

ROBERT BÄHR

Die Einhegung der  
Investor-Staat-  
Schiedsgerichtsbarkeit

*Veröffentlichungen  
zum Verfahrensrecht  
195*

---

**Mohr Siebeck**

# Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht

Band 195

herausgegeben von

Rolf Stürmer





Robert Bähr

# Die Einhegung der Investor- Staat-Schiedsgerichtsbarkeit

Mohr Siebeck

*Robert Bähr*, geboren 1990; Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Hannover; 2016 Erstes Juristisches Staatsexamen; Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Deutsches, Europäisches und Internationales Zivilprozessrecht (IPA) der Universität Hannover; Rechtsreferendariat im Bezirk des OLG Celle; seit 2021 Rechtsanwalt in Hannover; 2022 Promotion.

ISBN 978-3-16-161725-6 / eISBN 978-3-16-161901-4

DOI 10.1628/978-3-16-161901-4

ISSN 0722-7574 / eISSN 2568-7255 (Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht)

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

© 2023 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://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 Gulde Druck in Tübingen aus der Times gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

*Für Maïke*



## Vorwort

Die Juristische Fakultät der Leibniz Universität Hannover hat diese Arbeit am 9. Februar 2022 als Dissertation angenommen. Die Rechtsprechung befindet sich auf dem Stand von Ende Februar und die Literatur von Anfang September 2022. Das erste Mal habe ich mich bewusst durch das Studium mit der Zeitschrift Nr. 6 aus 2016 der *Juve Rechtsmarkt* mit dem Thema der Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit auseinandergesetzt. Die Ausgabe bietet einen exklusiven Einblick in die Reformbedürftigkeit der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit und der Erforderlichkeit alternativer internationaler Streitbeilegungsverfahren aus der Perspektive der Praxis und der Wissenschaft. Damals durch das TTIP und heute aufgrund der höchstwahrscheinlich bevorstehenden und vollumfänglichen Ratifizierung des CETAs durch alle Vertragsparteien ist der in beiden Freihandelsabkommen geregelte Investitionsschutz in die massive Kritik der Öffentlichkeit geraten. Da beide Freihandelsabkommen ausschließlich Industriestaaten der ersten Welt als Vertragsparteien vorsehen, war sogar die Erforderlichkeit eines alternativen Streitbeilegungsverfahrens für ausländische Investoren als Schutz vor staatlichen Maßnahmen in Frage gestellt. Durch die aktuelle politische Situation dürfte sich diese Frage jedoch erübrigen. Denn neben der Tatsache, dass die meisten Länder heute autokratisch geführt werden, erfahren Europa und die USA einen Rechtsruck, der zu einer verstärkten Ungleichbehandlung von inländischen und ausländischen Investoren führen dürfte. Ein effektiver Schutz ausländischer Investitionen gegen eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung des Gastgeberstaates kann daher nur durch eine entpolitisierte Streitbeilegung gewährleistet werden, wofür sich das Investor-Staat-Streitbeilegungsverfahren vor dem CETA-Gericht anbieten würde.

Für meinen Doktorvater, Herrn Professor Dr. Christian Wolf, empfinde ich für all die Inspiration und Unterstützung bei der Erstellung meiner Dissertation große Dankbarkeit. Seine Bereitschaft mit mir zu jeder Zeit über das Thema zu diskutieren und die dadurch gewonnenen Ideen haben meine Arbeit sehr bereichert. Herzlichen Dank gebührt auch Herrn Professor Dr. Christian Heinze für die Erstellung des Zweitgutachtens. Zudem danke ich Herrn Professor Dr. Dr. h.c. Rolf Stürner für die Aufnahme in die Schriftenreihe „Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht“.



Mein besonderer Dank gilt auch Nassim Eslami, Nadja Flegler und Sven Hasenstab für die fachliche und persönliche Unterstützung bei der Erstellung dieser Arbeit. Bei Luisa Volkhausen, Simon Künnen, Konrad Thibaut, Stefan Dalmer und René Sattelmanier möchte ich mich für die unermüdliche Zusage zur Fertigstellung meiner Dissertation bedanken, auf die ich mich gerne gestützt habe. Mein besonderer Dank gilt Dagmar Feig und meiner Schwester für das mühsame Korrekturlesen.

Vor allem danke ich meinen Eltern für die immerwährende Unterstützung und die politischen Diskussionen sowie Maïke, die mich bei der Erstellung der Arbeit bedingungslos unterstützte und ohne die diese Dissertation nicht entstanden wäre.

Hannover, im September 2022

Robert Bähr

# Inhaltsübersicht

Vorwort . . . . .	VII
Inhaltsverzeichnis . . . . .	XI
Abkürzungsverzeichnis . . . . .	XXIII
Einleitung . . . . .	1
A. Problemaufriss . . . . .	1
B. Das Untersuchungsziel und die strukturelle Herangehensweise . .	10
C. Der gegenwärtige Stand der Rechtssetzung . . . . .	16
1. Kapitel: Die Begriffsbestimmungen und die Festlegung des Bewertungsmaßstabs . . . . .	23
A. Das Rechtsstaatsprinzip . . . . .	23
B. Der Begriff der internationalen Investor-Staat-Streitbeilegung . .	70
C. Der Bewertungsmaßstab für die Untersuchung unter dem Aspekt des Rechtsstaatsprinzips . . . . .	125
2. Kapitel: Die Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit nach dem ICSID-Übereinkommen . . . . .	141
A. Das ICSID-Übereinkommen von 1965 . . . . .	142
B. Das Investor-Staat-Streitbelegungsverfahren vor einem ICSID-Schiedsgericht . . . . .	148
C. Die Kritik am Status Quo der Investor-Staat-Schiedsgerichts- barkeit unter dem ICSID-Übereinkommen . . . . .	225
3. Kapitel: Die Investor-Staat-Streitbeilegung nach dem CETA . .	265
A. Die Zuordnung des CETA-Gerichts am Maßstab des unionsrechtlichen Gerichtsbegriffs . . . . .	268

B. Das Gutachten 1/17 des EuGHs zur Vereinbarkeit der Regelungen des CETA-Investitionsschutzkapitels mit der Unionsrechtsordnung . . . . .	277
C. Das Investor-Staat-Streitbeilegungsverfahren vor dem CETA-Gericht . . . . .	285
Ergebnis der Untersuchung . . . . .	475
A. Zusammenfassung und Thesen . . . . .	475
B. Tabellarische Übersicht zum Vergleich der Investor-Staat-Streitbeilegung nach dem CETA und dem ICSID-Übereinkommen . . . . .	486
Literaturverzeichnis . . . . .	501
Stichwortverzeichnis . . . . .	533

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort . . . . .	VII
Inhaltsübersicht . . . . .	IX
Abkürzungsverzeichnis . . . . .	XXIII
Einleitung . . . . .	1
A. Problemaufriss . . . . .	1
B. Das Untersuchungsziel und die strukturelle Herangehensweise . . . .	10
Exkurs: das Auslegungsstatut . . . . .	13
C. Der gegenwärtige Stand der Rechtssetzung . . . . .	16
1. Kapitel: Die Begriffsbestimmungen und die Festlegung des Bewertungsmaßstabs . . . . .	23
A. Das Rechtsstaatsprinzip . . . . .	23
I. Der Begriff des Rechtsstaatsprinzips auf nationaler Ebene der Bundesrepublik Deutschland . . . . .	27
1. Die Rechtssicherheit als konkretisierter Aspekt des Rechtsstaatsprinzips . . . . .	29
2. Die Unabhängigkeit neutraler Richter als Kern des Rechtsstaatsprinzips . . . . .	32
a) Die Unabhängigkeit des Richters im staatlichen Gerichtsverfahren . . . . .	34
aa) Die persönliche Unabhängigkeit des Richters . . . . .	35
bb) Die sachliche Unabhängigkeit des Richters . . . . .	36
cc) Das richterliche Neutralitätsgebot . . . . .	37
dd) Der gesetzliche Richter gemäß Art. 101 (2) S. 2 GG . . . .	38
ee) Der Ausschluss und die Ablehnung des Richters bei mangelnder Gewährleistung des Neutralitätsgebotes und der Unabhängigkeit . . . . .	40
ff) Die institutionelle Unabhängigkeit . . . . .	41
(1) Die demokratische Rückkoppelung und Legitimation der Rechtsprechung . . . . .	41

	(2) Die Unterbindung des Einflusses der Exekutive und Legislative auf den Richter nach seiner Ernennung . . .	43
	b) Die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit von Schiedsrichtern . . .	44
	aa) § 1034 (2) ZPO: Das Übergewicht einer Partei bei der Zusammensetzung des Schiedsgerichts . . . . .	47
	bb) § 1036 (1) ZPO: Die Offenlegungspflicht von möglichen Ablehnungsgründen . . . . .	47
	cc) § 1036 (2) ZPO: Die Ablehnung des Schiedsrichters . . . . .	50
	dd) § 1037 ZPO: Das Verfahren zur Ablehnung des Schiedsrichters . . . . .	51
	c) Zwischenergebnis . . . . .	52
II.	Der Begriff der rule of law mit der Konkretisierung auf die Aspekte der Rechtssicherheit und der Unabhängigkeit neutraler Richter . . . . .	53
	1. Die Rechtssicherheit und die Unabhängigkeit neutraler Richter als Aspekte der rule of law im internationalen Völkerrecht . . . . .	55
	2. Der Begriff der rule of law auf der Ebene der EU mit der Konkretisierung auf die Aspekte der Rechtssicherheit und Unabhängigkeit neutraler Richter . . . . .	57
	a) Der Grundsatz der Rechtssicherheit als Teil der Unionsrechtsordnung . . . . .	60
	b) Das Recht auf eine unabhängige Gerichtsbarkeit . . . . .	62
	aa) Die Unabhängigkeit des Gerichts . . . . .	63
	bb) Die Unparteilichkeit des Gerichts . . . . .	65
	c) Zwischenergebnis . . . . .	66
	3. Die Rechtssicherheit und die Unabhängigkeit neutraler Richter als Aspekte der rule of law im internationalen Investitionsschutzrecht . . . . .	68
III.	Zwischenergebnis . . . . .	69
B.	Der Begriff der internationalen Investor-Staat-Streitbeilegung . . . . .	70
	I. Der Regelungsgegenstand im internationalen Investitionsschutzrecht . . . . .	72
	II. Die Regelungsinstrumente des internationalen Investitionsschutzrechts . . . . .	73
	1. Investitionsschutzversicherungen . . . . .	74
	2. Materielle Regelungsinstrumente zum Investitionsschutz . . . . .	76
	a) Völkergewohnheitsrecht . . . . .	77
	b) Völkerrechtliches Soft Law . . . . .	80
	c) Völkervertragsrecht in der Form von Investitionsschutzabkommen . . . . .	80
	aa) Bilaterale und multilaterale Investitionsschutzabkommen und ihre materiellen Investitionsschutzregelungen . . . . .	80
	bb) Die materiellen Regeln zum Bestandsschutz getätigter Investitionen nach dem CETA . . . . .	85
	(1) Der Grundsatz gerechter und billiger Behandlung nach Art. 8.10 CETA . . . . .	90
	(2) Der Anspruch auf vollen Schutz und Sicherheit nach Art. 8.10 CETA . . . . .	92

(3) Das Recht auf Entschädigung für Verluste durch besondere Umstände nach Art. 8.11 CETA . . . . .	93
(4) Das Verbot entschädigungsloser Enteignungen und enteignungsgleicher Maßnahmen nach Art. 8.12 CETA . . . . .	94
cc) Gesamtwürdigung . . . . .	98
d) EXKURS: Abschluss und Inkrafttreten von Investitionsschutzabkommen . . . . .	101
aa) Abschluss und Inkrafttreten des CETAs auf der Ebene der Europäischen Union . . . . .	104
bb) Das Verhältnis von Investitionsschutzabkommen und innerstaatlichem Recht . . . . .	106
e) Investitionsschutz durch Investitionsverträge zwischen dem Gastgeberstaat und dem ausländischen Investor . . . . .	107
f) Investitionsschutz durch Investitionsschutzgesetze des Gastgeberstaates . . . . .	109
3. Investor-Staat-Streitbeilegungsmechanismen . . . . .	111
a) Investor-Staat-Streitbeilegung vor nationalen Gerichten . . . . .	111
b) Geltendmachung von Rechtsverletzungen über den diplomatischen Schutz . . . . .	114
c) Staat-Staat-Streitbeilegung durch die Regierungen der Streitparteien . . . . .	115
d) Investor-Staat-Streitbeilegung vor Schiedsgerichten . . . . .	116
aa) Die Durchsetzung der Schiedssprüche nach dem New York Übereinkommen von 1958 und dem ICSID-Übereinkommen von 1965 . . . . .	119
bb) Eine vergleichende Übersicht zur Durchsetzung von Schiedssprüchen nach dem New York Übereinkommen und dem ICSID-Übereinkommen . . . . .	122
C. Der Bewertungsmaßstab für die Untersuchung unter dem Aspekt des Rechtsstaatsprinzips . . . . .	125
I. Die Herleitung des Bewertungsmaßstabs anhand der deutschen Rechtsordnung . . . . .	127
II. Die Herleitung des Bewertungsmaßstabs anhand des Unionsrechts . . . . .	132
III. Die Anwendung des Bewertungsmaßstabs zur Untersuchung der Rechtsprechung nach dem ICSID-Übereinkommen und dem CETA . . . . .	135
IV. Zwischenergebnis: Der angewandte Bewertungsmaßstab dieser Untersuchung . . . . .	139
 2. Kapitel: Die Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit nach dem ICSID-Übereinkommen . . . . .	 141
A. Das ICSID-Übereinkommen von 1965 . . . . .	142
I. Die ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit als Standardmodell der Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit . . . . .	142

II.	Die Entstehungsgeschichte des ICSID-Übereinkommens und der Aufbau des ICSID-Zentrums in Washington DC . . . . .	143
III.	Ad hoc-Schiedsgerichtsbarkeit anstelle eines ständigen Tribunals zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten . . . . .	146
B.	Das Investor-Staat-Streitbeilegungsverfahren vor einem ICSID-Schiedsgericht . . . . .	148
I.	Die Verfahrensregeln im ICSID-Schiedsverfahren . . . . .	149
II.	Das anwendbare materielle Investitionsschutzrecht im ICSID-Schiedsverfahren . . . . .	150
III.	Die Zuständigkeit des ICSID-Schiedsgerichts . . . . .	152
1.	Die Zuständigkeit ratio voluntas . . . . .	153
a)	Die Zuweisung zur ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit durch Völkerrechtsverträge . . . . .	154
b)	Die Zuweisung zur ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit über nationale Gesetze . . . . .	156
c)	Die Einigung zwischen Investor und Gastgeberstaat, sich der Gerichtsbarkeit eines ICSID-Schiedsgerichts zu unterwerfen . . . . .	156
d)	Der Umfang der Einwilligung . . . . .	157
2.	Die Zuständigkeitsvoraussetzungen ratio personae . . . . .	159
a)	Der Gastgeberstaat . . . . .	160
b)	Der ausländische private Investor . . . . .	161
3.	Die Zuständigkeit ratio materiae . . . . .	165
a)	Der Begriff der ausländischen Direktinvestition . . . . .	168
b)	Der Investitionsbegriff nach Art. 25 (1) ICSID . . . . .	171
aa)	Das Vorliegen eines Rechtsstreits . . . . .	171
bb)	Die Rechtsnatur des Streitgegenstandes . . . . .	172
cc)	Der Streitgegenstand muss sich direkt aus einer Investition herleiten . . . . .	172
dd)	Die Investition . . . . .	173
ee)	Der Salini-Test als restriktive Interpretation des in Art. 25 ICSID Übrk. geregelten Investitionsbegriffs . . . . .	175
4.	Besondere zusätzliche Zuständigkeitsvoraussetzungen zur ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit . . . . .	176
a)	Die Erweiterung der Zuständigkeit des ICSID-Schiedsgerichts durch Klauseln in Investitionsschutzverträgen . . . . .	177
aa)	Meistbegünstigungsklauseln . . . . .	177
bb)	Regenschirmklauseln . . . . .	178
b)	Die Einschränkung der Zuständigkeit des ICSID-Schiedsgerichts durch Klauseln in Investitionsschutzverträgen . . . . .	180
aa)	Verhandlungsfristen . . . . .	180
bb)	Gabelungsklauseln . . . . .	181
5.	Die Auswirkungen der Zuständigkeitsbegründung des ICSID-Schiedsgerichts . . . . .	182
6.	EXKURS: Die Additional Facility Rules . . . . .	183

IV.	Die Entscheidungskompetenzen und Aufgaben des ICSID-Schiedsgerichts . . . . .	184
V.	Die Zusammensetzung des ICSID-Schiedsgerichts . . . . .	186
	1. Die Bestellung der Schiedsrichter nach den Vorgaben im ICSID-Übereinkommen . . . . .	186
	2. Die Qualifikation der Schiedsrichter . . . . .	188
	a) Sprache . . . . .	190
	b) Nationalität . . . . .	191
	c) Ausbildung und Erfahrung . . . . .	192
	d) Interview möglicher Schiedsrichter . . . . .	192
	3. Die Unparteilichkeit und Unabhängigkeit der ICSID-Schiedsrichter	193
	a) Die Unparteilichkeit . . . . .	195
	b) Die Unabhängigkeit . . . . .	196
	c) Die Offenlegungspflicht möglicher Ablehnungsgründe des Schiedsrichters . . . . .	197
	4. Die Bestimmung von Interessenkonflikten oder anderen Umständen, die zur Befangenheit des Schiedsrichters führen können .	199
	a) Beziehung zu einer der Parteien . . . . .	200
	b) Gegenläufige Vorbefassung einer ähnlichen Rechtsfrage . . . . .	201
	5. Die Ablehnung von ICSID-Schiedsrichtern . . . . .	202
VI.	Der Erlass eines ICSID-Schiedsspruchs und seine relative Bindungswirkung zwischen den Streitparteien . . . . .	208
VII.	Die Durchsetzung des ICSID-Schiedsspruchs mithilfe nationaler Gerichte . . . . .	209
VIII.	Die Überprüfung des ICSID-Schiedsspruchs durch ein internes Aufhebungsverfahren . . . . .	211
	1. Die fehlerhafte Zusammensetzung des Schiedsgerichts . . . . .	216
	2. Die offensichtliche Überschreitung der zugewiesenen Entscheidungskompetenzen . . . . .	217
	3. Die Bestechung eines Mitglieds des Schiedsgerichts . . . . .	219
	4. Die schwerwiegende Abweichung von einer grundlegenden Verfahrensvorschrift . . . . .	219
	5. Die fehlende Begründung des Schiedsspruchs . . . . .	220
	6. Die Rechtsfolgen der Entscheidung des ad hoc-Aufhebungsausschusses . . . . .	222
	7. Die vier Generationen an Entscheidungen von ICSID-Aufhebungsverfahren in praxi . . . . .	223
C.	Die Kritik am Status Quo der Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit unter dem ICSID-Übereinkommen . . . . .	225
	I. Die Schiedsrichter können keinen ausreichenden Anschein der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit gewährleisten . . . . .	227
	1. Parteiische oder unparteiische Schiedsrichter? Der umstrittene Maßstab an die Höhe der zu gewährleistenden Unabhängigkeit neutraler Schiedsrichter . . . . .	228



2.	Die Unvereinbarkeit der Unabhängigkeit neutraler Schiedsrichter mit dem unmittelbaren Einfluss der Streitparteien auf die Zusammensetzung des Schiedsgerichts . . . . .	233
3.	Die Beeinträchtigung der Unabhängigkeit neutraler Schiedsrichter durch die Praxis, Schiedsrichter als Anwälte und Anwälte als Schiedsrichter zuzulassen . . . . .	240
4.	Gesamtwürdigung . . . . .	244
II.	Die Zweifel an der Legitimität des Schiedsverfahrens, des Ergebnisses und seiner strukturellen Merkmale . . . . .	247
1.	Die fehlende Rechtssicherheit bei der Entscheidungsfindung der ICSID-Schiedsgerichte . . . . .	248
2.	Der zunehmende Exzess bei den Kosten und der Dauer von Schiedsverfahren . . . . .	250
3.	Das Verfolgen eigener und keiner öffentlichen Interessen des ICSID-Zentrums . . . . .	251
4.	Die fehlende Transparenz im Schiedsverfahren und der Entscheidungsfindung . . . . .	252
5.	Die beschränkte Überprüfungscompetenz der Aufhebungsausschüsse nach Art. 52 ICSID Übrk. und deren widersprüchliche sowie uneinheitliche Rechtsprechung . . . . .	254
III.	Gesamtwürdigung: Der Status Quo der ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit unter dem Bewertungsmaßstab und die Herausforderung durch die EU . . . . .	259
1.	Die ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit unter dem Bewertungsmaßstab . . . . .	259
2.	Die Herausforderung durch die EU . . . . .	262
3.	Kapitel: Die Investor-Staat-Streitbeilegung nach dem CETA . . . . .	265
A.	Die Zuordnung des CETA-Gerichts am Maßstab des unionsrechtlichen Gerichtsbegriffs . . . . .	268
I.	Die Begrifflichkeit des CETA-Gerichts im CETA-Vertragstext . . . . .	269
II.	Der Aufbau des CETA-Gerichts . . . . .	270
1.	Ein dauerhaft eingerichtetes Gericht . . . . .	271
2.	Durch Gesetz errichtet . . . . .	272
3.	Zur Beilegung von Rechtsstreitigkeiten dienend . . . . .	272
4.	Die Anwendung von Rechtsnormen bei der Entscheidungsfindung . . . . .	272
5.	Die öffentliche Zugänglichkeit des Verfahrens . . . . .	273
6.	Die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des CETA-Gerichts . . . . .	273
III.	Zwischenergebnis . . . . .	275
B.	Das Gutachten 1/17 des EuGHs zur Vereinbarkeit der Regelungen des CETA-Investitionsschutzkapitels mit der Unionsrechtsordnung . . . . .	277
I.	Die Vereinbarkeit des CETA-Investitionsschutzkapitels mit dem Grundsatz der Autonomie des Unionsrechts . . . . .	279
II.	Die Vereinbarkeit des CETA-Investitionsschutzkapitels mit dem allgemeinen Grundsatz der Gleichbehandlung . . . . .	282

III.	Die Vereinbarkeit des CETA-Investitionsschutzkapitels mit dem Gebot der Wirksamkeit des EU-Wettbewerbsrechts . . . . .	283
IV.	Die Vereinbarkeit des CETA-Investitionsschutzkapitels mit dem Recht auf Zugang zu einem unabhängigen Gericht . . . . .	283
V.	Zwischenergebnis . . . . .	284
C.	Das Investor-Staat-Streitbelegungsverfahren vor dem CETA-Gericht	285
I.	Die Einhegung der internationalen Investor-Staat-Streitbeilegung durch die Verkoppelung des CETA-Gerichts mit institutionellen Mechanismen zur Staatskontrolle . . . . .	287
1.	Die völkerrechtliche Erlaubnis der staatlichen Kontrolle der internationalen Investor-Staat-Streitbeilegung . . . . .	288
2.	Die Einsetzung des Gemischten CETA-Ausschusses sowie des Ausschusses für Dienstleistungen und Investitionen als Hüter des Investitionsschutzes unter dem CETA . . . . .	290
II.	Das nach dem CETA-Investitionsschutzkapitel anzuwendende Recht zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten . . . . .	293
1.	Die Überlagerung bestehender Investitionsschutzabkommen durch das CETA-Investitionsschutzkapitel als <i>lex posterior</i> . . . . .	295
a)	Die vertragsrechtliche Beziehung des CETA-Investitionsschutzkapitels zu bestehenden internationalen Investitionsschutzabkommen . . . . .	296
b)	Die Durchsetzung von Urteilsprüchen des CETA-Gerichts nach den Regelungen des ICSID-Übereinkommens sowie des New York Übereinkommens von 1958 . . . . .	299
aa)	Die Vollstreckung von Urteilsprüchen des CETA-Gerichts erster Instanz . . . . .	301
(1)	Nach dem ICSID-Übereinkommen . . . . .	301
(2)	Nach dem New York Übereinkommen von 1958 . . . . .	302
bb)	Die Vollstreckung von Urteilsprüchen der Rechtsbehelfsinstanz des CETA-Gerichts . . . . .	307
(1)	Nach dem ICSID-Übereinkommen . . . . .	307
(2)	Nach dem New York Übereinkommen . . . . .	310
cc)	Zwischenergebnis . . . . .	311
dd)	Exkurs: Die Durchsetzung von Urteilsprüchen des CETA-Gerichts in praxi . . . . .	313
2.	Die Verfahrensregeln des CETA-Investitionsschutzkapitels . . . . .	314
a)	Die von den Parteien im Rahmen ihrer Parteiautonomie gewählten und anzuwendenden Verfahrensregeln . . . . .	315
b)	Die zwingend anzuwendenden Verfahrensregelungen des CETA-Investitionsschutzkapitels als Rahmenregelungen für die parteigewählten Regelungen . . . . .	317
aa)	Eine Verfahrensfrist von 24 Monaten zur zeitnahen Verfahrensdurchführung . . . . .	317
bb)	Die Möglichkeit des CETA-Gerichts durch <i>amicus curiae</i> unbeteiligten Personen zu gestatten, zu wichtigen Fragen im Rechtsstreit Stellung zu nehmen . . . . .	320

cc)	Die unterlegene Partei trägt gemäß dem cost follow the event-Grundsatz die Kosten des Verfahrens . . . . .	321
dd)	Die Möglichkeit einer Mediation zur Förderung einer kostengünstigen und einvernehmlichen Streitbeilegung . .	322
ee)	Die Öffentlichkeit des Verfahrens durch ein zwingendes Transparenzsystem . . . . .	322
ff)	Die zügige Abweisungsmöglichkeit des CETA-Gerichts von zweifelhaften oder sogar missbräuchlichen Klagen . .	326
gg)	Die Offenlegungspflicht der Prozessfinanzierung durch Dritte zur Vermeidung widerstreitender Interessen . . . . .	329
hh)	Die Verbindung mehrerer Verfahren zur Vermeidung von widersprüchlichen Entscheidungen in Parallelverfahren . .	331
ii)	Die Kontrolle der CETA-Vertragsparteien über die anwendbaren Verfahrensregeln durch die Möglichkeit, diese zu ergänzen oder zu ändern . . . . .	333
jj)	Zwischenergebnis . . . . .	337
c)	Die begrenzte Entscheidungskompetenz des CETA-Gerichts zur Entkopplung von Rechtsprechung und Politik . . . . .	339
3.	Die Maßstabsweite durch die materiellen Investitionsschutzregelungen des CETA-Investitionsschutzkapitels als Kompetenzgrenze des CETA-Gerichts . . . . .	343
a)	Die gesetzten Vorgaben des CETA-Investitionsschutzkapitels als Maßstab für den Verfahrensgegenstand . . . . .	344
b)	Der Bestandsschutz getätigter Investitionen vor rechtswidrigen staatlichen Maßnahmen . . . . .	346
c)	Die Ausnahmevorschriften zum Schutz des gesetzgeberischen Handlungsspielraums . . . . .	347
d)	Die mögliche Haftungseinschränkung und -erweiterung der CETA-Vertragsparteien durch den Gemischten CETA-Ausschuss . . . . .	349
e)	Gesamtwürdigung . . . . .	350
III.	Die Zuständigkeit des CETA-Gerichts . . . . .	351
1.	Die Zuständigkeit ratio voluntas . . . . .	354
2.	Die Zuständigkeit ratio personae . . . . .	356
a)	Der ausländische private Investor als Kläger . . . . .	356
b)	Kanada, die EU oder ein EU-Mitgliedstaat als Beklagter . . . .	358
aa)	Ein Verfahren zur Feststellung des Beklagten bei Streitigkeiten mit der Europäischen Union oder ihren Mitgliedstaaten . . . . .	359
bb)	Problemstellungen, die beim Feststellungsverfahren des Beklagten bei Streitigkeiten mit der EU oder ihren Mitgliedstaaten entstehen können . . . . .	362
3.	Die Zuständigkeit ratio materiae . . . . .	364
a)	Der CETA-Investitionsbegriff als Vermögenswerte jeder Art . .	364
b)	Die Begrenzung des CETA-Investitionsbegriffs durch Negativbestimmungen . . . . .	367

aa)	Die Erforderlichkeit der niedergelassenen Geschäftstätigkeit . . . . .	367
bb)	Die Abgrenzung von anderweitigen Wirtschaftsbeziehungen . . . . .	367
cc)	Der Ausschluss von Investitionen die unter die Vorgaben des Investment Canada Act fallen . . . . .	368
4.	Die besonderen Zuständigkeitsvoraussetzungen des CETA-Gerichts	369
a)	Die Pflicht zu Konsultationen zwischen den Streitparteien vor der Einreichung einer Klage . . . . .	369
b)	Das Verbot von Parallelverfahren – a fork in the road . . . . .	374
5.	Die verfahrensrechtlichen Auswirkungen der Zuständigkeitsbegründung des CETA-Gerichts . . . . .	377
6.	Zwischenergebnis . . . . .	378
IV.	Die Vorgaben des CETAs an die Verwaltung und Rechtsprechung seines Gerichts . . . . .	380
1.	Das System der Ernennung der CETA-Gerichtsmitglieder . . . . .	382
a)	Die demokratische Legitimation der CETA-Gerichtsmitglieder durch die Ernennung des Gemischten CETA-Ausschusses . . . . .	382
b)	Die Zusammensetzung des CETA-Gerichts und die Bildung seiner Kammern . . . . .	384
c)	Der Einfluss des Gemischten CETA-Ausschusses auf die Bestellung der CETA-Gerichtsmitglieder als Gefahr für die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit . . . . .	388
2.	Eine überwiegende Selbstverwaltung des CETA-Gerichts . . . . .	390
3.	Die Qualifikation der CETA-Gerichtsmitglieder . . . . .	392
a)	Eine vorgegebene unterschiedliche Nationalität der CETA-Gerichtsmitglieder . . . . .	393
b)	Die zur Ausübung des Richteramts erforderliche Qualifikation oder ein Jurist von anerkannt hervorragender Befähigung sowie Fachwissen auf dem Gebiet des Völkerrechts . . . . .	394
c)	Die ständige Verfügbarkeit der CETA-Gerichtsmitglieder . . . . .	396
4.	Die Ethikregeln zur Gewährleistung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der CETA-Gerichtsmitglieder . . . . .	401
a)	Die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der CETA-Gerichtsmitglieder . . . . .	402
b)	Die Einhaltung der Vorgaben der IBA-Richtlinien zu Interessenkonflikten in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit . . . . .	404
aa)	Die allgemeinen Grundsätze zur Unparteilichkeit, Unabhängigkeit und Offenlegungspflicht von Befangenheitsgründen . . . . .	408
bb)	Die praktische Anwendung der allgemeinen Grundsätze . . . . .	410
(1)	Die unverzichtbare rote Liste . . . . .	411
(2)	Die verzichtbare rote Liste . . . . .	412
(3)	Die orange Liste . . . . .	413
(4)	Die grüne Liste . . . . .	414
cc)	Gesamtwürdigung . . . . .	414

c) Der CETA-Verhaltenskodex für Gerichtsmitglieder und Mediatoren . . . . .	418
d) Das Verbot des double hatting als Inkompatibilitätsregel für die Gerichtsmitglieder . . . . .	422
e) Die Ablehnung und der Ausschluss von CETA-Gerichtsmitgliedern bei Zweifel an der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit . . . . .	424
f) Zwischenergebnis . . . . .	428
5. Die sachlich-inhaltliche Kontrolle der Rechtsprechung des CETA-Gerichts . . . . .	431
a) Die Implementierung der Bindung an das anzuwendende Recht im Einzelfall durch die Einrichtung der CETA-Rechtsbehelfsinstanz . . . . .	433
aa) Der Instanzenzug als beschränkte rechtsprechungsinterne Überprüfungsmöglichkeit . . . . .	435
bb) Die Aufhebungs-, Änderungs- und Bestätigungsgründe eines Urteilsspruchs des CETA-Gerichts nach Art. 8.28 (2) CETA . . . . .	436
(1) Fehler bei der Anwendung oder Auslegung des Investitionsschutzrechts . . . . .	437
(2) Offensichtliche Fehler bei der Würdigung des Sachverhalts . . . . .	439
(3) Ein Verfahrensverstoß nach den in Art. 52 (1) ICSID Übrk. genannten Gründen . . . . .	441
(4) Die Möglichkeit der Kombination von Aufhebungsgründen . . . . .	441
(5) Die Möglichkeit eines Rechtsbehelfs gegen Teil- oder Zwischenurteile des CETA-Gerichts . . . . .	441
cc) Die personellen und verwaltungstechnischen Vorgaben an die Rechtsbehelfsinstanz . . . . .	442
(1) Die Festlegung der administrativen und organisatorischen Verwaltung der Rechtsbehelfsinstanz durch den Gemischten CETA-Ausschuss . . . . .	443
(2) Die Bestellung der Mitglieder der CETA-Rechtsbehelfsinstanz durch den Gemischten CETA-Ausschuss . . . . .	444
(3) Die Zusammensetzung der CETA-Rechtsbehelfsinstanz und die Bildung ihrer Kammern . . . . .	444
(4) Die Anforderungen an Qualifikation und Ethik der Mitglieder der Rechtsbehelfsinstanz . . . . .	445
dd) Gesamtwürdigung . . . . .	447
b) Der Gemischte CETA-Ausschuss als Mechanismus repräsentativer Vertragsauslegung zur inhaltlichen Kontrolle der Rechtsprechung des CETA-Gerichts . . . . .	449
aa) Die institutionelle Verkoppelung der Rechtsprechung mit einem legislativen Mechanismus in anderen Rechtssystemen . . . . .	450

bb)	Die Annahme einer verbindlichen Auslegung des CETA-Investitionsschutzrechts durch den Gemischten CETA-Ausschuss . . . . .	452
	(1) Bei „ernsthaften Bedenken in Bezug auf Auslegungsfragen“ . . . . .	452
	(2) „Ab einem bestimmten Zeitpunkt“ . . . . .	453
cc)	Die Verbesserung der Rechtssicherheit durch die Vorhersehbarkeit der Durchsetzung der Investitionsschutzregelungen des CETAs . . . . .	456
dd)	Der Einfluss der CETA-Vertragsparteien auf die unabhängige Rechtsanwendung und Rechtsfindung der CETA-Gerichtsmitglieder . . . . .	457
	(1) Die Gefahr der gelenkten Unabhängigkeit durch die Möglichkeit der verbindlichen Auslegung des Vertrags durch den Gemischten CETA-Ausschuss . . . . .	459
	(2) Die Gefahr der Verletzung des Grundsatzes der Waffengleichheit im Verfahren durch die Sonderrolle des beklagten Gastgeberstaates als Vertrags- und Prozesspartei . . . . .	461
ee)	Gesamtwürdigung . . . . .	467
c)	Die Allgemeinheit als informaler Mechanismus zur sachlich-inhaltlichen Kontrolle der Rechtsprechung des CETA-Gerichts .	469
V.	Gesamtwürdigung: Das Investor-Staat-Streitbeilegungsverfahren des CETAs unter dem Bewertungsmaßstab . . . . .	470
	Ergebnis der Untersuchung . . . . .	475
A.	Zusammenfassung und Thesen . . . . .	475
B.	Tabellarische Übersicht zum Vergleich der Investor-Staat-Streitbeilegung nach dem CETA und dem ICSID-Übereinkommen . . . . .	486
	Literaturverzeichnis . . . . .	501
	Stichwortverzeichnis . . . . .	533



## Abkürzungsverzeichnis

ABA	Arbitration Bar Association
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AJCL	American Journal of Comparative Law
AJIL	American Journal of International Law
A. J. Int'l L.	American Journal of International Law
Am. U. Int'l L. Rev.	American University International Law Review
AnwBl.	Anwaltsblatt
Arb. Int'l	Arbitration International
ARIA	The American Review of International Arbitration
ARB	Arbitration
Arb. L. Rev.	Arbitration Law Review
ASA	Association Suisse de l'Arbitrage
ASEAN	Association of Southeast Asian Nations
AUILR	American University International Law Review
AdV	Archiv des Völkerrechts
AWD	Außenwirtschaftsdienst des Betriebs Beraters
BCLP	Bryan Cave Leighton Paisner
Beil.	Beilage
Berkeley J. of Int'l L.	Berkeley Journal of International Law
Bd	Band
BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
BMZ	Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit
BYIL	The British Yearbook of International Law
CAAJ	Contemporary Asia Arbitration Journal
Cali. L. Rev.	California Law Review
Cambr. J. of Int'l and Com. L.	Cambridge Journal of International and Comparative Law
Cambr. L. J.	Cambridge Law Journal
Canada Bus. L. J.	Canada Business Law Journal
CCPA	Canadian Centre for Policy Alternatives
CEPMLP	Centre for Energy, Petroleum and Mineral Law and Policy
CETA	Comprehensive Economic and Trade Agreement
Ch.	Chapter
Chi. J. Int'l L.	Chicago Journal of International Law
CIEL	Center for International Environmental Law
CIGI	Centre for International Governance Innovation
CLJ	The Cambridge Law Journal
CMLR	Common Market Law Review
Col. FDI Pers.	Columbia Foreign Direct Investment Perspectives



Col. J. Trans'l L.	Columbia Journal of Transnational Law
Contemp. Asia Arb. J.	Contemporary Asia Arbitration Journal
COM	European Commission
Disp. Res. Int'l	Dispute Resolution International
Disp. Res. J.	Dispute Resolution Journal
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DSU	Dispute Settlement Understanding
Duke L. J.	Duke Law Journal
ECT	Energy Charter Treaty
ECJ	European Court of Justice
Edg.	Endgültig
EG	Europäische Gemeinschaft
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EJIL	European Journal of International Law
ELTE	Eötvös Loránd University
EML	Emory Law Journal
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EPIL	Max Planck Encyclopedia of Public International Law
EPRS	European Parliamentary Research Service
EU	Europäische Union
EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitung
EUR	Zeitschrift Europarecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
FET	Fair and Equitable Treatment
FG	Festgabe
FILJ	Foreign Investment Law Journal
FLR	Fordham Law Review
Florida J. of Int'l L.	Florida Journal of International Law
Fordham ILJ	Fordham International Law Journal
Frd.I.L.J.	Fordham International Law Journal
FS	Festschrift
FTA	Free Trade Agreement
FTC	Free Trade Commission
GAR	Global Arbitration Review
GG	Grundgesetz
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
Harv. Int'l L. J.	Harvard International Law Journal
HdWW	Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaft
HStR	Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland
IAI	International Arbitration Institute
IBA	International Bar Association
ICC	International Chamber of Commerce
ICCA	International Council for Commercial Arbitration
ICJ	International Court of Justice
ICLQ	The International and Comparative Law Quarterly

ICSID	International Convention on the Settlement of Disputes between States and Nationals of other States
ICTSD	International Centre for Trade and Sustainable Development
IIC	International Investment Court
IILJ	Institute for International Law and Justice
IISD	International Institute for Sustainable Development
ILC	International Law Commission
ILM	International Legal Materials
ILR	International Law Review
ILSA J. of Int'l & Comp. L.	ILSA Journal of International and Comparative Law
IMF	International Monetary Fund
Int'l. Arb. L. Rev.	International Arbitration Law Review
Int'l J. of Cr. And Dem. Theo.	International Journal of Critical and Democratic Theory
IJLS	Irish Journal of Legal Studies
IPS	Institute for Policy Studies
ISDS	Investor-State-Dispute-Settlement
JAPP	The Journal of Appellate Practice and Process
J. of Int'l Arb.	Journal of International Arbitration
J. Pub. L.	Journal of Public Law
JIEL	Journal of International Economic Law
JIDS	Journal of International Dispute Settlement
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts
JRE	Jahrbuch für Recht und Ethik
JWIT	The Journal of World Investment and Trade
JZ	Juristenzeitung
Kap	Kapitel
KOM	Europäische Kommission
KSzW	Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht
LCIA	London Chamber of International Arbitration
Loy. L.A. Int'l. & Comp. L. Rev.	Loyola L.A. International and Comparative Law Review
LPIB	Law and Policy in International Business
LPICT	The Law and Practice of International Courts and Tribunals
LTO	Legal Tribune Online
MPEPIL	The Max Planck Encyclopedia of Public International Law
NAFTA	North American Free Trade Agreement
NGW	Netzwerk Gerechter Welthandel
NJW	Neue Juristische Zeitung
Nw. J. Int'l L. & Bus.	Northwestern Journal of International Law & Business
NYLR	New York Law Review
NYU JILP	New York University Journal of International Law and Politics
OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development
OHLJ	Osgoode Hall Law Journal
OLS	Osgoode Legal Studies
RdC	Recueil de Cours
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft

Rn	Randnummer
Rpflieger	Der Deutsche Rechtspfleger
RPS	Recht und Praxis der Schiedsgerichtsbarkeit
SCC	Stockholm Chamber of Commerce
SchiedsVZ	Schiedsverzeichnis
SDLR	San Diego Law Review
SIAR	Stockholm International Arbitration Review
SJILC	Syracuse Journal of International Law and Commerce
SJZ	Süddeutsche
Juristen	Zeitung
St. Rsp.	Ständige Rechtsprechung
Suffolk Transnat'l. L.J.	Suffolk Transnational Law Journal
SZ	Süddeutsche Zeitung
TDM	Transnational Dispute Management
Tex. Int'l L. J.	Texas International Law Journal
The Rev. of Litig.	The Review of Litigation
TLW	Trade Law and Development
Übrk.	Übereinkommen
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development
U. of Penn. J. of Int'l E. L.	University of Pennsylvania Journal of International Economic Law
USMCA	United States Mexico Canada Agreement
U. Penn. J. Int'l L.	University of Pennsylvania Journal of International Law
Vanderbilt J. of Trans'tl Law	Vanderbilt Journal of Transnational Law
Virginia J. of Int'l L.	Virginia Journal of International Law
VJTL	Vanderbilt Journal of Transnational Law
VVDStRL	Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtler
WTA	World Trade Agenda
WTO	World Trade Organisation
WVK	Wiener Vertragsrechts Konvention
YBCL	Yearbook of Commercial Arbitration
YBILC	Yearbook of the International Law Commission
YJIL	Yale Journal of International Law
YLJ	The Yale Law Journal
ZaörV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft

# Einleitung

## A. Problemaufriss

Unter dem Aspekt des Rechtsstaatsprinzips (*the rule of law*) hat *Hersch Lauterpacht*, einer der bedeutendsten Völkerrechtler des 20. Jahrhunderts<sup>1</sup>, in seinem Buch „The Function of Law in the International Community“ die These aufgestellt, dass internationale Gerichte und Schiedsgerichte sowie deren Richter<sup>2</sup> die wichtigsten Institutionen des Völkerrechts seien. *Lauterpacht* war ein überzeugter Verfechter der bindenden und obligatorischen, völkerrechtlichen Streitbeilegung und sah in der internationalen Gerichtsbarkeit die Grundlage für die Existenz einer internationalen Gemeinschaft unter der *rule of law*<sup>3</sup>.

Die Richter eines internationalen Gerichtshofes würden die Durchsetzung des Willens der internationalen Gemeinschaft in der Form des Völkerrechts gewährleisten. Nach *Lauterpacht* sei es die Aufgabe der Richter, dieses Völkerrecht fortzuentwickeln, seine Lücken zu schließen und Gerechtigkeitsdefizite durch Auslegung zu beheben.<sup>4</sup> Neutral und nur der völkerrechtlichen Ordnung verpflichtet, sollen die Richter als Teil der internationalen Justiz über den Interessenkonflikten wirtschaftlicher und politischer Auseinandersetzungen stehen sowie gegenüber diesen verschiedenen Interessen unvoreingenommen bleiben.<sup>5</sup> Eine Anforderung, die ihren Ausdruck in dem Begriff der Unabhängigkeit neutraler Richter findet (*the impartiality of neutral judges*)<sup>6</sup>.

Das internationale, materielle Investitionsschutzrecht, das als Ausdruck des Willens der internationalen Gemeinschaft verstanden werden soll, findet sich vor allem in bilateralen Investitionsschutzabkommen (BITs) und in multilateralen

---

<sup>1</sup> Siehe hierzu grundlegend *Koskenniemi*, *The Function of Law in the International Community: 75 Years After*, in: *BYIL*, Bd. 79 (1) (2008), S. 353, 354 ff.

<sup>2</sup> Im Folgenden werden keine geschlechtsspezifischen Personenbezeichnungen verwendet. Sofern möglich, werden geschlechtsneutrale Bezeichnungen bevorzugt. Andernfalls schließt die gewählte männliche Form eine adäquate weibliche gleichberechtigt ein.

<sup>3</sup> Siehe hierzu *Lauterpacht*, *The Function of Law in the International Community*, S. 1 ff.

<sup>4</sup> *Lauterpacht*, *The Function of Law in the International Community*, S. 240.

<sup>5</sup> *Lauterpacht*, *The Function of Law in the International Community*, S. 240 f.

<sup>6</sup> *Lauterpacht*, *The Function of Law in the International Community*, S. 232 f., 240 f.

oder regionalen Übereinkommen, wie dem Dominican Republic-Central America Free Trade Agreement (DR-CAFTA), dem Energy Charter Treaty (ECT), dem NAFTA (welches durch das USMCA abgelöst wird) und anderen. Die internationale Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit basiert überwiegend auf bestimmten Schiedsklauseln in diesen Übereinkommen – am häufigsten auf den bislang weltweit über 3.300 abgeschlossenen BITs.<sup>7</sup>

Der Ursprung solcher völkerrechtlichen Investitionsschutzabkommen wird im Allgemeinen auf den Abschluss des deutsch-pakistanischen-BIT zur Förderung und zum Schutz von Kapitalanlagen vom 25. November 1959 zurückgeführt.<sup>8</sup> Dieses Übereinkommen begründete allerdings noch keine Klagebefugnis des ausländischen Investors gegen den Gastgeberstaat und war noch vollkommen vom Rechtsinstitut des diplomatischen Schutzes geprägt, welches sich aus vier Merkmalen zusammensetzt: (1) einen Völkerrechtsverstoß; (2) der sich gegen einen Angehörigen (beispielsweise den Investor) des schutzgewährenden Staates (Gastgeberstaat) richtet; (3) die Konsumtion des Anspruchs des geschädigten Staatsangehörigen mit dem völkerrechtlichen Anspruch seines Heimatstaates (Mediatisierung des Einzelnen im Völkerrecht); und (4) die Erschöpfung der innerstaatlichen Rechtsbehelfe im Gastgeberstaat durch den geschädigten Staatsangehörigen.<sup>9</sup> Beim Vorliegen dieser Merkmale waren die jeweiligen Vertragsstaaten im Rahmen des diplomatischen Schutzes dazu berechtigt, entweder durch Konsultationen die Anrufung des internationalen Gerichtshofs in Den Haag oder durch die Einsetzung eines Staat-Staat-Schiedsgerichts die Meinungsverschiedenheiten über die Auslegung des jeweiligen Investitionsschutzabkommens zu klären. Von zentraler Bedeutung war insoweit der Schutz vor entschädigungsloser Enteignung und der freie Kapitalverkehr der erzielten Erträge und Liquidationserlöse aus dem durch die Investition begünstigten Gastgeberstaat.<sup>10</sup>

Diesen Rahmen des diplomatischen Schutzes haben die BITs mittlerweile verlassen. Die heutige Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit basiert auf dem von *Aron Broches*, dem damaligen Generalsekretär der Weltbank, entwickelten

<sup>7</sup> UNCTAD stellt eine umfassende Datenbank über die vielen internationalen Investitionsschutzabkommen zur Verfügung, siehe online unter: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements> (zuletzt abgerufen am 24.05.2022).

<sup>8</sup> BGBl. II 1961, S. 793 ff. Siehe hierzu auch *Kern*, Schiedsgericht und Generalklausel, 2017, S. 15.

<sup>9</sup> Art. 11 des deutsch-pakistanischen Abkommens zur Förderung und zum Schutz von Kapitalanlagen vom 25. November 1959, BGBl. II 1961, S. 793; Vgl. auch *Wolf*, Vollstreckbarkeit nach ICSID-Konvention und Aufhebung, Anerkennung und Vollstreckung nach New Yorker Übereinkommen, in: Ludwigs/Remien (Hrsg.), Investitionsschutz, Schiedsgerichtsbarkeit und Rechtsstaat in der EU, S. 255, 255.

<sup>10</sup> Art. 3 (2) und Art. 4 des deutsch-pakistanischen Abkommens zur Förderung und zum Schutz von Kapitalanlagen vom 25. November 1959, BGBl. II 1961, S. 793.

Grundsatz „*procedure before substance*“<sup>11</sup>. „The first step was to establish procedures for dispute settlement, and substantive law would follow in the praxis of applying the law“<sup>12</sup>. Anstatt in den BITs detaillierte Regelungen zum internationalen Investitionsschutz bereitzustellen, sollen ausländische Investoren die Möglichkeit haben, den Gastgeberstaat auf völkerrechtlicher Ebene vor einem internationalen Schiedsgericht in der Form der privaten Handelsschiedsgerichtsbarkeit direkt zu verklagen. Während es Unterschiede zwischen den verschiedenen internationalen Investitionsschutzabkommen gibt, beinhaltet das vorherrschende Investor-Staat-Streitbeilegungsmodell die folgenden vier Elemente zur Überprüfung von Maßnahmen des Gastgeberstaates:

- Ein ausländischer Investor kann unter bestimmten Voraussetzungen eine Klage direkt gegen den Gastgeberstaat erheben;
- die Streitigkeit wird von einem *ad hoc*-Schiedsgericht entschieden, das für jeden Einzelfall neu konstituiert wird;
- der klagende, ausländische Investor und der beklagte Gastgeberstaat können jeweils einen Schiedsrichter ernennen und sich an der Auswahl des vorsitzenden Schiedsrichters beteiligen; und
- das privatrechtlich organisierte Schiedsgericht wird dazu befugt, in jedem Einzelfall das Investitionsschutzrecht rechtsschöpfend anzuwenden, auszulegen und zu entwickeln.<sup>13</sup>

In den heutigen Investor-Staat-Schiedsverfahren beziehen sich die klagenden, ausländischen Investoren auf den Grundsatz der gerechten und billigen Behandlung (*fair and equitable treatment*) sowie das Verbot der entschädigungslosen, indirekten Enteignung (*indirect expropriation*) und nicht auf die eindeutigen Ansprüche des Verbots der Verstaatlichung oder der entschädigungslosen direkten Enteignung.<sup>14</sup> Die Klagen der ausländischen Investoren stellen dabei immer öfter

<sup>11</sup> Siehe hierzu *Dolzer/Schreuer*, Principles of International Investment Law, S. 9.

<sup>12</sup> *Dolzer/Schreuer*, Principles of International Investment Law, S. 9, fast alle Fragen des völkerrechtlichen Investitionsschutzes bei Enteignungen waren in der Vergangenheit streitig. Es war unklar, ob ausländische Investoren den Schutz eines eigenen internationalen Standards genießen oder nur wie Inländer zu behandeln sind, was überhaupt eine Enteignung darstellt und wie eine Entschädigung berechnet werden sollte. In der UN-Generalversammlung versuchten Staatenvertreter in den 1960er Jahren vergebens, diesbezüglich zu einem Konsens zu gelangen. Vor diesem Hintergrund propagierte *Aron Broches*, der damalige General Counsel der Weltbank, die Formel „*procedure before substance*“. Siehe hierzu auch *von Bogdandy/Venzke*, Zur Herrschaft internationaler Gerichte, in: *ZaöRV*, Bd. 70 (2010), S. 1, 4.

<sup>13</sup> Siehe hierzu *Dolzer/Schreuer*, Principles of International Investment Law, S. 232 ff. und 278 ff.

<sup>14</sup> Siehe hierzu *Langford/Behn*, Managing Backlash: The Evolving Investment Treaty Arbitrator?, in: *EJIL*, Bd. 29 (2) (2018), S. 551 ff.

die Regulierungsmaßnahmen der Staaten in Bezug auf Umwelt-, Energie-, Gesundheits-, Privatisierungs-, Subventions-, Steuer-, Bewirtschaftungs- und Nutzungspolitiken sowie Reaktionen auf Wirtschaftskrisen in Frage.<sup>15</sup> Die potenziell weitreichenden politischen, finanziellen, rechtlichen und sozialen Auswirkungen von Investitionsschiedsgerichtsurteilen auf die Regierungsführung und das öffentliche Interesse einiger Staaten, machen die Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit anfällig für Kritik und Zweifel an ihrer Legitimität und Funktionalität.<sup>16</sup> Wichtige Angelegenheiten von öffentlichem Interesse, wie die mit dem Recht der Staaten zusammenhängende Aufgabe, die wirtschaftlichen Tätigkeiten in einer Weise zu regeln, die mit ihren innerstaatlichen Verpflichtungen gegenüber ihren Bürgern vereinbar ist, können im Widerspruch zu den Vorstellungen der ausländischen Investoren stehen, welche Behandlung ihnen vom Gastgeberstaat geschuldet wird.

Die Konsequenz dieser Entwicklung für die Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit lässt sich durch die folgende Passage eines Memorandums der russischen Delegation zur ersten Haager Friedenskonferenz Anfang des 20. Jahrhunderts finden:

„In introducing international arbitration into the international life of States, we must proceed with extreme care in order not to extend unreasonably its sphere of application so as to shake the confidence which may be inspired therein, or discredit arbitration in the eyes of Governments and people.“<sup>17</sup>

Exemplarisch für den Vertrauensverlust der Öffentlichkeit und vieler Staaten in das System der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit sowie dessen Verruf ist das ICSID-Schiedsverfahren zwischen dem französischen Konzern *Compagnie Générale des Eaux* und seiner argentinischen Tochtergesellschaft *Compania de*

---

<sup>15</sup> Siehe hierzu *Langford/Behn*, *Managing Backlash: The Evolving Investment Treaty Arbitrator?*, in: *EJIL*, Bd. 29 (2) (2018), S. 551–580, die eine Diskussion darüber führen, wie umstrittene Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeitsfälle zum Teil den Legitimationsdiskurs der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit vorangetrieben und direkte Reaktionen der Staaten hervorgerufen haben. Beispiele dafür sind die große Zahl von Klagen gegen Venezuela, Bolivien und Ecuador, nachdem diese Verstaatlichungsgesetze verabschiedet hatten, was zur Kündigung des ICSID-Übereinkommens und vieler BITs führte; Siehe auch *Karl*, *Investor-State Dispute Settlement: A Government's Dilemma*, in: *Columbia Center on Sustainable Development No. 92* (2013), online abrufbar unter: <http://justinvestment.org/2013/02/investor-state-dispute-settlement-a-governments-dilemma/> (zuletzt abgerufen am 17.08.2022).

<sup>16</sup> Vgl. *von Bogdandy/Venzke*, *Zur Herrschaft internationaler Gerichte*, in: *ZaöRV*, Bd. 70 (2010), S. 1, 4; *Wolf/Eslami*, *Die neuen UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Arbitration*, in: *Geimer/Kaissis/Thümmel* (Hrsg.), *FS Schütze*, 2015, S. 747, 747 ff.

<sup>17</sup> Erläuternder Hinweis zu Artikel 10 des russischen Entwurfs zur Abrüstung und der Entwicklung von Grundsätzen für die friedliche Regelung internationaler Konflikte, in: *Scott*, *The Hague Conventions and Declarations of 1899 and 1907*, S. 99.

*Aguas del Aconquija S.A.*, gegen *Argentinien*.<sup>18</sup> Die beiden Investoren machten Schadensersatzansprüche gegen Argentinien aus der Verletzung einer Lizenzvereinbarung über die Wasser- und Abwasserversorgung in der Provinz Tucumán geltend. Die Investoren waren der Meinung, dass sie durch politischen Druck der Provinzregierung in Tucumán zu einer Neuverhandlung der Versorgungslizenzen und einer Reduzierung der Gebühren für die Wasser- und Abwasserversorgung der Bevölkerung gezwungen wurden.<sup>19</sup> Dagegen machte Argentinien geltend, dass ihre Provinz aufgrund der von den Investoren geschaffenen Lage dazu gezwungen war, Maßnahmen zu ergreifen, um die Versorgung der eigenen Bevölkerung mit sauberem, gesundheitsunbedenklichem Trinkwasser gewährleisten zu können.<sup>20</sup> Das ICSID-Schiedsgericht kam in diesem Verfahren zu dem Ergebnis, dass die Provinzregierung ihre regulatorische Macht gegenüber den Investoren missbraucht habe.<sup>21</sup> Als Grundlage der Entscheidung diente dem Schiedsgericht die *fair and equitable treatment*-Klausel sowie die *expropriation*-Klausel (Verbot der entschädigungslosen direkten und indirekten Enteignung) des argentinisch-französischen BITs.<sup>22</sup>

Ein weiteres Beispiel liefert das ICSID-Schiedsverfahren des schwedischen Energiekonzerns *Vattenfall gegen die Bundesrepublik Deutschland* auf der Grundlage des Energy Charter Treaty.<sup>23</sup> Vattenfall hatte von Deutschland Schadensersatzzahlungen sowie Zinsen als Ausgleichszahlungen für Umweltschutz-beschränkungen gefordert, die eines seiner Kohlekraftwerke am Elbufer betrafen.<sup>24</sup> Diese wurden als zusätzliche Maßnahme zur Verbesserung der Wasserqualität in der Elbe erlassen und standen im Einklang mit den Auflagen der gesamten Industrie entlang der Elbe. Durch die neuen Regelungen sollte die

---

<sup>18</sup> Siehe das ICSID-Schiedsverfahren *Compagnie Générale des Eaux and Compania de Aguas del Aconquija S.A. vs Argentine Republic*, Case No. ARB/97/3, Award, 20.08.2007.

<sup>19</sup> *Compagnie Générale des Eaux and Compania de Aguas del Aconquija S.A. vs Argentine Republic*, Case No. ARB/97/3, Award, 20.08.2007, S. 24.

<sup>20</sup> Vgl. *Compagnie Générale des Eaux and Compania de Aguas del Aconquija S.A. vs Argentine Republic*, Case No. ARB/97/3, Award, 20.08.2007, S. 29 ff.

<sup>21</sup> Vgl. *Compagnie Générale des Eaux and Compania de Aguas del Aconquija S.A. vs Argentine Republic*, Case No. ARB/97/3, Award, 20.08.2007, S. 29 ff.

<sup>22</sup> Art. 3 und 5 des argentinisch-französischen BIT, ratifiziert am 03.07.1991, approved Argentine Law No. 24.100, Boletín Oficial, 14.07.1992.

<sup>23</sup> Siehe hierzu *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG vs Germany*, ICSID Case No. ARB/09/6; Siehe hierzu auch *Bernasconi*, Background Paper on Vattenfall v. Germany Arbitration, International Institute for Sustainable Development (2009), online abrufbar unter: [https://www.iisd.org/pdf/2009/background\\_vattenfall\\_vs\\_germany.pdf](https://www.iisd.org/pdf/2009/background_vattenfall_vs_germany.pdf) (zuletzt abgerufen am 17.08.2022).

<sup>24</sup> Siehe hierzu *Bernasconi*, Background Paper on Vattenfall v. Germany Arbitration, International Institute for Sustainable Development (2009), online abrufbar unter: [https://www.iisd.org/pdf/2009/background\\_vattenfall\\_vs\\_germany.pdf](https://www.iisd.org/pdf/2009/background_vattenfall_vs_germany.pdf) (zuletzt abgerufen am 17.08.2022).



EU-Wasserrahmenrichtlinie erfüllt werden, die alle EU-Mitgliedstaaten dazu verpflichtet, bis 2015 bestimmte Wasserqualitätsniveaus in Flüssen, Seen, Ästuarien, Küstengewässern und im Grundwasser sicherzustellen.<sup>25</sup> Vattenfall wehrte sich jedoch gegen die Umweltschutzbeschränkungen und war der Ansicht, dass die Wasserverordnung die Anlage unpraktisch sowie unwirtschaftlich machen würde und über das hinausgeht, was ursprünglich vertraglich vereinbart worden sei.<sup>26</sup> Obwohl es sich dabei im Grundsatz um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit gehandelt hat, fand das Schiedsverfahren unter Geheimhaltung statt, so dass auch keine genauen Angaben zum Streitwert und den einzelnen Klagegründen von Vattenfall gemacht werden können. Der Fall wurde schließlich außergerichtlich beigelegt, nachdem Deutschland zugestimmt hatte, die Umweltstandards zu lockern.<sup>27</sup>

Die durch solche Fälle resultierende Zunahme der Intensität und Quantität der aktuellen Kritik an der Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit führt dazu, dass deren gesamte Funktionsfähigkeit und Legitimität in Frage gestellt werden kann. Wie von *Lauterpacht* als notwendig erachtet, konkretisieren die Schiedsrichter in solchen Investor-Staat-Schiedsverfahren unbestimmte Rechtsbegriffe sowie Generalklauseln. Auf diese Weise setzen die Schiedsrichter, unterstützt von der Rechtswissenschaft, durch die gegebene Schlüsselrolle mit ihren Entscheidungen auf völkerrechtlicher Ebene neues Recht, füllen Rechtslücken und tragen maßgeblich zur Fortentwicklung des materiellen Investitionsschutzrechts bei.<sup>28</sup> Entgegen *Lauterpachts* Postulat werden die Schiedsgerichte aber *ad hoc* eingesetzt und es gibt keine Rechtsbehelfsinstanz im Sinne einer Berufungs- oder Revisionsinstanz.<sup>29</sup> In einem solchen System ist eine einheitliche und vorhersehbare, die Rechtssicherheit fördernde Rechtsentwicklung nicht möglich.<sup>30</sup> Zudem

<sup>25</sup> *Bernasconi*, Background Paper on Vattenfall v. Germany Arbitration, International Institute for Sustainable Development (2009), online abrufbar unter: [https://www.iisd.org/pdf/2009/background\\_vattenfall\\_vs\\_germany.pdf](https://www.iisd.org/pdf/2009/background_vattenfall_vs_germany.pdf) (zuletzt abgerufen am 17.08.2022).

<sup>26</sup> Vgl. *Bernasconi*, Background Paper on Vattenfall v. Germany Arbitration, International Institute for Sustainable Development (2009), online abrufbar unter: [https://www.iisd.org/pdf/2009/background\\_vattenfall\\_vs\\_germany.pdf](https://www.iisd.org/pdf/2009/background_vattenfall_vs_germany.pdf) (zuletzt abgerufen am 17.08.2022).

<sup>27</sup> Vgl. *Bernasconi*, Background Paper on Vattenfall v. Germany Arbitration, International Institute for Sustainable Development (2009), online abrufbar unter: [https://www.iisd.org/pdf/2009/background\\_vattenfall\\_vs\\_germany.pdf](https://www.iisd.org/pdf/2009/background_vattenfall_vs_germany.pdf) (zuletzt abgerufen am 17.08.2022).

<sup>28</sup> *Commission*, Precedent in Investment Treaty Arbitration: A Citation Analysis of a Developing Jurisprudence, in: J. Intl. Arb. Bd. 24 (2) (2007), S. 129, 129; *Di Pietro*, The Use of Precedents in ICSID Arbitration: Regularity. or Certainty?, in: Intl. Arb. L. Rev., Bd. 10 (3) (2007), S. 92, 96; Siehe auch *Collins*, ICSID Annulment Committee Appointments: Too Much Discretion for the Chairman?, in: J. Intl. Arb., Bd. 40 (4) (2013), S. 333, 340.

<sup>29</sup> Vgl. hierzu nur die Schiedsordnungen der UNCITRAL, ICC, LCIA, SCC und des ICSID-Übereinkommens oder die ISDS-Regelungen im neuen USMCA.

<sup>30</sup> Siehe hierzu *Feldmann*, Investment Arbitration Appellate Mechanism Options: Consist-

wird die demokratische Legitimation der Entscheidungen der Schiedsgerichte angezweifelt. Ein Schiedsgericht trifft in einem Investor-Staat-Streitbeilegungsverfahren mitunter schwerwiegende politische Entscheidungen, obwohl ihr Handeln nicht in den Kontext einer funktionierenden Legislative eingebettet ist und sich das Recht so von der Politik, dem wichtigsten Mechanismus demokratischer Legitimation, abkoppelt.<sup>31</sup> Nur unter erschwerten Bedingungen stehen Staaten „korrigierende“ nationale Maßnahmen im Sinne von neuer Rechtssetzung oder auch selektiver Nichtbeachtung zur Verfügung.<sup>32</sup>

Kontroverser wird allerdings das Risiko von Interessenkonflikten in der Person der Schiedsrichter diskutiert. Exemplarisch dafür ist der prominente und lebhaftes Schlagabtausch zwischen *Jan Paulsson*, *Gus Van Harten* und *Albert van den Berg*, die sich für eine Reform des *Status Quo* der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit aussprechen sowie *Charles Brower* und *Charles Rosenberg*, die den *Status Quo* vorzugsweise beibehalten möchten und der seinen Ausgangspunkt in der Auswahl der Schiedsrichter durch die Streitparteien findet.<sup>33</sup> Insbesondere die Tatsache, dass ein und dieselbe Person in einem Investor-Staat-Schiedsverfahren als Schiedsrichter und in einem anderen Verfahren als Parteivertreter tätig sein kann, wird von *Robert Howse* als „Perhaps one of the most egregious ethical lapses in the existing system of investment arbitration“ bezeichnet.<sup>34</sup> Die Schiedsrichter der Investor-Staat-Schiedsszene, überwiegend Anwälte<sup>35</sup>, seien durch diese Praxis für ihn zu einer „small, self-referential, mutual backscratching cli-

---

ency, Accuracy and Balance of Power, in: *ICSID Review* (2017), S. 528, 534; *Posner/Yoo*, Judicial Independence in International Tribunals, in: *Cali. L. Rev.* Bd. 93 (1) (2005) S. 1, 24; Siehe auch *Park*, Appellate Review in Investor State Arbitration: in: Kalicki/Joubin-Bret (Hrsg.), *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System*, S. 443, 444, die sich mit der „inconsistent interpretation among ICSID cases“ auseinandersetzt.

<sup>31</sup> von *Bogdandy/Venzke*, Zur Herrschaft internationaler Gerichte, in: *ZaöRV*, Bd. 70 (2010), S. 1, 2.

<sup>32</sup> von *Bogdandy/Venzke*, Zur Herrschaft internationaler Gerichte, in: *ZaöRV*, Bd. 70 (2010), S. 1, 22.

<sup>33</sup> Siehe hierzu *Van Harten*, Perceived Bias in Investment Treaty Arbitration, in: Waibel (Hrsg.), *The Backlash against Investment Arbitration*, S. 433–453; *Paulsson*, Moral Hazard in International Dispute Resolution, in: *ICSID Review – FILJ* Bd. 25 (2) (2010), S. 339 ff.; *Brower/Rosenberg*, The Death of the Two-Headed Nightingale: Why the Paulsson-van den Berg Presumption that Party-Appointed Arbitrators are Untrustworthy is Wrongheaded, in: *Arb. Int'l* Bd. 29 (1) (2013), S. 7 ff.; *van den Berg*, Charles Brower's problem with 100 percent-dissenting opinions by party-appointed arbitrators in investment arbitration, in: *Arb. Intl.* Bd. 31 (3) (2015), S. 1 ff.; *Brower*, From the Two-Headed Nightingale to the Fifteen-Headed Hydra, in: *Frd.I.L.J.*, Bd. 41. (4) (2018), S. 791 ff.

<sup>34</sup> *Howse*, International Investment Law and Arbitration: A Conceptual Framework, in: *IILJ Working Papers* 2017/1, S. 64.

<sup>35</sup> Siehe *Chmielewski*, Ziemlich festgefahren, in: *Juve Rechtsmarkt* 06/2016, S. 40, zum „Exklusiven Zirkel, die gefragtesten Schiedsrichter im Investitionsschutz“.

que“ geworden.<sup>36</sup> Angesichts der Kritik am *Status Quo* der Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit ist der von *Lauterpacht* als wesentlich für die völkerrechtliche Streitentscheidung erachtete Anschein, der „impartiality of neutral judges“, schwer zu wahren.

Es gibt aber durchaus auch gute Gründe, die für eine Notwendigkeit der Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit sprechen. Zwei solcher Gründe stellen zum einen die „Jones-Day“-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts<sup>37</sup> und zum anderen die Entscheidung des EuGHs zum europäischen Haftbefehl<sup>38</sup> aus Polen dar.

Mit der *Jones-Day*-Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht wiederholt die Reichweite von Art. 19 (3) GG auf ausländische juristische Personen verdeutlicht. Für diese gelten grundsätzlich nicht die Grundrechte und deren Schutz.<sup>39</sup> Zwar erstreckt sich der Grundrechtsschutz auf europäische juristische Personen<sup>40</sup> und der verfahrensrechtliche Grundrechtsschutz erstreckt sich auch auf juristische Personen von außerhalb der europäischen Union.<sup>41</sup> Der materielle Grundrechtsschutz bleibt den ausländischen juristischen Personen jedoch verwehrt, so dass diese sich beispielsweise nicht gegen hoheitliche Maßnahmen auf den Schutzbereich des Art. 14 GG berufen können.<sup>42</sup> Als Folge steht dem ausländischen Investor nach deutschem Recht und innerhalb der Bundesrepublik im Vergleich zum inländischen Investor kein gleichwertiger Schutz seiner Investition zur Verfügung.

Auch die Entscheidung des EuGHs zum europäischen Haftbefehl aus Polen liefert einen guten Grund für die Notwendigkeit der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit.<sup>43</sup> Der EuGH hat in dieser Entscheidung bemerkt, dass die Anforderungen an einen wirksamen gerichtlichen Schutz, insbesondere die Unabhängigkeit

---

<sup>36</sup> *Howse*, International Investment Law and Arbitration: A Conceptual Framework, in: IILJ Working Papers 2017/1, S. 64. Siehe auch die bemerkenswerte Rede von *Thomas Bürgenthal*, Richter am Internationalen Gerichtshof in Den Haag und ein weiterer prominenter Kritiker dieser Praxis und der damit einhergehenden Beeinträchtigung der *rule of law* in der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit: *Bürgenthal*, The proliferation of disputes, dispute settlement procedures and respect for the rule of law, in: *Arb. Int'l*, Bd. 22, No. 4 (2006), S. 495, 497.

<sup>37</sup> *BVerfG*, Beschwerdeberechtigung ausländischer juristischer Personen – VW-Diesel-Skandal, in: *NJW* (2018), S. 2394, 2392–2394.

<sup>38</sup> EuGH, Rs. C-216/18 PPU, Urt. v. 25.07.2018.

<sup>39</sup> *BVerfG*, Beschluss vom 27.06.2018 – 2 BvR 1583/17 = *NJW* (2018), S. 2392, 2393.

<sup>40</sup> *BVerfG*, Beschluss vom 19.07.2011 – 1 BvR 1916/09 = *NJW* (2011), S. 3428–3434.

<sup>41</sup> *BVerfG*, Beschluss vom 27.06.2018 – 2 BvR 1287/17 = *NJW* (2018), S. 2392, 2393.

<sup>42</sup> Siehe zum Investitionsschutz nach deutschem Verfassungsrecht: *Schill*, Investitionsschutz in EU-Freihandelsabkommen: Erosion gesetzgeberischer Gestaltungsmacht?, in: *ZaöR* (2018), S. 33, 46 ff.; Siehe hierzu auch *Remmert*, in: *Maunz/Dürig* (Begr.), Grundgesetzkommentar, 97. EL Januar 2022, Art. 19 (3) Rn. 88 ff.

<sup>43</sup> EuGH, Rs. C-216/18 PPU, Urt. v. 25.07.2018.

und Unparteilichkeit der nationalen Gerichte, nicht immer und nicht in allen Mitgliedstaaten der Union umfassend gewährleistet wird. Systemische Mängel in der Rechtsstaatlichkeit, insbesondere in der verfahrensrechtlichen Integrität, sprechen für eine Notwendigkeit von entpolitisierter Streitbeilegung durch ein neutrales Forum. In diesem Sinne kann durch die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit einem Defizit der Rechtsstaatlichkeit im nationalen Justizsystem entgegengetreten werden.<sup>44</sup>

Unter dem Aspekt des Rechtsstaatsprinzips spricht deswegen auch vieles für die Notwendigkeit der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit – aber welche?<sup>45</sup>

„I want the rule of law, not the rule of lawyers“, schrieb die EU-Kommissarin *Cecilia Malmström* zutreffend im Mai 2015 in ihrem Blog, nachdem sie das Konzeptpapier „Investment in TTIP and beyond – the path for reform“ veröffentlicht hatte.<sup>46</sup> Mit ihrer Sentenz der „rule of lawyers“ drückt Malmström den stark in die Kritik geratenen *Status Quo* der Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit aus. „I want the rule of law“ bezeichnet ihren bzw. den Wunsch der Europäischen Union nach der Etablierung eines reformierten Investor-Staat-Streitbeilegungssystems, wie es im Kapitel 8 Abschnitt F des CETAs (Investitionen) geregelt ist. Tatsächlich könnten die durch die Europäische Kommission in Zusammenarbeit mit Kanada geschaffenen und im CETA enthaltenen rechtlichen Ausgestaltungen eines Gerichts zur Investor-Staat-Streitbeilegung die Defizite der Rechtsstaatlichkeit im *Status Quo* der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit beheben und, neben mehr Transparenz, eine Verbesserung der Rechtssicherheit und der Unabhängigkeit neutraler Richter schaffen. Andererseits ist kritisch zu untersuchen, ob das CETA nur der Kritik am *Status Quo* der Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit Rechnung getragen hat und nur einen Scheinrechtsschutz für ausländische Investoren in Aussicht stellt. Das Investor-Staat-Streitbeilegungsverfahren des CETA bietet viele Einfluss- und Korrekturmöglichkeiten der CETA-Vertragsparteien auf die Rechtsanwendung und Rechtsfindung des CETA-Gerichts, die selber die Beklagtenpartei im Investitionsstreitbeilegungsverfahren sind, und dadurch besteht die Gefahr, dass das CETA-Gericht dem Gedanken des Rechtsstaatsprinzips nicht mehr gerecht wird, nämlich dem Schutz vor staatlicher Willkür.

<sup>44</sup> *Wathelet*, Schlussantrag vom 19.09.2017, Rs. C-284/16, Rn. 216.

<sup>45</sup> Frei nach *Grimm*, Europa ja – aber welches?; Siehe zur kritischen Auseinandersetzung mit der aufgeworfenen Fragestellung: *Wolf*, Vollstreckbarkeit nach ICSID-Konvention und Aufhebung, Anerkennung und Vollstreckung nach New Yorker Übereinkommen, in: Ludwigs/Remien (Hrsg.), Investitionsschutz, Schiedsgerichtsbarkeit und Rechtsstaat in der EU, S. 255, 283.

<sup>46</sup> *Malmström*, blog post: „Investments in TTIP and beyond – towards an International Investment Court“ (2015), online abrufbar unter: [http://ec.europa.eu/commission/2014-2019/malmstrom/blog/investments-ttip-and-beyond-towards-international-investment-court\\_en](http://ec.europa.eu/commission/2014-2019/malmstrom/blog/investments-ttip-and-beyond-towards-international-investment-court_en) (zuletzt abgerufen am 17.08.2022).

Die Antwort auf die Frage: „Welche Art von internationaler Investor-Staat-Streitbeilegung?“, könnte das CETA-Gericht zur Beilegung von Streitigkeiten zwischen Investoren und Staaten sein, wenn es der Erwartungshaltung an ein rechtstaatliches Verfahren Rechnung trägt.

## B. Das Untersuchungsziel und die strukturelle Herangehensweise

Das übergeordnete Ziel der vorliegenden Arbeit besteht in der Darstellung und kritischen Analyse des im 8. Kapitel, Abschnitt F des CETAs geregelten neuen Ansatzes der EU und Kanada für die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten unter dem Bewertungsmaßstab des Rechtsstaatsprinzips. Die EU und Kanada haben im CETA umfangreiche Regelungen zum Investitionsschutz vereinbart. Dieser Investitionsschutz lässt sich grob in materielle Investitionsschutzregelungen und ein Streitbeilegungsverfahren vor einem ständig eingerichteten Investitionsgericht mit Rechtsbehelfsinstanz im Sinne einer Berufungsinstanz unterteilen.<sup>47</sup>

Der Schwerpunkt dieser Arbeit soll auf der Untersuchung der Regelungen für das Verfahren zur Beilegung von Streitigkeiten zwischen Investoren und Staaten nach dem 8. Kapitel, Abschnitt F des CETAs und im Besonderen auf die Einrichtung eines ständigen Investitionsgerichts mit Rechtsbehelfsinstanz liegen. Dabei soll untersucht werden, ob das CETA-Gerichtssystem mit seinen verbindlichen Ethikregeln für die Mitglieder des CETA-Gerichts im Vergleich zur traditionellen *ad hoc*-Investitionsschiedsgerichtsbarkeit eine Verbesserung an Rechtsstaatlichkeit bedeutet und deswegen als begrüßenswerte Reform der Investor-Staat-Streitbeilegung angesehen werden kann.

Eine Bewertung der gerichtlichen Rechtsdurchsetzung unter dem Rechtsstaatsprinzip kann aber nicht unabhängig vom durchzusetzenden, materiellen Recht vorgenommen werden.<sup>48</sup> Deswegen wird auch auf die ebenso bemerkenswerten Regelungen zum materiellen Investitionsschutz im 8. Kapitel, Abschnitt D des CETAs als Hilfestellung zur Definierung des Bewertungsmaßstabs eingegangen.

---

<sup>47</sup> Art. 8.27 und 8.28 CETA.

<sup>48</sup> Die Richter sind unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen, Art. 97 (1) GG. Das anwendbare Recht bzw. das Gesetz ist das zentrale Bauelement der sachlich-inhaltlichen Legitimation der Rechtsprechung wie ihrer Urteilsfindung im Einzelfall und erlaubt dem Normgeber zunächst die Vorab-Steuerung der Gerichte durch Festlegung ihres Entscheidungsprogramms. Siehe *Schreiber*, Wie unabhängig ist der Richter?, in: Vogler u. a. (Hrsg.), FS Jescheck, 1985, Bd. 1, S. 757, 760; *Wittreck*, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, S. 134 f.

## Stichwortverzeichnis

- Abkommen über denselben Gegenstand 297  
Ablehnungsgründe eines Richters 40  
Ablehnungsmöglichkeit eines Schiedsrichters 204  
Abweisungsmöglichkeit von Klagen 326  
Alabama Claims Arbitration 71  
Allgemeinheitspostulat 128  
Amicus Curiae Brief 263, 320  
Anonymität der Entscheidung 389  
ASEAN 163  
Aufhebungsverfahren 211  
Aufwandsentschädigung der CETA-Gerichtsmitglieder 276  
Ausländische Direktinvestition 168  
Auslegung des Autors durch sich selbst 291  
Auslegungskompetenz 461  
Auslegung von völkerrechtlichen Abkommen 13  
Ausschließungsgründe des Richters 40
- Bestimmtheitsgebot 127  
Bewertungsmaßstab 126  
Billigkeitsentscheidung 152, 185
- CETA-Gerichtskammer 429  
CETA-Gerichtsmitglieder 428  
CETA-Rechtsbehelfsinstanz 437, 448  
CETA-Verhaltenskodex 402, 471
- Derogationsregel 295  
Deutungsmacht 287  
diplomatischen Schutz 114  
Doktrin des rechtsverbindlichen Präzedenzfall 249  
Doppelrolle des CETA-Vertragsstaates 462  
Doppelrolle des Schiedsrichters 243
- Einhegung der Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit 294
- Einsetzung des CETA-Gerichts 268  
Einzelfallgesetz 129  
Entscheidung nach Billigkeit 342  
Entscheidungskompetenz des CETA-Gerichts 351  
Entscheidungskompetenz des Schiedsgerichts 184  
EU-Freihandelsabkommen 278  
Exekutivbestellung der CETA-Gerichtsmitglieder 383  
Exportkreditagentur 74
- Finanz- und Haushaltsverwaltung des CETA-Gerichts 391  
Fortentwicklung des Investitionsschutzrechts 285  
Free Trade Commission 432  
Fremdenrecht 166  
Friendship, Commerce and Navigation-Verträge 71
- Gabelungsklausel 369  
Gabelungsklauseln 181  
Garantie des gesetzlichen Richters 39  
Gastgeberstaat 160  
Gastgeberstaates 72  
Gelenkte Unabhängigkeit 459  
Gemischter CETA-Ausschuss 291, 449  
– Staatlichen Kontrolle der Auslegung 457  
– Vereinfachter Vertragsänderungsmechanismus 335  
Gerichtsverwaltung 380  
gesetzlicher Richter 45  
Gleichheitsgrundsatz 127  
Gründlichkeit der Verfahrensführung 420  
Guerrilla Taktik 406, 411
- Heimatstaat 74  
Hermes-Bürgerschaft 74

- Hull-Formel 83
- Hybride Form der Gerichtsbarkeit 275
- ICSID 72
- ICSID Additional Facility Rules 183
- ICSID Administration Council 214
- ICSID-Aufhebungskomitee 444
- ICSID-Übereinkommen von 1965 72, 120
- ICSID-Zentrum 142
- Inamovibilität 36
- Inkompatibilitätsregeln 43
- Inländergleichbehandlung 87
- Interessenkonflikte 199, 409
- Interessen- und Pflichtenkollisionen des Richters 38
- Internationale Investor-Staat-Streitbeilegung 70
- Internationaler Währungsfonds 289
- International Law Commission (ILC) 80
- Interpretation eines unbestimmten Rechtsbegriffs 456
- Inter se Änderung des Völkervertrags 309
- Investition 166, 173, 176, 364
- Investitionsschutz 76
  - angemessener Entschädigungsanspruch 83
  - faire und angemessene Behandlung 84
  - Kapitalfluss 83
  - materiellen Regelungsinstrumente 76
  - materiellen Schutzbestimmungen des CETAs 85
  - materielle Regelungen 82
  - Umbrella Klauseln 85
  - voller Schutz und Sicherheit 84
- Investitionsschutzabkommen 80
  - bilaterale 80
  - Energy Charter Treaty 81
  - Hybrides 293
  - multilaterale 80
  - NAFTA 81
  - United States-Mexico-Canada Agreement von 2018 82
- Investitionsschutzversicherung 74
- Investment Canada Act 368
- Investor 161
- Investor-Staat-Schiedsverfahren 116
- Investor-Staat Streitbeilegung 111
- issue conflict 201
- Jay Treaty 70
- Jurisdiktionsimmunität 112
- Kompatibilitätsklausel 299
- Kompetenz-Kompetenz 184
- Konfliktklausel 299
- Konsultationsantrags 359
- Konsultationsverfahren 370
- Kontrolle der Rechtsanwendung und Rechtsfindung 432
- Kontrollmöglichkeiten des CETA-Gerichts 472
- Korrekturauslegung 459, 469
- Korruption 219
- Legitimationskette 41
- Marktzugangsbeschränkungen 86
- Mediation 322
- Meistbegünstigungsgebot 83
- Meistbegünstigungsklausel 177
- MIGA 75
- Nationale Rechtswegerschöpfung 375
- Neutralitätsgebot 37
- New York Übereinkommen von 1958 119
- Normenpyramide 106
- Öffentlichkeit des Verfahrens 323
- Parallelverfahren 338
- Parteiautonomie 118, 315
- Partisan Schiedsrichter 235
- Primat des Völkerrechts 106
- Proper law 151
- Prozessfinanzierung 329
  - Offenlegungspflicht 329
- Recht auf Regulierung 281
- Rechtsrahmen im Schiedsverfahren 288
- Rechtssicherheit 29, 127
- Bestimmtheit des Gesetzes 30
- Rechtsstaatlichkeit 27
- Rechtsstaatsprinzip 53
- rule of law 53, 55
- Regenschirmklausel 178
- Regulierungsmaßnahmen 281
- Richterliste 271

- Rückwirkungsverbot 453
- sachlich-inhaltlichen Kontrolle der Rechtsprechung 435
- Sachlich-inhaltlichen Kontrolle der Rechtsprechung 431
- Salvatorische Klausel 360
- Schiedsgericht 44
- Schiedsklausel 157
- Schiedsspruch 208
- Schiedssprüche 310
- Schiedsverfahren 44
- Schiedsverfahrens 118
- Selbstverwaltung des CETA-Gerichts 391
- Staatenimmunität 111
- Staatliche Kontrolle in der internationalen Investor-Staat-Streitbeilegung 288
- Stare decisis 249
- Statut des internationalen Gerichtshofs 151
- Supranationale Organisation 316
- Unabhängige und unparteiische Mandatsausübung 408
- Unabhängigkeit 34, 196, 403
  - institutionelle 41
  - persönliche 35
  - sachliche 36
- Unabhängigkeit der Rechtsprechung 32
- UNICITRAL-Transparenzregeln 338
- Unparteilichkeit 195, 403
- Veil of ignorance 288
- Verfahrensdauer 317
- Verfahrenskosten 321
- Verfahrensökonomie 410
- Verhaltenskodex für Schiedsrichter 405
- Verhaltensstandards zur Unabhängigkeit und Unparteilichkeit 406
- Verhältnisses zwischen Völkerrecht und innerstaatlichem Recht 106
  - Dualismus 106
  - monistischer Ansatz 106
- Verhandlungsfristen 180
- Verschleierte Vertragsänderung 468
- Vertraulichkeit der Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit 253
- Vier Generationen der ICSID-Aufhebungsentscheidungen 257
- Völkergewohnheitsrecht 78
- Völkerrechtliches Fremdenrecht 77
- Völkerrechtssubjekt 101
- Völkerrechtssubjektivität 82, 117
- Völkerrechtsvertrag 102
  - CETA 105
  - innerstaatliche Zustimmungsverfahren 103
  - zusammengesetztes Verfahren 103
- Völkerrechtsvertrag
  - einfaches Verfahren 103
- Vorläufige Schutzmaßnahmen 342
- Waffengleichheit im Verfahren 462
- Wesentlichen Geschäftstätigkeit 358
- Wiener Vertragsrechtskonvention 102
- WTO-Berufungsgremium 445
- Zusammensetzung des CETA-Gerichts 382
- Zweifel an ihrer Unparteilichkeit oder Unabhängigkeit 409
- Zwischenstaatliches Streitbeilegungsverfahren 115