht Artikel 8.27 Absatz 12 CETA einen sogenannten „retainer fee“ (Grundvergütung) vor, dessen Höhe vom Gemischten CETA-Ausschuss zu bestimmen ist. Alle anderen Gebühren sollen sich nach Regulation 14(1) der Administrative and

Tribunale in anderen Verfahren weiter als Schiedsrichter auftreten.¹⁸ Darüber hinaus kommt in CETA dem klassischen System der Streitbeilegung weiterhin eine entscheidende Bedeutung zu, da auf diese prozessualen Regelungen verwiesen wird.¹⁹ Das ICS kann daher allenfalls eine hybride Stellung zwischen klassischer Schiedsgerichtsbarkeit und bilateralem Gericht einnehmen.²⁰

3. Multilateraler Investitionsgerichtshof

Die jüngste Entwicklung betrifft die Multilateralisierung des Investitionsgerichtssystems, die zu einem multilateralen Investitionsgerichtshof führen soll. Während zunächst der CETA-Text auf die politische Absicht verwies, die Etablierung eines multilateralen Investitionsgerichtshofs anzustreben,²¹ hat sich die Europäische Kommission sodann in verschiedenen zwischenstaatlichen Gremien für diesen Ansatz eingesetzt. Die Europäische Kommission entwickelte im Laufe des Jahres 2016 und im ersten Halbjahr 2017 auch unter Einbeziehung der Ergebnisse einer erneuten öffentlichen Konsultation²² einen konkreteren Vorschlag. Im September 2017 veröffentlichte sie den Vorschlag für einen Beschluss des Rates zur Genehmigung der Aufnahme von Verhandlungen über ein Übereinkommen zur Errichtung eines multilateralen Gerichtshofs für die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten.²³ Da der Rat den Beschluss im März 2018 angenommen hat, kann die Kommission förmliche Verhandlungen mit anderen interessierten Partnerländern über die Einrichtung des MIC seitdem aufnehmen.

Als geeignetes Verhandlungsforum wurde im Ergebnis die Kommission der Vereinten Nationen für Handelsrecht (UNCITRAL) angesehen, da dort eine kritische Anzahl von Mitgliedstaaten das Vorhaben unterstützte und auf ein Mandat für eine Arbeitsgruppe hinwirkte.

Auf ihrer Tagung im Juli 2017 hat die UNCITRAL auf Vorschlag der EU, Kanada, Mauritius, Südafrika und mehrerer lateinamerikanischer Länder der UNCITRAL-Arbeitsgruppe III das Mandat zur Aushandlung eines Übereinkommens erteilt. Nach Erteilung eines weiten Mandats zur Evaluierung des Reformbedarfs,²⁴ findet derzeit im Rahmen der Treffen der Arbeitsgruppe III der UNCITRAL ein dreistufiger Prozess statt, an dessen Ende möglicherweise Verhandlungen

Financial Regulation zur ICSID Konvention richten. Die Höhe wird von der/dem ICSID Generalsekretär /-in bestimmt und beträgt derzeit für einen Arbeitstag 3.000.- US-\$.

¹⁸ Da Nebentätigkeiten als Schiedsrichter in der klassischen Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit nicht im CETA-Text für die Mitglieder des Tribunals ausgeschlossen sind, setzen die in der Branche üblichen Tagessätzen von 3.000,- US-\$ potentiell einen finanziellen Anreiz diese Positionen nebenher zu begleiten.

¹⁹ Siehe Artikel 8.27 Absatz 16 CETA.

²⁰ Krajewski, Investitionsschutz in den neuen EU-Handelsabkommen am Beispiel des Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA), in: Kadelbach (Hrsg.), Die Welt und Wir – Die Außenbeziehungen der Europäischen Union, 2017, S. 117 ff.

²¹ Siehe Artikel 8.29 CETA.

²² Siehe zu den Ergebnissen zum „Questionnaire on options for a multilateral reform of investment dispute resolution“, abrufbar unter http://trade.ec.europa.eu/consultations/index.cfm?consul_id=233 (zuletzt abgerufen am 28.5.2018).

²³ Empfehlung für einen Beschluss des Rates über die Ermächtigung zur Aufnahme von Verhandlungen über ein Übereinkommen zur Errichtung eines multilateralen Gerichtshofs für die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten, KOM(2017) 493 endg.; Ratsdok.-Nr. 12131/17.

²⁴ Siehe Report of the United Nations Commission on International Trade Law Fiftieth session (3-21 July 2017), A/72/17, Rn. 263 f., abrufbar unter <http://www.uncitral.org/pdf/english/commissionersessions/unc-50/A-72-17-E.pdf> (zuletzt abgerufen am 31.5.2018).

über einen MIC stehen könnten.²⁵ Zunächst soll die Arbeitsgruppe Bedenken bezüglich der klassischen Investitionsschiedsgerichtsbarkeit identifizieren und erörtern. In einem zweiten Schritt soll erörtert werden, ob vor dem Hintergrund der gefundenen Bedenken Reformen wünschenswert sind. Im dritten und letzten Schritt kann die Arbeitsgruppe Vorschläge unterbreiten, wenn nach Schritt zwei beschlossen wird, dass Reformen erforderlich sind. Die Arbeitsgruppe wird dann der UNCITRAL Kommission Lösungsvorschläge unterbreiten. Derzeit befindet sich die Arbeitsgruppe noch auf der ersten grundlegenden Ebene. Das nächste der halbjährig stattfindenden Treffen ist für November 2018 angesetzt.

III. Defizite des MIC-Mandats – Beschränkung auf institutionelle Reformen

Im Folgenden werden die Defizite des Verhandlungsmandats der Europäischen Kommission für einen multilateralen Investitionsgerichtshof aufgezeigt, die maßgeblich auf dem engen Zuschnitt des Mandats beruhen.

Das internationale Investitionsschutzrecht, das überwiegend auf bilateralen Abkommen zwischen Staaten beruht, besteht aus materiellen Normen, die die Behandlung von ausländischen Investoren vorgeben. Ferner regeln die Abkommen, nach welchen verfahrensrechtlichen Regeln die Streitbeilegung erfolgen kann. Die Abkommen verweisen daher regelmäßig auf die ICSID-Konvention und die UNCITRAL-Schiedsregeln. Vor diesem Hintergrund erscheint es insbesondere defizitär, dass sowohl das Mandat der UNCITRAL-Arbeitsgruppe III als auch das Verhandlungsmandat der Europäischen Kommission einen engen institutionellen Ansatz verfolgen, d. h. lediglich die institutionellen Rahmenbedingungen der Streitbeilegung reformieren und weder weiterreichende Verfahrensrechte begründen noch materielle Reformen angehen. Bei dem Ansatz der Mandate steht fast ausschließlich die Frage im Fokus, in welchem Forum die Streitbeilegung erfolgen soll. Prozedurale Regeln werden allenfalls am Rande von den Mandaten tangiert und materielle Regeln der inhaltlichen Ausgestaltung des Investitionsschutzes sind von den Mandaten überhaupt nicht erfasst. Beide Mandate betreffen nur die Einrichtung eines multilateralen Investitionsgerichtssystems, das für bestehende und künftige Investitionsschutzabkommen zuständig wäre. Die beschlossenen Verhandlungsrichtlinien der Kommission beziehen sich nur auf die Zuständigkeit, die Zusammensetzung, die Transparenz und die Finanzierung des Mechanismus.

Die Verhandlungen werden daher keine wesentlichen Elemente des inhaltlichen Schutzes der Investitionsschutzabkommen, geschweige denn die Möglichkeit der Festschreibung von Verpflichtungen für Investoren betreffen. Auch Verfahrensfragen wie Widerklagen, Mitwirkungsrechte betroffener Stakeholder oder Beweislast werden aller Voraussicht nach nicht behandelt. Auch wenn das Verhandlungsmandat auf die "Möglichkeit der Einreichung von Interventionen Dritter" verweist, geschieht dies im Rahmen der Transparenz. Es handelt sich also um so genannte *amicus curiae* Einreichungen, die es Dritten (z.B. Einzelpersonen oder NGOs) nur erlauben, dem Gericht Argumente und Analysen vorzulegen, ihnen aber keine materiellen Rechte einräumen würden. In jedem Fall hätten die Opfer einer Menschenrechtsverletzung im Zusammenhang mit der Tätigkeit eines ausländischen Investors

²⁵ Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its thirty-fifth session (New York, 23-27 April 2018), United Nations, 14 May 2018, N A/CN.9/935, abrufbar unter http://www.uncitral.org/pdf/english/commission/sessions/51st-session/a-cn9-935_-_clean_submitted_ADVANCE_COPY.PDF (zuletzt abgerufen am 31.5.2018).

keine Stellung vor einem solchen Gericht. Es ist daher klar, dass das Modell des MIC, wie es derzeit vorgesehen ist, keinen Zugang zu Gerichten oder Rechtsmitteln gegen einen Investor vorsieht.

Damit konzentriert sich die aktuelle Debatte um die Errichtung eines multilateralen Investitionsgerichtshofs nur auf institutionelle Fragen. Sie betrifft vor allem den Unterschied zwischen Schiedsgerichtsbarkeit und gerichtlicher Streitbeilegung. Das Verhandlungsmandat bezieht sich in wenig konkreter Sprache auf die Rolle, Qualifikation, Auswahl, Vergütung und Ernennung der Schiedsrichter oder Richter. Ein weiterer Aspekt betrifft die permanente versus Ad-hoc-Institutionalisierung des Panels oder Tribunals. Darüber hinaus betont der institutionelle Ansatz die Bedeutung eines Beschwerdemechanismus, der die Kohärenz der Entscheidungen gewährleisten würde. Schließlich werden auch Elemente der Transparenz hervorgehoben. Kurz gesagt, der institutionelle Ansatz schlägt vor, das traditionelle Ad-hoc-Schiedsverfahren abzuschaffen und sich auf die Einrichtung eines ständigen Gerichts zu konzentrieren.

Das Verhandlungsmandat der Kommission umfasst darüber hinaus keine prozeduralen Aspekte, sodass ihm ein fortschrittlicherer Ansatz fehlt. Zu den Verfahrenselementen gehören beispielsweise notwendige Reformen, wer Anspruchsteller und Beklagter sein können. Derzeit können nur Investoren Beschwerden vorbringen, und nur Staaten müssen ihr Verhalten rechtfertigen bzw. Schadensersatz zahlen. Das Verhandlungsmandat für den MIC hat es versäumt, die Möglichkeit für explizite Ansprüche gegen Investoren zum Verhandlungsgegenstand zu machen. Das Mandat nennt weder Gegenansprüche („counterclaims“) noch eigenständige Ansprüche gegen Investoren als prozessuale Option. Darüber hinaus umfasst das Verhandlungsmandat nicht Verfahrensreformen, die Betroffenen auch Rechte Dritter einzuräumen versuchen, die es ihnen ermöglichen würden, Ansprüche geltend zu machen und Schadenersatz zu verlangen.

Alleinstehende Forderungen oder Widerklagen gegen einen Investor – sei es vom Staat oder von Betroffenen – bedürften materieller Verpflichtungen, die jedoch vom Verhandlungsmandat der Europäischen Kommission nicht umfasst sind. Substantielle Normen des Investitionsschutzrechts wurden vom Verhandlungsmandat ausgeklammert. So wurde weder erwogen, substantielle Investorenverpflichtungen in internationale Investitionsabkommen aufzunehmen, noch die üblichen Investitionsschutzstandards inhaltlich weiter zu präzisieren, sodass negative Auswirkungen auf demokratische Entscheidungen der Staaten ausgeschlossen werden könnten. Beispiele dafür wären klarere und engere Definitionen des Standards der fairen und gerechten Behandlung, der Definition der indirekten Enteignung oder eine Beschränkung des Investitionsschutzes auf den Grundsatz der Nichtdiskriminierung.

Eine nachhaltige Reform des internationalen Investitionsschutzrechts würde Reformen erfordern, die neben institutionellen und verfahrenstechnischen Ansätzen auch ausgeglichene inhaltliche Verpflichtungen beinhalten. Auch die UNCTAD betont, dass Reformen der Streitbeilegung mit inhaltlichen Reformen des Investitionsschutzes aufeinander abgestimmt werden müssen, um eine nachhaltige Entwicklung voranzutreiben.²⁶

²⁶ UNCTAD, Improving Investment Dispute Settlement: UNCTAD Policy Tools, IIA Issues Note No. 4, November 2017, S. 14, abrufbar unter <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Publications/Details/182> (zuletzt abgerufen am 31.5.2018).

IV. Zukunftsfähige Reform des Investitionsschutzregimes

1. Materiell-rechtliche Reformen: Investorenpflichten

Ein wegweisender Ansatz zur Reform des Investitionsschutzrechts wäre die Aufnahme von Investorenverpflichtungen in die materiellen Regelungen der Abkommen. Rechtsbehelfe für Opfer von unternehmerischem Fehlverhalten sind nur möglich, wenn entsprechende Verpflichtungen bestehen. Entsprechende Regelungen müssten daher zunächst geschaffen werden. Es ist zu beachten, dass derzeit internationale Investitionsschutzabkommen (fast) nur Normen beinhalten, die ausländischen Investoren Rechte einräumen. Dies ist ein wesentlicher Unterschied zu einem derzeit im Rahmen der Arbeitsgruppe des UN-Menschenrechtsausschusses verhandelten UN-Abkommen über Unternehmen und Menschenrechte, das für Unternehmen hinsichtlich ihres Charakters als ausländische Investoren gelten könnte.²⁷ Diese Unterscheidung kann von großer praktischer Relevanz sein, wie die Zivilklage der Opfer eines Brandes in einer pakistanischen Textilfabrik gegen den deutschen Textildiscounter KiK zeigt.²⁸ KiK hat nicht in Pakistan investiert. Stattdessen kaufte das Unternehmen "nur" Textilien von der pakistanischen Firma Ali Enterprises. Während ein UN-Vertrag über Unternehmen eine solche Lieferkettenverantwortung abdecken könnte, würde ein internationales Investitionsabkommen für eine solche Konstellation nicht gelten.

Dennoch gibt es zahlreiche Fälle, in denen ausländische Investoren im Sinne des internationalen Investitionsrechts Menschenrechtsverletzungen verursacht oder dazu beigetragen haben. Wenn ein Investitionsabkommen verbindliche Verpflichtungen für ausländische Investoren enthalten würde, könnte es auf solche Menschenrechtsverletzungen angewandt werden und die Grundlage für Rechtsbehelfe bilden. Bislang enthält kaum ein Investitionsabkommen Verpflichtungen für Investoren. Diejenigen Abkommen, die Verpflichtungen für Investoren enthalten, beziehen sich nicht auf die Menschenrechte, sondern regelmäßig nur auf nationale Gesetze, die für Investoren ohnehin bindend sind.²⁹ Die reformierten Investitionsschutzabkommen sollten jedoch darüber hinausgehen und Investorenverpflichtungen auf Grundlage von Menschenrechten etablieren. Insbesondere könnten sich die Verpflichtungen der Investoren auf die UN-Leitsätze für Wirtschaft und Menschenrechte (United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights, UNGP) stützen und die Haftung für Investoren in Fällen festlegen, in denen sie eine

²⁷ Open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises, Elements for a draft legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights, 29 September 2017, abrufbar unter http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/LegallyBindingInstrumentTNCs_OBEs.pdf (zuletzt abgerufen am 28.5.2018).

²⁸ European Centre for Constitutional and Human Rights, Der Preis der Katastrophen in der Textilindustrie Südasiens, abrufbar unter <https://www.ecchr.eu/de/unsere-themen/wirtschaft-und-menschenrechte/arbeitsbedingungen-in-suedasien/pakistan-kik.html> (zuletzt abgerufen am 28.5.2018).

²⁹ Siehe Artikel 13 Investment Agreement For the COMESA Common Investment Area, 2009. ("COMESA investors and their investments shall comply with all applicable domestic measures of the Member State in which their investment is made.") und Artikel 10 SADC Protocol on Finance and Investment, 2006 ("Foreign investors shall abide by the laws, regulations, administrative guidelines and policies of the Host State."). Eine Ausnahme bildet das Marokko-Nigeria Investitionsabkommen (2016), das in Artikel 18 ausdrücklich Menschenrechte in Investorenpflichten miteinbezieht ("Investors and investments shall uphold human rights in the host state.") Siehe <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/5409> (zuletzt abgerufen am 31.5.2018).

Menschenrechtsverletzung verursachen oder dazu beitragen.³⁰ Des Weiteren käme eine verbindliche Aufnahme der OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen in Betracht.³¹

In einem solchen Fall wäre ein zur Beilegung von Streitigkeiten zwischen Investoren und Staaten eingerichtetes Gericht auch für alle Ansprüche aufgrund eines Verstoßes des Investors gegen die Verpflichtungen zuständig. Je nach Verfahrenssituation könnte das Gericht auch befugt sein, den Opfern der Menschenrechtsverletzung Schadenersatz oder Entschädigung zu gewähren. Es sei jedoch darauf hingewiesen, dass dies dem Gericht die Zuständigkeit für die Beurteilung von Fragen, die in direktem Zusammenhang mit den Menschenrechten stehen, übertragen würde. Es wäre daher notwendig, angemessene Verfahrensgarantien einzuführen, die das Gericht verpflichten würden, die einschlägige Rechtsprechung der Menschenrechtsorgane zu berücksichtigen oder eine Vorabentscheidung über die Auslegung der Menschenrechte bei einem dieser Organe einzuholen.

2. Verfahrensrechtliche Reformen: Gegenansprüche, Rechtsmittel und Rechte Dritter

Verbindliche Verpflichtungen für ausländische Investoren in einem internationalen Investitionsabkommen würden angemessene Verfahrensregeln erfordern. Insbesondere wäre zu klären, wer die Verletzung dieser Verpflichtungen geltend machen kann und unter welchen Umständen solche Ansprüche geltend gemacht werden können. Selbst wenn ein Investitionsabkommen keine verbindlichen Verpflichtungen enthalten würde, wäre es möglich, Verfahrenselemente in ein Abkommen zur Errichtung einer neuen Streitbeilegungsinstitution aufzunehmen, die es der jeweiligen Institution ermöglichen würde, Ansprüche gegen den Investor zu entscheiden und Rechtsbehelfe zu gewähren.

Erstens könnte das Abkommen Gegenklagen des verklagten Staates zulassen. In einer solchen Situation könnte der Staat, gegen den ein Investor eine Klage wegen Verletzung eines Schutzstandards im Rahmen eines internationalen Investitionsabkommens gerichtet hat, eine Widerklage wegen Verletzung der Investorenpflichten erheben. Alternativ könnte das Abkommen es dem Staat auch gestatten, den Investor wegen der Verletzung von Investorenpflichten unabhängig von einem ersten Anspruch des Investors in Anspruch zu nehmen. Es ist jedoch nicht klar, wie effektiv die Möglichkeit von Klagen oder Widerklagen von Staaten wäre, weil Staaten in der Vergangenheit zögerlich waren, Menschenrechtsargumente in Streitigkeiten mit Investoren vorzubringen, und weil Staaten die Möglichkeit hätten, ihre nationalen Gesetze gegenüber dem Investor durch das nationale Rechtssystem durchzusetzen. Dennoch kann es Situationen geben, in denen ein Staat die Möglichkeit einer Klage oder Widerklage nutzen würde, um seiner Menschenrechtsverpflichtung zum Schutz gegen den Investor nachzukommen, wie die Klage Argentiniens gegen Urbaser gezeigt hat.³²

Zweitens könnte das Investitionsschutzabkommen lokalen Gemeinschaften, Gruppen oder Einzelpersonen, die von der Menschenrechtsverletzung betroffen sind, die Möglichkeit geben, einen Anspruch gegen den Investor geltend zu machen. Während einige Abkommen

³⁰ Human Rights Council, Human rights and transnational corporations and other business enterprises, Resolution A/HRC/RES/17/4, 6 July 2011.

³¹ Siehe <http://www.oecd.org/berlin/publikationen/oecd-leitsaetze-fuer-multinationale-unternehmen.htm> (zuletzt abgerufen am 28.5.2018).

³² Urbaser S.A. et al. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/26, Award of 8 December 2016, abrufbar unter https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8136_1.pdf (zuletzt abgerufen am 28.5.2018).

Drittinterventionen in Form von amicus curiae-Schriftsätzen oder anderen Formen der Beteiligung zulassen, würden diese eigenen Klagerechte für betroffene Dritte die Probleme der Vermittlung eines Menschenrechtsanspruchs durch den Staat überwinden. Sie würde es Opfern von Menschenrechtsverletzungen, die durch den Investor verursacht wurden oder zu denen er beigetragen hat, ermöglichen, direkt Klage zu erheben.

In beiden Fällen – Klagen des Staates oder Klagen betroffener Personen – wäre es notwendig zu präzisieren, dass der Investor verpflichtet ist, den aus den Menschenrechtsverletzungen resultierenden Schaden zu ersetzen. Das Investitionsabkommen könnte sich auf die allgemeinen Standards des Völkerrechts für Schadenersatz und Entschädigung beziehen, wie sie in den ILC-Entwürfen zur Staatenverantwortung festgelegt sind.

3. Mögliche Verhandlungsforen

Ein multilateraler Vertrag über die Verpflichtungen der Investoren und den Zugang zu Rechtsbehelfen im internationalen Investitionsrecht könnte in verschiedenen internationalen Gremien ausgehandelt werden, wenn die jeweilige Institution oder Organisation über ein entsprechendes Mandat verfügt. Mögliche Institutionen könnten die OECD oder die UNCTAD sein, aber beide Organisationen haben derzeit kein Mandat zur Aushandlung von Investitionsregeln; sie beteiligen sich nur an Studien und Diskussionen. Wie bereits erwähnt, ist das Mandat der UNCITRAL Working Group III derzeit auf die "Investor-State Dispute Settlement Reform" beschränkt und würde daher nur institutionelle Reformen umfassen. Das Grundmandat der UNCITRAL würde die Arbeitsgruppe jedoch nicht daran hindern, auch Investorenpflichten einzubeziehen. Die UNCITRAL-Mitglieder könnten daher das Mandat der Arbeitsgruppe III entsprechend erweitern. Die Arbeitsgruppe könnte dann ein Statut zur Errichtung eines MIC ausarbeiten, das eine Bestimmung mit Verpflichtungen für Investoren enthalten könnte. Das Verhandlungsmandat der Europäischen Kommission müsste allerdings hierfür ebenfalls um inhaltliche Aspekte erweitert werden.

Ein solcher neues Abkommen könnte in das bestehende System des internationalen Investitionsrechts nach dem Vorbild des Übereinkommens der Vereinten Nationen über die Transparenz in der vertragsbasierten Schiedsgerichtsbarkeit zwischen Investoren und Staaten (Mauritius-Konvention) integriert werden. Im Jahr 2016 gab die UNCITRAL eine Studie in Auftrag, die untersucht, ob das Mauritius-Übereinkommen als Modell für ein Übereinkommen zur Errichtung eines multilateralen Investitionsgerichts dienen kann.³³ Das so genannte "Mauritius-Übereinkommen über Transparenz" (Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Transparenz in der vertragsbasierten Schiedsgerichtsbarkeit zwischen Investoren und Staaten) wurde von UNCITRAL im Jahr 2014 verabschiedet und soll die bestehenden Investitionsabkommen der Unterzeichnerstaaten ergänzen, um die Transparenz der Streitbeilegung zwischen Investoren und Staaten zu erhöhen.

Das Mauritius-Übereinkommen zielt auf die Anwendung der UNCITRAL-Transparenzregeln 2013 auf internationale Investitionsabkommen ab, die vor dem 1. April 2014 geschlossen wurden. Generell gelten die UNCITRAL-Transparenzregeln für die Streitbeilegung, die auf der

³³ Siehe Kaufmann-Kohler/Potestà, Can the Mauritius Convention serve as a model for the reform of investor-State arbitration in connection with the introduction of a permanent investment tribunal or an appeal mechanism? Analysis and roadmap, CIDS, 2016, abrufbar unter http://www.uncitral.org/pdf/english/CIDS_Research_Paper_Mauritius.pdf (zuletzt abgerufen am 28.5.2018).

Rechtsgrundlage eines internationalen Investitionsabkommens eingeleitet wird, das erst nach Annahme der UNCITRAL-Transparenzregeln (1. April 2014) geschlossen wurde. Um Änderungen einzelner internationaler Investitionsabkommen zu vermeiden, dehnt das Mauritius-Übereinkommen die Anwendung der Transparenzregeln auf solche Abkommen aus, die vor der Annahme der neuen Regeln bestanden. Wenn zwei Parteien eines internationalen Investitionsabkommens Vertragsparteien des Mauritius-Übereinkommens werden, gelten die UNCITRAL-Transparenzregeln für Investitionsschiedsverfahren im Rahmen des internationalen Investitionsabkommens, wenn es vor der Annahme der UNCITRAL-Transparenzregeln bestand. Die Kombination aus dem Mauritius-Übereinkommen und den UNCITRAL-Transparenzregeln kann daher die so genannten internationalen Investitionsabkommen der ersten Generation in Bezug auf die Transparenz in der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit wirksam ändern. Zu den besonderen Merkmalen dieses Übereinkommens gehören seine Flexibilitätsmechanismen, die es den Ländern ermöglichen, sich für die wichtigsten Transparenzverpflichtungen zu entscheiden oder nicht, und der niedriger Schwellenwert von drei erforderlichen Ratifikationen, die für das Inkrafttreten erforderlich sind. Bisher haben allerdings auch erst drei Staaten das Abkommen ratifiziert.³⁴

Im Falle des MIC wäre es möglich, ein einziges multilaterales Instrument mit verschiedenen Opt-in-Optionen und Vorbehalten für neue oder alte Investitionsschutzabkommen auszuhandeln. Der Vertrag zur Gründung des MIC könnte es seinen Parteien gestatten, bei der Ratifizierung oder zu einem späteren Zeitpunkt zu erklären, ob die Zuständigkeit des MIC für alle Investitionsstreitigkeiten oder für Investitionsstreitigkeiten im Rahmen von Investitionsschutzabkommen gilt, die erst nach dem Übereinkommen zur Errichtung eines MIC ratifiziert wurden.

Ein solcher Mechanismus könnte auch für Investorenpflichten genutzt werden.³⁵ Eine Klausel, die verbindliche Verpflichtungen für ausländische Investoren formuliert, könnte in ein Abkommen zur Gründung des MIC aufgenommen werden. Das MIC-Abkommen müsste jedoch festlegen, auf welche Investitionsabkommen solche Verpflichtungen anwendbar sind. Die breitestmögliche Option wäre, dass die Klausel auf alle Investitionsabkommen ausgedehnt wird, die zwischen zwei Parteien des MIC-Abkommens existieren. Wenn beispielsweise die EU und Kanada dem MIC-Abkommen beitreten würden, würde eine solche Klausel CETA wirksam verändern. Alternativ könnte das MIC-Abkommen vorsehen, dass Investorenpflichten nur dann auf Investitionsabkommen zwischen zwei Parteien Anwendung finden, wenn sie keinen gegenteiligen Vorbehalt erklären, d.h. sich von diesen Verpflichtungen zurückziehen. Schließlich könnte das MIC-Abkommen festlegen, dass die Verpflichtungen der Investoren nur dann anwendbar sind, wenn die Parteien ausdrücklich erklären, dass sie in ihren bestehenden oder künftigen Investitionsabkommen gelten sollen (Opt-in-Klausel).

³⁴ Darunter Kanada, Mauritius und die Schweiz. Mit diesen drei Ratifikationen trat das Abkommen am 18. Oktober 2017 in Kraft. Siehe http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency_Convention_status.html (zuletzt abgerufen am 28.5.2018).

³⁵ Kaufmann-Kohler/Potestà (Fn. 33), S. 31 schließen diese Möglichkeit nicht aus, sondern weisen darauf hin, dass es politisch unwahrscheinlich erscheint, dass hinsichtlich inhaltlicher Reformen ein Konsens zwischen den Staaten erzielt wird; Auch die UNCTAD weist darauf hin, dass multilaterale Reformansätze eher in engen Teilbereichen gelingen und damit einen begrenzten Einfluss auf das Investitionsschutzregime im Gesamten haben werden. Siehe UNCTAD, World Investment Report 2017, S. 140.

V. Zusammenfassung

Das Verhandlungsmandat für einen multilateralen Investitionsgerichtshof hätte die Möglichkeit schaffen können, den Reformprozess des internationalen Investitionsrechts weiter voranzutreiben, um sicherzustellen, dass er nicht nur die Streitbeilegung, sondern auch die Verpflichtungen der Investoren und die Rechtsmittel für die Opfer von Menschenrechtsverletzungen betrifft. Die angestrebten MIC-Verhandlungen beschränken sich jedoch auf institutionelle Reformen. Die Aufnahme von notwendigen verfahrenstechnischen und substantiellen Reformen im Mandat für die Europäische Kommission wurde hingegen versäumt, sodass grundlegende Mängel des Investitionsschutzregimes nicht mit diesem Ansatz behoben werden können. Im Gegenteil, ein solch enger Reformansatz kann die durch das internationale Investitionsrecht aufgeworfenen Probleme sogar noch verschärfen, da ein internationaler Gerichtshof geschaffen werden soll, der auf der Grundlage fehlerhafter und einseitiger substantieller Bestimmungen mit Rechtsdurchsetzungskraft entscheidet.

Jede Reform des Investitionsschutzregimes sollte verbindliche Investorenpflichten beinhalten und die entsprechenden Verfahrenselemente schaffen, die es Betroffenen ermöglichen würden, Ansprüche geltend zu machen und Rechtsbehelfe gegen ausländische Investoren einzulegen, wenn diese gegen die verbindlichen Verpflichtungen verstoßen. Solche Reformen könnten technisch in einen Vertrag zur Etablierung eines internationalen Handels-, Investitions- und Menschenrechtsgerichtshof aufgenommen werden. Wenn wesentliche Verpflichtungen der Investoren nicht realistisch sind, sollte eine Reform des Systems der Investitionsstreitigkeiten zumindest Verfahrensreformen beinhalten, die Ansprüche und Widerklagen zulassen und Dritten ein wirksames Klagerecht mit angemessenen Rechtsbehelfen, wie z. B. Entschädigungszahlungen gegen die Investoren, einräumen.