

Investitionsschutzrecht im Jahre 2015: Mehr Transparenz und Ausgeglichenheit - Ein Aufbruch zu neuen Ufern!

Marc Bungenberg

- Ausgangssituation
- Zusammenfassung der derzeitigen Kritik
- Lösungsansätze in der EU-Investitions-
schutzpolitik
- Fazit

- Ausgangssituation (I)
 - Ca. 3300 IIAs weltweit
 - 90 % enthalten Investor State Dispute Settlement (ISDS)
 - 1400 EU MS IIAs - seit 1959
 - Ca. 135 Deutsche IIAs mit ISDS
 - Überwiegend werden in ISDS-Verfahren Einzelakte - nicht Legislativakte - angegriffen
 - In ca. 1/3 der Verfahren wird bislang zu Gunsten der Investoren entschieden

- Ausgangssituation (II)
 - teilweise berechnigte - aber überzogene - Kritik
 - Auf Grund des Vertrags von Lissabon Neuansatz möglich
 - Vorgaben durch Rat / Mitgliedstaaten
 - Vorgaben durch Europäisches Parlament
 - Forderungen Zivilgesellschaft
 - Forderungen der Verhandlungspartner der EU (USA, Singapur, Japan, China, Kanada, Indien, ...)

Allgemeine aktuelle Kritik

- „Verfassungswidrig“
- „Europarechtswidrig“

Spezifische Kritik an ISDS

- Verfassungswidrigkeit (Rechtsstaats- u. Demokratieprinzip)
- Europarechtswidrigkeit (Interpretationsmonopol EuGH)
- Zu unbestimmter Anwendungsbereich - Treaty Shopping
- unbestimmte Standards/Entscheidungsspielraum für Schiedsrichter
- Verfahrensrechtliche Defizite
 - »(In-)Transparenz
 - »voreingenommene Schiedsrichter
 - »Kostenverteilung
- Keine Notwendigkeit von ISDS zwischen EU-USA/Canada

- **Verfassungswidrigkeit??**

- Investitionsschutzrecht ist eine ausschließliche Unionskompetenz - jedenfalls seit dem 1.12.2009
- BVerfG im Lissabon-Urteil: Sieht die Problematik, stuft sie aber nicht als problematisch ein!!

„Mit der dargestellten ausschließlichen Kompetenz wächst der Union die alleinige Dispositionsbefugnis über internationale Handelsabkommen zu, von denen wesentliche Umgestaltungen der inneren Ordnung der Mitgliedstaaten ausgehen können.“

- **Europarechtswidrigkeit??**
 - Kompetenzüberschreitung wenn als reines Unionsabkommen abgeschlossen?
 - Ggf. mixed agreement? (so auch BVerfG)

 - Verletzen Schiedsgerichte das Auslegungsmonopol des EuGH?

Zu weiter Anwendungsbereich?

- Begrenzung des treaty shopping

“Should the juridical person have only its registered office or central administration in the territory of the European Union or of Singapore respectively, it shall not be considered as a European Union or Singapore juridical person respectively, **unless it engages in substantive business operations** in the territory of the European Union or of Singapore, respectively.”

Spezifische Kritik an ISDS

- unbestimmte Standards
 - zu weiter Entscheidungsspielraum für Schiedsrichter
 - » FET-Standard
 - » Indirekte Enteignung
 - » Meistbegünstigungsgrundsatz

Zu weiter Entscheidungsspielraum für Schiedsrichter?

– FET-Standard

Art. 3 Abs. 1 Deutschland-China BIT 2003:

„Jede Vertragspartei behandelt Kapitalanlagen von Investoren der anderen Vertragspartei in ihrem Hoheitsgebiet jederzeit gerecht und billig.“

1. Each Party shall accord in its territory to investments of the other Party fair and equitable treatment and full protection and security.
2. To comply with the obligation to provide fair and equitable treatment set out in paragraph 1, neither Party shall adopt measures that constitute:
 - (a) Denial of justice in criminal, civil and administrative proceedings;
 - (b) A **fundamental** breach of due process;
 - (c) **Manifestly** arbitrary conduct;
 - (d) Harassment, coercion, abuse of power or similar bad faith conduct; or
 - (e) A breach of the legitimate expectations of an investor arising from specific or unambiguous representations¹³ from a Party so as to induce the investment and which are reasonably relied upon by the investor.
3. Treatment not listed in paragraph 2 can also constitute a breach of fair and equitable treatment where the Parties have so agreed in accordance with the procedures provided in [Article 17.1 (4)(c)].

Zu weiter Entscheidungsspielraum für Schiedsrichter?

– Indirekte Enteignung

Art. 4 Abs. 2 Deutschland-China BIT 2003:

„Kapitalanlagen von Investoren einer Vertragspartei dürfen nur zum allgemeinen Wohl und gegen Entschädigung **direkt oder indirekt enteignet** ... werden, ... Die Entschädigung ...“

- 1. Neither Party shall **directly or indirectly nationalise**, expropriate ... the investments of investors of the other Party except:
 - (a) for a public purpose;
 - (b) under due process of law;
 - (c) on a non-discriminatory basis; and
 - (d) against payment of prompt, adequate and effective compensation in accordance with paragraph 2.

Annex to expropriation

2. The determination of whether a measure or series of measures by 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 and its duration, although the fact that a measure or a series of measures by a Party has an adverse effect on the economic value of an investment, standing alone, does not establish that an indirect expropriation has occurred;
- (b) the extent to which the measure or series of measures interferes with the possibility to use, enjoy or dispose of the property and
- (c) the character of the measure ..., notably its object, context and intent.

For greater certainty, except in the rare in the circumstance where the impact of a measure or series of measures is so severe in light of its purpose that it appears manifestly excessive, non-discriminatory ... measures ... by a Party that are designed and applied to protect legitimate public policy objectives such as public health, safety and the environment, do not constitute indirect expropriation.

Zu weiter Entscheidungsspielraum für Schiedsrichter?

– Meistbegünstigungsgrundsatz

Art. 3 Abs. 3 Deutschland-China BIT 2003

„Keine Vertragspartei behandelt Kapitalanlagen von Investoren der anderen Vertragspartei ... weniger günstig als Kapitalanlagen von Investoren dritter Staaten ...“

Konkretisierung in CETA:

“For greater certainty, the “treatment” referred to in Paragraph 1 and 2 does not include investor-to-state dispute settlement procedures provided for in other international investment treaties and other trade agreements. Substantive obligations in other international investment treaties and other trade agreements do not in themselves constitute “treatment”, and thus cannot give rise to a breach of this article, absent measures adopted by a Party pursuant to such obligation.”

- **Weitere Neuerungen:**
 - Auslegungserklärungen durch Vertragsparteien sind möglich (CETA)
 - Ausdrückliche Anerkennung des „right to regulate“

Spezifische Kritik an ISDS

- **Verfahrensrechtliche Defizite**
 - (In-)Transparenz
 - voreingenommene Schiedsrichter
 - Kostenverteilung

- **Verfahrensrechtliche Defizite?**
 - **(In-)Transparenz**
 - UNCITRAL Arbitration Rules on Transparency 2013
 - Veröffentlichung von Schriftsätzen, Urteilen etc.
 - Amicus curae briefs
 - Öffentlichkeit der Verhandlungen

Spezifische Kritik an ISDS

- **Verfahrensrechtliche Defizite**
 - voreingegenommene Schiedsrichter?
 - Code of Conduct
 - » EU-Singapur FTA
 - » Detaillierter und bindender Code of Conduct

Spezifische Kritik an ISDS

- **Verfahrensrechtliche Defizite**
 - Kostenverteilung
 - » Unterliegende Partei trägt die Kosten
 - Keine Aufhebung nationaler legislativer Maßnahmen durch Schiedsgerichte
 - Möglichkeit der Errichtung eines Berufungsmechanismus

Keine Notwendigkeit von ISDS zwischen EU und USA?

- Möglichkeit, für die Zukunft hohe Standards in diesem Bereich gemeinsam festzulegen
- Einige EU-Mitgliedstaaten bieten keine Gewähr für rechtsstaatliche Verfahren
- Wenn keine ISDS mit den USA, dann schwierig dies grundsätzlich gegenüber Japan, Indien etc. durchzusetzen.

• Fazit

- Kritik an bestehendem System wird durch die Kommission sehr ernst genommen
- CETA und Singapur-Abkommen bieten vielfältige Reformansätze
 - Anwendungsbereich
 - Standards
 - Verfahren
- Scheitert die EU, so bleibt es beim „alten“ mitgliedstaatlichen System des Investitionsschutzes

**Vielen Dank für Ihr
Interesse!!!**

Rückfragen bitte an
bungenberg@recht.wiwi.uni-siegen.de