

Koordinierte Stellungnahme der Wirtschaftskammer Österreich zur öffentlichen Konsultation der Europäischen Kommission zu den Modalitäten des Investitionsschutzes und des ISDS im Rahmen des TTIP

30.6.2014

Frage 1: Geltungsbereich der materiell-rechtlichen Investitionsbestimmungen

Der weite Geltungsbereich der Begriffsbestimmung für Investitionen wird begrüßt und entspricht auch gängigen Definitionen wie etwa nach Art 1 des ö Muster-BITs. Ebenfalls begrüßt werden können die Maßnahmen zur Verhinderung des Missbrauchs bezüglich Briefkastenfirmen durch eine Präzisierung der Definition eines Investors. Grundsätzlich erscheint es sinnvoll, nur solche Investoren zu schützen, die tatsächlich ihren Firmensitz in einem EU-MS bzw. den USA haben bzw dort maßgebliche Geschäftstätigkeiten (substantive business activities) entfalten - wie dies im Übrigen auch in modernen bilateralen Investitionsschutzabkommen vorgesehen ist.

Frage 2: Nichtdiskriminierung

Die Prinzipien der Inländergleichbehandlung und der Meistbegünstigung sind wichtige Garantien für ausländische Investoren, um einheitliche Wettbewerbsbedingungen zu schaffen.

Die grundsätzliche Bedeutung des ‚right to regulate‘ (Regelungsrecht, siehe unten) im öffentlichen Interesse (Gesundheit, Umweltschutz etc. - entsprechen Art XX GATT) von Staaten wird anerkannt: Die österreichische Wirtschaft bekennt sich zum nachhaltigen Handeln und den in diesem Zusammenhang gegebenenfalls erforderlichen Regelungen. Es muss aber sichergestellt werden, dass derartige staatliche Maßnahmen stets sachlich gerechtfertigt und nicht überschießend sind.

Mit Blick auf den Themenbereich der Meistbegünstigung ist der Ansatz zu begrüßen, Normeneinfuhr aus anderen Abkommen insbesondere in materiell-rechtlichen Fragen bestmöglich zu unterbinden.

Frage 3: Faire und angemessene Behandlung

Die Pflicht zur fairen und angemessenen Behandlung ausländischer Investoren ist eine der wichtigsten Investitionsvorschriften.

Hinsichtlich des Vertrauensschutzes muss betont werden, dass ein stabiler Rechtsrahmen nicht mit einem unveränderlichen Rechtsrahmen gleichzusetzen ist. Ersterer sollte aber garantiert werden. Jedenfalls - aber nicht ausschließlich - sollten jene Fälle erfasst werden, in denen durch den Aufnahmestaat Anreize für eine Investition geschaffen oder Zusagen gemacht wurden.

Ein demonstrativer Katalog bietet den stabilen Rechtsrahmen, der benötigt wird, und gibt dem Gericht die Möglichkeit neue Tatbestände aufzunehmen. Es kommt daher nicht zu

einer Politisierung der Gerichte, sondern deren Unabhängigkeit wird gestärkt. Deswegen ist ein demonstrativer Katalog zu begrüßen. Es wird daher vorgeschlagen „inter alia“ vor „constitutes“ (Art X.X (2) des Referenztextes CETA) einzufügen, um hervorzuheben, dass es sich um keinen taxativen Katalog handelt und die Hinzufügung weiterer Mindestgrundsätze für die faire und angemessene Behandlung von Auslandsinvestoren möglich wäre.

Frage 4: Enteignung

Das Recht auf Eigentum ist für Investoren und Investitionen von grundlegender Bedeutung, da die Gefahr der Enteignung ohne Entschädigung das größte Risiko für einen Investor im Ausland darstellt.

Enteignungen sollen grundsätzlich niemals entschädigungslos erfolgen.

Auch Enteignungen im öffentlichen Interesse sollten niemals ohne angemessene Entschädigung durchgeführt werden. Weshalb indirekte Enteignungen (= Maßnahmen die sich bloß auf den wirtschaftlichen Wert ausüben) pauschal nicht erfasst werden sollten, leuchtet nicht ein. Wenn diese Maßnahmen unbillig sind, sollte auch die Möglichkeit bestehen, Schadenersatz zu erlangen. Dies gilt insbesondere in all denjenigen Fällen, in denen Staaten klare Verpflichtungen gegenüber Investoren eingegangen sind oder ausdrückliche Zusagen gemacht haben.

Frage 5: Gewährleistung des Regelungsrechts (right to regulate) und Investitionsschutz

Ein stabiles Gleichgewicht zwischen Investorenschutz und Regelungsrecht der Staaten ist wichtig. Gemeinwohlanliegen der Staaten, wie öffentliche Gesundheit, Umwelt- und Verbraucherschutz oder aufsichtliche Regulierung von Investitionen sollen klar definiert werden, um größere Rechtssicherheit für Ausländische Investoren zu schaffen. Wie bereits zu Frage 4 angemerkt, kann in all denjenigen Fällen, in denen Staaten klare Verpflichtungen gegenüber Investoren eingegangen sind oder ihnen gegenüber ausdrückliche Zusagen gemacht haben, nicht von einer legitimen Ausübung des Regelungsrechts, die Entschädigungsfreiheit bewirken würde, gesprochen werden. Wir anerkennen, dass ein Schiedsgericht nicht die Aufhebung einer Maßnahme, sondern nur eine Entschädigung für den Investor festlegen kann.

Frage 6: Transparenz bei Investor-Staat Streitbeilegung (ISDS)

Prinzipiell wird Transparenz (öffentliche Verfügbarkeit von Dokumenten, öffentliche Anhörungen) in den Schiedsverfahren anerkannt, allerdings nicht in einem größeren Umfang, als dies nach innerstaatlichem österreichischen Recht vorgesehen ist. Jedenfalls muss sichergestellt sein, dass Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse weiterhin den ihnen gebührenden Schutz genießen. Auch sollte ein berechtigtes Interesse seitens der Öffentlichkeit Voraussetzung für die Zulässigkeit zur Einsichtnahme sein.

Transparenzvorgaben dürfen letztendlich keine nachhaltig negativen Auswirkungen auf die Dauer von Verfahren nach sich ziehen. Insgesamt geht es um angemessene Information, das bedeutet aber, dass eben nicht immer alle verfügbaren Informationen auch veröffentlicht werden sollen. Mediale Anprangerungen sollten jedenfalls vermieden werden. Amicus curiae Verfahren sollten, sofern sie zugelassen werden, keine Bindungswirkung für das Schiedsgericht entfalten und nicht zu einer Verlängerung von Verfahrensdauern führen.

Frage 7: Mehrfachklagen und Beziehungen zu inländischen Gerichten

Investoren müssen im Rahmen von rechtlichen Auseinandersetzungen über die Wahlmöglichkeit verfügen, entweder den innerstaatlichen Rechtsweg ihres Gastgeberlandes zu beschreiten oder ein internationales Schiedsgericht anzurufen. Hier möchten wir auf den Mustertext des österreichischen BIT verweisen, der eine sog ‚fork in the road‘-Klausel vorsieht. Ihr zufolge hat sich der Kläger vor Ergehen eines Urteils in der Sache in einem innerstaatlichen Gerichtsverfahren erster Instanz zu entscheiden, ob er ein Schiedsgericht anruft oder in weiterer Folge den innerstaatlichen Rechtsweg wählt. Insbesondere wird auf die Möglichkeit der gütlichen Streitbeilegung hingewiesen, da dies für Unternehmen wie auch staatliche Stellen Kosten und auch Zeit spart. Ebenso wird die Möglichkeit zur Mediation begrüßt.

In diesem Zusammenhang wird auf die Beiträge verwiesen, die seitens der österreichischen Handelsvertretungen (Austrian Trade Commissions) im Sinne der Erzielung gütlicher Einigungen und der Vermeidung kostspieliger streitiger Verfahren geleistet werden können.

Frage 8: Ethik, Verhalten und Qualifikationen der Schiedsrichter

Hier wird nicht viel Neues vorgeschlagen, zumal die ICSID bereits ähnliche Regeln vorsieht. Die Qualität der Schiedsrichter liegt aber klar im Interesse der WKÖ. Schiedsrichter sollen unabhängig und unparteiisch sowie frei von Voreingenommenheit oder Interessenskonflikten agieren. Als Schiedsrichter sollen jedenfalls nicht nur pensionierte Richter, sondern auch andere qualifizierte Personen (zB Universitätsprofessoren, Wirtschaftsanwälten) tätig werden können.

Im Allgemeinen erscheint eine Verbreiterung der Expertise in solchen Panels auch dadurch realisierbar, dass fachkundige Personen aus den Kreise von bestimmten Verbänden oder sozialpartnerschaftlich organisierten Einrichtungen mit beratender Funktion beigezogen werden (vgl das System der Laiengerichtsbarkeit im österreichischen Recht).

Frage 9: Prävention mutwilliger und unbegründeter Klagen

Wir anerkennen die Bemühungen zur Verhinderung mutwilliger und unbegründeter Klagsführung. Dies darf allerdings im Einzelfall nicht dazu führen, dass eine eingehende und gewissenhafte rechtliche Überprüfung dort unterbleibt, wo sie inhaltlich angezeigt ist. Während das Gebot des „access to justice“ sicherzustellen ist, sollen dabei allerdings keine Anreize geschaffen werden, welche die ökonomischen Interessen von den Vertretenen zu den Vertretern verschieben.

Frage 10 : Weiterbearbeitung und ‚Filterung‘ von Klagen

Die WKÖ steht zur Notwendigkeit die Finanzmärkte zu regulieren. Weshalb dieser Bereich gesondert behandelt werden sollte und ein eigener Rechtfertigungsgrund geschaffen werden sollte (prudential carve out) leuchtet nicht ein. Der Vorschlag einer Filterung von Investorenklagen durch ein Financial Services Committee erscheint nach derzeitigem Informationsstand zu weitgehend, d.h. zur Wahrung der Gesamtstabilität und Integrität der Finanzsysteme weder erforderlich noch geeignet.

Die Kommission betrachtet die Filterung von Klagen durch Financial Service Committees als geeignetes Mittel, um „Bedenken“ die „in Bezug auf mehrere ISDS-Klagen von Investoren ... gegen staatliche Maßnahmen im Finanzsektor“ laut wurden auszuräumen. Daten aus denen sich konkret ableiten ließe, dass der mit der Einrichtung von Financial Service Committees verbundene Mehraufwand gerechtfertigt wäre, bleibt die Kommission allerdings schuldig. Bereits aus diesem Grund erscheint fraglich, ob die vorgeschlagene Filterung von Klagen durch (behördliche) Financial Service Committees überhaupt mit den Prinzipien der EMRK und - in Österreich - der Gewaltenteilung in Einklang gebracht werden könnte. Das Recht auf Zugang zu Gericht darf Einschränkungen unterworfen werden. Diese dürfen jedoch nicht den Wesensgehalt des Rechtes berühren, müssen ein legitimes Ziel verfolgen und dürfen zur Verwirklichung dieses Ziels keine unverhältnismäßigen Mittel einsetzen (RS0120758 mwN).

Zudem besteht die Gefahr, dass Investoren den von den Regulierungsbehörden einzurichtenden Financial Service Committees nicht jenes Vertrauen entgegenbringen wie den Schiedsgerichten. Die Investoren könnten - nicht zuletzt aufgrund des Anlasses für die vorgeschlagen Neuregelung (Investorenklagen gegen staatliche Maßnahmen im Krisenzeiten) - befürchten, dass ihre Rechte in Krisenzeiten von den Regulierungsbehörden bzw. den von diesen einzurichtenden Financial Service Committees aus rein politischen Gründen beschnitten werden könnten. Dies wäre dem Vertrauen in den Finanzplatz Österreich eher abträglich.

Nach dem derzeitigen Informationsstand sollte die Beurteilung der Zuständigkeit sowie der Aktiv- und Passivlegitimation daher wie bisher den Schiedsgerichten vorbehalten bleiben. Um den von der Kommission angesprochenen „Bedenken“ entgegenzuwirken, könnte mit entsprechenden Verfahrensregeln das Auslangen gefunden werden. Dies erscheint nicht nur aus Gründen der Rechtssicherheit und Prozessökonomie, sondern auch zur Wahrung der Stabilität und Integrität des österreichischen Finanzsystems geboten, da die vorgeschlagene Filterung Investoren verunsichern und abschrecken könnte.

Der Mechanismus bzw. die Einrichtung eines Financial Services Committee wird von unserer Seite daher als eine Verminderung des Investitionsschutzes im Bereich Finanzdienstleistungen gesehen und abgelehnt. Diese Regelung würde zu einer enormen Schlechterstellung österreichischer Finanzdienstleister im Vergleich zu anderen Dienstleistungssektoren führen und deren Schutzniveau im Investitionsbereich zu sehr herabsenken.

Frage 11: Orientierungshilfen der Parteien (EU und USA) bei der Auslegung des Abkommens

Wenn Staaten Abkommen aushandeln, haben sie ein gemeinsames Verständnis von dessen gewünschter Bedeutung.

Wenn Abkommen Interpretationsspielräume offen lassen, kann es sein, dass Gerichte und ISDS-Schiedsgerichte das Abkommen unterschiedlich auslegen. Die EU möchte es den Nicht-Streitparteien (EU oder USA) ermöglichen, sich in das ISDS Verfahren zwischen einem Investor und der anderen Streitpartei einzuschalten und den Schiedsrichtern erläutern, wie sie die einschlägigen Bestimmungen ausgelegt sehen möchten.

Ein solcher Mechanismus erscheint im Sinne einer Verbreiterung der Basis für die Entscheidungsfindung unter der Voraussetzung denkbar, dass staatliche Stellen hier eine lediglich beratende Funktion einnehmen. Andernfalls stünde wohl eine Politisierung der schiedsgerichtlichen Verfahren zu befürchten.

Frage 12: Berufungsmechanismus und Stetigkeit der Schiedsgerichte

Ein Berufungsmechanismus wird von der WKO aus Gründen der Verlängerung des Verfahrens und der Steigerung von Kosten kritisch gesehen.

Generell sollte die Qualität der Entscheidungsfindung im Schiedsverfahren gewährleistet bzw. gegebenenfalls durch die Beiziehung weiterer Experten im oben genannten Sinne (siehe Fragen 8 und 11) die Basis für die Entscheidungsfindung verbreitert werden. Dadurch würde die Legitimität des ISDS-Verfahrens insgesamt erhöht.

Frage 13: Allgemeine Bewertung

Der Bestand an österreichischen Direktinvestitionen im Ausland betrug im Jahr 2012 mehr als 160 Milliarden Euro, davon entfielen 5,3 Milliarden Euro auf österreichische Direktinvestitionsbestände in den USA.

Diese beeindruckende Zahl veranschaulicht die Bedeutung eines gut funktionierenden Systems bzw. das Vorhandensein von Verträgen, um österreichische Vermögenswerte und Investitionen im Ausland zu schützen.

Es ist für uns von großer Bedeutung und muss sichergestellt sein, dass unsere Unternehmen gut geschützt sind, wenn sie in Ländern außerhalb der EU, einschließlich der USA, investieren.

Die **bilateralen Investitionsschutzabkommen** (kurz: BITs), die zwischen Österreich und diversen Drittstaaten abgeschlossen wurden, haben österreichischen Unternehmen im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Aktivitäten im Ausland bisher gute Dienste erwiesen. Insbesondere hat sich der dort vorgesehene **Investor-Staat-Streitbeilegungsmechanismus** als positiv erwiesen, da durch ihn im Konfliktfall rechtssichere und relativ rasche Lösungen möglich sind und eine jahrelange Verschleppung von Verfahren vor Behörden des Gastgeberstaates vermieden wird.

Außerdem trägt allein die Möglichkeit der Inanspruchnahme eines solchen Streitbeilegungsmechanismus oftmals zu einer ‚amicable solution‘ in Form von Schlichtungen bzw. Einigungen im Vorfeld eines Verfahrens bei. In vielen Fällen kann es

daher zu einer relativ raschen gütlichen Beilegung von Streitfällen kommen, ohne ein Schiedsverfahren überhaupt (oder zur Gänze) in Anspruch genommen zu haben.

Probleme von Investoren reichen von Enteignungen durch das Gastgeberland, über Diskriminierung im Vergleich zu anderen in- und drittländischen Investoren, Entzug der Gewerbeberechtigung und anderen Missständen im Gaststaat, wie z. B. das Fehlen ordnungsgemäßer Gerichtsverfahren, bis hin zu ungerechtfertigten Zugriffen auf das unternehmerische Kapital österreichischer Investoren.

Derzeit gibt es keine anderen internationalen Regelungen, welche Investoren zuverlässiger absichern als einschlägige internationale Vertragsbestimmungen zum Investitionsschutz, über deren Einhaltung im Streitfall renommierte internationale Schiedsgerichte entscheiden.

Die rund 60 bilateralen Investitionsschutzabkommen (BITs), die Österreich mit Staaten auf unterschiedlichen Kontinenten abgeschlossen hat, haben einen **wesentlichen Beitrag zur Rechtssicherheit im Zusammenhang mit Investitionsvorhaben** im Ausland geleistet. Österreichischen Unternehmen wurde damit ein **vorhersehbares Umfeld** für die **Realisierung unterschiedlichster Projekte** in den jeweiligen **Gastländern** geboten und haben diese auch immer wieder bestärkt, Investitionen zu tätigen.

Dies ist besonders für kleine Betriebe, die den Schritt ins Ausland wagen, von großer Bedeutung.

Die wichtigsten materiell-rechtliche Bestimmungen der bestehen österreichischen BITs sind eine verankerte Nichtdiskriminierung durch Bestimmungen zur Inländergleichbehandlung und eine Meistbegünstigungsklausel, das Gebot der gerechten und billigen Behandlung, Bestimmungen zum Schutz der Vertragsrechte durch eine Schirmklausel (Umbrella clause), Schutz vor unrechtmäßiger Enteignung, Gewährung einer angemessenen Entschädigung im Enteignungsfall sowie eine Transfergarantie. Um diese Ansprüche im Anlassfall durchzusetzen, wird dem Investor der Zugang zu einem Investor-Staat Streitbeilegungsverfahren eingeräumt.

Diese Rechtssicherheit durch gute Rahmenbedingungen im Investitionsbereich sollte auch durch den Abschluss von Handelsabkommen der EU mit Drittstaaten gegeben sein. Erst seit dem Vertrag von Lissabon werden Investitionsverträge auf europäischer Ebene verhandelt und es ist für österreichische Investoren wichtig, **auch in den europäischen Abkommen**, zumindest die **gleichen Schutzstandards** wie in den **geltenden nationalen, österreichischen bilateralen Investitionsabkommen** vorzufinden.

Durch die Schaffung von Rechtssicherheit und Berechenbarkeit für Unternehmen erweist sich der Investitionsschutz auch als **Instrument, mit dem Staaten weltweit ausländische Direktinvestitionen anziehen und bei sich im Land halten**, um ihre Wirtschaft zu stärken. Investitionen stellen einen **entscheidenden Faktor für Wachstum und Beschäftigung** dar, vor allem in der EU, deren Wirtschaft sehr auf die Offenheit gegenüber Handel und Investitionen angewiesen ist. Sie sind unerlässlich für die Schaffung und den Erhalt von Unternehmen und Arbeitsplätzen.

Mithilfe von Investitionen bauen Unternehmen die globalen Wertschöpfungsketten auf, die in der modernen Weltwirtschaft eine immer wichtigere Rolle spielen. Sie eröffnen damit nicht nur dem Handel neue Möglichkeiten, sondern tragen auch zu **Wertschöpfung, Arbeitsplätzen und Einkommen** bei. Aus diesem Grund sollten durch Handelsabkommen

Investitionen gefördert und den Unternehmen weltweit neue Investitionsmöglichkeiten eröffnet werden.

Wir denken, dass ISDS ist ein effektiver Weg zur Durchsetzung der Verpflichtungen unserer Handelspartner ist, wenn sie Investitionsabkommen mit der Europäischen Union unterzeichnen. Wir sind davon überzeugt, dass dieser Mechanismus in allen Investitionsabkommen vor allem auch mit Industrieländern festgelegt werden soll, um ein umfassendes und kohärentes europäisches Investitionsregime zu schaffen und ein Zwei-Klassen-System der EU-Handelspartner zu vermeiden. Es wäre nämlich vor potentiellen Handelspartnern schwierig zu rechtfertigen, warum mit manchen Staaten Investitionsabkommen geschlossen werden, während mit anderen Staaten solche Abkommen als nicht erforderlich deklariert werden.

Im Rahmen unserer Auseinandersetzung mit der öffentlichen Konsultation der Europäischen Kommission zum Investorenschutz zeigte, dass wir Verbesserungen des ISDS-Schiedsverfahrens in den Bereichen Transparenz, Verhalten der Schiedsrichter oder Inkonsistenz von Urteilen befürworten. Aber die Verbesserungen in diesen Bereichen müssen ausgeglichen sein und sollten nicht zu aufwendig und kostenintensiv für Investoren, vor allem KMU, sein.

Vor allem die Kosten von Schiedsverfahren sollten reduziert werden, da es für Klein- und Mittelständische Unternehmen oftmals eine unüberwindbare Hürde ist, sich tatsächlich auf solche teuren Verfahren einzulassen.

Auch die Reformen und Präzisierungen der materiell rechtlichen Regeln zu fairer und gerechter Behandlung oder indirekter Enteignung werden von uns anerkannt, aber nicht in einem solchen Ausmaß, dass für Schiedsrichter kein Raum mehr für die Auslegung der Normen verbleibt.

Insgesamt sollte bei der Reformierung bzw. Neugestaltung des europäischen Investitionsschutzrechtes das Hauptaugenmerk auf der Aufrechterhaltung eines hohen Schutzniveaus für Investoren gelegt werden, wiewohl es freilich gilt, die im Laufe der Jahre zu Tage getretenen Unzulänglichkeiten des Systems zu beseitigen.

Auf diesem Wege kann sichergestellt werden, dass im europäischen Kontext ein **modernes, zukunftsweisendes Investitionsschutzregime** zwischen der Europäischen Union und deren Handelspartnern aufgebaut wird, das den **europäischen und speziell auch den österreichischen Unternehmen Rechtssicherheit und stabile Rahmenbedingungen** bietet und damit zukunftsweisende Investitionsentscheidungen im Ausland begünstigt.

Kontakt:

Mag. Bärbel Tasch-Ronner
Europäischer Investitionsschutz
Abteilung für Finanz- und Handelspolitik
Wiedner Hauptstraße 63
1045 Wien
T: +43 (0) 5 90 900-4230
E: barbara.tasch-ronner@wko.at

Dr. Winfried Pöcherstorfer
Bilateraler Investitionsschutz
Abteilung für Rechtspolitik
Wiedner Hauptstraße 63
1045 Wien
T: +43 (0) 5 90 900-4007
E: winfried.poecherstorfer@wko.at

