

Anhörung vor dem Europäischen Parlament zu ausländischen Direktinvestitionen

Nathalie Bernasconi-Osterwalder

November 2010

Die vorliegende Präsentation wurde erstellt für die „Anhörung zu ausländischen Direktinvestitionen - Übergangsmaßnahmen und künftige europäische Auslandsinvestitionspolitik“ am Dienstag, den 9. November 2010, vor dem Ausschuss für Internationalen Handel des Europäischen Parlaments.

Inhalt

1.0	Einführung	2
2.0	Entwicklungen	3
3.0	Ein neuer Blickwinkel zur Betrachtung von Investitionsrecht und -politik	7
4.0	Wiedererlangung der Kontrolle über die materiellrechtlichen Aspekte: Bedarf an mehr Klarheit und Berechenbarkeit	9
5.0	Verfahrensrechtliche Aspekte: Der Bedarf an Transparenz, Kohärenz und richterlicher Unabhängigkeit	11
6.0	Sicherstellung der Übereinstimmung mit anderen Bereichen der europäischen Politik	13

Die vorliegende kurze Präsentation befasst sich mit dem Aspekt des Investitionsschutzes und damit dem nach der Zulassung des Investors wirksam werdenden Element internationaler Investitionsabkommen.

Lassen Sie uns zunächst einen Blick auf die Entwicklungen in den Bereichen Investitionsschutz und Streitbeilegung werfen. Dabei werden wir unter anderem feststellen, dass europäische wie auch außereuropäische Staaten sich im Rahmen abgeschlossener Investitionsabkommen inzwischen einer ganzen Reihe von Schiedsgerichtsverfahren stellen müssen. Im Anschluss daran werden wir einige der wichtigsten Herausforderungen festhalten, die die rapide voranschreitende Entwicklung des Investitionsschutzes offenbart hat. In diesem Kontext befassen wir uns dann mit Themen, die sowohl hinsichtlich der materiellrechtlichen Bestimmungen in Investitionsabkommen als auch im Hinblick auf die Investor-Staat-Streitschlichtungsregelungen aufgetreten sind. Ausgehend von Erfahrungen, die von Ländern wie den Vereinigten Staaten und Kanada gesammelt wurden, sollen Wege für den Umgang mit einigen der vorrangigsten Probleme im europäischen Kontext aufgezeigt werden.

1.0 Einführung

Bekanntlich hat die EU auch schon vor der Ratifizierung des Lissabon-Vertrags verschiedene investitionsrelevante Themen verhandeln können. Hervorzuheben sind hier insbesondere Themen zur Liberalisierung von Investitionen, die auch in der Tat von ihr ausgehandelt wurden. Eine Verhandlung des Investitionsschutzes nach dem Markteintritt des Investors ist allerdings nicht auf EU-Ebene erfolgt, sondern den einzelnen Mitgliedstaaten überlassen worden, die ihrerseits von dieser Kompetenz ausgiebigen Gebrauch machten und mehr als 1.200 bilaterale Investitionsschutzabkommen (BITs) aushandelten.

Der Großteil der europäischen BITs folgt ein und derselben Vorlage, die dem Gaststaat hinsichtlich der Behandlung der Investoren des Heimatstaats umfassende Verpflichtungen auferlegt. Typischerweise hat der Gaststaat dem ausländischen Investor Gewährleistungen, unter anderem Inländerbehandlung (national treatment) und Meistbegünstigung (most favoured nation treatment – MFN), zu erteilen. Darüber hinaus sehen die Abkommen vor, dass der Gaststaat dem ausländischen Investor eine Entschädigung für den Fall einer Enteignung zahlen, ihm eine faire und gerechte Behandlung zukommen lassen und einen ungehinderten Kapitaltransfers ermöglichen muss. Derartige Verpflichtungen sind bezeichnenderweise in ausgesprochen vage Begriffe gefasst, die es Investoren und Gaststaaten unmöglich machen, ihre Rechte und jeweiligen Verpflichtungen auch nur mit annähernder Sicherheit zu prognostizieren. In der Tat haben diese unpräzisen Formulierungen dazu geführt, dass die verschiedenen für Investitionsstreitigkeiten zuständigen Schiedsgerichte ein und dieselbe Verpflichtung vollständig unterschiedlich ausgelegt haben.

Die wohl markanteste Eigenart der Investitionsschutzabkommen besteht in dem Investor-Staat-Streitschlichtungsmechanismus, der die BITs von allen anderen Abkommen insofern unterscheidet, als es ausländischen Investoren möglich gemacht wird, den Gaststaat vor einem im Einzelfall jeweils zu bestellenden schiedsrichterlichen Ausschuss zu verklagen, wenn sie der Ansicht sind, dass ein BIT verletzt worden ist. Dieses Investor-Staat-Verfahren erlaubt es Investoren, ein breites Spektrum regierungspolitischer Maßnahmen durch eine endgültige und verbindliche schiedsrichterliche Entscheidung zu unterwandern.

2.0 Entwicklungen

Vor fünfzehn Jahren waren staatsvertraglich begründete Investor-Staat-Schiedsgerichtsverfahren weitgehend unbekannt. Der erste Fall dieser Art trat im Jahre 1990 auf, aber erst in Zusammenhang mit dem Nordamerikanischen Freihandelsabkommen von 1994 (NAFTA), das ein Kapitel über Investitionen enthielt, begannen Investoren (bzw. deren Rechtsanwälte), diesen einzigartigen Weg der Streitbeilegung in zunehmendem Maß zu beschreiten. Der erste Fall im Kontext des NAFTA-Abkommen richtete sich gegen Kanada (*Ethyl ./.* *Kanada*). Stein des Anstoßes war ein kanadisches Gesetz, das die Einfuhr eines Benzinadditivs (aus gesundheitlichen Gründen) untersagte; dieses Verbot galt damals bereits in fast der Hälfte der US-Staaten. Im Anschluss an das Schiedsverfahren - in dem die Parteien sich auf einen Vergleich einigten - ergriff Kanada drei Maßnahmen. Der Staat zahlte für den Zeitraum der Geltung des Einfuhrverbots Schadenersatz für Kosten und entgangene Gewinne, hob die gesundheitsrechtlichen Vorschriften auf und gab eine offizielle Erklärung heraus, nach der die streitgegenständliche Substanz kein Gesundheitsrisiko darstellte. In vielen anderen Rechtsprechungsbereichen ist das Produkt nach wie vor verboten.

Seit dem Verfahren *Ethyl ./.* *Kanada* wurden mehr als 66 Schiedsverfahren gegen drei NAFTA-Staaten, Kanada, die Vereinigten Staaten und Mexiko anhängig gemacht, mit denen einer Vielzahl von Maßnahmen, einschließlich Umweltmaßnahmen wie Umweltunverträglichkeitsprüfungen, Maßnahmen im Gesundheitswesen (zu Chemikalien und Pestiziden) sowie in den Bereichen Steuerrecht, Forst- und Abfallwirtschaft, Bergbau und vielen weiteren regierungspolitischen Bereichen der Kampf angesagt wurde.

Derweil Kapitel 11 des Nordamerikanischen Freihandelsabkommens Ausgangspunkt eines rasanten Anstiegs von Investor-Staat-Streitschlichtungen war, beschränken diese Streitverkündungen sich allerdings nicht auf Nordamerika. Ganz im Gegenteil erstrecken sie sich inzwischen über den ganzen Globus. Die genaue Anzahl der Fälle ist uns nicht bekannt, da viele geheim gehalten werden, aber angesichts der mehr als 350 bekannten Schiedsverfahren können wir wohl von einer Gesamtanzahl von über 400 ausgehen. Hinzu kommt ein Anstieg derartiger Investor-Staat-Verfahren von mindestens 30 bis 40 Fällen pro Jahr. Vergleichen wir also die Anzahl der im vergangenen Jahrzehnt bekannt gewordenen und sich auf Abkommen gründenden Investor-Staat-Verfahren mit der Anzahl der vor dem Internationalen Gerichtshof und der Welthandelsorganisation (WTO) anhängig gemachten Verfahren, sehen wir uns einer ganz erstaunlichen Fülle von Investor-Staat-Fällen gegenüber (siehe unten Abbildungen 1 und 2).

Abbildung 1:

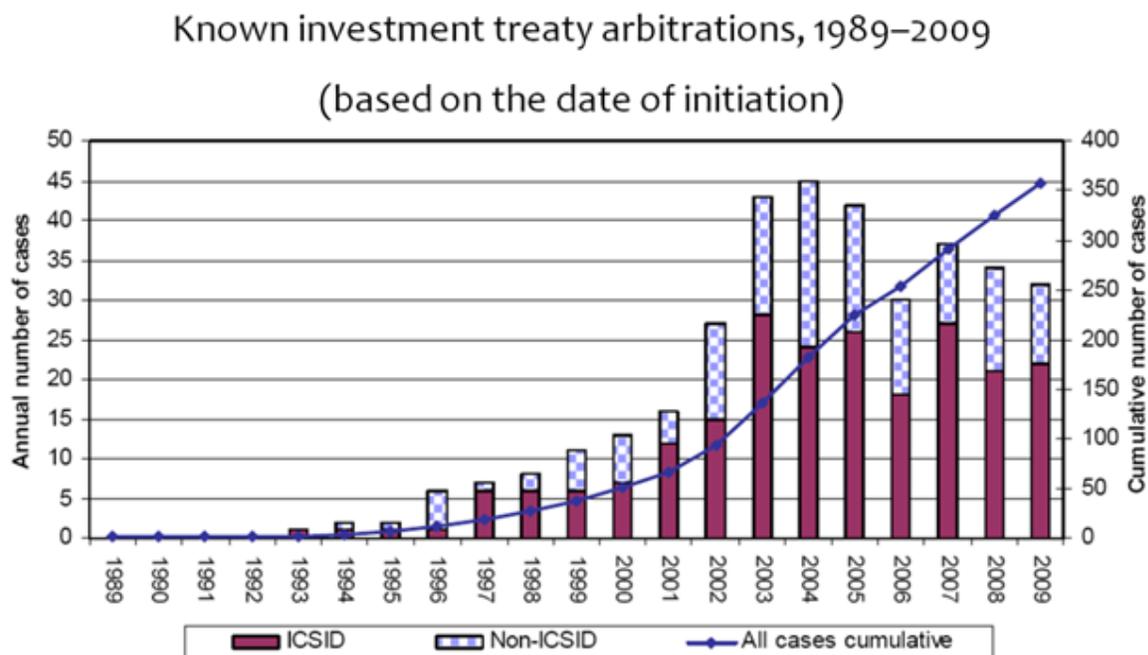
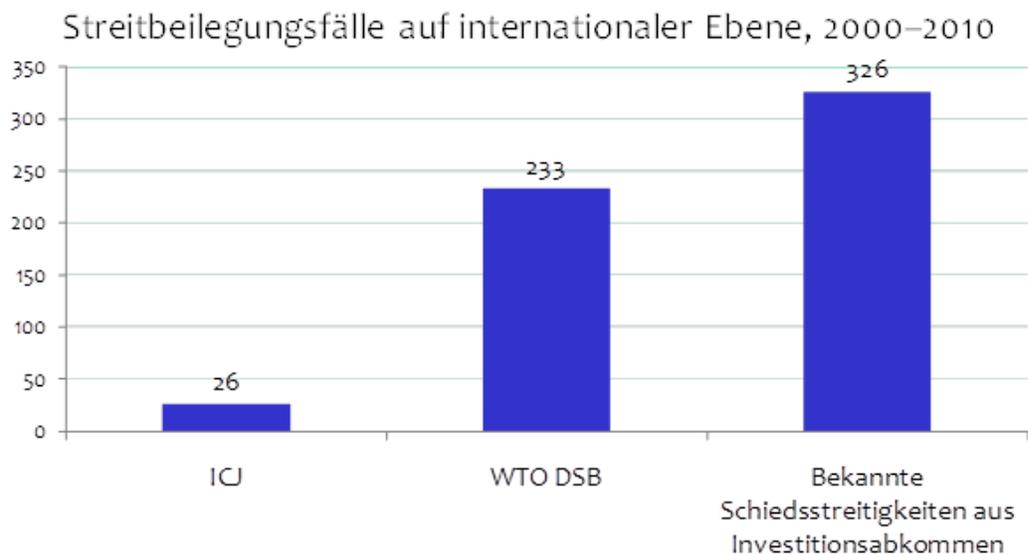


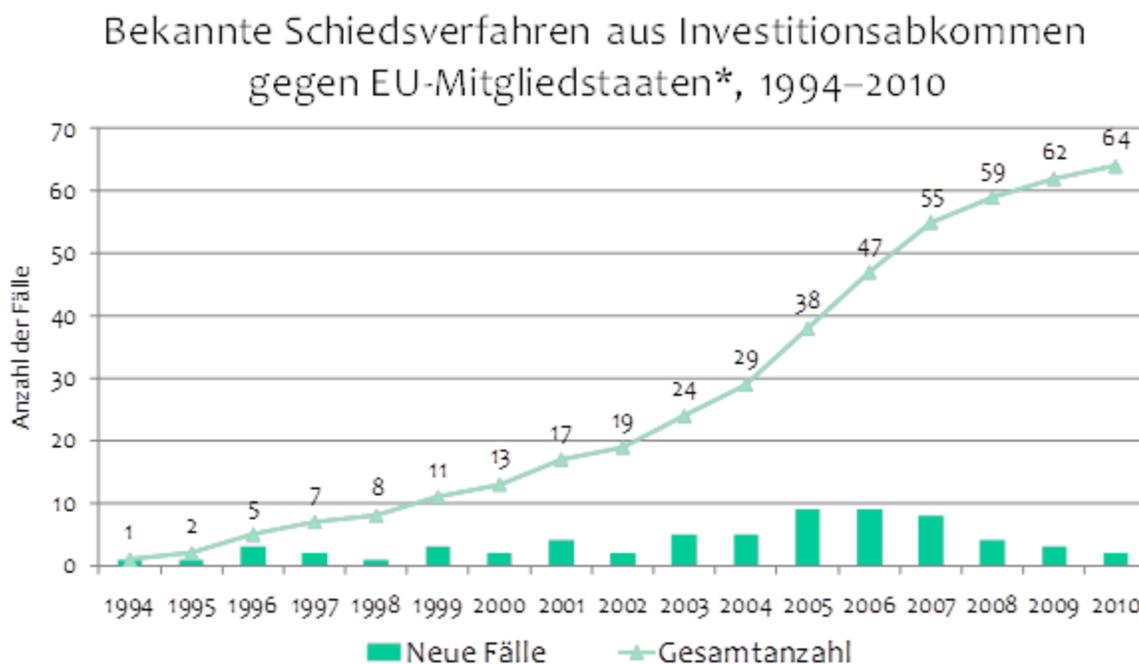
Abbildung 2:



Quellenangabe: basierend auf Daten aus den ICJ-, UNCTAD- und WTO-Webseiten.
Inbegriffen sind bekannte und gemeldete Schiedsverfahren wegen Investitionsstreitigkeiten.
Die tatsächliche Anzahl dürfte weit höher liegen.

Europa ist von dieser Entwicklung nicht verschont geblieben. Auch die EU-Mitgliedstaaten waren und sind im Rahmen der von ihnen jeweils unterzeichneten BITs Zielscheiben ausländischer Investoren. Wie in der nachstehenden Abbildung 3 aufgezeigt, wächst die Anzahl der Fälle gegen EU-Mitgliedstaaten beständig an, wobei Europa noch mehr Streitverkündungen zu erwarten hat. Zum Ende des Jahres 2009 richteten sich mehr als 17 Prozent der bekannten anhängigen Investor-Staat-Streitverfahren gegen EU-Mitgliedstaaten (siehe Abbildung 4). Dabei basieren die angegebenen Ziffern noch auf einer Situation, in der einige EU-Mitgliedstaaten nur einige wenige Investitionsabkommen unterhalten, die wiederum in der Mehrzahl der Fälle mit Staaten abgeschlossen wurden, die Kapital aus der EU importieren, und nicht umgekehrt. Ein sprunghafter Anstieg der Streitverkündungen gegen europäische Staaten dürfte also vorprogrammiert sein, wenn die EU der Investor-Staat-Streitschlichtungsklausel mit China, Indien, Kanada und den Mercosur-Ländern zustimmt und so alle 27 Mitgliedstaaten aus den Abkommen von den Investoren jener Länder in die Haftung genommen werden können. Die Auslandsinvestitionsstrategien der chinesischen und anderer Regierungen sind schließlich kein Geheimnis. Die Investoren dieser Staaten werden zweifelsohne jedes verfügbare Mittel gegen ihrerseits unerwünschte Maßnahmen Europas ergreifen - und so eben auch das Mittel des Investor-Staat-Schiedsverfahrens.

Abbildung 3:

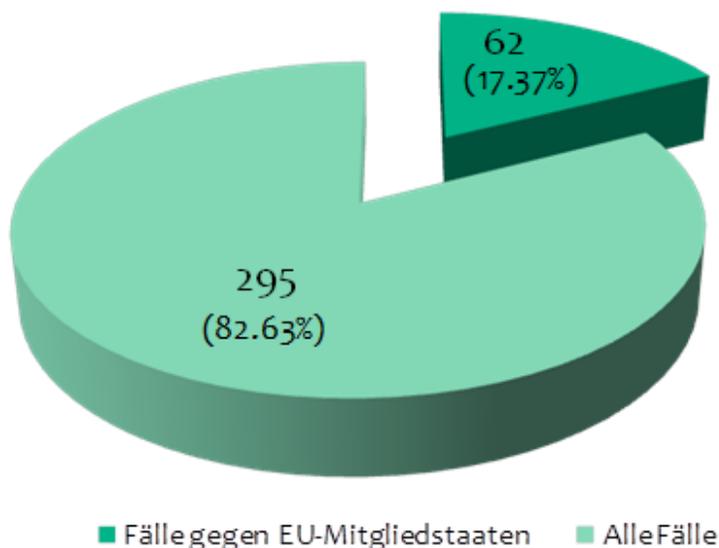


Quellenangabe: basierend auf Daten aus den ECT-, ICSID-, ITA- und UNCTAD-Webseiten.

* Einschließlich der gegen Staaten vor ihrem EU-Eintritt eingereichten Fälle.

Abbildung 4:

Bekannte Schiedsverfahren aus Investitionsabkommen, 1989–2009



Quellenangabe: basierend auf Daten aus der UNCTAD-Webseite.

3.0 Ein neuer Blickwinkel zur Betrachtung von Investitionsrecht und -politik

Die vorliegenden Fakten geben uns Aufschluss über mehrere wichtige Aspekte: zunächst erfahren die Investor-Staat-Streitigkeiten einen rapiden und weit schnelleren Anstieg als es in anderen Bereichen völkerrechtlicher Rechtsstreitigkeiten der Fall ist; zweitens genießen die EU-Mitgliedstaaten keine Immunität und sind Zielscheibe von insgesamt 62 *bekannt*en Investor-Staat-Forderungen geworden; und drittens blicken wir inzwischen auf immerhin 10-jährige Erfahrungen mit Investor-Staat-Schiedsverfahren zurück. In diesem Zeitraum stellte es sich heraus, dass den materiellrechtlichen Normen und den Streitbeilegungsklauseln eine ganze Reihe von Anfechtbarkeiten und Schwachstellen innewohnt. Da die EU sich jetzt mit der Erarbeitung ihrer eigenen Politik zu diesem Thema befasst, ist die Zeit reif, um die aufgetretenen Probleme anzusprechen.

Denken wir angesichts der vorbeschriebenen Entwicklungen über eine zukünftige Herangehensweise der EU an den Investitionsschutz nach, müssen wir die postkoloniale Geisteshaltung von 1959 hinter uns lassen. Damals suchten die europäischen Staaten nach Wegen, ihre Investitionen in Entwicklungsländer vor Enteignungsmaßnahmen zu schützen, und die Investitionen flossen zum größten Teil nur in eine Richtung. Heute gestaltet unsere Welt sich weitaus komplexer, und die Studie der London School of Economics (LSE) sowie die Juli-Mitteilung der Europäischen Kommission machen deutlich, dass Europa neue Märkte gewinnen und gleichzeitig Gastland für Auslandsinvestitionen sein möchte. Überlegungen dieser Art sind von großer Bedeutung, denn Europa handelt Investitionsabkommen aus, die die Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit vorsehen. Als Empfänger von Investitionen darf Europa nicht die Augen davor verschließen, sich in zunehmendem Ausmaß vor Schiedsgerichten vertreten und dort ein breites Spektrum von Gesetzen, Vorschriften und sonstigen Maßnahmen verteidigen zu müssen. Wortlaut und Reichweite der von der EU in Zukunft abzuschließenden Investitionsabkommen sind daher entsprechend zu überdenken.

Als die NAFTA-Staaten erkannten, dass jeder einzelne von ihnen Zielscheibe der Investoren der jeweils anderen Staaten werden konnte, und sie außerdem feststellen mussten, dass die Schiedsrichter nicht zögerten, die Verpflichtungen der Gaststaaten in einer von den Staatsvertragsparteien nicht beabsichtigten Weise auszulegen, begriffen sie sehr schnell, dass sie den Schiedsgerichten keine hinreichenden Leitfäden zur Auslegung ihrer Abkommen an die Hand gegeben hatten. Aus diesem Grund gaben sie eine Auslegungserklärung heraus, in der sie das von ihnen bei der Aushandlung des Investitionskapitels des NAFTA-Abkommens eigentlich Gewollte darlegten, um sicherzustellen, dass die Schiedsrichter in Zukunft nicht von der ursprünglich verfolgten Absicht der NAFTA-Partner abwichen. Um ähnliche Probleme in Zukunft zu vermeiden,

haben Kanada und die Vereinigten Staaten seitdem Musterinvestitionsabkommen ausgearbeitet, die sehr viel spezifischer ausgestaltet sind als jegliche von EU-Mitgliedstaaten gezeichneten Abkommen. Den schlimmsten Überraschungen bei der Einmischung der Tribunale in ihre politischen Maßnahmen konnten die NAFTA-Staaten damit zwar aus dem Weg gehen, aber auch im Rahmen dieser neueren und detaillierten Abkommen halten die Streitverkündungen an.

Bei der Entwicklung des zukünftigen europäischen Rahmens für den Investitionsschutz wird Europa den NAFTA-Staaten folgen und sowohl die Perspektive des im Ausland investierenden europäischen Investors *als auch* die Perspektive der EU als Gastland ausländischer Investitionen berücksichtigen müssen. Der derzeit geltende Rahmen ist aus keiner dieser Perspektiven zufrieden stellend, denn - wie die LSE-Studie es verdeutlicht - lässt die Art der Auslegung der Investitionsabkommen sich in keinsten Weise vorhersehen und die Schiedsverfahren sind nicht nur kostspielig, sondern es mangelt ihnen auch noch an den Verfahrensgarantien, die andere völkerrechtliche Streitbeilegungssysteme vorsehen.

Folglich muss die zukünftige Investitionspolitik der EU die materiellrechtlichen und verfahrensrelevanten Probleme, die sich in den vergangenen 10 Jahren herauskristallisiert haben, von vornherein auffangen.

4.0 Wiedererlangung der Kontrolle über die materiellrechtlichen Aspekte: Bedarf an mehr Klarheit und Berechenbarkeit

Wir wollen uns zunächst mit den materiellrechtlichen Verpflichtungen befassen, die in den uns bekannten mitgliedstaatlichen Investitionsschutzabkommen für die Phase nach dem Markteintritt vorgesehen sind.

Das von den meisten EU-Mitgliedstaaten verwendete Musterabkommen spiegelt das 1959 zwischen Pakistan und Deutschland abgeschlossene BIT wider. Das typisch europäische Abkommen war und ist kurz gefasst sowie vage und grobmaschig formuliert. Dies mag ja schön und gut gewesen sein, solange diese Vorlage nicht mit dem aussagekräftigen und verbindlichen Streitbeilegungsmechanismus gekoppelt war, wie wir ihn heute kennen. Ein unpräziser Wortlaut wesentlicher Bestimmungen verleiht den Schiedsgerichten allumfassende Freiheit, die Bestimmungen ganz nach eigenem Ermessen auszulegen. Wie bereits erwähnt, haben die NAFTA-Partner durch harte Erfahrungen lernen müssen, dass die Schiedsgerichte von den ursprünglich verfolgten Absichten der NAFTA abwichen. Um also die Tribunale wieder auf den richtigen Weg zu bringen, gaben sie eine Auslegungserklärung heraus, gefolgt von überarbeiteten Musterinvestitionsabkommen mit deutlich präziserem Wortlaut.

So haben Kanada und die Vereinigten Staaten beispielsweise den Begriff der indirekten Enteignung in ihren aktuellen Vorlagen nunmehr klar umrissen und damit sichergestellt, dass nach Treu und Glauben allgemein anwendbare regulatorische Maßnahmen nicht in Frage gestellt werden können. Auch haben sie die Reichweite der Verpflichtung der „fairen und gerechten Behandlung“ definiert, die nach derzeitigem Fallrecht so gut wie alles beinhalten kann. Diese beiden Klauseln - Enteignung und „faire und gerechte Behandlung“ - sind zwei Beispiele für vollständig konträre Auslegungsansätze der Tribunale. Solange die Staatsvertragsparteien keine Leitfäden vorlegen, wie die NAFTA-Partner es beispielsweise durch die Ausgabe ihrer Auslegungserklärung vorgelebt haben, ist es sowohl den Gaststaaten als auch den Investoren schier unmöglich, vorwegzunehmen, wie diese beiden typischerweise breit gefassten Klauseln von den Tribunalen ausgelegt werden. Und selbst mit derartigen Vorgaben werden nach wie vor widersprüchliche Entscheidungen getroffen, die beide Staatsvertragspartner über die Rechte der Investoren und die jeweiligen Pflichten des Gaststaats spekulieren lassen. Die einzigen sicheren Gewinner sind die Rechtsanwälte und Schiedsrichter, die Honorare für ihre Inanspruchnahme beziehen und wenig motiviert sind, Aufkommen und Umfang der Schiedsstreitigkeiten zu minimieren.

Die Juli-Mitteilung der Europäischen Kommission spricht zwar den Bedarf einer Beschäftigung mit den weitreichenden Klauseln zum Thema Enteignung an, erwähnt aber nicht die Notwendigkeit einer Klarstellung der Vorschriften zur fairen und gerechten Behandlung, die mindestens genauso

wichtig, wenn nicht noch wichtiger ist. Denn bei diesem vermeintlich umgangssprachlichen Begriff handelt es sich schließlich um eine rechtlich verbindliche Norm mit einer bemerkenswerten potentiellen Reichweite. Wie viel Spielraum einem Schiedsgericht bei der Auslegung des Begriffs der fairen und gerechten Behandlung bleibt, verdeutlicht ein Passus, der in einer Entscheidung im Rahmen des bilateralen Investitionsabkommens zwischen Spanien und Mexiko (*Tecmed ./ Mexiko*) enthalten ist, die wiederum einer ganzen Reihe weiterer Schiedssprüche als Bezugspunkt und Grundlage diente:

[D]iese Bestimmung ... verpflichtet die Staatsvertragspartner, internationalen Investitionen eine Behandlung zukommen zu lassen, die die grundlegenden Erwartungen des ausländischen Investors bei seiner Investitionsentscheidung nicht beeinträchtigt. Der ausländische Investor erwartet vom Gaststaat ein widerspruchsfreies Vorgehen ohne jegliche Mehrdeutigkeiten und bei vollständig transparent gestalteten Beziehungen zu dem ausländischen Investor, damit dieser im Voraus sämtliche für seine Investition geltenden Regeln und Vorschriften sowie die Ziele und Zwecke der sachdienlichen politischen und administrativen Praktiken oder Richtlinien in Erfahrung bringen und in Folge seine Investition bei Einhaltung dieser Vorschriften planen kann (Abs. 154). [Freie Übersetzung]

Damit könnte ein Investor in Europa die üblichen nationalen Verwaltungs- und Gerichtsverfahren umgehen und einen Mitgliedstaat stattdessen in praktisch allen Angelegenheiten, die sich auf eine Lizenz, eine Genehmigung oder einen Vertrag mit einem Staat oder sonstige Verwaltungsmaßnahmen beziehen, direkt vor einem internationalen Schiedsgericht belangen. Auch dieser Aspekt bedarf weiterer Klärungen und Diskussionen.

Uns bleibt hier nicht die Zeit, die anderen Klauseln im Einzelnen zu betrachten, aber es versteht sich wohl von selbst, dass alle weiteren Bestimmungen, wie beispielsweise die Klauseln zur Inländerbehandlung, Meistbegünstigung und zum ungehinderten Kapitaltransfer, vor dem Hintergrund des sich entwickelnden Fallrechts mit aller Sorgfalt zu prüfen sind.

5.0 Verfahrensrechtliche Aspekte: Der Bedarf an Transparenz, Kohärenz und richterlicher Unabhängigkeit

Wenn wir uns nun dem zweiten Themenkomplex und damit den verfahrensrechtlichen Aspekten zuwenden, stellen wir fest, dass die Kommission laut ihrer Mitteilung vom Juli nicht nur den materiellrechtlichen Schutz aufrechterhalten will, wie er aus den BITs der EU-Mitgliedstaaten bekannt ist, sondern außerdem der Ansicht ist, dass für „zukünftige EU-Abkommen, die einen Investitionsschutz vorsehen, die Investor-Staat-Streitschlichtungsregelung Anwendung finden sollte.“

Wie bereits erwähnt, stellt die Investor-Staat-Streitschlichtungsklausel eine einzigartig markante Besonderheit internationaler Investitionsabkommen dar, verleiht sie doch einem privaten Unternehmen das Recht, die Regierung eines Gaststaats direkt zu belangen, ohne zuvor die lokalen verwaltungsrechtlichen und gerichtlichen Rechtsmittel ausschöpfen zu müssen. Die Vorstellung der Europäischen Kommission, auf diesen Mechanismus zurückzugreifen, und dies auch, wenn es sich bei dem Verhandlungspartner um einen Staat mit gut funktionierenden Verwaltungs- und Rechtssystemen handelt, ist sehr gründlich abzuwägen. Die Staatsvertragspartner des Freihandelsabkommens zwischen den USA und Australien (FTA) befanden es beispielsweise als ausreichend, nur die Staat-Staat-Streitschlichtungsklausel in das Investitionskapitel des FTA-Abkommens aufzunehmen, und schlossen die Möglichkeit der Investor-Staat-Beilegung aus.

Aber selbst wenn die Investor-Staat-Streitschlichtung Teil der Investitionsabkommen wird, bedürfen die spezifischen Eigenschaften der Investor-Staat-Schiedsverfahren weiterhin einer gründlichen Prüfung und Auseinandersetzung.

Zurzeit sind die Investor-Staat-Schiedsverfahren von problematischen Merkmalen gezeichnet, die in anderen Arten internationaler Streitbelegungen zwischen Staaten nicht existent sind.

In diesem Kontext ist zunächst anzumerken, dass Schiedsverfahren in mehreren Phasen des Prozesses nicht transparent sind. Verfahren nach den Regeln der Kommission der Vereinten Nationen für Internationales Handelsrecht (UNCITRAL), der Internationalen Handelskammer oder der Handelskammer von Stockholm können der Öffentlichkeit beispielsweise komplett vorenthalten werden, selbst dann, wenn eine Maßnahme der öffentlichen Politik oder ein auf demokratischem Weg verabschiedetes Gesetz Gegenstand der Streitigkeiten ist. Der Investor kann sich sogar der Bekanntgabe des endgültigen Schiedsspruchs widersetzen, und so erfährt die Öffentlichkeit zu keinem Zeitpunkt, dass ihre Regierung wegen Verletzung einer internationalen Verpflichtung zur Zahlung von Schadenersatz verurteilt worden ist - dies trotz der Tatsache, dass die Forderungen und Schadenersatzbeträge unter Umständen extrem hoch liegen. Erst noch in diesem Jahr ist Ecuador zur Zahlung von US\$ 700 Millionen nebst Zinsen verurteilt worden, während Deutschland von

einem schwedischen Investor mit einer Forderung in Höhe von EUR 1,5 Milliarden verklagt worden ist. Etliche außereuropäische Staaten haben Klauseln in ihre Investitionsabkommen aufgenommen, die die Transparenz von Verfahren sicherstellen.

Hinzu kommt, dass die Schiedsrichter für Investitionsstreitigkeiten im Gegensatz zu anderen Bereichen internationaler Streitschlichtungen zwischen Staaten von Fall zu Fall bestellt werden. Die Mitglieder eines Schiedsgerichts werden üblicherweise im Einzelfall (nach Konsultation ihrer Anwälte) von den Streitparteien benannt, während der Vorsitzende des Schiedsgerichts dann in Folge von diesen zwei Mitgliedern oder einer bestellenden Behörde benannt wird. Sie können eine doppelte Funktion ausüben: einmal die des Schiedsrichters in einem Investitionsfall und zum anderen die des Rechtsberaters einer Partei in einem anderen Fall. Demzufolge kann ein Rechtsbeistand einen Schiedsrichter bestellen und erwarten, dass dieser Schiedsrichter ihn im Gegenzug für einen zukünftigen Fall bestellt. Diese mit den Funktionen Schiedsrichter und Rechtsbeistand doppelt besetzte Rolle ist schon deshalb problematisch, weil ein Schiedsrichter die Investitionsschutzgesetzgebung so mitprägen kann, dass ein von ihm vertretener Mandant in künftigen Verfahren einen Vorteil daraus ziehen kann. In diesem Sinne fehlt es den Investor-Staat-Streitigkeiten an wichtigen institutionellen Absicherungen, mit denen andere Systeme ausgestattet sind.

Ein weiterer Wesenszug der Investor-Staat-Streitschlichtung besteht in der Endgültigkeit und Verbindlichkeit der schiedsrichterlichen Entscheidungen. Revisionen sind kaum gestattet, es sei denn, einer der wenigen zulässigen Gründe, wie beispielsweise die Ermangelung eines ordnungsgemäßen Verfahrens oder die Nichtanwendung des maßgeblichen Rechts, liegt vor. Im Hinblick auf ihre rechtliche oder faktische Richtigkeit werden diese schiedsrichterlichen Entscheidungen in der Regel nicht geprüft. So hat es in der Tat im Kontext des Internationalen Zentrums zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten (ICSID) Urteile gegeben, in deren Zusammenhang der Annullierungsausschuss eingeräumt hat, dass die Entscheidung aus rechtlicher Sicht unrichtig oder das Verhalten eines Schiedsrichters nicht akzeptabel gewesen sei, der Ausschuss aber leider gezwungen sei, die Entscheidung aufrechtzuerhalten. Mit anderen Worten: Revisionsmöglichkeiten, wie sie beispielsweise von der WTO angeboten werden, stehen nicht zur Verfügung.

In ihrer Juli-Mitteilung räumt die Europäische Kommission einige dieser Probleme ein. Insbesondere erklärt sie, dass die „EU dafür Sorge tragen [sollte], dass Investor-Staat-Streitigkeiten transparent beigelegt werden“ und dass die EU sich mit den Möglichkeiten einer besseren Kohärenz und Berechenbarkeit bei der Anwendung ihrer internationalen Investitionsabkommen befassen sollte. Wie die Kommission sich diesen Belangen nähern wird, ist allerdings noch unklar. Im Idealfall wird sie eine Politik verfolgen, die auch bei den nach bereits bestehenden Investitionsabkommen angestrebten Schiedsverfahren zu mehr Transparenz, Gerechtigkeit und Berechenbarkeit führt.

6.0 Sicherstellung der Übereinstimmung mit anderen Bereichen der europäischen Politik

Abschließend bleibt noch kurz auf die in der Mitteilung enthaltene Erklärung hinzuweisen, dass „die Handels- und Investitionspolitik der Union mit der Art und Weise kompatibel sein muss, mit der die EU und ihre Mitgliedstaaten die Wirtschaftstätigkeit innerhalb der Union und über unsere Grenzen hinweg regulieren“. Weiter heißt es in der Mitteilung:

Investitionsabkommen sollten im Einklang mit den übrigen Politikfeldern der Union und ihrer Mitgliedstaaten stehen, dazu zählen auch Politikfelder wie Umweltschutz, menschenwürdige Arbeit, Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz, Verbraucherschutz, kulturelle Vielfalt, Entwicklung und Wettbewerb. Die Investitionspolitik wird die Union und ihre Mitgliedstaaten auch künftig in die Lage versetzen, die nötigen Maßnahmen zur Verfolgung öffentlicher Ziele zu ergreifen und durchzusetzen.

Eine gemeinsame Investitionspolitik sollte auch von den Grundsätzen und Zielen geleitet werden, die ganz allgemein das Handeln der Union auf internationaler Ebene bestimmen; dies schließt die Förderung der Rechtstaatlichkeit, der Menschenrechte und einer nachhaltigen Entwicklung ein (Artikel 205 AEUV und Artikel 21 EUV). In dieser Hinsicht sind die OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen, die derzeit aktualisiert werden, ein wichtiges Instrument, um ein ausgewogenes Verhältnis zwischen den Rechten und Pflichten der Investoren zu erzielen.

Diese Erklärungen der Kommission stellen einen wichtigen Schritt in Richtung einer moderneren Art von Investitionsabkommen dar, die sich von dem eher einseitigen Charakter der meisten mitgliedstaatlichen BITs abgrenzt. Das Europäische Parlament wird konkrete Leitlinien für die Operationalisierung herausgeben müssen, damit dieser Ansatz wirklich richtungsweisend wird.