



Oktober 2015
AK Positionspapier

„Investmentcourt System“ ICS -
Entwurf der Europäischen Kommission zu
Kapitel II – Investitionen in TTIP vom 16. September 2015

Wir über uns

Die Bundesarbeitskammer ist die gesetzliche Interessenvertretung von rund 3,4 Millionen ArbeitnehmerInnen und KonsumentInnen in Österreich. Sie vertritt ihre Mitglieder in allen sozial-, bildungs-, wirtschafts und verbraucherpolitischen Angelegenheiten auf nationaler als auch auf der Brüsseler EU-Ebene. Darüber hinaus ist die Bundesarbeitskammer Teil der österreichischen Sozialpartnerschaft.

Das AK EUROPA Büro in Brüssel wurde 1991 errichtet, um die Interessen aller Mitglieder der Bundesarbeitskammer gegenüber den Europäischen Institutionen vor Ort einzubringen.

Zur Organisation und Aufgabe der Bundesarbeitskammer in Österreich

Die Bundesarbeitskammer Österreichs bildet die Dachorganisation von neun Arbeiterkammern auf Bundesländerebene, die gemeinsam den gesetzlichen Auftrag haben, die Interessen ihrer Mitglieder zu vertreten.

Im Rahmen ihrer Aufgaben beraten die Arbeiterkammern ihre Mitglieder unter anderem in Fragen des Arbeitsrechts, des Konsumentenschutzes, in Sozial- und Bildungsangelegenheiten. Mehr als drei Viertel der rund 2 Millionen Beratungen jährlich betreffen arbeits-, sozial- und insolvenzrechtliche Fragestellungen. Darüber hinaus nimmt die Bundesarbeitskammer im Rahmen von legislativen Begutachtungsverfahren die Aufgabe wahr, die Positionen der ArbeitnehmerInnen und der KonsumentInnen gegenüber dem Gesetzgeber in Österreich als auch auf EU-Ebene einzubringen.

Alle österreichischen ArbeitnehmerInnen sind per Gesetz Mitglied der Arbeiterkammern. Die Mitgliedsbeiträge sind gesetzlich geregelt und betragen 0,5 Prozent des Bruttoeinkommens (maximal bis zur Höchstbemessungsgrundlage in der Sozialversicherung). 750.000 (ua Arbeitslose, Eltern in Karenz, Präsenz- und Zivildienstler) der rund 3,4 Millionen Mitglieder sind von der Zahlung des Mitgliedsbeitrages befreit, haben aber Anspruch auf das volle AK-Leistungsangebot!

Rudi Kaske
Präsident

Werner Muhm
Direktor

Die Position der AK im Einzelnen

Nachdem die Europäische Kommission den lang erwarteten Entwurf zum Kapitel II Investitionen für die EU-Verhandlungen mit den USA vorgelegt hat, erlaubt sich die Bundesarbeitskammer (BAK) ihre kritische Analyse zum Investitionsschutz sowie dem Investitionsstreitbeilegungssystem „Investment Court System“ vorzulegen. Hierbei gehen wir von der BAK-Stellungnahme zur öffentlichen Konsultation zu ISDS in TTIP vom 14.5.2014 und der BAK-Stellungnahme zum entsprechenden Verhandlungsmandat vom 22.4.2013 aus und bewerten den von der Kommission vorgelegten Textentwurf vor dem Hintergrund unserer Positionierung. Doch bevor wir ins Detail gehen, möchten wir grundsätzliche Anmerkungen zum vorgelegten Vorschlag machen.

Die Europäische Kommission ist in ihrem Vorschlag zu einem Investitionsgericht (ICS) auf die Kritik der mangelnden Rechtsstaatlichkeit der privaten Schiedsgerichtsbarkeit ISDS eingegangen. Die Ausgestaltung des ICS orientiert sich – soweit nach erster Überprüfung ersichtlich – weitgehend an den Maßgaben eines Internationalen Gerichtshofes. Doch bleibt die Kernkritik, nämlich dass ausländische Investoren privilegierte Klagerechte haben, bestehen, da dieses Prinzip nicht hinterfragt wurde. Daher hat auch der neue Textvorschlag viele problematische Bestimmungen, die nach wie vor dazu geeignet sind, gegen Regulierungen im Interesse der Allgemeinheit vorzugehen. Die vorgelegten Vorschläge sind jedenfalls nicht ausreichend, um die Gefahren zu entschärfen, die vom Investitionsschutz ausgehen:

- Nach wie vor verpflichten sich die Staaten, hohe Schadensersatzzahlungen zu leisten, wenn sich Investoren durch neue Regulierungen ungerecht behandelt sehen. Das selbstverständliche Regulierungsrecht von Staaten kann ungemindert durch Klagen bedroht und auch ausgehöhlt werden.
- Das Ergebnis der öffentlichen Konsultation zu ISDS in TTIP war eindeutig: keine – und daher auch nicht verschönerte – Sonderklagerechte für Konzerne, denn US-amerikanische Unternehmen sollen in der EU nicht besser behandelt werden als alle anderen Personen und Unternehmen in der Gesellschaft.
- Mit dem Vorschlag zu einem neuen Schiedsverfahren für Investorenklagen will die Kommission die bis jetzt ausgesetzten Verhandlungen mit den USA zu Investitionsschutz wieder aufnehmen. Es besteht nach wie vor erheblicher Diskussionsbedarf in Europa. Jegliche Verhandlungen mit den USA wären übereilt, solange keine ausführliche Diskussion darüber mit den entscheidungsbefugten Organen in der EU und ihren Mitgliedstaaten sowie mit den Sozialpartnern und der interessierten Öffentlichkeit stattgefunden hat.

Die **BAK lehnt Investitionsschutzbestimmungen in TTIP grundsätzlich ab**, weil sowohl die EU als auch die USA hochentwickelte Rechtssysteme haben, die grundlegende Rechte wie das Recht auf Eigentum, Gleichbehandlung und

fares Verfahren sicherstellen sowie bei Enteignungen Entschädigungszahlungen vorsehen. Daher sind keine Gerichte außerhalb des ordentlichen Justizsystems nötig. Darüber hinaus treten wir für die **Gleichbehandlung von europäischen Unternehmen mit US-amerikanischen Investoren in Europa ein. Nationale Gerichte gewährleisten diese.** Eine Diskriminierung inländischer Investoren gegenüber Unternehmen mit einem Sitz in den USA lehnen wir ab.

Analyse des Textentwurfs:

Kapitel II – INVESTITIONEN

Definitionen für Investitionsschutz

Eine jede nur erdenkliche Art von Vermögenswerten soll eine „gedeckte“ Investition sein und damit einen besonderen Investitionsschutz – gegenüber inländischen Investoren – haben. Wir lehnen die offene Liste von sogenannten gedeckten Investitionen, die neben produktiven Investitionen auch kurzfristige Geldanlageformen, Vertragsvereinbarungen, Urheberrechte, indirekte Beteiligungen, Konzessionen, Kredite und „jede Art des Interesses an einem Unternehmen“ einschließt und damit dasselbe Schutzniveau einräumt, entschieden ab.

Die BAK hat sich in ihren Stellungnahmen zur EU-Investitionspolitik wiederholt für eine **enge Definition von ausländischen Direktinvestitionen**, die ein nachhaltiges Investitionsverhalten und sozial-ökologisch zukunftsfähige Investitionen in den Empfängerländern fördern, eingesetzt. Wir fordern ua, dass jegliche Portfoliointvestitionen wie auch geistige Eigentumsrechte und Geldansprüche jeglicher Art aus dem Geltungsbereich auszuschließen sind. Hochspekulative Investoren, Kon-

zessionsinhaber etc setzen mit Klagen Volkswirtschaften systematisch unter finanziellen Druck, was fatale Auswirkungen auf die Bevölkerung und die wirtschaftliche Entwicklung hat. Auch sind Umgehungsstrukturen wie Briefkastenfirmen oder aber auch „special purpose vehicles“ grundsätzlich zu unterbinden. Die heute gängige Praxis von Umgehungsmöglichkeiten ist in den Definitionen zu berücksichtigen, um dem „Missbrauch“ von Investitionsschutzbestimmungen effektiv vorzubeugen. Die Interpretation, was eine Umgehung ist, darf nicht den Schiedsgerichten überlassen werden (Abschnitt 3, Artikel 15).

Abschnitt 2, Investitionsschutz

Artikel 1, Anwendungsbereich

Investitionsschutz soll für jede Behandlungsweise, die eine Geschäftstätigkeit berühren könnte („any treatment that may affect the operation of such investment“) gewährt werden. Diese Formulierung ist noch unbestimmter als der bisher übliche Ansatz, der von „Maßnahmen“ ausgeht. Noch vagere als bisher übliche Bestimmungen sind eine Kontradiktion zu den jüngsten Entwicklungen, Begriffe klarer zu definieren, und daher abzulehnen.

Artikel 2, Investitions- und Regulierungsmaßnahmen/-ziele

Der als **Regulierungsklausel** („Right to regulate“) angekündigte Artikel soll offensichtlich vortäuschen, dass zukünftig das staatliche Regulierungsrecht vom Investitionsschutz unberührt bleibt. Doch hält er nicht was er verspricht, weil unverändert Entschädigungsansprüche bestehen.

Der Artikel 2 Absatz 1 sieht vor, dass Schiedsgerichte darüber befinden, ob bei Maßnahmen in Bereichen wie Gesundheits-, Sozial-, Konsumenten- und Umweltschutz, etc legitime Ziele verfolgt werden. Diese Bestimmung untersagt nicht, dass die Schiedsgerichte über sensible Regulierungen befinden, sondern ermächtigt sie dazu, eine Notwendigkeits- bzw Verhältnismäßigkeitsprüfung zu machen, ob einzelne Maßnahmen oder „jegliche Behandlungsweisen“ legitim und im konkreten Fall auch notwendig und verhältnismäßig sind. Der Ansatz der Fall zu Fall-Prüfung wird im Annex I Enteignung bekräftigt.

Absatz 2 dient zur weiteren Klärung der Regulierungsklausel und führt aus, dass die Vertragsparteien mit TTIP keine „Stillhalteverpflichtung“ gegenüber ausländischen Investoren eingehen. Was können wir aus der vorgenommenen Feststellung schließen?

Die vorliegende Regulierungsklausel stellt keinen Zusammenhang zwischen der Stillhalteverpflichtung, der Verhältnismäßigkeitsprüfung und materieller Entschädigungsrechte von ausländischen Investoren her. Sie gibt keine Anleitung, wie das Spannungsverhältnis zwischen legitimen politischen Zielen im Allgemeinwohl insbesondere in sensiblen Bereichen und wirtschaftlichen Gewinninteressen einzelner Investoren gehandhabt werden soll, womit die Entschädigungspflicht der Vertragsparteien unberührt bleibt. Konkretere Bestimmungen hierzu sind nach wie vor nur im Annex I Enteignung zu finden, wo wiederum keine entsprechenden Präzisierungen vorgenommen wurden.

In den Absätzen 3 und 4 wird eine Ausnahme von der Anwendung des Investitionsschutzes für Beihilfen/Subventionen formuliert, es sei denn der

Mitgliedstaat hat sich gesetzlich oder vertraglich dem Investor gegenüber verpflichtet, diese zu zahlen. Insbesondere wenn EU-Behörden im Rahmen des Beihilfenverfahrens handeln, kann der Mindeststandard „gerechte und billige Behandlung“ nicht verletzt werden. Dies erfolgt aus den offenkundig katastrophalen Erfahrungen der Europäischen Kommission mit den bilateralen Investitionsschutzabkommen.

Eine solche effektive Ausnahme vom Anwendungsbereich hat für alle Maßnahmen im öffentlichen Interesse und nicht nur für jenen Bereich zu gelten, auf den sich die Europäische Kommission in jüngster Zeit besonders konzentriert hat. Alle Maßnahmen im öffentlichen Interesse haben eine vergleichbare Ausnahme wie das Beihilfenrecht zu erfahren.

Die hier vorgeschlagene „Regulierungsklausel“ **hält unvermindert am Vertrauensgrundsatz des Investitionsschutzes fest**, aus dem sich bei sich ändernden Rahmenbedingungen Entschädigungsansprüche ableiten lassen. Wir sehen keinerlei Verbesserungen oder Fortschritt im Vergleich zum umstrittenen Status quo. Nach wie vor obliegt es den Schiedsgerichten über Maßnahmen im Interesse des Allgemeinwohls zu urteilen, ob Schadensersatzansprüche bestehen oder nicht. Selbst wenn das Schiedsgericht zum Schluss kommt, dass legitime öffentliche Interessen verfolgt werden, hat es keine unmittelbare Konsequenz für Schadensersatzansprüche.

Die BAK fordert **sensible Branchen** wie beispielsweise Bildung, Gesundheit, Kultur, Dienstleistungen im öffentlichen Interesse und öffentlicher Personenverkehr sowie Politikbereiche wie Arbeit und Soziales, Arbeitsrecht, Umwelt, Finanzmarktregulierung und Steuerpolitik

aus dem Geltungsbereich des Investitionsschutzkapitels heraus zu nehmen, indem eine „carving-out“-Klausel dem Kapitel vorangestellt wird, wie dies unter anderem im Fall der Kulturindustrie, audiovisuelle Dienstleistungen und Finanzdienstleistungen bereits in CETA gehandhabt wird.

Artikel 3, Behandlung von Investoren und gedeckten Investitionen

Die Klausel der „gerechten und billigen Behandlung“ (FET) hat sich in der Schiedsgerichtsbarkeit als die „catch-all“-Klausel heraus kristallisiert; sie wird missbräuchlich als Basis für Entschädigungsklagen bei Regulierungen im öffentlichen Interesse angerufen und hat eine sehr weite und widersprüchliche Interpretation in den Urteilen erfahren. Die Europäische Kommission versucht bei TTIP, wie schon bei CETA, eine einschränkende Definition, indem den Rechtsstaatsprinzipien zuwiderlaufende Tatbestände aufgezählt werden (offensichtliche Willkür etc). Doch in Absatz 4 werden die Bemühungen, die FET-Klausel „kalkulierbar“ zu machen, zunichte gemacht: das Schiedsgericht kann die „legitimen Erwartungen“ des Investors zum Zeitpunkt der Investition/ des Engagements jeglicher Art in Betracht ziehen. Eine faire und gerechte Behandlung wird somit verletzt, wenn die legitimen Erwartungen, auf die der Investor gebaut hat, im Laufe der Investition frustriert werden. Ob dies der Fall ist, entscheidet das Schiedsgericht. Aus Absatz 4 geht nicht hervor, dass einer der in Absatz 2 aufgelisteten Tatbestände jedenfalls erfüllt sein muss, bevor Absatz 4 zur Anwendung kommt. Auch das Gutachten von Prof Markus Krajewski für die deutsche Bundesregierung vom Mai 2015 kommt zu dem Schluss, dass Absatz 2 nicht im Zusammenhang mit Absatz 4 steht (Seite 13 ff des Rechts-

gutachtens: Modell-Investitionsvertrag mit Investor-Staat-Schiedsverfahren für Industriestaaten unter Berücksichtigung der USA). Um dies sicherzustellen, ist folgender Text aufzunehmen: “For greater certainty, change or repeal of measures of general application such as laws, regulations and other general rules shall not be considered a violation of the fair and equitable treatment standard unless the conditions of section 2 are met.”

Die BAK spricht sich dezidiert gegen die FET-Klausel aus, die inländische Investoren grundsätzlich diskriminiert und darüber hinaus den SchiedsrichterInnen explizit die Ermächtigung gibt, die Erwartungen der Investoren in Betracht zu ziehen. Wir sprechen uns hingegen für eine „no greater rights“-Klausel aus, damit ausländische Investoren keinen besseren Schutz als inländische Investoren erhalten. Systematisch wäre es ausreichend als Schutzstandards die Inländerbehandlung (Nichtdiskriminierungsstandard) aufzunehmen. Wenn dies nicht durchsetzbar ist, ist zumindest Absatz 4 zu ergänzen: “Such a promise cannot waive any binding obligations of the investor contrary to national law and cannot limit the right of a Contracting party to adopt, maintain or repeal any laws or regulations in accordance with domestic law.”

Absatz 3 installiert ein Komitee, welches weitreichende Rechte erhalten soll: die Ausarbeitung von verbindlichen Interpretationsnoten zu einzelnen Vertragsbestimmungen, die Nominierung der RichterInnen und des Präsidiums des „investment court systems“-ICS, etc. Die BAK spricht sich dezidiert dagegen aus, Komitees in Abkommen einzurichten, die die Befugnis bekommen, deren Inhalte maßgeblich weiterzuentwickeln.

Denn hiermit werden rechtsstaatliche Prinzipien wie ua parlamentarische Mitsprache und Kontrolle ausgeschaltet.

Artikel 4, Kompensation von Verlusten

Eine Kompensation von Verlusten im Falle von Kriegen, bewaffneten Konflikten, Unruhen etc ist nicht akzeptabel. In solchen Fällen wird eine Staatshaftung geschaffen, die nur bedingt dem Staat und seinen BürgerInnen bzw Institutionen zurechenbar ist und stellt eine nicht einsehbare Risikoüberwälzung dar. Ein kaum kalkulierbares und auch nicht versicherbares Risiko wird dem betroffenen Staat überantwortet. Auch haben ausländische Unternehmen grundsätzlich die politischen Risiken – wie wir alle in der Gesellschaft – zu tragen.

Der hier verfolgte Ansatz ist anachronistisch, da die Globalisierung der Wirtschaft ein Ausmaß erreicht hat, wo ausländische Unternehmen im Gastland sehr wohl aktive Stakeholder sind, die politische Rahmenbedingungen (zB Regulatory Cooperation in TTIP aber auch Sorgfaltspflichten, die Menschenrechte in der Wertschöpfungskette einhalten) mitgestalten. Daher sind ausländische Investoren nicht mehr als Opfer von Staatsgewalt im Gastland zu sehen, wie dies zu Zeiten des Kalten Krieges üblich war.

Artikel 5, Enteignung

Der Begriff der indirekten Enteignung ist viel zu weit gefasst und ist in dieser Form abzulehnen. Eine derart extensive Regelung erlaubt Investoren – trotz Ausnahmebestimmungen – staatliche Maßnahmen in einem umfangreichen Ausmaß anzugreifen.

Die BAK tritt für eine Begrenzung der Schadensersatzansprüche von aus-

ländischen Investoren ein. Der Schadensersatzanspruch hat sich an den einzelstaatlichen zivilrechtlichen Entschädigungsansprüchen zu orientieren und diesen zu entsprechen (Prinzip der Gleichbehandlung). Entschädigungswürdig kann nur der tatsächliche Wertverlust, nicht aber entgangene zukünftige Gewinne und Abschreibungen sein. Daher ist die Art und Höhe des Schadensersatzes zu begrenzen sowie verschiedene Faktoren, die bei der Berechnung zu berücksichtigen sind, neu zu definieren. Auch ziffernmäßige Betragsgrenzen wären sinnvoll, um die Attraktivität von Investorenklagen, aber auch das finanzielle Eigeninteresse von SchiedsrichterInnen an Klagefällen hintanzuhalten.

Artikel 6, Transfer

Absatz 3 ist zu weit gefasst und engt die Freiheit des nationalen Gesetzgebers zu sehr ein. Eine Bestimmung, wonach gesetzliche Regelungen im öffentlichen Interesse mit unbestimmten Rechtsbegriffen („equitable und non-discriminatory manner“, „disguised restriction“) anzugreifen sind, ist aus Sicht der BAK jedenfalls abzulehnen. Auch ist klar zu stellen, dass Schulden des Investors gegenüber öffentlichen Körperschaften und Behörden (zB Steuer-, Sozialversicherungsabgabenschulden) etwaigen Entschädigungszahlungen gegengechnet werden.

Eine zusätzliche horizontale Bestimmung für Maßnahmen der WWU, Zahlungsbilanzschwierigkeiten etc hat jedenfalls auch wirtschaftliche Sanktionen im Kapitalverkehr, die aufgrund politischer Grundsatzentscheidungen getroffen werden, miteinzubeziehen.

Artikel 7, Schirmklausel

Wir lehnen es ab, mit der Schirmklausel sämtlichen Vertragsvereinbarungen mit Investoren Schutz zu gewähren, insbesondere als in CETA keine solche Klausel vorgesehen ist und diese unerwünschte Umgehungsmöglichkeiten eröffnet.

Annex I, Enteignung

Der Annex ermöglicht Klagen gegen Regulierungen oder Maßnahmen im öffentlichen Interesse, wobei die Schiedsgerichte ermächtigt werden, auf Grundlage von Verhältnismäßigkeitsprüfungen die Schadensersatzzahlungen festzulegen.

Die BAK kritisiert, dass eine staatliche Entschädigungspflicht der Vertragsparteien festgeschrieben wird, die über das jeweilige nationale Recht hinausgeht. Es gibt kein sachliches Argument, das es rechtfertigt, ausländische Investoren besser zu behandeln als inländische Unternehmen, indem ihnen Entschädigungen bei sogenannter „indirekter Enteignung“ zugesichert werden. Dies ist vehement abzulehnen.

So dies nicht durchsetzbar sein sollte, ist – wie auch bei der FET-Klausel – der Bezug auf die „legitimen“ Erwartungen des Investors zu streichen. Auch sind die Bestimmungen zum Schutz nationaler Gesetze und Maßnahmen klarer zu fassen. Nicht-diskriminierende Maßnahmen zum Schutz der Gesundheit, Umwelt, Soziales, Arbeitsschutz und -recht, etc haben an sich keine indirekte Enteignung darzustellen. Daher hat es

in Absatz 3 zu heißen: „For greater certainty, non-discriminatory measures of a Contracting Party that are designed and applied to protect public welfare objectives, such as protection of health, safety, labour and social policies, consumer protection, the environment, taxes, cultural diversity, media freedom and pluralism, do not constitute indirect expropriations by themselves.“

Annex II: Behandlung von Staatsschulden

Bei Verletzung einer Investitionsschutzbestimmung im Gefolge einer Umstrukturierung öffentlicher Schuldpapiere soll demnach der Anspruch auf ein Investitionsschutzverfahren deutlich eingeschränkt werden und zwar dann, wenn es sich um eine **ausverhandelte Umstrukturierung** („negotiated restructuring“) handelt.

Die BAK tritt dafür ein, dass eine Umstrukturierung öffentlicher Schulden grundsätzlich keine Investorenklagerechte auslösen darf. Schließlich liegen die Hauptfunktionen des Finanzmarktes in der Kreditvergabe und der Risikoübernahme, wofür die Investoren auch Zinszahlungen erhalten. Das Marktsystem würde endgültig ad absurdum geführt, wenn Investoren für ein Risiko entschädigt werden, welches sie letztlich nicht übernehmen. Darüber hinaus unterliegt die Bewertung öffentlicher Schuldpapiere abrupten und oft nicht nachvollziehbaren Schwankungen, was die Refinanzierungsbedingungen der Staaten oft schwer kalkulierbar macht und bis in die Zahlungsunfähigkeit führen kann. Der Anspruch auf Investitionsschutzverfahren im Falle der Um-

strukturierung öffentlicher Schulden läuft somit insgesamt auf eine Schwächung öffentlicher Interessen zugunsten privater Gläubigerinteressen hinaus.

Während wir die Intention des Anhangs zu Staatsschulden vom Ansatz her begrüßen, ist besonderes Augenmerk auf die Details zu legen. Dabei zeigt sich, dass die Investitionsschutzbestimmungen mittels einzelner regulatorischer Ergänzungen im Interesse des Gemeinwohls nicht repariert werden können. Dies ist ein weiterer Grund für eine gänzliche Herausnahme der Investitionsschutzbestimmungen aus TTIP, sodass sichergestellt ist, dass bei Umstrukturierung öffentlicher Schuldpapiere der Anspruch auf ein Investitionsschutzverfahren ausgeschlossen wird.

Im Detail fällt auf, dass in CETA die Klagemöglichkeit von Investoren für die Kapitel „Niederlassung“ (Establishment of Investments) und „Nicht-Diskriminierung“ und im Vietnam-Abkommen zumindest für das Kapitel „Nicht-Diskriminierung“ eingeschränkt werden. Der vorliegende Entwurf hingegen bezieht sich nur auf die Bestimmungen des Investitionsschutzes.

Grundsätzlich trägt der Entwurf dazu bei, dass erstens „negotiated restructuring“ im Prinzip von Investorenklagen ausgeschlossen ist, dass zweitens öffentliche Schuldpapiere, die von öffentlichen Einrichtungen gehalten werden, anders behandelt werden können, und dass drittens nicht-diskriminierende rückwirkende „collective action clauses“ (CACs) ebenso von Investorenklagen ausgeschlossen sind.

Selbst wenn diese Einschränkung der Klagemöglichkeiten ausländischer Investoren bei Umstrukturierung von Staatspapieren auf den ersten Blick positiv erscheint, ist damit die Gefahr von Investorenklagen noch keinesfalls ausreichend gebannt. Es besteht das Problem bei „workouts“ weiterhin, dass die Gläubigerminderheit das Umstrukturierungsergebnis nicht akzeptiert und eine Investorenklage einreicht. Darüber hinaus ergibt sich für die betroffenen Staaten ein Problem bei der nachträglichen Installation von CACs, wenn die in Frage stehenden Schuldtitel nach ausländischem Recht ausgegeben wurden. Und schließlich setzt „negotiated restructuring“ vor allem bereits per Definition das Einverständnis der Gläubiger voraus. Das bedeutet im Umkehrschluss, dass Investorenklagen sehr wohl möglich sind, sollten die Gläubiger nicht mit einer Umstrukturierung einverstanden sein. Dies bedeutet auch, dass bei derartigen Verhandlungen seitens der Gläubiger ein beträchtlicher Druck ausgeübt oder Umstrukturierungen unter der Drohung von Investorenklagen auch gänzlich „verweigert“ werden können. An diesem Beispiel zeigt sich, dass selbst mit Einzelschritten, die in eine richtige Richtung zu gehen scheinen, die Gefahren für das Gemeinwohl aufgrund des Investitionsschutzes alles andere als gebannt sind. Die BAK plädiert daher dafür, dass im Falle von Umstrukturierungen öffentlicher Schuldpapiere die Einreichung von Investorenklagen grundsätzlich ausgeschlossen werden.

Im Zusammenhang mit Umstrukturierung öffentlicher Schuldpapiere stehen Bestimmungen in dem noch nicht vor-

gelegten Kapitel zu Finanzdienstleistungen. Wir beziehen uns mangels TTIP-Textvorlagen auf das CETA-Abkommen, Artikel 15 (Kapitel Finanzdienstleistungen), das vorsorgliche Maßnahmen („Prudential carve-out“) vorsieht, sowie den Anhang „Investment Disputes in Financial Services“. In CETA sind als vorsorgliche Maßnahmen beispielsweise zur Stabilisierung des Finanzsektors oder zur Reduktion des Risikos von Finanzmarkturbulenzen Filter für Investorenklagen vorgesehen. Explizit erwähnt wird dabei die Rettung („recovery“) einer Finanzinstitution. Selbst wenn wir diese Filter als nicht ausreichend erachten, um die öffentlichen Interessen etwa im Fall einer Finanzkrise zu schützen, fehlen derartige Bestimmungen in TTIP. Ein besonderes Augenmerk ist darauf zu richten, dass bei Restrukturierungen wie im Fall „Hypo Alpe Adria“ keine zusätzlichen Steuergelder für Entschädigungszahlungen von einzelnen ausländischen Investoren aufzubringen sein werden.

Abschnitt 3, Streitbelegungsverfahren und Investitionsgerichtssystem

Im Vergleich zur bisher üblichen Praxis der internationalen Streitbeilegung in Investitionsstreitigkeiten wurde im vorliegenden Entwurf ein erheblicher rechtsstaatlicher Fortschritt erzielt. Dies ändert aber nichts an der Tatsache, dass aus unserer Sicht kein Bedarf besteht, zwischen zwei entwickelten Rechtsstaaten ein eigenes Rechtsschutzsystem neben den ordentlichen Gerichten der beiden Vertragsparteien aufzubauen. Auch lehnen wir die Schaffung einer Zweiklassengerichtsbarkeit vehement ab.

Der ausländische Investor darf nicht privilegiert behandelt werden, indem er direkten Zugang zu einer Gerichtsbarkeit bekommt, die anderen Personen aus diesem Staat nicht zur Verfügung stehen.

Es ist davon auszugehen, dass maßgebliche politische Kräfte jedenfalls eine Art Investitionsschiedsgericht schaffen wollen. Daher beleuchten wir einige kritische Punkte aus dem Text der Kommission.

Artikel 9, Gericht – Zusammensetzung

Artikel 9 regelt in Absatz 2 die **Richterrinnenbestellung**, lässt aber offen wie diese sich konkret gestaltet. Wie erfolgt die Beschlussfassung im Komitee? Aus welchen Personen besteht das Komitee und welche Kompetenzen kommen diesem zu? Wie werden die SchiedsrichterInnen nominiert und ernannt? Nach welchen Kriterien erfolgt die Auswahl von SchiedsrichterInnen aus Drittstaaten? Der Vorschlag enthält keine Abberufungsmöglichkeiten von gelisteten SchiedsrichterInnen.

Es kann im Hinblick auf die **Zusammensetzung des Gerichts** kritisiert werden, dass fünf RichterInnen aus Drittstaaten nominiert werden sollen, da die notwendige richterliche Unabhängigkeit nicht durch besondere Garantien der Rechtsstaatlichkeit fixiert werden. Der Verweis, dass alle RichterInnen die Qualifikationen zum Richteramt im jeweiligen Land besitzen müssen, reicht als Qualifikation bei Drittstaaten dann nicht aus, wenn das rechtsstaatliche System dieses Landes selbst nicht funk-

tionsfähig ist. Diese Problematik wird insoweit verschärft, als Artikel 9 Absatz 9 vorsieht, dass die Parteien sich darauf verständigen können, dass nur eine einzige RichterIn – und diese muss sodann aus einem Drittstaat sein – den Fall entscheiden soll. Überdies werden die PräsidentIn und die VizepräsidentIn des Gerichts ausschließlich aus der Gruppe der drittstaatsangehörigen RichterInnen bestellt. Den rechtsstaatlichen Garantien in Hinblick auf die Auswahl der RichterInnen aus Drittstaaten kommt daher besondere Bedeutung zu.

Die Voraussetzung, dass RichterInnen in ihrem eigenen Land selbst die Voraussetzung zum Richteramt besitzen müssen, ist ein wesentliches **Qualifikationskriterium**. Artikel 9 Absatz 4 lässt allerdings auch JuristInnen mit allgemein anerkannter Kompetenz zum Richteramt in dem vorgeschlagenen Gericht erster Instanz zu. Dies ist aus rechtsstaatlicher Sicht zu problematisieren, da schon bisher RechtsanwältInnen und UniversitätsprofessorInnen, denen diese Kompetenzen zugesprochen wurden, in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit tätig wurden. Auf diese Weise wird die personelle Problematik nur fortgesetzt und nicht gelöst. Diese Problematik wird verschärft, indem besondere Expertise im Völkerrecht verlangt wird. Reguläre RichterInnen besitzen diese üblicherweise nicht, sondern vor allem jene Personen, die bereits bisher in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit tätig waren.

Die Qualifikationsanforderungen an die RichterInnen sind zu konkretisieren, wobei nur jene Personen für diese Tätigkeit

geeignet sind, die auch ein Richteramt bekleiden. Auch stellt sich uns die Frage, ob es vernünftig ist, die gleichen RichterInnen, die im Falle eines streitigen Verfahrens tätig werden, auch als Mediatoren im Vorfeld vorzusehen.

Die **Wahrung der Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit** der RichterInnen eines Investitionsgerichts ist ein entscheidender Faktor für die zukünftige Rechtsprechung. Daher sollte es sich um hauptamtlich tätige RichterInnen handeln, denen andere Tätigkeiten gänzlich untersagt werden, und die nicht nur unabhängig von den Regierungen eines Vertragsstaates, sondern auch unabhängig von der Einflussnahme möglicher Investoren sind. Auf letzteres wird unseres Erachtens in diesem Vorschlag zu wenig eingegangen. Ein Honorar von € 2.000,-- im Monat macht es den gelisteten RichterInnen unmöglich, keiner weiteren beruflichen Tätigkeit nachzugehen, was wiederum die Unabhängigkeit gefährdet.

Eine strikte Unvereinbarkeit besteht nur in Hinblick auf andere schiedsgerichtliche Verfahren. Überdies darf kein Interessenkonflikt im Hinblick auf die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Mitglieder des Schiedsgerichts bestehen. Eine strikte Interpretation dieser Bestimmungen kann zu einer starken Unabhängigkeit führen; umgekehrt können großzügige Interpretationen bedeuten, dass jeweils auf den Einzelfall abgestellt wird und damit die Mitglieder des Schiedsgerichts weiterhin in anderen geschäftlichen Angelegenheiten vom System durch die Stellung als RichterIn am Gericht strukturell profitieren kön-

nen. Wohl ist ein Verhaltenskodex für die RichterInnen Tätigkeit vorgesehen, doch werden keinerlei Konsequenzen an die Verletzung des Kodex geknüpft, womit er zu einer unverbindlichen Empfehlung wird. Darüber hinaus ist auch nicht geregelt, wie RichterInnen abberufen werden können.

Weiters sprechen wir uns dagegen aus, dass es bei kleineren und mittleren Unternehmen im gegenseitigen Einvernehmen der Streitparteien möglich sein soll, das Verfahren mit einem/einer **EinzelrichterIn** durchzuführen. Hier ist aus Gründen der Rechtssicherheit ein Senat aus drei RichterInnen vorzuziehen.

Wir sprechen uns klar gegen die Möglichkeit des „**third party funding**“ (Artikel 8) aus. Die mögliche Prozessfinanzierung von dritter Seite birgt einerseits das Risiko, dass vermehrt Klagen eingebracht und somit die ebenfalls vorgesehenen Mediations- bzw. Konsultationsverfahren nicht mehr ernsthaft angestrebt werden. Andererseits könnten dadurch die Streitwerte deutlich höher angesetzt werden, um den Rechtsstreit für den Prozessfinanzierer entsprechend lukrativ und interessant zu machen. Die vorgesehenen Transparenzregeln sind keinesfalls ausreichend.

Verfahrenskosten: Die BAK spricht sich dagegen aus, dass sich die Tagessätze und Spesen für die SchiedsrichterInnen in den einzelnen Streifällen nach dem Streitwert richten. Mit dieser Form der Entlohnung haben SchiedsrichterInnen ein persönliches Interesse an vielen Streifällen mit insbesondere hohem

Streitwert, womit ein zentraler Kritikpunkt am derzeitigen ISDS unverändert bestehen bleibt. Daher ist die Höhe der Verfahrenskosten zu gestalten. Entsprechend einer maximalen Höhe von Schadensersatzansprüchen sind die Verfahrenskosten bzw. Tagessätze nach oben zu begrenzen. Bei der Etablierung von Streithelferrollen (Amicus Curiae) darf die Kostenbelastung keine abschreckende Wirkung für eine Teilnahme haben, daher dürfen für sie keine Gerichtsgebühren anfallen.

Artikel 13 regelt in Absatz 3 die Anwendbarkeit rechtlicher Regelungen, wobei nach Absatz 3 nationales Recht nicht zur Anwendung gelangen soll. Es bleibt jedoch unklar, worauf sich diese Regelung letztlich bezieht. Gerade nationales materielles Recht kann in Verfahren streitgegenständlich werden, wobei das Schiedsgericht dieses jedenfalls auszulegen hat. In diesem Fall ist vorzusehen, dass das Schiedsgericht in einer Vorabentscheidung die Auslegung nationaler oder europäischer Gesetze bei den zuständigen Gerichtshöfen verbindlich einholt.

Es bedarf der Überprüfungsmöglichkeit des EuGH hinsichtlich der Prüfung der EU-Rechtskonformität der Entscheidungen des Investitionsgerichtes, da davon auszugehen ist, dass auch EU-rechtliche Maßnahmen von Bedeutung sein können.

Artikel 15 (Anti-Umgehungsbestimmung) sollte verhindern, dass Investoren mit Umgehungsstrukturen (zB Briefkastenfirmen) Klagerechte erschleichen können. Der vorgelegte Text

ist sehr vage gehalten. Darüber hinaus hat das Schiedsgericht in jedem Fall nachzuweisen, dass es sich beim Investor um eine Umgehungskonstruktion handelt. Die BAK kritisiert, dass der vorgelegte Text seiner Zielsetzung keinesfalls gerecht wird, insbesondere als konkretere Formulierungen („substantiell business“) in anderen Abkommen die gängige Praxis ist.

Wahrung von Rechten Dritter: Das Schiedsgericht hat von sich aus Betroffene in angemessener Weise einzubeziehen, indem ihnen ein rechtliches Gehör ohne Kostenbelastung eingeräumt wird. In Schiedsverfahren ist zentralen Stakeholdern wie den Gewerkschaften und betroffenen Gebietskörperschaften eine bedeutende Prozessrolle einzuräumen.

Transparenz: Die BAK tritt für Bestimmungen, die über die UNCITRAL-Regeln hinausgehen, ein. Auch bei außergesellschaftlichen Vergleichen zwischen den Streitparteien ist die Vereinbarung zu veröffentlichen. Zudem sind abweichende Meinungen des Tribunals öffentlich zu machen. Der effektiven Durchsetzung der Transparenzregeln ist großes Augenmerk zu schenken.

Investitionskomitee: Unseres Erachtens ist offen, welche Kompetenzen dieses Komitee haben soll und wie es sich zusammensetzen soll. Es ist auch hier darauf zu achten, dass mit der Einrichtung derartiger Komitees rechtstaatliche Strukturen nicht konterkariert werden.

Die BAK ersucht um die Berücksichtigung unserer Anmerkungen und Forderungen in der österreichischen Bewertung und Positionierung in der laufenden Diskussion auf europäischer Ebene.

Für weitere Fragen steht Ihnen gerne

Elisabeth Beer

Tel: + 43 (0) 1 501 65 2464
elisabeth.beer@akwien.at

und

Gernot Fieber

(in unserem Brüsseler Büro)
T +32 (0) 2 230 62 54
gernot.fieber@akeuropa.eu

zur Verfügung.

Österreichische Bundesarbeitskammer

Prinz-Eugen-Straße 20-22
1040 Wien, Österreich
T +43 (0) 1 501 65-0

AK EUROPA

Ständige Vertretung Österreichs bei der EU
Avenue de Cortenbergh 30
1040 Brüssel, Belgien
T +32 (0) 2 230 62 54
F +32 (0) 2 230 29 73