



## Greenpeace European Unit

199 rue Belliard, 1040 Brussels, Belgium  
T +32 (0)2 274 1900 | F +32 (0)2 274 1910  
european.unit@greenpeace.org  
www.greenpeace.eu | @GreenpeaceEU  
EU transparency register: 9832909575-41  
Non-profit registration (vzw/asbl): BE0457563648

## „Von ISDS zu ICS: Aus einem Raubtier wird keine Schmusekatze“

### Greenpeace Positionspapier zum Kommissionsvorschlag für ein Investitionsgerichtssystem im Rahmen von TTIP

Dieses Positionspapier stellt die Position von Greenpeace zum Kommissionsvorschlag für ein Investitionsgerichtssystem (ICS) dar.<sup>1</sup>

Die Kommission präsentierte den Vorschlag Ende 2015, nachdem sich der anfängliche Entwurf eines Investitionsschiedsverfahrens (ISDS) heftiger Kritik durch die Öffentlichkeit, Nichtregierungsorganisationen, Mittelstands- und Wirtschaftsvereinigungen, Medien und Parteien des Europäischen Parlaments ausgesetzt sah.

Die öffentliche Debatte über ISDS und die Ergebnisse öffentlicher Konsultationen zur Einbeziehung dieses Verfahrens in das Transatlantische Freihandelsabkommen (TTIP), bei denen die Mehrheit der Wortmeldungen ablehnend war, weil es „*als Bedrohung für die Demokratie, die öffentliche Hand und die Politik*“<sup>2</sup> wahrgenommen wurde, zwang die EU-Kommission die Verhandlungen zum TTIP Investitionskapitel für zwei Jahre (Januar 2014 bis Februar 2016) auszusetzen und ihren Ansatz zum Investitionsschutz zu überarbeiten.

Verglichen mit den Investitionsbestimmungen im Entwurfstext des Umfassenden Wirtschafts- und Handelsabkommens (CETA), das mit Kanada<sup>3</sup> ausgehandelt wurde beinhaltet der neue Vorschlag zwar einige Verbesserungen. Er scheitert aber grundlegend, unsere Bedenken bezüglich der schädlichen Auswirkungen des Investitionsschiedsverfahrens auf den Schutz des öffentlichen Interesses, etwa bei der Gesundheit oder im Umweltschutz sowie den gleichen und nichtdiskriminierenden Zugang zum Rechtssystem, zu thematisieren und auszuräumen.<sup>4</sup>

1 Der Vorschlag wurde im Rahmen der TTIP-Verhandlungen in die USA übermittelt und am 12. November 2015 veröffentlicht. [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-15-6059\\_de.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-6059_de.htm)

2 Siehe Europäische Kommission, Arbeitspapier, Report on the Online public consultation on investment protection and investor-to-state dispute settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement (TTIP), Seite 14. [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc\\_153044.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc_153044.pdf)

3 Wir beziehen uns auf die am 26. September 2014 veröffentlichte Version: [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc\\_152806.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf)

4 Siehe Greenpeace Positionspapier, 7. April 2014 „Investor-to-State Dispute Settlement mechanisms in free trade agreements and bilateral investment treaties: a threat to democracy, the rule of law and access to justice.“

Außerdem wird der Vorschlag nicht den Zusagen von Präsident Juncker und Kommissarin Malmström vor dem Europäischen Parlament gerecht und stimmt nicht mit der EntschlieÙung des Europäischen Parlaments gegenüber der Kommission vom 8. Juli 2015<sup>5</sup> überein.

In der Tat:

Dem Vorschlag zufolge, **genießen ausländische Investoren immer noch umfassendere Rechte als heimische Investoren**. Diese beinhalten: (i) das Recht der fairen und gleichberechtigten Behandlung (FET), welches den Schutz legitimer Erwartungen beinhaltet, selbst wenn sie durch Erklärungen einzelner Bediensteter erzeugt worden sind, die nicht die Entscheidungen nationaler oder europäischer Behörden reflektieren; (ii) der Schutz vor direkter oder indirekter Enteignung und (iii) die Möglichkeit der Erzwingung vertraglicher Verpflichtungen vor Investitionstribunalen (durch die „Schirmklausel“). Diese Rechte sind nicht präzise definiert. Oft haben sie, wie im Fall der legitimen Erwartungen oder der direkten bzw. indirekten Enteignung, einen größeren Geltungsbereich als die entsprechenden Rechte, die einheimischen Investoren gewährt werden. Im Gegensatz dazu erlaubt es der Vorschlag nicht, dass die EU oder die Mitgliedsstaaten die international anerkannten Standards und Prinzipien der unternehmerischen Gesellschaftsverantwortung gegenüber den Investoren verbindlich durchzusetzen. **Demzufolge begünstigt der Vorschlag ausländische Investoren gegenüber den einheimischen, stellt aber gleichzeitig nicht sicher, dass sie für ihr Verhalten zur Verantwortung gezogen werden können.**

Das ICS ist kein richtiges Gerichtssystem. **Im Gegensatz zu den Forderungen des europäischen Parlaments, setzen sich die ICS-Tribunale nicht aus „professionellen Richtern“ zusammen:** Ihre Mitglieder sind vielmehr Juristen, die gleichzeitig als Schiedsrichter oder Berater in Investitionsschiedsverfahren anderer internationaler Investitionsabkommen fungieren können. Die im Vorschlag enthaltenen Regeln zum Umgang mit Interessenkonflikten verhindern nicht effektiv genug, dass „Richter“ Schiedsfälle verhandeln, in denen ihre Unabhängigkeit in Frage steht.<sup>6</sup>

**ICS wird als separater Weg für die Forderungen von Investoren fungieren. Es unterliegt nicht der juristischen Kontrolle der obersten EU- oder Verfassungsgerichte, einschließlich des Europäischen Gerichtshofs (CJEU). Daher stellt der Vorschlag nicht sicher, dass sich die Rechtsprechung des ICS in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung europäischer Gerichte befindet.** Im Gegenzug wird dies voraussichtlich zu einer bevorzugten Behandlung ausländischer Investoren führen. Dies widerspricht nicht nur dem Prinzip der Rechtsstaatlichkeit und dem Gleichheitsgrundsatz. Sondern das Schiedsgerichtssystem missachtet auch die ausschließliche Zuständigkeit des Europäischen Gerichtshofs bei der Auslegung von EU-Recht. Folglich dürfte der Europäische Gerichtshof

---

5 EntschlieÙung des Europäischen Parlaments vom 8. Juli 2015 mit den Empfehlungen des Europäischen Parlaments an die Kommission zu den Verhandlungen über die Transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft (TTIP) (2014/2228(INI)) <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2015-0252+0+DOC+XML+V0//DE>

6 Es ist hierbei wichtig zu erwähnen, dass selbst wenn der Vorschlag von den USA angenommen wird, die Einführung eines Investitionsgerichtssystems keineswegs sicher ist, da sie Gegenstand nachfolgender Beschlüsse des TTIP-Komitees für Dienstleistungen und Investitionen ist und damit niemals zum tragen kommt könnte. Dies bedeutet, dass Investorenansprüche unter TTIP auch dann nach den Regeln des Investitionsschiedsverfahrens entschieden werden können, obwohl es das genannte Ziel des Vorschlags ist, diese zu ersetzen.

bei der Frage nach der Rechtmäßigkeit des ICS<sup>7</sup> befinden, dass das vorgeschlagene neue System inkompatibel mit den EU-Verträgen<sup>8</sup> ist. Hinzu kommt, dass der Vorschlag von den Investoren nicht verlangt, die internen Rechtsmittel auszuschöpfen, bevor das ICS-Schiedsgericht angerufen wird. Anders formuliert: **Der Vorschlag begrenzt die Jurisdiktion der EU- und der nationalen Gerichtsbarkeiten und etabliert ein Sonderregime um die Ansprüche internationaler Investoren verhandeln zu können.**

**Die Kommission hat beim Schutz des Rechtes der EU und Ihrer Mitgliedsstaaten, Regelungen im öffentlichen Interesse zu erlassen, versagt.** Investorenansprüche nach Maßgabe des Investitionsschiedsverfahrens wurden benutzt, um Umwelt-, Gesundheits- oder Arbeitsschutzmaßnahmen direkt anzugreifen und ihre Anwendung zu verhindern. Der Vorschlag beinhaltet eine schwache Definition des „Rechts auf Regulierungen“, die lediglich Maßnahmen umfassen, die „konsistent“ mit den TTIP-Bestimmungen und ihnen demzufolge untergeordnet sind. Damit erhalten die Schiedsgerichte die Entscheidungskompetenz darüber, ob eine Maßnahme „notwendig“ ist, um das öffentliche Interesse zu schützen.

Aus diesen Gründen fordert Greenpeace das Europäische Parlament, den Europarat und die Parlamente der EU-Mitgliedstaaten dazu auf, den Kommissionsvorschlag zur Schaffung von Investitionsschiedsgerichten im Rahmen von TTIP abzulehnen.

Unter der Bedingung, dass das Schiedsgerichtssystem einen neuen Konfliktlösungsmechanismus erschafft, der in Widerspruch zum Europäischen Gerichtshof steht, fordert Greenpeace die Kommission, das Europaparlament und den Rat dringend dazu auf, den Europäischen Gerichtshof in der Frage des Artikels 218 TFEU über die Gültigkeit von Schiedsgerichten nach EU-Recht anzurufen.

Brüssel, den 11. Februar 2016

\*\*\*\*\*

Für weitergehende Informationen kontaktieren Sie bitte:

Andrea Carta  
EU Legal Strategist  
Tel: +32 2 274 1920  
andrea.cart@greenpeace.org

---

7 Artikel 218(11) des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (TFEU): „Ein Mitgliedstaat, das Europäische Parlament, der Rat oder die Kommission können ein Gutachten des Gerichtshofs über die Vereinbarkeit einer geplanten Übereinkunft mit den Verträgen einholen. Ist das Gutachten des Gerichtshofs ablehnend, so kann die geplante Übereinkunft nur in Kraft treten, wenn sie oder die Verträge geändert werden.“

8 Am 3. Februar 2015 gab der Deutsche Richterbund eine Erklärung ab, in der er davor warnte, dass das Schiedsgerichtssystem in Konflikt mit den Rechtssystemen und Gerichtsbarkeiten der Mitgliedstaaten und der EU steht: <http://www.dr.de/cms/index.php?id=952>  
Verschiedene Experten und Nichtregierungsorganisationen haben zum Thema der Illegalität des ICS nach Maßgabe des EU-Rechts Stellung bezogen. Siehe u.a.: ClientEarth's Rechtsstudie vom 22. Oktober 2015: <http://documents.clientearth.org/wp-content/uploads/library/2015-10-15-legality-of-isds-under-eu-law-ce-en.pdf>

## „Von ISDS zu ICS: Die Katze lässt das Mäusen nicht“

### Anmerkungen

#### Hintergrund

In seinem Text „Politische Leitlinien für die nächste Europäische Kommission“, die am 15. Juli 2014 dem Europäischen Parlament vorgestellt wurden, traf der damals designierte Präsident Juncker folgende politische Aussage:

„Allerdings werde ich als Kommissionspräsident auch unmissverständlich klarstellen, dass ich nicht bereit bin, europäische Standards im Bereich Sicherheit, Gesundheit, Soziales, Datenschutz oder unsere kulturelle Vielfalt auf dem Altar des Freihandels zu opfern. Insbesondere die Sicherheit unserer Lebensmittel und der Schutz personenbezogener Daten der EU-Bürgerinnen und -Bürger sind für mich als Kommissionspräsident nicht verhandelbar. Ebenso wenig werde ich akzeptieren, dass die Rechtsprechung der Gerichte in den EU-Mitgliedstaaten durch Sonderregelungen für Investorenklagen eingeschränkt wird. Rechtsstaatlichkeit und Gleichheit vor dem Gesetz müssen auch in diesem Kontext gelten.“ (Hervorhebung eingefügt).<sup>9</sup> Kommissarin Malmström unterstützte die Position Präsident Junckers auf einer Anhörung vor dem Europäischen Parlament am 29. September 2014.<sup>10</sup>

Am 8. Juli 2015 empfahl das Europäische Parlament unter Berücksichtigung von Junckers Politischen Leitlinien der Kommission:

„(xv) sicherzustellen, dass ausländische Investoren nicht diskriminierend behandelt werden, ohne dass sie dabei über größere Rechte als inländische Investoren verfügen und das ISDS-Verfahren durch ein neues Verfahren für die Beilegung von Streitigkeiten zwischen Investoren und Staaten zu ersetzen, das den demokratischen Grundsätzen entspricht und der demokratischen Kontrolle unterliegt, in dessen Rahmen etwaige Streitsachen in öffentlichen Verfahren transparent von öffentlich bestellten, unabhängigen Berufsrichtern verhandelt werden, eine Berufungsinstanz vorgesehen ist, die Kohärenz richterlicher Urteile sichergestellt wird die Rechtsprechung der Gerichte der EU und der Mitgliedstaaten geachtet wird und die Ziele des Gemeinwohls nicht durch private Interessen untergraben werden können“.<sup>11</sup>

Bei der Antwort auf die Empfehlungen des Parlaments am 12. November 2015, stellte die Kommission einen Vorschlag vor, der die Mechanismen des ISDS-Schiedsverfahrens durch einen Internationalen Schiedsgerichtshof (ICS) ersetzt und die Regulierungsrechte der EU und ihrer Mitgliedstaaten stärkt.

Dieser Vorschlag stellt die Verhandlungsposition der EU dar und hat keine bindende Wirkung für die Vereinigten Staaten. Folglich gibt es keine Garantie dafür, dass dies Bestandteil der gemeinsamen Textfassung zu TTIP sein wird.<sup>12</sup> Nach Stand der Dinge deckt sich der Vorschlag

---

9 [http://ec.europa.eu/priorities/sites/beta-political/files/pg\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/priorities/sites/beta-political/files/pg_de.pdf)

10 In der schriftlichen Beantwortung des Fragenkatalogs des Europäischen Parlaments ist folgende Aussage zu lesen: „Ich unterstütze diesen Ansatz des gewählten Präsidenten voll und ganz und werde in diesem Sinne zu den laufenden Verhandlungen beitragen; das Thema ist bereits auf dem Tisch und muss angesprochen werden.“ [http://www.europarl.europa.eu/hearings-2014/resources/questions-answers/Hearings2014\\_Malmstr%C3%B6m\\_Questionnaire\\_de.pdf](http://www.europarl.europa.eu/hearings-2014/resources/questions-answers/Hearings2014_Malmstr%C3%B6m_Questionnaire_de.pdf)

11 Entschließung des Europäischen Parlaments vom 8. Juli 2015, Absatz (xv) <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2015-0252+0+DOC+XML+V0//DE>

12 Presseartikeln zufolge sind die Positionen der EU und der USA bei der Frage von Streitlösungsmechanismen bei Investitionen weit voneinander entfernt. Siehe: <http://www.politico.eu/article/eu-faces-tough-sell-on-ttip->

allerdings nicht mit den politischen Aussagen Präsident Junckers, die sicherstellen sollen, dass der Zuständigkeitsbereich der EU-Gerichte nicht durch das Sonderregime der Investorenstreitfälle beeinträchtigt wird und dass Rechtsstaatlichkeit und Gleichheit vor dem Gesetz erhalten bleiben. Ebenso erfüllt der Vorschlag nicht die Empfehlungen des Europäischen Parlaments gegenüber der Kommission, wie wir in den folgenden Abschnitten zeigen werden.

### **Nach Maßgabe des Vorschlags genießen ausländische Investoren immer noch weitergehende Rechte als heimische Investoren.**

Der Vorschlag beantwortet nicht die Kernfrage bezüglich des Investitionsabkommens, etwa die bevorzugte Behandlung ausländischer gegenüber einheimischen Investoren. Vielmehr beinhaltet er immer noch einen ganzen Rechkatalog für ausländische Investoren, mit dem sie vor den Schiedsgerichten gegen die Behörden der EU und ihrer Mitgliedstaaten klagen können.

Diese Rechte **sind nicht begrenzt auf Vorschriften, die nachträglich erlassen worden sind**, wie ausdrücklich vom Europäischen Parlament gefordert,<sup>13</sup> sondern sie beziehen sich auch auf bereits bestehende Regelungen. Dies bedeutet, dass potenzielle Investoren auf Entschädigung wegen europäischer oder nationaler Regelungen klagen könnten, die ihrer Auffassung nach ihren Marktzugang beeinträchtigen, ohne bislang Ressourcen eingesetzt zu haben oder etwas zur Wirtschaft des entsprechenden Landes beigetragen zu haben.

Die in CETA enthaltene **Gleichbehandlungsklausel („fair and equitable treatment“, (FET)**, deren Bestimmungen anfällig für weitreichende Interpretationen durch Investitionstribunale sind, wurde vollständig in den Vorschlagstext übernommen.<sup>14</sup>

US-Investoren könnten Entschädigung verlangen für den **Verstoß gegen den Vertrauensschutz**, indem sie sich auf die Darstellungen von Beamten beziehen, selbst wenn diese nicht Bestandteil schriftlicher Dokumente sind.<sup>15</sup>

Beim Thema **Enteignung** stellt der Vorschlag ausländische Investoren in eine bessere Position gegenüber EU-Bürgern und -Firmen, indem „unverzögliche, ausreichende und effektive Entschädigung“ als eine Bedingung für die Rechtmäßigkeit der Enteignung<sup>16</sup> genannt wird. Demgegenüber fordern die geltenden Normen in Europa, basierend auf der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte eine „angemessene, gerechte und faire“ Entschädigung, die dem öffentlichen Interesse Rechnung trägt, dem mit der Enteignung gedient wird.<sup>17</sup>

Beim Thema **indirekte Enteignung**, und entgegen der ausdrücklichen Empfehlung durch das Europäische Parlament<sup>18</sup> bedient sich der Vorschlag einer unpräzisen Sprache, die dazu führen könnte, dass Investoren für Maßnahmen des öffentlichen Interesses entschädigt werden. Insbesondere bietet der Vorschlag keinerlei Orientierung dabei, wie der Schutz vor **indirekter Enteignung** angewendet werden soll. Folglich werden die ICS Schiedsgerichte einen erheblichen Ermessensspielraum bei der Frage besitzen, ob nationale Maßnahmen „so weitreichend unter

---

compromise-malmstroem-froman/

13 Entschließung des Europäischen Parlaments vom 8. Juli 2015, Absatz (xv)

14 Dies geht klar hervor durch einen Vergleich zwischen CETA, Kapitel 10, Artikel 9 und TTIP, Kapitel II, Sektion II, Artikel 3 (Treatment of Investor and of Covered Investment).

15 TTIP, Kapitel II, Sektion II, Artikel 3(4)

16 TTIP, Kapitel II, Sektion II, Artikel 5(1) (d)

17 Siehe: UNCTAD, Expropriation - Series on Issues in International Investment Agreements II. Geneva 2012, sowie die Rechtsprechung: ECHR-Urteil vom 5. November 2001, Seite 41, Pincova und Pinc gegen die Tschechische Republik.

18 Entschließung des Europäischen Parlaments vom 8. Juli 2015, Absatz (xv)

*Berücksichtigung ihres Zwecks“* sind, dass sie „*offenkundig unverhältnismäßig*“ erscheinen und so die öffentliche Hand zur Entschädigung des Investors verpflichten.<sup>19</sup> Würde die Kommission es Ernst meinen mit dem Schutz des Rechts auf Regulierung durch die EU und die Behörden, hätte sie den Ermessensspielraum der Schiedsgerichte beschränken können, etwa auf Basis der UNCTAD-Empfehlungen und durch eine Auflistung derjenigen Maßnahmen, die nicht den Tatbestand der Enteignung erfüllen.<sup>20</sup>

Der Vorschlag enthält die „**Schirmklausel**“ (die nicht im Entwurf des CETA-Textes enthalten ist), die den internationalen Investitionsschutz zur vertraglichen Verpflichtung zwischen der EU und den Mitgliedsstaaten auf der einen und den Investoren auf der anderen Seite erhebt. Die Schirmklausel verschafft ausländischen Unternehmen einen klaren Vorteil gegenüber einheimischen, indem sie ihnen erlaubt, die nationalen Gerichtsbarkeiten zu umgehen, um vertragliche Streitfragen zu klären.<sup>21</sup>

Vor diesem Hintergrund enthält der Vorschlag keinerlei Bestimmungen, die es den Behörden der EU oder der Mitgliedsstaaten erlauben, die rechtlichen Verpflichtungen der Investoren auf Grundlage international anerkannter Standards und Prinzipien der sozialen Verantwortung (CSR) durchzusetzen.

### **Das ICS unterliegt nicht demokratischen Prinzipien oder demokratischer Kontrolle. Die Rechtsprechung innerhalb des ICS wird nicht durch professionelle Richter ausgeübt.**

Der Vorschlag der Kommission sieht die Schaffung eines Gerichtssystems vor, das die im Rahmen von CETA beschriebenen Investitionsschiedsverfahren ersetzen soll. Trotz der Bezeichnung, hat ICS sehr wenig mit einem wirklichen Justizsystem zu tun.

Investitionsgerichte im Rahmen des ICS wären vollkommen losgelöst von den europäischen oder US-Justizsystemen und operieren in Übereinstimmung mit einem eigenständigen Regelkatalog. Die obersten Gerichtsbarkeiten der EU oder der USA hätten keinerlei Mittel, die Übereinstimmung der ICS-„Regelungen“ mit der bisherigen Rechtsprechung oder Verfassungsnormen sicherzustellen.

Das Europäische Parlament hat eindeutig das ISDS-Modell und die Möglichkeit, dass Investitionsstreitigkeiten durch Schiedsgerichte (z.B. durch Personen, die nicht dauerhaft und ausschließlich in einer juristischen Institution arbeiten) entschieden werden, zurückgewiesen. Eindeutiges Ziel der Empfehlung des Parlaments ist es zu verhindern, dass Investitionsstreitigkeiten durch Rechtsanwälte oder andere Fachkräfte entschieden werden, die strukturell Gegenstand von Interessenkonflikten sind.

Der Vorschlag klammert diesen entscheidenden Aspekt aus. Er sieht nicht vor, dass die „*ICS-Richter*“ in Vollzeit tätig sein müssen, um zu verhindern ist, dass sie anderen Tätigkeiten nachgehen, die ihre Unabhängigkeit beeinträchtigen könnten. (Ein Ausschuss für Dienstleistungen und Investitionen kann diese Entscheidungen fällen.)<sup>22</sup> Der Vorschlag verlangt von diesen „*Richtern*“ lediglich, dass sie der Streitschlichtung nach Maßgabe von TTIP „*Rechnung tragen*“<sup>23</sup> „*ICS-Richter*“ unterliegen einer ethischen Verpflichtung, sich Aktivitäten zu enthalten, die „*im Zusammenhang mit Streitfällen einen direkten oder indirekten Interessenkonflikt erzeugen*

---

19 Vorschlag, Anhang I

20 UNCTAD, World Investment Report 2015, „Reforming International Investment Governance“, Seite 139. Abrufbar unter: [http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf).

21 Siehe: TTIP, Sektion II, Artikel 7, Beachtung schriftlicher Verpflichtungen.

22 Vorschlag, Artikel 9(15)

23 Vorschlag, Artikel 10(11)

könnten“.<sup>24</sup> Allerdings spricht das Vorliegen eines Interessenkonflikts dem Vorschlag zufolge nicht gegen einen Schiedsspruch, den ein Gremium von „*Richtern*“ fällt. Tatsächlich können ICS-Schiedssprüche auf Grundlage des Artikels 52 des ICSID-Abkommens annulliert werden, wenn „*Korruption eines Mitglieds des Tribunals*“ nachgewiesen werden kann. Dies ist jedoch ein anderer Regelverstoß als die Existenz eines Interessenkonflikts.

Hinzu kommt, dass ein Interessenkonflikt nur auf Antrag einer der Streitparteien (und nicht auf Initiative des Schiedsgerichts selbst) festgestellt werden kann. Aus diesen Gründen ist dieses System strukturell unfähig um Situationen vorzubeugen oder festzustellen, bei denen ein „*Richter*“ nicht gänzlich und vollständig unabhängig von den Interessen ist, die in einem konkreten Fall verhandelt werden.<sup>25</sup>

Schließlich stellt der Vorschlag nicht sicher, dass das ICS jemals funktionieren wird. Der Ausschuss für Dienstleistungen und Investitionen hat die Aufgabe, ICS auszuarbeiten. Jedoch gibt es aufgrund des Fehlens einer entsprechenden Beschlusses nichts, was Investoren davon abhalten könnte, Ansprüche vor einem ISDS-Schiedsgericht einzuklagen.<sup>26</sup>

### **ICS wird nicht die Konsistenz juristischer Entscheidungen sicherstellen und schränkt die Rechtsprechung der Gerichte der EU und der Mitgliedsstaaten ein.**

Dem Vorschlag gemäß, sind die ICS-Gremien dazu aufgefordert die nationalen Gesetze (d.h. die Gesetze der EU und ihrer Mitgliedsstaaten) als „*Tatsachen*“ zu behandeln und demzufolge davon abzusehen, sie zu interpretieren. Falls Gesetzesauslegung dennoch notwendig ist, sind die ICS-Gremien dazu angehalten „*der vorherrschenden Rechtsauffassung der Regelungen zu folgen, die durch die Gerichte oder Behörden*“ der EU oder eines Mitgliedsstaates festgelegt sind.<sup>27</sup>

Diese Regelung des Vorschlags nimmt einerseits an, dass die „*ICS-Richter*“ es für notwendig halten könnten, über die Bedeutung der EU- oder nationalen Gesetze zu befinden, etwa wenn eine Entscheidung über die Rechtmäßigkeit einer Investition gefällt wird oder wenn eine Entscheidung benötigt wird, um zu entscheiden, ob eine europäische oder nationale Entscheidung wesentliche Normen oder prozedurale Standards des Rechtsstaatsprinzips oder der ordnungsgemäßen Verwaltung verletzt. Allerdings ist die erwähnte Regelung offenkundig unzureichend um sicherzustellen, dass die Rechtsprechung des ICS-Tribunals konsistent mit der Interpretation durch den Europäischen Gerichtshof oder die nationalen obersten Gerichte ist.

Die Aufgabe, die Stimmigkeit der ICS-Jurisprudenz wird an den ICS-Berufungsgericht delegiert.<sup>28</sup> Dennoch wird diese Berufungsinstanz nicht in der Lage sein, auf den Europäischen Gerichtshof Bezug zu nehmen und um Auslegung des Unionsrechts zu ersuchen. Ebenso unterliegt es nicht der Rechtsaufsicht durch nationale oberste Gerichtshöfe oder Verfassungsgerichte. Hieraus kann ein eigenständiges Präzedenzrecht entstehen, das ausschließlich auf ausländische Investoren angewendet werden kann, das Inkonsistent mit der Rechtsprechung heimischer Gerichte ist.

Dies widerspricht den Empfehlungen des Europäischen Parlaments. Es steht auch im Gegensatz zur Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, der zufolge die EU keine internationalen Übereinkünfte abschließen darf, welche die „*Unabhängigkeit der EU-Gesetze*“ aushöhlen, indem

---

24 Ebenda, Artikel 11(1)

25 Ebenda, Artikel 11(2)

26 Die Bestimmungen über den Ausschuss sind noch nicht ausgearbeitet worden. Falls der Ausschuss an der Aufgabe der Schaffung eines Investitionsgerichts scheitern sollte, liegt es nahe, dass Investoren dennoch gestattet wird, dass sie unter Bezug auf die Artikel 6(2) und (7) des Vorschlags einen Prozess führen können nach den ICSID-Regelungen, den zusätzlichen ICSID-Facility-Regeln oder den UNCITRAL-Schlichtungsregelungen.

27 Vorschlag, Artikel 13

28 Vorschlag, Artikel 29(1) (a)

interpretative Kompetenzen an Gerichtsbarkeiten außerhalb des EU-Rechtssystems übertragen werden.<sup>29</sup>

Darüber hinaus sieht der Vorschlag nicht vor die Ausschöpfung nationaler Rechtsmittel zur Bedingung zu machen, um einen Fall vor dem ICS zu verhandeln. Dies bedeutet, im Gegensatz zu den Zusicherungen durch Präsident Juncker und Kommissarin Malmström und dem Ansinnen des Europäischen Parlaments, dass es Investoren ermöglicht wird, nationale Gerichtsbarkeiten zu umgehen.

### **Der Vorschlag schützt nicht das Recht auf Regulierung.**

Die Kommission hat im Rahmen von TTIP versucht Vorschriften einzuführen, die das Recht der EU (und ihrer Mitgliedsstaaten) auf Regulierung im Einklang mit öffentlichen Interessen schützen sollen. Dennoch ergibt eine Analyse dieser Vorschriften, dass dieses Recht Gegenstand ernsthafter Einschränkungen ist, und dass die ICS-Tribunale (die, wie wir gesehen haben, nicht die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit sicher stellen sowie keinerlei demokratischer Rechenschaft unterliegen) einen großen Ermessensspielraum bei der Beurteilung der Entscheidungen der öffentlichen Hand erhalten.

In der Tat:

Die öffentliche Hand muss das Recht auf Regulierung in einer Weise geltend machen, die „*im Einklang mit den Vorschriften*“ der Rechtsansprüche der Investoren im Rahmen von TTIP stehen.<sup>30</sup> Dadurch wird das Recht auf Regulierung, wie vom Vorschlag vorgesehen, zwar anerkannt, aber dem Recht auf Investitionsschutz untergeordnet. Hätte die Kommission tatsächlich beabsichtigt sicherzustellen, dass „*private Interessen nicht das Gemeinwohl aushöhlen dürfen*“, wie vom Europaparlament verlangt, wäre sie gut beraten gewesen, den umgekehrten Ansatz zu verfolgen: Dass Investorenrechte auf eine Weise geschützt werden, die sich in Übereinstimmung mit den öffentlichen Interessen befindet.

### **Der Vorschlag sieht vor, dass den Behörden die Beweislast obliegt, dass eine im Rahmen des öffentlichen Interesses beschlossene Maßnahme zu diesem Zweck „notwendig“ ist.<sup>31</sup>**

ICS-Tribunale haben daher die Kompetenz, die Notwendigkeit nationaler und internationaler EU-Maßnahmen zu bewerten und die Entschädigung eines Investors anzuordnen wenn, ihrem Urteil nach, öffentliche Behörden über das hinausgegangen sind, was notwendig gewesen ist um z.B. die Umwelt oder die öffentliche Gesundheit zu schützen. Die Kommission hätte den Einschub zur Untersuchung der strikten Notwendigkeit im Vorschlag vermeiden können, indem sie einfach verlangt, dass öffentliche Maßnahmen „bezogen auf“, „darauf abzielend“ oder „darauf ausgelegt“ sind, ein öffentliches politisches Ziel zu erreichen, so wie es von der UNCTAD empfohlen wird.<sup>32</sup> Durch die Bezugnahme auf das Notwendigkeitsprinzip hat die Kommission das Risiko vergrößert, dass Gesetze zum Umweltschutz, der Gesundheit oder des Arbeitsschutzes zum Angriffsziel privater Interessen werden, falls TTIP in Kraft tritt.

---

29 Siehe insbesondere Meinung 1/09 des Gerichtshofs vom 8. März 2011, Abschnitt 76 und folgende.

30 TTIP, Kapitel I, Allgemeine Vorschriften, Artikel 1, Geltungsbereich und Definitionen

31 Vorschlag, Artikel 2(1)

32 UNCTAD, World Investment Report 2015, „Reforming International Investment Governance“, Seite 141.



## Liste der Abkürzungen

CETA	Comprehensive Trade and Economic Agreement between the EU and Canada Umfassendes Wirtschafts- und Handelsabkommen
CSR	Corporate Social Responsibility Unternehmerische Gesellschaftsverantwortung
EU	European Union Europäische Union
CJEU	European Court of Justice Europäischer Gerichtshof
FET	Fair and Equitable Treatment Faire und gerechte Behandlung
FTA	Free Trade Agreement Freihandelsabkommen
ICS	Investment Court System Investitionsgerichtssystem
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes Internationales Zentrum zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten
ISDS	Investor-to-State Dispute Settlement Investor-Staat-Streitbeilegung
MS	Member States Mitgliedsstaaten
NGO	Non-Governmental Organisation Nichtregierungsorganisationen
SME	Small and Medium Enterprises Kleine und mittlere Unternehmen (KME)
TTIP	Transatlantic Trade and Investment Partnership Transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law Kommission der Vereinten Nationen für internationales Handelsrecht
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development Konferenz der Vereinten Nationen für Handel und Entwicklung
US	United States of America Vereinigte Staaten von Amerika