

SOPHIE BARENDs

Streitbeilegung in
Unionsabkommen und
Europäisches Unionsrecht

Jus Internationale et Europaeum

154

Mohr Siebeck

Jus Internationale et Europaeum

herausgegeben von

Thilo Marauhn und Christian Walter

154



Sophie Barends

Streitbeilegung in Unionsabkommen und Europäisches Unionsrecht

Unionsrechtliche Anforderungen an
Streitbeilegungsmechanismen in
EU-Investitionsschutzabkommen

Mohr Siebeck

Sophie Barends, geboren 1985; Studium der Rechtswissenschaften in Trier, Sevilla und St. Paul, Minnesota; Rechtsreferendariat im OLG Bezirk Düsseldorf, Stationen u. a. beim Bundeskartellamt in Bonn und der Deutschen Botschaft in Montevideo, Uruguay; wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Völkerrecht an der Universität Bonn; seit Dezember 2017 Syndikusrechtsanwältin im Bereich Public and Regulatory Affairs bei der Deutschen Telekom AG.

orcid.org/0000-0002-8661-3240

ISBN 978-3-16-157664-5 / eISBN 978-3-16-157665-2

DOI 10.1628/978-3-16-157665-2

ISSN 1861-1893 / eISSN 2568-8464 (Jus Internationale et Europaeum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2019 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von epline in Böblingen aus der Times New Roman gesetzt und von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden

Printed in Germany.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2017 vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn als Dissertation angenommen. Die Arbeit ist auf dem Stand von Juli 2017. Das wegweisende EuGH-Gutachten 1/17 zur Frage der Unionsrechtskonformität des CETA konnte leider nicht mehr berücksichtigt werden.

Ich danke Prof. Dr. Stefan Talmon, LL.M. für die Möglichkeit der Mitarbeit an seinem Lehrstuhl sowie die Betreuung der Arbeit. Mein weiterer Dank gebührt Prof. Dr. DDR. h. c. Matthias Herdegen für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens sowie Prof. Dr. Dr. Rudolf Dolzer, LL.M. für die Möglichkeit erste Einblicke in die schiedsgerichtliche Praxis zu erhalten.

Herzlich möchte ich mich auch bei meinen Freundinnen und Freunden sowie ehemaligen Kolleginnen und Kollegen bedanken, die mich auf dem Weg zur Fertigstellung dieser Arbeit begleitet haben. Ein besonderer Dank für die Anregungen, Hilfe, Kritik, wertvolle Diskussionen, notwendige Ablenkung und vor allem auch moralische Unterstützung in Kaffeepausen, bei unterhaltsamen Mittagessen, auf Zugfahrten und bei gemeinsamen gemütlichen Feierabenden gebührt Doris Gassen, Dr. Nils Börnsen, LL.M., Holly Wesener, JD, LL.M., Jack Kenny, LL.M., Antje Pellowski, Dr. Karina Grisse, LL.M., Maria Geismann, LL.M., Dr. Christina Nowak, Steven Reinhold und Miriam Heipertz. Besonders danke ich zudem Frau Dr. Juliane Müller, die die Mühe des Korrekturlesens übernommen hat.

Abschließend möchte ich mich bei meiner Mutter Christina Barends und meinem Großvater Walter Gmöhling für die Unterstützung und Förderung bedanken, ohne sie wäre die Erstellung dieser Arbeit nicht möglich gewesen.

Köln, den 28. Juli 2019

Sophie Barends

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Abkürzungsverzeichnis	XIII
Einleitung	1
A. Problemstellung	4
B. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes	10
C. Gang der Untersuchung	13
D. Methodischer Ansatz	14
Teil 1: Unionsrechtliche Anforderungen	19
<i>Kapitel 1: Grundlagen der Union</i>	22
A. Autonome Rechtsordnung <i>sui generis</i>	22
I. Funktionalität der Unionsrechtsordnung	26
II. Der Autonomieanspruch	28
1. Interne Dimension	29
2. Externe Dimension	32
III. Zusammenfassung	36
B. Rechtsunion	39
C. Demokratie als Fundamentalprinzip der EU	44
<i>Kapitel 2: Institutionelle Anforderungen</i>	47
A. Die Kompetenzordnung	47
B. Das institutionelle Gleichgewicht	48
I. Ein umfassendes Rechtsprechungsmonopol des EuGH?	49
1. Streitbelegungsmonopol	49
a) Sachliche Reichweite des Streitbelegungsmonopols	50
b) Personelle Reichweite des Streitbelegungsmonopols	54
2. Ausschließliche „Vorab-Auslegungskompetenz“ des EuGH.	58
3. Auslegungsmonopol des EuGH	60

a)	Auslegungsmonopol des EuGH im Verhältnis zu nationalen und internationalen Gerichten	61
b)	Mögliche Beeinträchtigung des Auslegungsmonopols durch Streitbeilegungsmechanismen in Unionsabkommen	66
aa)	Bindung an die Auslegung von Unionsrecht	67
bb)	Faktische Bindung an die Auslegung von Unionsrecht	70
4.	Verwerfungsmonopol des EuGH	72
5.	Zwischenergebnis	72
II.	Das Kooperationsverhältnis der nationalen Gerichte und des EuGH	73
III.	Keine Verfälschung der Zuständigkeiten der Unionsorgane	76
1.	Verbindlichkeit des Auslegungsergebnisses des EuGH	78
2.	Keine Vorlageverpflichtung	79
IV.	Reichweite der externen gerichtlichen Kontrolle	80
C.	Demokratische Legitimation	82
I.	Demokratische Legitimation von Hoheitsgewalt	83
II.	Legitimationsbedürftigkeit internationaler Spruchkörper	85
III.	Herstellung des Legitimationszusammenhangs	88
 <i>Kapitel 3: Materielle Anforderungen</i>		95
A.	Das Recht auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz	100
I.	Reichweite	101
1.	Personell	101
2.	Materiell	102
II.	Verzicht oder Ausschluss	105
B.	Das Gleichheitsgebot	107
C.	Rechtssicherheitserfordernis	111
 <i>Kapitel 4: Verfahrensrechtliche Anforderungen</i>		115
A.	Der Anspruch auf ein faires Verfahren	115
I.	Geltung der verfahrensrechtlichen Anforderungen aus Art. 47 Abs. 2 GRCharta	116
II.	Gewährleistungen	118
1.	Keine Ausnahmegerichte	118
2.	Unabhängigkeit und Unparteilichkeit	119
a)	Unabhängigkeit	120
aa)	Organisatorische Unabhängigkeit des Gerichts	121
bb)	Die unabhängige Arbeitsweise des Gerichts	123
cc)	Wahrung des „äußeren Anscheins der Unabhängigkeit“	125
b)	Unparteilichkeit	125
c)	Erfordernis von Sicherungsmechanismen und Möglichkeiten des Verzichts	127

3. Waffen- und Chancengleichheit und Anspruch auf rechtliches Gehör	129
4. Kein Anspruch auf Rechtsmittelinstanz	131
5. Zusammenfassung	132
B. Transparenzgebot	132
I. Gebot der Mündlichkeit und Öffentlichkeit des Verfahrens	132
II. Das Recht auf Zugang zu Verfahrensdokumenten	135
1. Keine generelle Publikationspflicht	136
2. Unzulässigkeit eines generellen Ausschlusses	137
3. Ergebnis	139
C. Notwendigkeit der Beteiligung Dritter am Verfahren	140
I. Beteiligung von Dritten im eigenen Interesse	140
II. Beteiligung von Dritten im Gemeinwohlinteresse	142
III. Beteiligung von Staaten oder der EU als Dritte	143
IV. Zusammenfassung	144
Teil 2: Streitbeilegung in EU-Investitionsschutzabkommen	145
<i>Kapitel 1: Zuständigkeit und Entscheidungswirkungen</i>	146
A. Zuständigkeitsregelung für Streitbeilegung in EU-Investitionsschutzabkommen	146
I. Internationale ad hoc Investor-Staat-Streitbeilegung	147
II. Innerstaatliche Gerichtsbarkeit und Unionsgerichtsbarkeit	148
1. Voraussetzungen für die Annahme der unmittelbaren Anwendbarkeit	151
a) Subjektive Komponente	152
b) Objektive Komponente	157
2. Unmittelbare Anwendbarkeit von EU-Investitionsschutzabkommen	157
a) Subjektive Komponente	158
aa) Ausdrücklicher Ausschluss	158
bb) Keine ausdrückliche Regelung	159
b) Objektive Komponente	162
aa) Auf Diskriminierungsverbote zurückführbare Schutzstandards	163
bb) Eigentumsschutz	163
cc) Sonstige Schutzstandards	164
c) Zwischenergebnis	164
III. Stellungnahme	165
1. Zuständigkeitsbegründung eines internationalen Schiedsgerichts. . .	165
a) Das Streitbeilegungsmonopol des EuGH	165
b) Das unionsrechtliche Diskriminierungsverbot	165
2. Ausschluss der unmittelbaren Anwendbarkeit	171

a) Anspruch auf gerichtlichen Rechtsschutz	172
b) Das institutionelle Gleichgewicht	174
B. Parallelverfahren	175
I. Parallelität von Investitionsschiedsverfahren und nationalen Gerichtsverfahren	176
1. Parallelität im engeren Sinne	176
2. Parallelität im weiteren Sinne	181
II. Parallelität internationaler Verfahren	185
III. Stellungnahme	188
C. Entscheidungswirkungen	189
I. Echte Verbindlichkeit	190
1. Entscheidungen des Dispute Settlement Body und Assoziationsratsbeschlüsse	191
2. Entscheidungen von Investor-Staat-Schiedsgerichten	192
3. Stellungnahme	194
II. Faktische Verbindlichkeit	197
D. Zusammenfassung	200
 <i>Kapitel 2: Unionsrecht in Investitionsschiedsverfahren</i>	 202
A. Anwendbarkeit des Unionsrechts	202
I. In Schiedsverfahren anwendbares Rechts	203
II. Anwendbarkeit von Unionsrecht in auf EU-Investitionsschutzabkommen beruhenden Verfahren	208
1. Intra-EU Verfahren.	209
a) Duale Natur des Unionsrechts	210
b) Berücksichtigung bei der Auslegung des Abkommens	213
2. Extra-EU Verfahren	214
3. Konkrete Beispiele.	215
a) Prüfungsmaßstab	215
b) Streitgegenstand	216
c) „Einfallstor“ Schutzstandards	216
aa) Ausdrückliche Verweise auf das Unionsrecht im Abkommen	217
bb) Definition der „Investition“	217
cc) Gebot der fairen und gerechten Behandlung	217
dd) Inländergleichbehandlung und Meistbegünstigung	218
4. Zwischenergebnis.	219
B. Sicherstellung der (fehlerfreien) Anwendung und Auslegung von Unionsrecht	220
I. Anwendung und Auslegung von Unionsrecht durch Investor-Staat-Schiedsgerichte	220

1. Unionale Verpflichtung zur Sicherstellung der vollen Wirksamkeit des Unionsrechts	220
2. Ex officio-Anwendung von Unionsrecht nach dem Völkerrecht	228
a) Möglichkeit	230
b) Verpflichtung	234
c) Zwischenergebnis	236
3. Ermittlung des Inhalts des anwendbaren Unionsrechts	238
a) Materiell-rechtliche Bindung	239
b) Methodik	241
c) Zwischenergebnis	243
II. Mechanismen zur Sicherstellung der (fehlerfreien) Anwendung und Auslegung von Unionsrecht	243
1. Inhaltliche Überprüfung durch ein zweites internationales Schiedsgericht	244
2. Kontrollfunktion der nationalen Gerichte	247
III. Stellungnahme	254
C. Sonderfall: Bestimmung des Schiedsbeklagten und der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit	262
I. Bestimmung des Schiedsbeklagten	263
1. Bindungswirkung	263
2. Mechanismus	267
3. Stellungnahme	270
a) Vorab-Auslegungskompetenz des EuGH	270
b) Wahl des Schiedsforums	271
II. Bestimmung der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit	273
D. Zusammenfassung	276
 <i>Kapitel 3: Das Investitionsschiedsverfahren</i>	 278
A. Schiedsrichterbestellung und -ablehnung	278
I. Regelung in zukünftigen EU-Investitionsschutzabkommen	279
1. Schiedsrichterbestellung	279
2. Schiedsrichterablehnung	280
a) CETA-Entwurf	280
b) EUSFTA-Entwurf	283
c) Die Standards in der praktischen Anwendung	284
aa) Nähe des Schiedsrichters zu einer Partei oder einem Parteivertreter	285
bb) Voreingenommenheit hinsichtlich einer für das Verfahren relevanten rechtlichen Frage	287
d) Zwischenergebnis	290
II. Stellungnahme	290
1. Demokratische Legitimation	291

2. Unabhängigkeit und Unparteilichkeit	292
III. Institutionalisierte Investitionsgerichtsbarkeit als alternative Ausgestaltungsmöglichkeit	297
1. Neuerungen	297
2. Stellungnahme	298
IV. Ergebnis	300
B. Transparenz des Verfahrens	301
C. Beteiligung von <i>non-disputing Parties</i> und <i>third persons</i> am Verfahren ...	305
D. Einrichtung einer Berufungsinstanz	311
E. Staat-Staat-Streitbeilegung und Interpretationserklärungen durch Vertragsparteien	313
I. Staat-Staat-Streitbeilegungsmechanismen	313
II. Abgabe bindender Interpretationserklärungen durch die Vertragsparteien	316
III. Stellungnahme	319
F. Zusammenfassende Stellungnahme	322
 Schlussbetrachtung	 327
A. Resümee	327
I. Unionsrechtliche Anforderungen an externe Streitbeilegungsmechanismen	327
II. Streitbeilegung in EU-Investitionsschutzabkommen	333
B. Künftige Forschungsfelder	338
 Literaturverzeichnis	 341
 Entscheidungsregister	 367
A. Entscheidungen internationaler Schiedsgerichte	367
B. Entscheidungen internationaler Gerichte	373
C. Entscheidungen der Unionsgerichte	377
D. Entscheidungen nationaler Gerichte	382
 Sachverzeichnis	 387

Abkürzungsverzeichnis

Abl. EG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
Abl. EU	Amtsblatt der Europäischen Union
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
Am. J. Int'l L.	American Journal of International Law
AnwBl	Anwaltsblatt
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Arb. Int'l	Arbitration International
ARIEL	Austrian Review of International and European Law
ASA	Association Suisse de l'Arbitrage
ASIL	American Society of International Law
AVR	Archiv des Völkerrechts
B. Y. I. L.	The British Yearbook of International Law
Berk. J. Int. Law	Berkeley Journal of International Law
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BIT	Bilaterales Investitionsschutzabkommen
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
CETA	Umfassendes Wirtschafts- und Handelsabkommen zwischen der Europäischen Union und Kanada
Chi. J. Int'l L.	Chicago Journal of International Law
CMLR	Common Market Law Review
Colum. J. Transnat'l L.	Columbia Journal of Transnational Law
Deutscher Model BIT	Treaty between the Federal Republic of Germany and ... concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments (2008)
DLJ	Duke Law Journal
DöV	Die öffentliche Verwaltung
CAFTA-DR	Dominican Republic-Central America Free Trade Agreement
DSB	Dispute Settlement Body
DSU	Dispute Settlement Understanding
DVB	Deutsches Verwaltungsblatt
ECT	Energiecharta
EFTA	Europäische Freihandelsassoziation
EG	Europäische Gemeinschaft
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EJIL	European Journal of International Law
EKMR	Europäische Kommission für Menschenrechte
ELJ	European Law Journal
ELR	European Law Review
EMRK	Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und der Grundfreiheiten

EU	Europäische Union
EuConst	European Constitutional Law Review
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EuGRZ	Europäische GRUNDRECHTE-Zeitschrift
EuR	Zeitschrift Europarecht
Eur. J. Int. Rel	European Journal of International Relations
EUSFTA	Freihandelsabkommen zwischen der Europäischen Union und Singapur
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EW-Abkommen	Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
Fordham Int'l L. J	Fordham International Law Journal
Fordham LRev	Fordham Law Review
Französischer Model BIT	Draft Agreement between the Government of the Republic of France and the Government of the Republic of ... on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments (2006)
GASP	Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik
Ger. Law J.	German Law Journal
GRCharta	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GYIL	German Yearbook of International Law
Harv. Int'l L. J	Harvard International Law Journal
Harv. Law Rev	Harvard Law Review
Hrsg.	Herausgeber
HS.	Halbsatz
HStR	Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland
IBA	International Bar Association
IBA Guidelines	International Bar Association Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration
ICC	International Chamber of Commerce
ICJ	International Court of Justice
ICLQ	International & Comparative Law Quarterly
ICSID	International Center for the Settlement of Investment Disputes
ICSID Additional Facility Rules	Rules Governing the Additional Facility for the Administration of Proceedings by the Secretariat of ICSID
ICSID Rep.	Reports of Cases Decided under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States
ICSID Rev. – FILJ	ICSID Review – Foreign Investment Law Journal
ICSID-Konvention	Konvention über die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Staaten und Staatsbürgern anderer Länder
IGH	Internationaler Gerichtshof
IIA	International Investment Agreement
IISD	International Institute for Sustainable Development
ILC	International Law Commission
ILM	International Legal Materials
ILR	International Law Reports
ILSA J Int'l & Comp L	ILSA Journal of International & Comparative Law

Int'l Org. L. Rev.	International Organizations Law Review
ISGH	Internationaler Seegerichtshof
IWF-Übereinkommen	Übereinkommen über den internationalen Währungsfonds
J. Int'l Arb.	Journal of International Arbitration
J. Mar. L. & Com.	Journal of Maritime Law and Commerce
Japanese Y. B. Int'l L.	Japanese Yearbook of International Law
JIEL	Journal of International Economic Law
jM	juris – Die Monatszeitschrift
JWIT	Journal of World Investment & Trade
JZ	JuristenZeitung
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
LCIA	London Court of International Arbitration
LIEI	Legal Issues of Economic Integration
LNTS	League of Nations Treaty Series
LP ICT	The Law and Practice of International Courts and Tribunals
MPEIL	Max Planck Encyclopedia of Public International Law
N. C. L. Rev.	North Carolina Law Review
N. Y. U. J. Int'l. L. & Pol.	New York University Journal of International Law and Politics
NAFTA	Nordamerikanisches Freihandelsabkommen
New Yorker Übereinkommen	Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche
NGO	Nichtregierungsorganisation
Niederländischer Model BIT	Agreement on Encouragement and Reciprocal Protection of Investments between ... and the Kingdom of the Netherlands (2004)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nordic J. Int'l L.	Nordic Journal of International Law
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
PCA	Permanent Court of Arbitration
PCIJ	Permanent Court of International Justice
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdC	Recueil des Cours
REALaw	Review of European and Administrative Law
RIAA	Reports of International Arbitral Awards
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
SCC	Stockholm Chamber of Commerce
SchiedsVZ	Zeitschrift für Schiedsverfahrensrecht
SIEL	Society of International Economic Law
Slg.	Sammlung
SRÜ	Seerechtsübereinkommens der Vereinten Nationen
StIGH	Ständiger Internationaler Gerichtshof
StRspr	Ständige Rechtsprechung
Tex. Int'l L. J.	Texas International Law Journal
TransparenzVO	Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 2001 über den Zugang der Öffent-

	lichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission
TTIP	Transatlantisches Freihandelsabkommen zwischen der Europäischen Union und den Vereinigten Staaten von Amerika
UK Model BIT	Draft Agreement between the Government of the United Kingdom and Northern Ireland and the Government of ... for the Promotion and Protection of Investments (2008)
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development
UNTS	United Nations Treaty Series
US Model BIT 1994	Treaty between the Government of the United States of America and the Government of ... Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment (1994)
US Model BIT 2012	Treaty between the Government of the United States of America and the Government of ... Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment (2012)
Vand. J. Transnat'l L.	Vanderbilt Journal of Transnational Law
Verordnung (EU) Nr. 912/2014	Verordnung (EU) Nr. 912/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Juli 2014 zur Schaffung der Rahmenbedingungen für die Regelung der finanziellen Verantwortung bei Investor-Staat-Streitigkeiten vor Schiedsgerichten, welche durch internationale Übereinkünfte eingesetzt wurden, bei denen die Europäische Union Vertragspartei ist
VJIL	Virginia Journal of International Law
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
WVKIO	Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge zwischen Staaten und internationalen Organisationen oder zwischen internationalen Organisationen
WVRK	Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge
Y. B. C. A.	Yearbook Commercial Arbitration
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZEuS	Zeitschrift für europarechtliche Studien
ZÖR	Zeitschrift für öffentliches Recht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

Einleitung

Die Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit¹ hat sich zu einem pulsierenden Rechtsgebiet entwickelt. Heute gibt es ein Netz von über 3000 bilateralen, regionalen und sektor-spezifischen Investitionsschutzabkommen.² Die Investor-Staat-Streitbeilegung basierend auf Schiedsklauseln in bilateralen Investitionsschutzabkommen (im Folgenden: BITs), in multilateralen Abkommen, wie der Energiecharta (im Folgenden: ECT),³ oder in Investitionsschutzkapiteln in Freihandelsabkommen, hat sich zum Standard-Instrument zur Beilegung von Investor-Staat-Streitigkeiten entwickelt.⁴ Seit den Anfängen der Investor-Staat-Streitbeilegung in den 1960er Jahren sind 767 Investitionsschiedsverfahren bekannt geworden⁵ – Tendenz steigend. Allein im Jahr 2016 wurden über sechzig Investitionsschiedsverfahren eingeleitet.⁶

Gleichzeitig befindet sich die Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit aber in ihrer größten Krise. Es wird von einer Legitimationskrise⁷ oder gar einem

¹ Bei der Beteiligung der EU an einem Investor-Staat bzw. Staat-Staat-Schiedsverfahren passen die gebräuchlichen Begrifflichkeiten mangels Staateneigenschaft der EU eigentlich nicht. Der Einfachheit halber soll im Rahmen dieser Untersuchung dennoch an der gebräuchlichen Begrifflichkeit festgehalten werden. Auf inhaltliche Abweichungen, die sich aus der fehlenden Staatseigenschaft der EU ergeben, wird an entsprechender Stelle hingewiesen. Die Beteiligung der Union macht eine weitere begriffliche Klarstellung erforderlich. Der Begriff des ausländischen Investors wird synonym für Investoren aus Drittstaaten, also solchen Staaten, die nicht EU-Mitgliedstaaten sind, verwendet.

² Siehe *UNCTAD, Investor-State-Dispute Settlement, A Sequel*, S. 18; *Dolzer/Schreuer, Principles of International Investment Law*, S. 13.

³ Vertrag über die Energiecharta vom 17.12.1994, BGBl. 1997 II S. 5; 2080 UNTS 95.

⁴ Siehe *Guzman, Explaining the Popularity of Investment Treaties*, in: *Sauvant/Sachs (Hrsg.), The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties*, 73, 73.

⁵ Siehe *UNCTAD, Investor-State Dispute Settlement: Review of Developments in 2016*, S. 1. Die Zahlen variieren. *UNCTAD Investment Policy Hub* geht derzeit von über 700 auf Investitionsschutzabkommen basierenden Investitionsschiedsverfahren aus, siehe <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS?status=1000> (zuletzt abgerufen: 20.4.2019).

⁶ Siehe *UNCTAD, Investor-State Dispute Settlement: Review of Developments in 2016*, S. 1.

⁷ Siehe statt vieler *Brower/Brower/Sharpe*, 19 *Arb. Int'l* 2003, 415–440; *Brower/Schill*, 9 *Chi. J. Int'l L.* 2009, 471, 471–477; *Franck*, 73 *Fordham LRev* 2005, 1521–1625; *Sornarajah, A Coming Crisis*, in: *Sauvant (Hrsg.), Appeals Mechanism in International Investment Disputes*, 39–79.

Rückschlag gegen die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit⁸ gesprochen. Es hat sich eine polarisierend geführte Debatte entwickelt. Sowohl in der Wissenschaft⁹ als auch in der Öffentlichkeit sieht sich das System der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit zunehmend Kritik ausgesetzt. Im Rahmen der Verhandlungen zum Transatlantischen Freihandelsabkommen (im Folgenden: TTIP) sowie zum umfassenden Wirtschafts- und Handelsabkommen mit Kanada (im Folgenden: CETA) wurden in und außerhalb Europas offene Briefe von Akademikern¹⁰ wie auch gemeinnützigen Organisationen veröffentlicht.¹¹ Auch die nationale und internationale Presse findet zunehmend Interesse am Thema. Die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit hat es auf die Titelseiten der Medien geschafft.¹² Gemeinsam ist diesen Kritikern der Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit die Anprangerung von systemimmanenten rechtsstaatlichen und demokratischen Defiziten.

Nun könnte schlicht davon ausgegangen werden, dass es sich bei der Investor-Staat-Streitbeilegung in Form von Schiedsverfahren um ein Konzept handelt, das sich in langer Tradition bewährt hat und daher nicht in Frage gestellt werden sollte. Viele Mitgliedstaaten der Europäischen Union (im Folgenden: EU-Mitgliedstaaten), beispielsweise Deutschland und die Niederlande, haben eine Vielzahl von bilateralen Investitionsschutzabkommen geschlos-

⁸ Siehe *Vagts*, Foreword to the Backlash against Investment Arbitration, in: Waibel u. a. (Hrsg.), *The Backlash against Investment Arbitration*, xxiii–xxvi.

⁹ Eine umfassende Darstellung ist unmöglich, beispielhaft genannt sei an dieser Stelle nur das prominente Sammelwerk Waibel u. a. (Hrsg.), *The Backlash against Investment Arbitration*. Siehe zudem *Brower/Blanchard*, 52 *Colum. J. Transnat'l L.* 2013–2014, 689–779 m. w. N.

¹⁰ 101 Rechtsprofessoren aus 24 EU-Mitgliedstaaten haben jüngst eine Stellungnahme veröffentlicht, die diese Punkte in CETA kritisiert, siehe *Stop TTIP*, Juristische Stellungnahme über Investitionsschutz und Investor-Staat-Streitbeilegungsmechanismen im Rahmen von TTIP und CETA. Ähnliche Bedenken äußern auch amerikanische Rechtsprofessoren hinsichtlich des transpazifischen Abkommens (TPP), siehe *Letter Opposing ISDS in the TPP of 7 September 2016*.

¹¹ Siehe *Attac (Initiator)*, Offener Brief „Zivilgesellschaft aus Europa und Kanada fordert: CETA muss abgelehnt werden!“ vom November 2016.

¹² Siehe etwa *DePalma*, *Nafta's Powerful Little Secret; Obscure Tribunals Settle Disputes, but Go Too Far*, *The New York Times*, Ausgabe vom 11. März 2001, *Business* Teil, Seite 1; *Malik*, *The Legal Monster that Lets Companies Sue Countries*, *The Guardian*, Online-Ausgabe vom 4. November 2011; *Mulder/Schram/Homolova*, *Schiedsgerichte – Die Kläger-Clique*, *Der Spiegel*, Online-Ausgabe vom 16. April 2016; *Pinzler/Uchatius/Kohlenberg*, *Schattenjustiz – Im Namen des Geldes*, *Die Zeit* Nr. 10/2014 vom 27. November 2014, *Dossier*, S. 1; *Provost/Kennard*, *The Obscure Legal System that Lets Corporations Sue Countries*, *The Guardian*, Online-Ausgabe vom 10. Juni 2015; *Prantl*, *Verfluchtes Schiedsgericht*, *Süddeutsche Zeitung*, Online-Ausgabe vom 25. September 2014, abrufbar unter: <http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/streit-zwischen-dem-bund-und-toll-verfluchtes-schiedsgericht-1.2144392>; *The Economist*, *Investment, Arbitration and Secrecy – Behind Closed Doors*, Online-Ausgabe vom 23. April 2009; *The Economist*, *Investor-State Dispute Settlement – the Arbitration Game*, Online-Ausgabe vom 11. Oktober 2014; *Wirtschaftswoche*, *Schiedsgerichte – Justitia verzieht sich ins Hinterzimmer*, Online-Ausgabe vom 3. Mai 2013.

sen.¹³ Doch auch bewährte Konzepte können „ausgedient“ haben. Einige Staaten haben sich bereits entschieden, andere Wege einzuschlagen.¹⁴ Trotz aller Kritik ist eine umfassende Überprüfung dieser Abkommen, insbesondere der darin enthaltenen Streitbeilegungsmechanismen, anhand (nationaler oder unionaler) verfassungsrechtlicher Vorgaben aber – soweit ersichtlich – bislang nicht erfolgt.¹⁵

Durch den Übergang der Kompetenz für Direktinvestitionen auf die Europäische Union (im Folgenden: EU oder Union)¹⁶ mit dem Vertrag von Lissabon ist mit der Union ein weiterer Akteur auf den Plan getreten,¹⁷ was weitere unionsspezifische Konfliktfelder mit sich bringt. Der Gerichtshof der Europäi-

¹³ Deutschland ist Vertragspartei von über 130, die Niederlande von 90 bilateralen Investitionsschutzabkommen. Hinzukommen zahlreiche weitere multilaterale Investitionsschutzabkommen, siehe <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/IiasByCountryGrouping#iiaInn> (Menu (zuletzt abgerufen: 20.4.2019)).

¹⁴ Bolivien und Ecuador haben zahlreiche Investitionsschutzabkommen aufgekündigt, siehe *UNCTAD*, Denunciation of the ICSID Convention and BITs, S. 1. Gleiches gilt für Venezuela, siehe *El Universal*, Venezuela comunicó al Banco Mundial su retiro del Ciadi, Online-Ausgabe vom 25. Januar 2012. Südafrika hat einige BITs beendet und sich entschieden, nunmehr Investitionsschutz nach nationalem Recht zu gewähren. Siehe *UNCTAD*, Taking Stock of IIA Reform, S. 8 sowie Investment Protection Act of 15 December 2015, Government Gazette No. 39514. Siehe zu dieser Entwicklung insgesamt *UNCTAD*, Investor-State Dispute Settlement: Review of Developments in 2015. 2009 hat Russland die Beendigung der vorläufigen Anwendbarkeit des ECT erklärt und eine Mitgliedschaft ausdrücklich ausgeschlossen, siehe *Pominova*, Risks and Benefits for the Russian Federation from Participating in the Energy Charter, S. 1. Auch Polen hat angekündigt bestehende BITs beenden oder neuverhandeln zu wollen, siehe hierzu *Orecki*, Bye-Bye BITs?, Kluwer Arbitration Blog.

¹⁵ Bislang wurden nur einzelne Fragestellungen aus nationaler verfassungsrechtlicher Perspektive untersucht, siehe etwa *Broß*, Freihandelsabkommen, einige Anmerkungen zur Problematik der privaten Schiedsgerichtsbarkeit, Gutachten; *Fischer-Lescano/Horst*, Europa- und verfassungsrechtliche Vorgaben für das Comprehensive Economic and Trade Agreement der EU und Kanada (CETA), Juristisches Kurzgutachten; *Flessner*, Manuskript zum Vortrag: Die Anstößigkeit der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit aus verfassungs- und europarechtlicher Sicht; *ders.*, TTIP und das deutsche Grundgesetz; *Lachmayer*, Verfassungsrechtliche Probleme von Investor-State Dispute Settlements (ISDS). Eingehend zur demokratischen Legitimation aus deutscher verfassungsrechtlicher Perspektive *Steinbach*, 80 *RabelsZ* 2016, 1–38 sowie zu Transparenzanforderungen an das Investitionsschiedsverfahren *Sackmann*, Transparenz im völkerrechtlichen Investitionsschiedsverfahren. Siehe für eine Perspektive aus der „internationalen *rule of law*“ *Reinisch*, The Rule of Law in International Investment Arbitration, in: Pazartzis/Gavouneli (Hrsg.), *Reconceptualising The Rule of Law in Global Governance*, 291–307.

¹⁶ In dieser Arbeit wird der Begriff der Europäischen Union zur Vereinfachung ohne rechtliche Differenzierung auch für die ehemalige Europäische Gemeinschaft (EG) sowie die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) verwendet. Eine solche Differenzierung wäre für die vorliegende Arbeit weder von Bedeutung noch ist sie seit dem Vertrag von Lissabon angebracht. Gemäß Art. 1 Abs. 3 EUV tritt die Europäische Union an die Stelle der Europäischen Gemeinschaften. Durch den Vertrag von Lissabon wurde die sog. Säulenstruktur aufgelöst. Der Vertrag über die Europäische Union (EUV) bezeichnet, sofern nicht anders angegeben die durch den Vertrag von Lissabon geänderte Fassung (Abl. EU C 306, 17. Dezember 2007).

¹⁷ Siehe Art. 207 Abs. 1 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), in der Fassung der Bekanntmachung vom 9.5.2008, Abl. EU C 115, 9. Mai 2008.

schen Union (im Folgenden: EuGH oder Gerichtshof) hat in ständiger Rechtsprechung den *sui generis*-Charakter der Unionsrechtsordnung hervorgehoben und mit dem Konzept der Autonomie der Unionsrechtsordnung externen Streitbeilegungsmechanismen enge Grenzen gesetzt.¹⁸ Während die öffentliche Debatte von Bedenken in Bezug auf die Vereinbarkeit der Investor-Staat-Streitbeilegungsmechanismen mit rechtsstaatlichen und demokratischen Grundsätzen bestimmt ist, ist in der akademischen Debatte daneben auch die Frage nach der Vereinbarkeit der Investor-Staat-Streitbeilegung mit dem Konzept der Autonomie der Unionsrechtsordnung behandelt worden.¹⁹

A. Problemstellung

Bei Investitionsschutzabkommen handelt es sich um Verträge zwischen Staaten oder internationalen Organisationen und Staaten, welche den Investoren der jeweils anderen Vertragspartei(en) besonderen Schutz zukommen lassen. Neben den sog. Schutzstandards²⁰ enthalten Investitionsschutzabkommen (wie auch Investitionsschutzkapitel in umfassenderen Freihandelsabkommen) in der Regel eine Schiedsklausel, welche *in abstracto* einer noch unbestimmten Vielzahl von Investoren des oder der Vertragsstaaten das Recht einräumt, die Behandlung ihrer Investitionen in einem Verfahren vor einem internationalen Tribunal einzuleiten, ohne dass es eines weiteren Zustimmungsaktes durch den Gaststaat bedarf. Die Besonderheit liegt in der direkten Klagemöglichkeit für Investoren der jeweils anderen Vertragspartei.²¹ Investor-Staat-Streitbeilegungsmechanismen sind aus juristischer Perspektive interessant, weil es sich dabei um ein einzigartiges Konzept im internationalen Wirtschaftsrecht handelt.²²

¹⁸ Siehe umfassend zu diesem Problemkreis Kapitel 1, A. und Kapitel 2, A. und B.

¹⁹ Siehe statt vieler Ahner, Investor-Staat-Schiedsverfahren nach Europäischem Unionsrecht, S. 204 ff.; Dimopoulos, 39 LIEI 2012, 447–471; Hindelang, The Autonomy of the European Legal Order, in: Bungenberg/Herrmann (Hrsg.), Common Commercial Policy after Lisbon, 187–197; Lavranos, Is an International Investor-to-State Arbitration System under the Auspices of the ECJ possible?, Hindelang, 53 AVR 2015, 68–89; Schill, Luxembourg Limits, in: Bungenberg/Reinisch/Tietje (Hrsg.), EU and Investment Agreements, 37–54.

²⁰ In der Regel enthalten Investitionsschutzabkommen Klauseln zum Schutz vor Enteignung (*expropriation*), Regelungen zur Kapitalverkehrsfreiheit (*free transfer of payments*), Inländergleichbehandlungs- und Meistbegünstigungsklauseln (*national treatment* und *most favoured nations treatment*), Regelungen betreffend eine faire und gerechte Behandlung (*fair and equitable treatment*) und betreffend vollen Schutz und Sicherheit (*full protection and security*) sowie das Verbot willkürlicher und diskriminierender Maßnahmen (*prohibition of discriminatory and arbitrary measures*), siehe Dolzer/Schreuer, Principles of International Investment Law, S. 13.

²¹ Siehe grundlegend Paulsson, 10 ICSID Rev. – FILJ 1995, 232–257.

²² Direkte Klagemöglichkeiten von Individuen gegen Staaten bestehen sonst nur im Rahmen von Menschenrechtsverträgen, wie etwa der EMRK. Dort ist aber (in der Regel) anders

Die polarisierend geführte Debatte über die „Verfassungsmäßigkeit“ der Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit entbrennt dabei nicht zuletzt an den besonderen Charakteristika der Investor-Staat-Streitbeilegung, welche auch für die Erarbeitung der anzulegenden rechtlichen Anforderungen von Relevanz sind. Auf diese soll daher vorab eingegangen werden.

Zumindest bislang ähnelt das anwendbare prozessuale Recht im Wesentlichen dem der Handelsschiedsgerichtsbarkeit. Aus einer privatrechtlichen Perspektive stellt sich die Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit mit Blick auf die auch in der Unionsrechtsordnung verankerten Prinzipien der Privatautonomie und Waffengleichheit, welche private Schiedsverfahren bestimmen,²³ daher als unbedenklich dar. Rechtsstaatliche oder demokratische Probleme könnten mit Blick auf die Privatautonomie und Waffengleichheit vernachlässigt werden.²⁴ Bei dieser privatrechtlichen Sicht auf die Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit werden jedoch wesentliche Unterschiede zwischen der Handelsschiedsgerichtsbarkeit und der Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit außer Acht gelassen.

Schon die Grundlagen für die Einleitung eines Investitionsschiedsverfahrens unterscheiden sich von der Einleitung eines Verfahrens vor einem Handelsschiedsgericht. Während die Handelsschiedsgerichtsbarkeit auf einer privatrechtlichen Übereinkunft bzw. einem Vertrag zwischen privaten Parteien basiert, ist die Möglichkeit eines ausländischen Investors, ein Investitionsschiedsverfahren gegen einen souveränen Staat einzuleiten, auf eine völkerrechtliche Übereinkunft zwischen Gaststaat und Heimatstaat des Investors zurückzuführen.²⁵ Bei der Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit macht der Gaststaat ein einseitiges Angebot, welches von jedem Investor der anderen Vertragspartei – wie im Abkommen definiert – in der Zukunft angenommen werden kann. Es handelt sich mithin – anders als bei der Handelsschiedsgerichtsbarkeit – nicht um einen personenspezifischen und einzelfallbezogenen Vertrag zwischen zwei Individuen.²⁶ Eine privatautonome Vereinbarung liegt folglich bei der Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit nicht vor.²⁷ Anders als bei der

als im Rahmen von Investitionsschiedsverfahren ein Rechtswegerschöpfungserfordernis vorgesehen, siehe auch *Peters*, *Jenseits der Menschenrechte*, S. 256 ff.

²³ Siehe zur Dominanz der Prinzipien der Privatautonomie und Waffengleichheit in privaten Schiedsverfahren *Besson*, 24 (3) *ASA Bulletin* 2006, 395–416; *Petrochilos*, *Procedural Law in International Arbitration*, S. 119 ff. Zur Verankerung in der Unionsrechtsordnung siehe die Ausführungen in Teil 1, Kapitel 4, A. II. 3.

²⁴ Siehe etwa *Sandrock*, *RIW* 2015, 625, 628, 639.

²⁵ Siehe *de Brabandere*, *Investment Treaty Arbitration as Public International Law*, S. 8; *van Harten*, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, S. 62 ff.; *Schill*, 71 *ZaöRV* 2011, 247, 264. So jedenfalls bei den für diese Arbeit relevanten Fällen der sog. *treaty based claim*.

²⁶ Aus diesem Grund wird die Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit auch als „*arbitration without privity*“ bezeichnet, siehe grundlegend *Paulsson*, 10 *ICSID Rev. – FILJ* 1995, 232–257.

²⁷ Siehe *Roberts*, 107 *Am. J. Int'l L.* 2013, 45, 61; *Schill*, 71 *ZaöRV* 2011, 247, 264.

Handelsschiedsgerichtsbarkeit fehlt bei der Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit mithin das Element der Kontrolle durch die Vertragsparteien über das „Ob“ der Einleitung des Schiedsverfahrens. Diese Entscheidung liegt allein beim klagerechtsbefugten Investor.²⁸ Das Fehlen einer parteiautonomen Vereinbarung zwischen den Schiedsparteien spielt jedoch nicht nur für die Frage des „Ob“ der Einleitung eines Schiedsverfahrens eine Rolle, sondern auch für die Frage des „Wie“, also des Ablaufs und der Ausgestaltung des Verfahrens. Die Rechte der Schiedsparteien im Verfahren werden durch die von den Vertragsparteien im Abkommen vorgesehenen Rahmenbedingungen begrenzt.²⁹ Anders als die Handelsschiedsgerichtsbarkeit ist die Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit nicht gleichermaßen von den Prinzipien der Parteiautonomie und der Waffengleichheit geprägt.³⁰

Hinzu kommt, dass die privatrechtliche Perspektive vollkommen unbeachtet lässt, dass eine der Schiedsparteien ein souveräner Staat und kein privatwirtschaftliches Unternehmen ist. *Brownlie* führt in seinem zustimmenden Sondervotum in der Schiedssache *CME Czech Republic BV v. Tschechische Republik* in diesem Sinne aus:

„[I]t is simply unacceptable to insist that the subject-matter is exclusively ‚commercial‘ in character or that the interests in issue are, more or less, only those of the investor. Such an approach involves setting aside a number of essential elements in the Treaty relation. The first element is the significance of the fact that the Respondent is a sovereign State, which is responsible for the well-being of its people. This is not to confer a privilege on the Czech Republic but only to recognise its special character and responsibilities. The Czech Republic is not a commercial entity.“³¹

In diesem Verhältnis zwischen Staat und Individuum ist auch die Streitigkeit entstanden. Streitigkeiten zwischen ausländischen Investoren und ihren Gaststaaten betreffen in der Regel die Regulierungstätigkeit des Staates und damit den Kern staatlicher Souveränität.³² Investor-Staat-Streitigkeiten betreffen nicht selten Fragen des Gemeinwesens, wie etwa Maßnahmen zum Gesundheits- oder Umweltschutz.³³

²⁸ Siehe *Roberts*, 107 Am. J. Int'l L. 2013, 45, 61 m. w. N.

²⁹ Siehe *Roberts*, 107 Am. J. Int'l L. 2013, 45, 61.

³⁰ Siehe zur Prägung der Schiedsgerichtsbarkeit durch das Prinzip der Privatautonomie Redfern and Hunter on International Arbitration, Rn. 6.07.

³¹ *CME Czech Republic BV v. Czech Republic*, UNCITRAL, Separate Opinion of Ian Brownlie on the issue at the quantum phase, Rn. 74.

³² Siehe *van Harten*, Perceived Bias in Investment Arbitration, in: Waibel u. a. (Hrsg.), *The Backlash against Investment Arbitration*, 433, 435.

³³ Bekannte Beispiele im Investitionsschutzrecht sind die Verfahren *Philip Morris Asia Limited v. Australia*, UNCITRAL, PCA, Case No. 2012-12, Award on Jurisdiction and Admissibility; *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S. A. and Abal Hermanos S. A. v. Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Award. Die Klage gegen Australien wurde als unzulässig, die gegen Uruguay als unbegründet, abgewiesen. Daneben sind auch die noch laufenden Verfahren *Vattenfall AB and others v. Germany*, ICSID Case No. ARB/12/12 betreffend

Der privatrechtlichen Sichtweise ist in Bezug auf die gewählte Art der Streitbeilegung zuzugestehen, dass das Investitionsschiedsverfahren prozessual (zumindest bislang) in der Regel eher der Handelsschiedsgerichtsbarkeit ähnelt. Es bedeutet jedoch einen Zirkelschluss, auf die Art der Streitbeilegung abzustellen, um die Anwendung jener zu rechtfertigen. Genau dieser Zirkelschluss scheint aber Grundlage der privatrechtlichen Perspektive zu sein. Entscheidend für die Wahl des richtigen Forums für die Beilegung einer Streitigkeit sollte nicht das Verfahren als solches sein, sondern die dem Verfahren zugrundeliegende Streitigkeit. Zu beachten ist, dass

„[t]he ICSID Convention [...] combines a public law system of State liability with private arbitration.“³⁴

Erst eine Analyse der dem Verfahren zugrundeliegenden Streitigkeit ermöglicht es zu ermitteln, welches Verfahren auf die Streitigkeit angewandt werden sollte oder wie ein solches auszugestalten ist. Entscheidend hierfür ist eine funktionale Sichtweise und damit die Frage: Welche Funktion bzw. Funktionen erfüllt das Investitionsschiedsverfahren?

Funktional dient das Investitionsschiedsverfahren der Überprüfung der Ausübung von öffentlich-rechtlicher Gewalt durch den Gaststaat.³⁵ Dieser funktionale Ansatz lag auch dem zustimmenden Sondervotum von *Wälde* in der Schiedssache *International Thunderbird Gaming Corporation v. Mexiko* zu Grunde:

„Investment arbitration is fundamentally different from international commercial arbitration. It governs the situation of a foreign investor exposed to the sovereignty, the regulatory, administrative and other governmental powers of a state. [...] [A]t issue is the abuse of governmental power towards a private party that did and could legitimately trust in governmental assurances it received; in commercial arbitration on the other hand it is rather a good-faith interpretation of contractual provisions that is at stake. Abuse of governmental powers is not an issue in commercial arbitration, but it is at the core of the good-governance standards embodied in investment protection treaties.“³⁶

Deutlich wird das zentrale Anliegen der Investor-Staat-Streitbeilegung öffentlich-rechtlichen Rechtsschutz zu gewähren. Es erfolgt eine Rechtmäßigkeitskontrolle anhand von Schutzstandards, mithin anhand von grundrechtsähnlichen

den deutschen Atomausstieg, das Verfahren *Lone Pine Resources Inc. v. Canada*, ICSID Case No. UNCT/15/2 betreffend Fracking und *Aguas del Tunari, S.A. v. Bolivia*, ICSID Case No. ARB/02/3 betreffend die Privatisierung der Trinkwasserversorgung nennenswert.

³⁴ Siehe *Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/04/14, Award, Rn. 160.

³⁵ Siehe *de Brabandere*, *Investment Treaty Arbitration as Public International Law*, S. 5; *van Harten*, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford, S. 48 ff.; *Schill*, 71 ZaöRV 2011, 247, 263 f.

³⁶ *International Thunderbird Gaming Corporation v. Mexico*, UNCITRAL, Separate Opinion of Thomas Wälde, Rn. 12–13.

Prinzipien.³⁷ Insofern wird häufig auf eine Parallele zu verwaltungs- oder verfassungsrechtlichen Streitigkeiten hingewiesen.³⁸ Dies verdeutlicht sich auch dadurch, dass das Investitionsschiedsverfahren (häufig) gerade Verfahren vor den nationalen Gerichten ersetzen soll.³⁹

Nicht unbeachtet sollte auch die globale Regelungswirkung von Entscheidungen der Schiedsgerichte bleiben. Durch den Rückgriff auf vorhergehende Schiedssprüche (und Entscheidungen internationaler Gerichtshöfe) kommt es zu einer abkommensübergreifenden Normenkonkretisierung und Rechtsfortbildung hinsichtlich Inhalt und Umfang der Schutzstandards.⁴⁰ Schiedssprüchen kommt zwar keine formale Präzedenzwirkung zu, weshalb Schiedsgerichte nicht an vorhergehende Entscheidungen anderer internationaler (Schieds-)Gerichte gebunden sind; eine Doktrin der *stare decisis* besteht gerade nicht.⁴¹ Die schiedsgerichtliche Praxis zeigt jedoch, dass Präjudizien die Entscheidungsfindung der Schiedsgerichte stark beeinflussen. Investitionsschiedssprüche werden häufig ganz oder zumindest teilweise veröffentlicht und Schiedsgerichte verweisen regelmäßig auf die Spruchpraxis anderer Tribunale. Insofern kann von einer faktischen Präzedenzwirkung gesprochen werden.⁴² In diesem Sinne führte das Schiedsgericht in *Bayandir v. Pakistan* aus

³⁷ Siehe *Schill*, 71 ZaöRV 2011, 247, 265.

³⁸ Siehe *de Brabandere*, Investment Treaty Arbitration as Public International Law, S. 4 f.; *van Harten*, Perceived Bias in Investment Arbitration, in: Waibel u. a. (Hrsg.), The Backlash against Investment Arbitration, 433, 435. Auch hier bestehen jedoch Unterschiede, so unterscheidet sich der Prüfungsmaßstab: Während internationale Schiedsgerichte das streitige staatliche Handeln allein anhand des Abkommens überprüfen, hängt der Umfang der Überprüfung durch nationale Gerichte von der nationalen Regelung der Inkorporation von völkerrechtlichen Abkommen in die nationale Rechtsordnung ab, siehe zu diesem Aspekt *de Brabandere*, Investment Treaty Arbitration as Public International Law, S. 5.

³⁹ Das Erfordernis der Erschöpfung des nationalen Rechtsweges ist heute in der Regel nicht in Investitionsschutzabkommen enthalten. Siehe zum Erschöpfungserfordernis Teil 2, Kapitel 2, B. III. Siehe zum Verhältnis nationaler Gerichtsverfahren zu Investitionsschiedsverfahren zudem Teil 2, Kapitel 1, B.

⁴⁰ So etwa das Schiedsgericht in *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. Mexico*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award (ICSID Additional Facility), Rn. 153 f. Mit weiteren Beispielen aus der Schiedspraxis *Schill*, 71 ZaöRV 2011, 247, 272 f.; *ders.*, International Investment Law and Comparative Public Law, in: *ders.* (Hrsg.), International Investment Law and Comparative Public Law, 3, 21 f. m. w. N. (jeweils mit Beispielen aus der Praxis).

⁴¹ Siehe statt vieler aus der schiedsgerichtlichen Praxis *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, Decision of the Tribunal on Objection to Jurisdiction, Rn. 97. Siehe zu diesem Aspekt *Dolzer/Schreuer*, Principles of International Investment Law, S. 33 m. w. N.; *Schill*, The Multilateralization of International Investment Law, S. 288 ff. m. w. N. Siehe zum allgemeinen Völkerrecht statt vieler *Graf Vitzthum*, Begriff, Geschichte und Rechtsquellen des Völkerrechts, in: *Vitzthum/Proelß* (Hrsg.), Völkerrecht, 1, 56.

⁴² Siehe etwa *International Thunderbird Gaming Corporation v. Mexico*, UNCITRAL, NAFTA-Arbitration, Separate Opinion of Thomas Wälde, Rn. 30; *Schill*, The Multilateralization of International Investment Law, S. 321 ff. Ausführlich zur Präzedenzwirkung in Investitionsschiedsverfahren *Commission*, 24 J. Int'l Arb. 2007, 129, 144 ff. m. w. N.

„The Tribunal agrees [mit dem Kläger] that it is not bound by earlier decisions, but will certainly carefully consider such decisions whenever appropriate.“⁴³

Auch das Schiedsgericht in *AES v. Argentinien* ging davon aus, dass bei gleichen oder sehr ähnlichen rechtlichen Fragestellungen die Entscheidungspraxis anderer Schiedsgerichte zumindest in Betracht gezogen werden sollte:

„Each tribunal remains sovereign and may retain, as it is confirmed by ICSID practice, a different solution for resolving the same problem; but decisions on jurisdiction dealing with the same or very similar issues may at least indicate some lines of reasoning of real interest; this Tribunal may consider them in order to compare its own position with those already adopted by its predecessors and, if it shares the views already expressed by one or more of these tribunals on a specific point of law, it is free to adopt the same solution.“⁴⁴

Dabei fällt auf, dass dies unabhängig davon erfolgt, ob das gleiche Investitionsschutzabkommen als Entscheidungsgrundlage dient wie in der vorhergehenden Entscheidung, auf die zurückgegriffen wird.⁴⁵

In neueren Schiedssprüchen findet sich in diesem Sinne auch immer häufiger die Auffassung, dass die Schiedsgerichte die Pflicht haben

„to adopt principles established in a series of consistent cases. It [das Tribunal] further believes that [...] it has a duty to contribute to the harmonious development of international investment law“.⁴⁶

Diese Möglichkeit der (indirekten) Einflussnahme auf nachfolgende Verfahren mit einem ähnlichen Streitgegenstand wird teilweise als die Ausübung „internationaler öffentlicher Gewalt“ verstanden⁴⁷ und tritt neben die Rechtsprechungsfunktion in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten, welche von den Investor-Staat-Schiedsgerichten übernommen wird.

Mit Blick auf diese besonderen Charakteristika erklärt sich die Debatte, welche rund um die Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit entbrannt ist. Dieser

⁴³ Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A. S. v. Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/29, Decision on Jurisdiction, Rn. 76.

⁴⁴ AES Corporation v. Argentina, ICSID Case No. ARB/02/17, Decision on Jurisdiction, Rn. 30. Ähnlich auch *El Paso Energy International Company v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/15, Decision on Jurisdiction, Rn. 39.

⁴⁵ Siehe *Schill*, 71 ZaöRV 2011, 247, 266 ff.

⁴⁶ Siehe *Churchill Mining PLC and Planet Mining Pty Ltd v. Indonesia*, ICSID Case No. ARB/12/14 and 12/40, Award, Rn. 253. Wortgleiche Formulierungen finden sich etwa auch in den Schiedssprüchen in den Schiedssachen *Vestey Group Ltd v. Venezuela*, ICSID Case No. ARB/06/4, Award, Rn. 113 sowie *KT Asia Investment Group B. V. v. Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/09/8, Award, Rn. 83. Eine andere Auffassung vertritt Schiedsrichterin *Stern*. Sie ist der Ansicht, dass jede Entscheidung unabhängig von Tendenzen in der schiedsgerichtlichen Praxis zu treffen ist, siehe *Burlington Resources Inc. v. Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5, Decision on Liability, Rn. 187.

⁴⁷ Siehe *von Bogdandy/Venzke*, In wessen Namen?, S. 136 ff. Siehe zur Rechtsetzung durch Rechtsprechung auch *dies.*, *Beyond Dispute: International Judicial Institutions as Lawmakers*, in: *dies.* (Hrsg.), *International Judicial Lawmaking*, 3, 9–20; *Schill*, 71 ZaöRV 2011, 247, 266 ff.

Debatte fehlt es aber (bislang) an einem rechtlichen Rahmen. In dieser Arbeit sollen Maßstäbe entwickelt werden, anhand derer sich internationale Streitbeilegungsmechanismen in Unionsabkommen messen lassen müssen. Anhand dieser Maßstäbe soll die Investor-Staat-Streitbeilegung, wie sie in EU-Investitionsschutzabkommen zu erwarten ist, überprüft werden. Durch die Konkretisierung der rechtlichen Anforderungen an Investor-Staat-Streitbeilegungsmechanismen möchte diese Arbeit zu einer Versachlichung einer stark politisierten Debatte beitragen.

B. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes

Durch die Einleitung eines *ad hoc* Schiedsverfahrens kann der ausländische Investor dem Gaststaat in einem internationalen Verfahren auf Augenhöhe begegnen. Er ist weder auf das nationale Rechtssystem des Gaststaates noch auf die Ausübung diplomatischen Schutzes durch seinen Heimatstaat angewiesen. Diese beiden Möglichkeiten werden von Befürwortern der Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit als nicht ausreichend angesehen, um die mit ihr verfolgte Zielsetzung zu erreichen. Die Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit sei erforderlich, um ein gutes Investitionsklima zu schaffen und damit im Ergebnis den Investitionsfluss in alle Vertragsstaaten anzuregen.⁴⁸ Die Unterwerfung eines Staates unter die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit würde die Glaubhaftigkeit der im Investitionsschutzabkommen angenommenen Verpflichtungen gegenüber den ausländischen Investoren belegen.⁴⁹ Daneben sei die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit für die „internationale Rechtsstaatlichkeit“ und damit die Legalisierung internationaler Beziehungen förderlich. Ihr Nutzen geht Befürwortern zur Folge über die Förderung von Investitionsfluss hinaus.⁵⁰ Letztlich handelt es sich bei der Frage nach dem „Ob“ der Einräumung eines Klage-

⁴⁸ Siehe *Broches*, 136 RdC 1972-II, 337, 343; *Brower/Schill*, 9 Chi. J. Int'l L. 2009, 471, 477 ff.; *Dolzer*, 37 N. Y. U. J. Int'l L. & Pol. 2004–2005, 953, 953 f.; *Schill*, Private Enforcement of International Investment Law, in: Waibel u. a. (Hrsg.), Backlash Against Investment Arbitration, 29–50. In diese Richtung weist auch die Präambel der Konvention über die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Staaten und Staatsbürgern anderer Länder vom 18.3.1965, BGBl. 1969 II S. 369; 575 UNTS 159 (im Folgenden: ICSID-Konvention). Siehe zu weiteren Gründen, welche für die Annahme einer Notwendigkeit der Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit sprechen insbesondere *Schreuer*, Do We Need Investment Arbitration?, in: Kalicki/Joubin-Bret (Hrsg.), Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System, 879–889. Dies ist auch erklärtes Ziel von CETA. So heißt es in Absatz 7 der Präambel der endgültigen CETA-Fassung: „Recognizing that the protection of investments, and investors with respect to their investments, stimulates mutually beneficial business activity“.

⁴⁹ Siehe *Brower/Schill*, 9 Chi. J. Int'l L. 2009, 471, 477 f. m. w. N.

⁵⁰ Siehe *Brower/Blanchard*, 52 Colum. J. Transnat'l L. 2013–2014, 689, 756 ff.; *Dolzer*, 37 N. Y. U. J. Int'l L. & Pol. 2004–2005, 953, 971–972; *Schultz/Dupont*, 25 EJIL 2014, 1147–1168.

Sachverzeichnis

- Amicus curiae* 302, 305–311
- Anwendbares Recht
- allgemeines Völkerrecht als 203–208
 - nationales Recht als 203–208
 - Unionsrecht als 208–220
- Autonome Rechtsordnung *sui generis*
- *siehe* Unionsrechtsordnung, Autonomie der
- Demokratieprinzip 41, 44–46
- Demokratisches Defizit 44
- Diplomatischer Schutz 10, 169 f.
- Diskriminierungsverbot, *siehe* Gleichheitsgebot
- Double Test*, *siehe* unmittelbare Anwendbarkeit von völkerrechtlichen Abkommen, unmittelbare Anwendbarkeit von Investitionsschutzabkommen, unmittelbare Anwendbarkeit von Schiedssprüchen
- Effektivitätsgrundsatz 56, 220–228, 236–238, 250
- effet utile*, *siehe* Effektivitätsgrundsatz
- Europäischer Gerichtshof (EuGH)
- *siehe* Gerichtshof der Europäischen Union
- Europäische Integration
- *siehe* Unionsrechtsordnung, Funktionalität der
- Europäische Union
- *siehe* Unionsrechtsordnung
 - Kompetenzordnung 3, 12, 19 f., 23, 28, 47 f.
 - *sui generis*-Charakter 4, 14, 22–25, 29, 45, 84
- Europäisches Unionsrecht
- einheitliche Anwendung und Auslegung, *siehe* Uniformitätserfordernis
 - *ex officio*-Anwendung von 228–238
 - Vorrang von 30, 37
 - unmittelbare Wirkung von 30
- Faires Verfahren, Anspruch auf
- Ausnahmegerichte 118 f.
 - Geltung in internationalen Verfahren 116–118
 - Herleitung 115
 - rechtliches Gehör 130
 - Rechtsmittelinstanz 131
 - Unabhängigkeit und Unparteilichkeit 119–130, 292–297, 299, 319
 - Verzicht 116
 - Waffen- und Chancengleichheit 128–130, 184
- Gemischte Abkommen
- Bestimmung von Schiedsbeklagten 263–270
 - Kompetenzerklärung 265
 - Völkerrechtliche Verantwortlichkeit 273–276
 - Zuständigkeit 56, 58–60, 266 f.
- Gerichtshof der Europäischen Union
- Auslegungsmonopol 52, 60–71, 257 f.
 - Kompetenzabgrenzung 47
 - Kooperationsverhältnis mit mitgliedstaatlichen Gerichten 64, 73–76
 - Letztentscheidungsmonopol, *siehe* Auslegungsmonopol
 - Verwerfungsmonopol 72
 - Vorab-Auslegungskompetenz 58–60, 270
 - Streitbeilegungsmonopol 49–58, 165
 - Überprüfung von Maßnahmen im Rahmen der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik 80–82

- Gewaltenteilung
 – *siehe* institutionelles Gleichgewicht
 Gleichheitsgebot 37 f., 47 f., 59, 107–111, 165–171, 200, 272
 Grundrechtsschutz, Gewährung von 43, 68 f.
- Herren der Verträge 25, 306, 316, 320
 Hoheitsgewalt, Demokratische Legitimation von 33, 45, 83–94, 291 f., 299, 319, 323 f.
- Institutionalisierte Investitionsgerichtsbarkeit 244–246, 297–300, 322 f.
 Institutionelles Gleichgewicht 48–81, 120, 174 f., 200 f., 255
 Interpretationserklärungen 316–322
 Internationale Gerichtsverfahren
 – Beteiligung Dritter 140–144, 305–311
 – Mündlichkeit und Öffentlichkeit 132–135
 – Zugang zu Verfahrensdokumenten 135–139
Intra-EU Verfahren 11, 198 f., 209–214, 223, 307–310
 Investitionsschutzabkommen
 – Auslegung von 213 f.
 – nationaler Rechtsweg 148–165, 176–184
 – Schiedsklausel 4, 147 f.
 – Schutzstandards 7 f., 63, 150, 163–165, 216–220
 – unmittelbare Anwendbarkeit von 157–165, 171–174, 189
 Investor-Staat-Schiedsverfahren
 – Bestimmung des Schiedsbeklagten 263–270
 – Dokumentenzugang 304
 – Öffentlichkeit 301–304
 – Rechtsmittelinstanz 244–247, 311–313, 324
Iura novit curia/arbiter Grundsatz 229–236
- Kopenhagener Kriterien 44
Lis pendens Grundsatz 177, 185–188
- Local Remedies Rule* *siehe* Rechtswegerschöpfung
Ne/non ultra petita Grundsatz 196, 229–236
Ordre public 93 f., 200 f., 249–254
 Parallelverfahren 176–188
 Privatautonomie 5 f., 97, 116 f., 222, 290 f., 295
- Rechtsschutz, effektiver
 – Recht auf 42, 49, 100–105, 172–174, 184, 200
 – Verzicht auf 105–107
 Rechtsstaatsprinzip 14 f.
 – Herleitung 96
 – Geltung für internationale Verfahren 96–100
 – Vertrauensschutz 320
 Rechtssicherheit 37 f., 111–114, 189 f.
 Rechtsgemeinschaft
 – *siehe* Rechtsstaatsprinzip
 Rechtsunion
 – *siehe* Rechtsstaatsprinzip
 Rechtswegerschöpfung, Erfordernis 256–262, 277
Res judicata Grundsatz 177–180, 185–188, 198, 239
- Schiedsrichter
 – Ablehnung 280–290
 – Bestellung 279 f.
 – Legitimation 261, 291–292, 322 f.
 – Unabhängigkeit und Unparteilichkeit 292–297, 322
 Schiedssprüche
 – Anerkennung und Vollstreckung 248–254
 – Annullierung 244–247
 – Inhalt
 – Präcedenzwirkung 8 f., 69
 – Rechtswirkungen 189–200
 – Regelungswirkung, globale 8
 – unmittelbare Anwendbarkeit von 192–194
Spill over-Effekte 70 f.

- Stare decisis*-Doktrin 8
- Staat-Staat-Streitbeilegung 12, 54, 313–316
- *declaratory relief* 314 f.
 - *interpretive claims* 315 f., 321
- Transparenzgebot 132–139, 301–304
- Triple Identity*-Test, *siehe res judicata* Grundsatz
- Ultra Petita*-Grundsatz 196
- UNICTRAL Rules on Transparency in treaty-based-Investor-State-Arbitration* 302–304
- Uniformitätserfordernis 29, 32, 36, 38, 52 f., 61, 255
- Unionsrechtsordnung
- *siehe auch* Europäische Union
 - Autonomie der 4, 22–38, 39 f., 47 f., 48–81, 108, 112, 149 f., 174 f., 194–200, 228, 236–238, 254–262, 276 f., 307–311
 - Funktionalität der 14, 25–28, 36 f., 199
 - Rang 20 f., 29–31, 34
 - Rechtsnatur 22–25, 210–213
 - Rechtswirkungen 31
 - Uniformität und Homogenität, *siehe* Uniformitätserfordernis
 - unmittelbare Wirkung 37
 - Zielesystem 26–28
- Völkerrechtlicher Abkommen
- unmittelbare Anwendbarkeit von 103, 151–165
- Völkerrechtliche Verantwortlichkeit 273–277
- Vorabentscheidungsverfahren 30, 76–80, 242 f., 255, 277
- Verbindlichkeit des Auslegungsergebnisses 78 f.
 - Vorlageverpflichtung bzw. -recht internationaler Gerichte 79 f., 222–228