

Investitionsschiedsgerichtsbarkeit in der Krise

von Prof. Dr. Wolfgang Wurmnest, Hamburg*

- I. Einführung
- II. Die Grundlagen des Investitionsschutzrechts
 - 1. Herausbildung von Schutzstandards durch völkerrechtliche Verträge
 - 2. Streitbeilegung durch internationale Schiedsgerichte
 - 3. Das ICSID-Verfahren als geschlossenes völkerrechtliches System
- III. Legitimationskrise I: Der Kampf der EU gegen die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit
 - 1. Die *Achmea/Komstroy*-Schranke zum Schutz der Autonomie des Unionsrechts
 - 2. Effektive Durchsetzung im Binnenmarkt
 - 3. Überwiegende Ablehnung in Drittstaaten
 - 4. Bewertung
- IV. Legitimationskrise II: Die Kritik am völkerrechtlichen Investitionsschutz
 - 1. Mangelnde Transparenz
 - 2. Mangelnde Kohärenz
 - 3. Mangelnde Balance
 - 4. Mangelnde Ethik bzw. „Waffengleichheit“
- V. Auf dem Weg zu einem neuen System für Investor-Staat-Streitigkeiten
 - 1. Direkter Zugang von Investoren zu einer außerstaatlichen Instanz
 - 2. Mehr Transparenz wagen
 - 3. Die Systemfrage: Gerichtshof vs. (reformiertes) Schiedsgerichtssystem
 - a) Grundlagen
 - b) Kein Systembruch
 - c) Effizienz vs. Kohärenz und Akzeptanz
 - d) Rechtsmittelinstanz zur Sicherung von Kohärenz
- VI. Schluss
- Thesen
- Summary

I. Einführung

Die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit ist harscher Kritik ausgesetzt. Diese erschallt besonders laut aus Europa, ist aber auch in anderen Staaten präsent. Es geht um das Spannungsfeld von Eigentumsschutz (im weiteren Sinne) und Allgemeininteressen. Ein Beispiel soll dies verdeutlichen:

Um die erneuerbaren Energien zu stärken, hatte Spanien Ende der 1990er Jahre großzügige Vergütungen für die Erzeugung von Strom durch Windkraft- und Photovoltaikanlagen festgelegt. Investoren aus der ganzen Welt investierten daher in Spanien in grüne Energien. Im Zuge einer Wirtschaftskrise wurden diese Vergütungen von der

* Für die Unterstützung bei der Formatierung und Überarbeitung des Fußnotenapparats danke ich *Yakup Gülec* und *Marie-Sophie Pillin* sehr herzlich.

spanischen Regierung mittels diverser Gesetze erst reduziert und dann durch ein anderes System ersetzt, so dass zahlreiche Investoren sehr viel Geld verloren. Die Folge waren zahlreiche Klagen gegen den Gaststaat Spanien auf Schadensersatz.¹

In diesem Beispiel werden Schiedsgerichte über die Entschädigungsansprüche entscheiden, wenn der Heimatstaat der Investorin und der Gaststaat, in dem sie investiert hat, ein völkerrechtliches Abkommen geschlossen haben, in dem der Gaststaat verspricht, bestimmte Standards zum Schutz von Investitionen einzuhalten.

Ursprünglich wurden solche Abkommen als „Bilateral Investment Treaties“ (BITs) zwischen zwei Staaten geschlossen, das erste Mal 1959 zwischen Deutschland und Pakistan.² Mittlerweile sind weltweit rund 2200 dieser Verträge in Kraft.³ Im Zuge der Aushandlung von Freihandelszonen fanden Investorenschutzstandards auch Eingang in multilaterale Abkommen, etwa in das North American Free Trade Agreement (NAFTA) von 1992.⁴ Viele Schiedsverfahren der letzten Jahre – auch in den Fällen des eingangs erwähnten Spanien-Beispiels – basieren zudem auf dem Energiecharta-Vertrag (ECT), der nach der Auflösung der Sowjetunion 1994 abgeschlossen wurde, um Investitionen in die kapitalträchtige Energiebranche zu fördern.⁵

Das völkerrechtliche Investitionsschutzrecht war lange Zeit eine Spezialmaterie mit geringen Fallzahlen. Seit Mitte der 1990er Jahre ist die Zahl der Schiedsverfahren gegen Gaststaaten jedoch stark angestiegen,⁶ was diesem Rechtsgebiet seither breite politische Aufmerksamkeit beschert. Dabei hat sich der Duktus der rechtspolitischen Diskussion in den letzten Dekaden erheblich verschoben. Wurde anfangs die Verbreitung von BITs als eine positive Konstitutionalisierung porträtiert, als eine „Erfolgsgeschichte“,⁷ mit der souveräne Staaten der „rule of law“ unterworfen werden,⁸ wird in jüngerer Zeit die „Legitimationskrise“ des Investitionsschutzrechts in den Vordergrund gerückt.⁹ Der

1 Angelehnt an ICSID, *BayWa r. e. Renewable Energy and BayWa r. e. Asset Holding v. Kingdom of Spain*, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum v. 2.12.2019, Case No. ARB/15/16.

2 Vgl. Gesetz zu dem Vertrag vom 25. November 1959 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und Pakistan zur Förderung und zum Schutz von Kapitalanlagen, BGBl. II 1961, 793.

3 Vgl. *International Investment Agreements Navigator* der UNCTAD, <<https://investmentpolicy.unctad.org>> [alle Internetquellen zuletzt abgerufen am 20.08.2025].

4 *North American Free Trade Agreement*, 32 ILM 289 (1993). Es wurde mittlerweile durch das Nachfolgeabkommen *United States-Mexico-Canada Agreement (USMCA)* abgelöst, das einen eingeschränkteren Schutz vorsieht, <<https://ustr.gov>>.

5 Vgl. Gesetz zu dem Vertragswerk vom 17. Dezember 1994 über die Energiecharta, BGBl. II 1997, 4. Näher zu den Verhandlungen dieses Vertrags Craig S. Bamberger, *The Negotiation of the Energy Charter Treaty*, in: Graham Coop/Clarisse Ribeiro (Hrsg.), *Investment Protection and the Energy Charter Treaty*, New York: JurisNet 2008, xxxix-l.

6 Vgl. die Übersicht bei Sarah Bauerle Danzman, *The political economy of bilateral investment treaties*, in: Markus Krajewski/Rhea Tamara Hoffmann (Hrsg.), *Research Handbook on Foreign Direct Investment*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2019, 11–38 (19).

7 Jörn Griebel, *Lehren aus der Erfolgsgeschichte des Internationalen Investitionsrechts*, KSzW 2011, 99–104 (99 ff.).

8 Peter Behrens, *Towards the Constitutionalization of International Investment Protection*, AVR 45 (2007), 153–179 (177).

9 Vgl. nur Susan D. Franck, *The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions*, Fordham Law Review 73 (2005), 1521–1625; Burkhard Hess, *Die Legitimationskrise der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit*, in: Christian Callies (Hrsg.), *Herausforderungen an Staat und Verfassung: Völkerrecht – Europarecht – Menschenrechte: Liber Amicorum für Torsten Stein zum 70. Geburtstag*, Baden-Baden: Nomos 2015, 163–175; Malcolm Langford/Cosette D. Creamer/Daniel Behn, *Regime Responsiveness in International Economic Dispu-*

Druck auf diese Form der internationalen Streitbeilegung resultiert aus zwei ganz unterschiedlichen Richtungen, wobei die Entwicklungen miteinander verwoben sind:

Zum einen führen der Europäische Gerichtshof und die EU-Kommission einen „Kreuzzug“ gegen Investitionsschiedsgerichte in Intra-EU-Fällen, um die Worte des schweizerischen Bundesgerichts zu gebrauchen.¹⁰ Der EuGH betrachtet solche Verfahren als unzulässige Paralleljustiz. Diese Rechtsprechung ist international kaum anschlussfähig. Die Schiedswelt ist global. Sonderwege einzelner Staaten oder regionaler Organisationen führen daher zu erheblichen Spannungen bei der Rechtsdurchsetzung.

Zum anderen steht die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit auf der internationalen Ebene massiv in der Kritik. Sowohl das Schutzniveau als auch das tradierte Verfahren vor Schiedsgerichten ist erheblichen verfassungsrechtlichen Einwänden ausgesetzt.¹¹ So wird die ungebührliche Beschneidung der Regulierungshoheit von Staaten zu Lasten von Allgemeininteressen beklagt, weil insbesondere Belange des Gesundheits-, Umwelt- und Klimaschutzes nicht immer hinreichend berücksichtigt würden.¹² Verwiesen wird dabei exemplarisch auf Schiedsklagen gegen Australien wegen der Regulierung von Zigarettенverpackungen¹³ (die aber abgewiesen wurde) oder gegen die Bundesrepublik Deutschland wegen des vorgezogenen Atomausstiegs (die mit einem Vergleich endete)¹⁴. Darüber hinaus wird die Schiedsgerichtsbarkeit zum Investitionsschutz – meines Erachtens in dieser Pauschalität zu Unrecht – ganz allgemein als dubiose „Geheimjustiz“ verurteilt,¹⁵ bei der eine kleine „self-referential, mutual backscratching clique“ von Schiedsrichtern zu Lasten der Allgemeinheit entscheide.¹⁶ Schließlich wird

tes, in: Szilárd Gáspár-Szilágyi/Daniel Behn/Malcolm Langford (Hrsg.), *Adjudicating Trade and Investment Disputes: Convergence or Divergence?*, Cambridge: Cambridge University Press 2020, 244–284 (267 ff.).

10 BG, Urteil v. 3.4.2024, Rs. 4A_244/2023, Rn. 7.6.5 – EDF Energies Nouvelles/Spanien: „Avant d'examiner ces questions, le Tribunal fédéral juge utile de rappeler que le présent litige s'inscrit dans le contexte plus large de la licéité même du recours à l'arbitrage d'investissement, au sein de l'UE, pour régler des différends présentant un caractère intra-européen. Depuis plusieurs années, les organes de l'UE mènent, en effet, une croisade contre de tels arbitrages internationaux [...]“.

11 Vgl. nur Armin Steinbach, *Investor-Staat-Schiedsverfahren und Verfassungsrecht*, RabelsZ 80 (2016), 1–38 (10 ff., 38); Andreas Kerkemeyer, Auswirkungen des »Fair and Equitable Treatment«-Standards auf das Demokratieprinzip, in: Sinthiou Buszewski/Stefan Martini/Hannes Rathke (Hrsg.), *Freihandel vs. Demokratie: Grundsätze transnationaler Legitimation: Partizipation, Reversibilität, Transparenz*, Baden-Baden: Nomos 2016, 135–156 (152 ff., 156). Umfassend zum Spannungsfeld von Investitionsschutz und Verfassungsrecht Peter-Tobias Stoll/Till P. Holterhus/Henner Gött, *Investitionsschutz und Verfassung*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2017.

12 Vgl. zu diesem Kritikpunkt insbesondere die Ausführungen bei Stephan W. Schill, *Internationales Investitionsschutzrecht und Vergleichendes Öffentliches Recht: Grundlagen und Methode eines öffentlich-rechtlichen Leitbildes für die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit*, ZaöRV 71 (2011), 247–289 (255); Thomas Jaeger, Zum Vorschlag einer permanenten Investitionsgerichtsbarkeit, EuR 2016, 203–229 (203); Stefan Oeter, in: Volker Epping/Wolff Heintschel von Heinegg (Hrsg.), *Knut Ipsen: Völkerrecht*, 8. Aufl., München: C.H.Beck 2024, § 51 Rn. 57.

13 PCA, Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia, Award on Jurisdiction and Admissibility v. 17.12.2015, Case No. 2012–12.

14 ICSID, Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany, Discontinuance Order v. 9.11.2021, Case No. ARB/12/12.

15 So Andreas von Arnould, *Völkerrecht*, 5. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller 2023, Rn. 1019.

16 Robert Howse, *International Investment Law and Arbitration: A Conceptual Framework*, Institute For International Law And Justice Working Paper 2017/1, 64: „Further, as the critics have rightly noted, in investor-state arbitration, the pool of adjudicators is a small, self-referential, mutual backscratching clique, more often moved by the prospect of substantial material gains from the justice process than duty or public service – much as one might imagine the legal and judicial world in a state where the rule of law is not well developed“.

aus postkolonialer bzw. politökonomischer Perspektive die Sinnhaftigkeit des Investitionsschutzrechts in seiner derzeitigen Ausgestaltung sogar grundsätzlich in Frage gestellt.¹⁷

Seit 2017 berät daher eine UNCITRAL-Arbeitsgruppe über Reformen des Verfahrens. Vor allem die Europäische Kommission versucht in diesem Rahmen, die Schiedsgerichtsbarkeit durch ein gerichtsähnliches System abzulösen, dessen Nukleus in den Kapiteln zum Investitionsschutz der von der EU ausgehandelten neueren Freihandelsabkommen angelegt ist. Solche Abkommen gibt es etwa mit Kanada (CETA),¹⁸ Singapur¹⁹ und Vietnam,²⁰ doch ist das neue Streitbeilegungssystem mangels Ratifikation der Abkommen durch alle Mitgliedstaaten bislang noch nicht in Kraft getreten.

Vor diesem Hintergrund zeichnet der Beitrag zunächst die Grundlagen der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit nach (II.), bevor die Spannungen analysiert werden, die der Sonderweg des EuGH verursacht hat (III.). Anschließend wird auf die Kritik eingegangen, die an der völkerrechtlichen Schiedspraxis in Verfahren von Investoren gegen Staaten (sog. ISDS-Verfahren²¹) geäußert wird (IV.), bevor auf ausgewählte Reformmöglichkeiten eingegangen wird, die meines Erachtens zentral für die internationale Beilegung von Investor-Staat-Streitigkeiten sind (V.). Ausgeblendet bleibt dabei eine Reform der materiellen Schutzstandards durch eine stärkere Ausdifferenzierung der Regeln, wie sie z. B. in den EU-Freihandelsabkommen²² zum Ausdruck kommt.

Die gesamte Problematik wird primär aus der Perspektive des Zivil(verfahrens)rechts analysiert. Die völkerrechtliche Perspektive wurde bereits eingehend von *Hans-Georg Dederer* auf der 37. Zweijahrestagung der DGIR in Heidelberg beleuchtet.²³ Ferner liegt dem Beitrag als „Datum“ die Prämisse zugrunde, dass das Verfassungsrecht die Streit-

17 Eingehend dazu Isabel Feichtner, Warum ein Internationales Investitionsgericht keinen Fortschritt an Rechtsstaatlichkeit bedeutet, in: Markus Ludwigs/Oliver Remien (Hrsg.), *Investitionsschutz, Schiedsgerichtsbarkeit und Rechtsstaat in der EU*, Baden-Baden: Nomos 2018, 97–112.

18 Umfassendes Wirtschafts- und Handelsabkommen (CETA) zwischen Kanada einerseits und der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten andererseits, ABl. 2017 L 11/23.

19 Investitionsschutzabkommen zwischen der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Republik Singapur andererseits, abgedruckt als Anhang (Annex 1 und 2) des Vorschlags der Europäischen Kommission für einen Beschluss des Rates über den Abschluss des Investitionsschutzabkommens zwischen der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Republik Singapur andererseits, COM(2018) 194 final vom 18.4.2018 (EU-Singapore Investment Protection Agreement).

20 Investitionsschutzabkommen zwischen der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Sozialistischen Republik Vietnam andererseits, abgedruckt als Anhang (Annex 1 und 2) des Vorschlags der Europäischen Kommission für einen Beschluss des Rates über den Abschluss des Investitionsschutzabkommens zwischen der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Sozialistischen Republik Vietnam andererseits, COM(2018) 693 final vom 17.10.2018 (EU-Vietnam Investment Protection Agreement).

21 ISDS = Investor-State Dispute Settlement.

22 Vgl. zu den CETA-Schutzstandards etwa Marc Bungenberg/August Reinisch, An Overview of the CETA-Investment Chapter (Chapter 8), in: Marc Bungenberg/August Reinisch (Hrsg.), *CETA Investment Law: Article-by-Article Commentary*, Baden-Baden: Nomos 2022, 1–42 (26 ff.); vgl. ferner Wolfgang Wurmnest, Die Reform der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit durch das Freihandelsabkommen CETA, in: Florian Jacoby/Frank Kebekus/Michael Veder/Gerhard Wagner (Hrsg.), *Festschrift für Reinhard Bork*, Tübingen: Mohr Siebeck 2026, i. E.

23 Hans-Georg Dederer, Reform der Schiedsgerichtsbarkeit aus völkerrechtlicher Sicht, in: Anne Peters/Stephan Hobe/Eva-Maria Kieninger (Hrsg.), *Abkehr vom Multilateralismus – Internationales Recht in Gefahr?* (Berichte der DGIR), Heidelberg: C. F. Müller 2023, 285–343.

beilegung durch Schiedsgerichte in Investitionsstreitigkeiten grundsätzlich gestattet und lediglich bestimmte Anforderungen an die Ausgestaltung des Verfahrens stellt.²⁴

II. Die Grundlagen des Investitionsschutzrechts

1. Herausbildung von Schutzstandards durch völkerrechtliche Verträge

Zahlreiche BITs und multilaterale Konventionen gewähren heute ausländischen Investoren Schutz vor staatlichem Handeln. So werden insbesondere direkte und indirekte Enteignungen ohne Entschädigung („expropriation“) untersagt und es wird dem Investor eine „gerechte und billige Behandlung“ („fair and equitable treatment“) zugesichert.²⁵ Während ältere BITs diese Standards nicht näher umschreiben, definieren neuere BITs sie sehr viel genauer.²⁶ Zudem werden bisweilen auch Pflichten für Unternehmen im Bereich der „Corporate Social Responsibility“ statuiert,²⁷ die sich in älteren Abkommen nicht finden.

Wurden die ersten BITs vornehmlich aus Gründen geschlossen, die für die Industriestaaten von Vorteil waren (Deutschland wollte etwa durch Kapitalexporte seine Handelsbilanz verbessern),²⁸ zielen diese Verträge heute allgemein auf eine Verbesserung des Investitionsklimas ab. Im Zuge der Liberalisierung der Weltwirtschaft hat sich der Umfang der Auslandsinvestitionen seit den 1990er Jahren vervielfacht.²⁹ Solche Investitionen sind – trotz Gegenbeispielen in Einzelfällen³⁰ – grundsätzlich positiv für eine Volkswirtschaft zu bewerten, auch in Entwicklungs- und Schwellenländern,³¹ insbeson-

24 So auch Christoph Ohler, Die Vereinbarkeit von Investor-Staat-Schiedsverfahren mit deutschem und europäischem Verfassungsrecht, JZ 70 (2015), 337–346 (342 ff., 346); vgl. ferner Claus Classen, Die Unterwerfung demokratischer Hoheitsgewalt unter eine Schiedsgerichtsbarkeit, EuZW 2014, 611–616 (615 f.); Sebastian Wuschka, Investitionsschiedsverfahren: Individualrechtsschutz oder »anti-demokratische Herrschaft der Konzerne«, in: Sinthiou Buszewski/Stefan Martini/Hannes Rathke (Hrsg.), Freihandel vs. Demokratie: Grundsätze transnationaler Legitimation: Partizipation, Reversibilität, Transparenz, Baden-Baden: Nomos 2016, 15–35 (26 ff.).

25 Näher dazu Rudolf Dolzer/Ursula Kriebaum/Christoph Schreuer, Principles of International Investment Law, 3. Aufl., Oxford: Oxford University Press 2022, 146–295; Markus Krajewski, Wirtschaftsvölkerrecht, 5. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller 2021, Rn. 602 ff.; Oeter (Fn. 12), § 51 Rn. 29 ff.

26 Vgl. nur Art. 5 ff. U.S. Model Bilateral Investment Treaty (2012), <<https://ustr.gov>>; Section 4 des Netherlands Model Investment Agreement (2019), <<https://investmentpolicy.unctad.org>>.

27 Vgl. Article 14 des Brazil Model BIT (2015), <<https://investmentpolicy.unctad.org>>.

28 Ingo Venzke/Philipp Günther, Völkerrechtlicher Investitionsschutz made in Germany? Zur Genese und Gestalt des ersten BIT zwischen Deutschland und Pakistan, ZaöRV 82 (2022), 73–120 (89 f.).

29 Vgl. Krajewski, Wirtschaftsvölkerrecht (Fn. 25), Rn. 534; Oeter (Fn. 12), § 51 Rn. 1: Von unter 100 Mrd. USD im Jahr 1980 auf 1,97 Bio. USD im Jahr 2007.

30 Zu denken ist an Investoren, die durch Bestechung Konzessionen erhalten oder Rohstoffe ausbeuten, ohne in irgendeiner Form am Wohlergehen der lokalen Bevölkerung interessiert zu sein, näher dazu Silja Vöneky, Die Stellung von Unternehmen in der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit unter besonderer Berücksichtigung von Korruptionsproblemen – Unternehmen als völkerrechtlich gleichberechtigte Verfahrensparteien?, in: August Reinisch/Stephan Hobe/Eva-Maria Kieninger/Anne Peters (Hrsg.), Unternehmensverantwortung und Internationales Recht (Berichte der DGIR), Heidelberg: C. F. Müller 2020, 339–381 (344).

31 Vgl. Anabel Gonzalez/Christine Zhenwei Qiang/Peter Kusek, Overview, in: World Bank Group (ed.), Global Investment Competitiveness Report 2017/2018: Foreign Investor Perspectives and Policy Implications, 2018, 1–17 (1 ff.), <<https://openknowledge.worldbank.org>>; Peter Kusek/Abhishek Saurav/Ryan Kuo, Outlook and Priorities for Foreign Investors in Developing Countries: Findings from the 2019 Global Investment Competitiveness Survey in 10 Middle-Income Countries, in: International Bank for Reconstruction and Development, in: World Bank Group (ed.) Global Investment Compe-

dere weil die Entwicklungshilfe bei Weitem nicht an die Summen herankommt, die in Entwicklungsländern durch ausländische Unternehmen investiert werden.³²

Ob ein Unternehmen im Ausland investiert, hängt freilich von einer Vielzahl von Faktoren ab. Auslandsinvestitionen haben aber oftmals eine langfristige Perspektive, so dass Investoren ein stabiles Umfeld wünschen. Umgekehrt wollen viele Staaten Kapital anziehen und versprechen daher einen gewissen (über das allgemeine Völkerrecht hinausgehenden) Schutz ausländischer Investitionen.³³ Abkommen zum Investitionsschutz stärken somit den „Standortfaktor Recht“.³⁴ Die grundlegenden Standards zum Schutz von Investoren sind mittlerweile durch völkerrechtliche Verträge in weiten Teilen der Welt anerkannt und in zahlreichen Schiedssprüchen konkretisiert worden.

Ob Investitionsschutzabkommen in kausaler Weise Direktinvestitionen steigern oder gar Voraussetzung von Auslandsinvestitionen sind, lässt sich empirisch aber nicht klar nachweisen. Zwar sind zu dieser Thematik eine Vielzahl von Untersuchungen vorgelegt worden. Deren Ergebnisse fallen aber gemischt aus. *Gabrielle Kaufmann-Kohler* und *Michele Potestà* kommen daher nach Auswertung diverser ökonomischer Studien zu dem Ergebnis, dass sich auf Grundlage der bisher veröffentlichten empirischen Literatur nicht genau sagen lässt, ob BITs und das tradierte ISDS-System notwendig sind, um ausländische Investitionen anzuziehen.³⁵

Dies ist der Hintergrund für die ersten beiden Thesen.

2. Streitbeilegung durch internationale Schiedsgerichte

Von der Frage des Schutzstandards zu trennen ist die Frage der Rechtsdurchsetzung. Die erste Generation der BITs hatte einen außerstaatlichen Rechtsweg für die Investoren gar nicht thematisiert. Erst später sind Staaten nach und nach dazu übergegangen, die Streitbeilegung zwischen Investoren und Staaten genauer zu regeln. Dabei wurde schnell auf die internationale Investitionsschiedsgerichtsbarkeit gesetzt,³⁶ um Investo-

tiveness Report 2017/2020: Rebuilding Investor Confidence in Times of Uncertainty, 2020, 24–54 (24 ff.), <<https://openknowledge.worldbank.org>>; vgl. allg. auch Bauerle/Danzman (Fn. 6), 11–12; Stephan W. Schill/Vladislav Djanic, International Investment Law and Community Interests, SIEL Working Paper No. 2016/01, 8–9.

32 Vgl. die Auswertung von OECD- und UNCTAD-Daten von Andrew Schriener/Daniel Oerther, No really, (crowd) work is the silver bullet, *Procedia Engineering* 78 (2014), 224–228 (225 f.), auch wiedergegeben bei Jan Paulsson, Why Investment Treaties Should Not Be Subverted by Barcelona Traction, in: Cavinder Bull/Loretta Malintoppi/Constantine Partasides (Hrsg.), *Arbitration's Age of Enlightenment?*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2023, 145–168 (145 f.). S. ferner Dederer (Fn. 23), 309: „Die prinzipielle Offenheit der allermeisten afrikanischen Staaten für die völkerrechtliche Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit beruht auf der ganz pragmatischen und zutreffenden Einsicht, dass eine nachhaltige wirtschaftliche und soziale Entwicklung aus eigener Kraft ohne ausländische Investitionen nicht zu stemmen ist“.

33 Dolzer/Kriebaum/Schreuer (Fn. 25), 27–30.

34 Dederer (Fn. 23), 319.

35 Gabrielle Kaufmann-Kohler/Michele Potestà, *Investor-State Dispute Settlement and National Courts: Current Framework and Reform Options*, *European Yearbook of International Economic Law (Special Issue)*, Cham: Springer 2020, 17: „In conclusion, the empirical literature, based both on econometric and survey data, is not entirely conclusive on the extent to which IIAs in general and investor-State arbitration provisions in particular result in increased FDI“.

36 Das erste Abkommen mit einer schiedsrechtlichen ISDS-Regelung war das BIT zwischen Italien und dem Tschad von 1969, s. Ursula Kriebaum, *Evaluating Social Benefits and Costs of Investment Treaties: Depoliticization of Investment Disputes*, *ICSID Review* 33 (2018), 14–28 (20 f.).

ren die Möglichkeit zu geben, vor einer neutralen internationalen Instanz zu streiten,³⁷ die rechtsstaatliche Werte bei komplexen grenzüberschreitenden Wirtschaftsstreitigkeiten sicherstellen soll.³⁸

Zwischen Staaten waren Schiedsverfahren seit Langem etabliert.³⁹ Auch Verfahren zwischen einem Staat und einem Investor waren möglich, aber nur in den seltenen Fällen, in denen beide Parteien durch einen Vertrag mit Schiedsunterwerfung verbunden waren. Solche Fälle sind zudem aus dem nationalen Recht bekannt. Als Beispiel sei der PKW-Maut-Fall zu nennen, der die deutschen Steuerzahler 243 Mio. € gekostet hat,⁴⁰ weil ein Minister eine ausländerdiskriminierende Maut auf den Weg bringen wollte, bevor deren rechtliche Zulässigkeit feststand. In diesem Fall stritten der Betreiber des Mautsystems und die Bundesrepublik Deutschland aufgrund einer vertraglichen Schiedsklausel vor einem (nationalen) Schiedsgericht, nachdem der EuGH⁴¹ das deutsche Mautsystem für unionsrechtswidrig erklärt hatte und der Vertrag mit dem Betreiber gekündigt werden musste.

Die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit greift heute aber weit über solche Vertragsbeziehungen hinaus. Diese Entwicklung ist eng mit der Arbeit der Weltbank verknüpft. Seit den 1950er Jahren wurde auf internationaler Ebene in ganz unterschiedlichen Gremien verstärkt über Mechanismen zur Stärkung und zum Schutz von Auslandsinvestitionen nachgedacht.⁴² Dies führte letztendlich zur Schaffung einer speziellen Schiedsorganisation für ISDS-Verfahren, dem International Center for the Settlement of Investment Disputes (ICSID) als Organisation der Weltbankgruppe durch das Übereinkommen von 1965 zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Staaten und Angehörigen anderer Staaten (ICSID-Übereinkommen).⁴³ Das Abkommen wurde von vielen Staaten zügig ratifiziert und trat bereits 1966 in Kraft. Anfang 2025 hatten 158 Staaten dieses Abkommen ratifiziert,⁴⁴ wobei in den letzten Jahren auch einzelne Staaten die Organisation wieder verlassen haben. Das schnelle Inkrafttreten der Konvention und deren Verbreitung in der Welt zeigt, wie groß der Rückhalt für eine außerstaatliche

37 Karl-Heinz Böckstiegel, Aktuelle Probleme der Investitions-Schiedsgerichtsbarkeit aus der Sicht eines Schiedsrichters, *SchiedsVZ* 2012, 113–120 (115): „Die typische Interessengestaltung hinsichtlich der Streiterledigung führt dabei fast zwangsläufig zur Schiedsgerichtsbarkeit: Die staatliche Partei wird normalerweise nicht bereit sein, sich der Rechtsprechung staatlicher Gerichte in einem anderen Staat zu unterwerfen. Umgekehrt wird die private Partei überwiegend nicht bereit sein, sich der Rechtsprechung der staatlichen Gerichte in dem als Vertragspartner oder Investitionsland auftretenden Staat zu unterwerfen, da man selbst bei Vertrauen in die Unabhängigkeit der Gerichte doch Interessenkonflikte befürchtet, wenn diese Gerichte über die Interessen des eigenen Staates im Konflikt gegen ausländische Privatunternehmen zu entscheiden haben“.

38 Marc Bungenberg, Investitionsschiedsgerichtsbarkeit und/oder Investitionsgerichtshof, *KSzW* 2016, 122–130 (124); Christoph Ohler, Anmerkung zu EuGH, Urteil v. 6.3.2018, Rs. C-284/16, *JZ* 73 (2018), 514–517 (517).

39 Vgl. Stephan Hobe, Einführung in das Völkerrecht, 11. Aufl., Tübingen: Narr Francke Attempto 2020, 288–289; Malcolm N. Shaw, *International Law*, 9. Aufl., Cambridge: Cambridge University Press 2021, 914–915.; Torsten Stein/Christian von Buttlar/Markus Kotzur, *Völkerrecht*, 15. Aufl., München: Vahlen 2024, 360.

40 Vgl. Daniel Delhaes, Das Pkw-Maut-Desaster der CSU kostet rund 243 Millionen Euro, *Handelsblatt* v. 5.7.2023, <www.handelsblatt.com>.

41 EuGH, Urteil v. 18.6.2019, Rs. C-591/17, ECLI:EU:C:2019:504, Rn. 37 ff. – Österreich/Deutschland.

42 Näher dazu Antonio R. Parra, *The History of ICSID*, 2. Aufl.; Oxford: Oxford University Press 2017, 12–20.

43 Übereinkommen zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Staaten und Angehörigen anderer Staaten, BGBl. II 1969, 371.

44 Vgl. Database of ICSID Member States („Contracting States Only“), <<https://icsid.worldbank.org>>.

Rechtsschutzinstanz war. Durch die Schaffung neutraler Schiedsgerichte musste der Streit nicht mehr zwischen Heimat- und Gaststaat als politische Auseinandersetzung geführt werden. Vielmehr konnte er in verrechtlichter Form zwischen den unmittelbar betroffenen Parteien (Investor und Gaststaat) geklärt werden, auch weil Art. 27 ICSID es dem Heimatstaat untersagt, diplomatischen Schutz zu gewähren, sofern der Gaststaat sich auf das Verfahren einlässt und auch das Schiedsurteil befolgt.⁴⁵

Heute ist das ICSID die praktisch bedeutendste, aber nicht die einzige Schiedsorganisation für ISDS-Verfahren.⁴⁶ Solche Verfahren können z.B. auch vor der SCC (Stockholm), der ICC (Paris) oder ad hoc unter der Ägide des Ständigen Schiedshofs (Permanent Court of Arbitration) in Den Haag geführt werden.⁴⁷

Das ICSID-Übereinkommen und andere Schiedsordnungen gelten für ISDS-Verfahren zwischen ausländischen Investoren und Konventionsstaaten, die sich der Jurisdiktion des Schiedsgerichts unterworfen haben.⁴⁸ Mit der Verbreitung von ISDS-Regeln in BITs basierte die Zustimmung der Parteien immer seltener auf einer Klausel in einem (privatrechtlichen) Vertrag. Vielmehr haben die Staaten die Schiedsunterwerfung oftmals in den BITs (oder in nationalen Gesetzen) in Form eines „stehenden Angebots“ erklärt, welches der Investor, etwa durch Einreichung der Schiedsklage, annehmen kann.⁴⁹ Der Wechsel der Schiedsunterwerfung von „contract to treaty“, gepaart mit der Verbreitung von BITs mit ISDS-Regeln, hat die Zahl der Verfahren seit den 1990er Jahren signifikant erhöht.⁵⁰

Als dritte These ist somit festzuhalten, dass die Ausgestaltung der Rechtsdurchsetzung in Investor-Staat-Verfahren von der Frage der materiellen Schutzstandards zu trennen ist. Dass Schiedsgerichte über Investitionsstreitigkeiten entscheiden, ist eine neuere

45 Eingehend zu diesem Aspekt der Entpolitisierung von Investitionsstreitigkeiten Kriebaum, Depoliticization (Fn. 36), 14–28.

46 Vgl. die UNCTAD-Aufschlüsselung nach beteiligter Schiedsorganisation (von 1368 Fällen werden 864 der ICSID zugeordnet), UNCTAD, Investment Dispute Settlement Navigator: Arbitral rules and administering institution, <<https://investmentpolicy.unctad.org>>.

47 Vgl. nur Dolzer/Kriebaum/Schreuer (Fn. 25), 345–349; Gilbert Gornig, Völkerrecht, München: C. H. Beck 2023, § 130 Rn. 58 f.; Oeter (Fn. 12), § 51 Rn. 48.

48 Damit können Private die Verletzung eines völkerrechtlichen Schutzstandards in einem BIT rügen, obgleich die in diesen Abkommen enthaltenen Rechte nicht ihnen gegenüber, sondern allein ihren Heimatstaaten gegenüber geschuldet werden, vgl. BVerfGE 118, 124 (Rn. 51). Ausländische Investoren sind in der Schiedsgerichtsbarkeit daher verfahrensrechtlich mit den Gaststaaten gleichgestellt, ohne dadurch aber zu (partiellen) Völkerrechtssubjekten zu werden, s. Vöneky (Fn. 30), 371–373.

49 Zu Einzelheiten s. Helene Bubrowski, Internationale Investitionsschiedsverfahren und nationale Gerichte, Tübingen: Mohr Siebeck 2013, 69–72; Dolzer/Kriebaum/Schreuer (Fn. 25), 360–378; Christoph A. Kern, The Flight from ISDS, in: Christoph Benicke/Stefan Huber (Hrsg.), National, International, Transnational: Harmonischer Dreiklang im Recht: Festschrift für Herbert Kronke zum 70. Geburtstag am 24. Juli 2020, Bielefeld: Ernst und Werner Gieseking 2020, 1451–1462 (1456 ff.). Kritisch zur Schiedsunterwerfung von Staaten durch „stehende Angebote“ Axel Flessner, Investitionsschutz und Schiedsrecht – Ein schräges Verhältnis, in: Christoph Benicke/Stefan Huber (Hrsg.), National, International, Transnational: Harmonischer Dreiklang im Recht: Festschrift für Herbert Kronke zum 70. Geburtstag am 24. Juli 2020, Bielefeld: Ernst und Werner Gieseking 2020, 1399–1410 (1404 ff.).

50 Zum Ganzen Christoph Schreuer, Evolution of Investment Law in Treaty Making and Arbitral Practice, in: Stephan Hobe/Julian Scheu (Hrsg.), Evolution, Evaluation and Future Developments in International Investment Law, Baden-Baden: Nomos 2021, 35–46 (37). Bestimmte ältere Abkommen begrenzen die Jurisdiktionsgewalt des Schiedsgerichts bisweilen auf bestimmte Aspekte von Streitigkeiten, etwa die Höhe der Entschädigung nach einer Enteignung. Näher dazu August Reinisch, How Narrow are Narrow Dispute Settlement Clauses in International Investment Treaties?, Journal of International Dispute Settlement 2 (2011), 115–174.

Rechtsentwicklung und nicht zwingend mit der Herausbildung des materiellen Investitionsschutzrechtes verwoben.

3. Das ICSID-Verfahren als geschlossenes völkerrechtliches System

Die Struktur des ICSID-Schiedssystems, das auf Verfahren gegen Staaten zugeschnitten ist, unterscheidet sich von der Ausgestaltung der tradierten zivilrechtlichen Schiedsgerichtsbarkeit. Zwar beruhen beide Systeme im Kern auf einem Ausschließkeitsanspruch,⁵¹ und in beiden Systemen entscheiden die Schiedsrichter den Streit zwischen Investor und Gaststaat weitgehend auf Grundlage der völkerrechtlichen Schutzstandards.

Im Unterschied zur zivilrechtlichen Schiedsgerichtsbarkeit wurde das ICSID-System jedoch in großem Umfang gegen staatliche Einflussnahme immunisiert. Es ist daher von einem „völkerrechtlich geschlossenen System“ („self-contained nature of ICSID“) die Rede.⁵² Nach Art. 26 ICSID-Übereinkommen schließt die Zustimmung zum Schiedsverfahren den Rekurs auf andere Rechtsbehelfe im Grundsatz aus, und nach Art. 41 Abs. 1 ICSID-Übereinkommen obliegt es dem Schiedsgericht selbst, über seine Zuständigkeit zu entscheiden. Staatliche Gerichte müssen diese Entscheidung respektieren. Schiedssprüche sind ferner in allen Vertragsstaaten – wie ein letztinstanzliches innerstaatliches Urteil – durchsetzbar (Art. 54 ICSID-Übereinkommen).⁵³ Anders als in der klassischen Schiedsgerichtsbarkeit gibt es ferner keine nachträgliche Überprüfung des Schiedsspruchs durch ein nationales Gericht. Es ist lediglich eine begrenzte Nachkontrolle durch ein ICSID-Ad-hoc-Schiedsgericht vorgesehen, das vor allem kontrolliert, ob gravierende Verfahrensfehler begangen wurden.⁵⁴

Sonstige Schiedsverfahren von Spruchkörpern, die auf Grundlage der UNCITRAL-Schiedsregeln oder nach den Regeln einer Schiedsorganisation gebildet werden, sind dagegen „hybride Verfahren“, da (neben dem Völkerrecht) das staatliche Verfahrensrecht als *lex (loci) arbitri* zur Anwendung gelangt.⁵⁵ Daher können nationale Gerichte am Schiedsort das Schiedsgericht in einem bestimmten Umfang kontrollieren. Gleichwohl können auch diese „sonstigen“ Schiedsgerichte – bei entsprechender Vereinbarung im BIT – vom Investor angerufen werden.

Zusammenfassend lautet These 4 daher: Um das Schiedsverfahren vor staatlicher Einflussnahme zu schützen, ist das ICSID-Verfahren als geschlossenes völkerrechtliches

51 Behrens, *Constitutionalization* (Fn. 8), 158. In den BITs kann das Verhältnis von Schiedsklagen und der Inanspruchnahme staatlichen Rechtsschutzes aber näher konkretisiert werden.

52 Vgl. nur Ursula Kriebaum, in: Stephan W. Schill/Loretta Malintoppi/August Reinisch/Christoph H. Schreuer/Anthony Sinclair (Hrsg.), *Schreuer's Commentary on the ICSID Convention: Volume I*, 3. Aufl., Cambridge: Cambridge University Press 2022, Art. 41 ICSID, Rn. 32 f.

53 Richard Happ, in: Rolf A. Schütze (Hrsg.), *Institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit*, 3. Aufl., Köln: Carl Heymanns 2018, XV. Kap.: ICSID Arbitration Rules II. Rn. 14.

54 Vgl. Art. 52 ICSID-Übereinkommen. Näher dazu Anthony Sinclair, in: Stephan W. Schill/Loretta Malintoppi/August Reinisch/Christoph H. Schreuer/Anthony Sinclair (Hrsg.), *Schreuer's Commentary on the ICSID Convention: Volume II*, 3. Aufl., Cambridge: Cambridge University Press 2022, Art. 52 ICSID, Rn. 112 ff.; s. auch Stefan Huber, *Die Stellung von Unternehmen in der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit (unter besonderer Berücksichtigung von Korruptionsproblemen) – Unternehmen als gleichberechtigte Verfahrensparteien?*, in: August Reinisch/Stephan Hobe/Eva-Maria Kieninger/Anne Peters (Hrsg.), *Unternehmensverantwortung und Internationales Recht (Berichte der DGIR)*, Heidelberg: C. F. Müller 2020, 303–338 (319 f.).

55 Christian Tietje, Anmerkung zu BGH, Urteil v. 27.7.2023, Az. I ZB 43/22, *SchiedsVZ* 2023, 304–306 (305).

System ausgestaltet. Damit unterscheidet es sich signifikant von Verfahren vor anderen Schiedsorganisationen (ICC, SCC etc.), die in das nationale Recht eingebettet sind.

III. Legitimationskrise I: Der Kampf der EU gegen die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit

Einige EU-Staaten waren untereinander durch BITs gebunden, wobei die Abkommen aus Zeiten stammten, in denen noch nicht alle Vertragsparteien der Europäischen Union angehörten.⁵⁶ In einer Reihe von Fällen sind ISDS-Verfahren auf der Grundlage solcher BITs durchgeführt worden.⁵⁷ Darüber hinaus waren die EU und deren Mitgliedstaaten zusammen mit Drittstaaten an den ECT gebunden, der ebenfalls mit einem ISDS-System ausgestattet ist. Mittlerweile sind aber sämtliche BITs zwischen EU-Mitgliedstaaten außer Kraft getreten.⁵⁸ Grund hierfür waren die EuGH-Entscheidungen *Achmea* und *Komstroy*. Zudem haben sich Deutschland und die EU vom ECT zurückgezogen, auf dessen Grundlage sehr viele ISDS-Verfahren gegen europäische Staaten anhängig gemacht worden sind, darunter auch die eingangs erwähnten Klagen gegen Spanien wegen der Abschaffung von Einspeisevergütungen für die Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien.

1. Die *Achmea/Komstroy*-Schranke zum Schutz der Autonomie des Unionsrechts

Im Fall *Achmea* ging es um die Durchsetzung eines Schiedsspruchs, der auf Grundlage des BIT zwischen den Niederlanden und der ehemaligen Tschechoslowakei nach den UNCITRAL-Schiedsregeln ergangen war. Geklagt hatte ein niederländischer Investor, der in der (heutigen) Slowakei durch gesetzliche Restriktionen bei der Umstrukturierung des Krankenversicherungsmarktes geschädigt wurde. Im Einklang mit dem BIT wurde ein Schiedsgericht angerufen, als dessen Schiedsort Frankfurt a. M. festgelegt wurde. Im Verfahren machte die Slowakei geltend, dass das BIT mit ihrem Beitritt zur EU hinfällig sei, so dass es an einer wirksamen Schiedsunterwerfung fehle. Das Schiedsgericht lehnte diesen Einwand ab und verurteilte die slowakische Republik dazu, an *Achmea* Schadensersatz in Höhe von rund 22 Mio. € zu zahlen.⁵⁹ Im Zuge des Überprüfungsverfahrens nach § 1059 Abs. 2 ZPO legte der BGH dem Europäischen

56 Die Bundesrepublik hatte u. a. mit Polen (1989), der Tschechischen Republik (1990), der Slowakei (1990), Estland (1992), Litauen (1992), Lettland (1993) und Slowenien (1993) BITs mit ISDS-Bestimmungen abgeschlossen, vgl. International Investment Agreements Navigator – Germany, <<https://investmentpolicy.unctad.org>>.

57 Vgl. die Nachweise in den Schlussanträgen v. GA Melchior Wathelet v. 19.9.2017, Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2017:699, Fn. 35, 37, 39 – *Achmea*.

58 Grundlage hierfür war das am 5.5.2020 von 23 EU-Staaten unterzeichnete Übereinkommen zur Beendigung bilateraler Investitionsschutzverträge zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, ABl. 2020 L 169/1. Irland hat das Übereinkommen nicht gezeichnet, da es nicht mehr an Intra-EU-BIT gebunden war. Finnland, Irland, Österreich und Schweden haben diesen Vertrag zwar nicht unterzeichnet (vgl. Juliane Kokott, The European Court of Justice and Investment Control, *Transatlantic Law Journal* (2025), 14–18 (16)), aber die Abkommen, soweit erforderlich (Irland war nicht durch Intra-EU-BIT gebunden), mittlerweile eigenständig beendet. Deutschland hat dieses Übereinkommen mittlerweile ratifiziert, so dass es für die Bundesrepublik Deutschland am 9.6.2021 in Kraft getreten ist, vgl. Gesetz zu dem Übereinkommen vom 5. Mai 2020 zur Beendigung bilateraler Investitionsschutzverträge zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, BGBl. II 2021, 3.

59 PCA, *Achmea v. The Slovak Republic*, Award v. 7.12.2012, Case No. 2008–13, Rn. 152 ff.

Gerichtshof die Frage vor, ob eine Schiedsunterwerfung durch das BIT mit dem Unionsrecht vereinbar sei.

Entgegen den sehr differenzierten Ausführungen des Generalanwalts *Wathelet*, der ISDS-Klauseln in BITs als zulässig ansah,⁶⁰ hielt der EuGH Schiedsverfahren auf Grundlage von Intra-EU-BITs aus prinzipiellen Erwägungen für unionsrechtswidrig. Schiedsgerichte müssten ggf. Unionsrecht auslegen und anwenden, seien aber nicht vorlageberechtigt.⁶¹ Ein Mechanismus, in dem ein Mitgliedstaat die Schiedsunterwerfung durch einen von ihm abgeschlossenen völkerrechtlichen Vertrag erkläre, beeinträchtige den Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens zwischen den Mitgliedstaaten sowie die Autonomie des Unionsrechts⁶² und sei daher mit Art. 267, 344 AEUV nicht vereinbar.⁶³

Im Fall *Komstroy* hat der EuGH diese Erwägungen auch auf ein Schiedsverfahren auf Grundlage von Art. 26 Abs. 4 ECT übertragen. Multilaterale Übereinkommen dürfen – so der EuGH – zwar Investoren aus Drittstaaten, die dem Abkommen beigetreten sind, „schiedsgerichtliche [...] Mechanismen [vorschreiben], doch steht die Erhaltung der Autonomie und des eigenen Charakters des Unionsrechts dem entgegen, dass [das Übereinkommen] den Mitgliedstaaten untereinander dieselben Pflichten [auferlegt]“.⁶⁴ Dementsprechend ist die Schiedsunterwerfung von EU-Mitgliedstaaten für Verfahren wirksam, die von Investoren aus Drittstaaten angestrengt werden, nicht aber für Verfahren von Investoren aus der EU.⁶⁵

Bestand haben daher nur noch BITs von EU-Staaten mit Drittstaaten (sog. Extra-EU-BITs). Dies hat der EuGH zwar noch nicht entscheiden können, allerdings hat der BGH die *Komstroy*-Rechtsprechung mit überzeugender Begründung auf solche BITs übertragen und die Vollstreckung eines Schiedsspruchs in Deutschland gestattet, der auf Grundlage des deutsch-indischen BIT ergangen war.⁶⁶

Daraus folgt These 5: Der EuGH hält die Schiedsunterwerfung eines EU-Mitgliedstaats durch einen völkerrechtlichen Vertrag für Intra-EU-Investor-Staat-Streitigkeiten für unwirksam, selbst wenn der völkerrechtliche Vertrag unter Beteiligung von Drittstaaten geschlossen wurde. Begründet wird die Unwirksamkeit allein mit unionsrechtlichen Wertungen.

60 Schlussanträge GA Melchior Wathelet (Fn. 57), Rn. 54 ff. – Achmea.

61 EuGH, Urteil v. 6.3.2018, Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158, Rn. 49, 56 – Achmea.

62 EuGH, Achmea (Fn. 61), Rn. 58.

63 EuGH, Achmea (Fn. 61), Rn. 60. Weil die Schiedsunterwerfung durch Staatsvertrag unionsrechtswidrig sei, könnten auch Vereinbarungen über die Fortführung eines Schiedsverfahrens auf Grundlage eines BIT keinen Bestand haben, vgl. EuGH, Urteil v. 26.10.2021, Rs. C-109/20, ECLI:EU:C:2021:875, Rn. 43 ff. – PL Holdings. In diesem Fall wurde darum gestritten, ob der Mitgliedstaat ein Angebot des Investors auf Durchführung des Schiedsverfahrens auf Grundlage eines BIT konkludent annehmen könne, wenn er die Zuständigkeit des Schiedsgerichts nicht wirksam bestreite.

64 EuGH, Urteil v. 2.9.2021, Rs. C-741/19, ECLI:EU:C:2021:655, Rn. 65 – Komstroy.

65 Der Fall war durch die Besonderheit geprägt, dass es im Ausgangsverfahren um einen Streit zwischen einem ukrainischen Unternehmen gegen die Republik Moldau ging, der vor einem nach den UNIDROIT-Schiedsverfahrensregeln gebildeten Ad-hoc-Schiedsgericht mit Schiedsort in Paris ausgetragen wurde. Im Rahmen der Überprüfung des Schiedsspruchs durch ein französisches Gericht wurde die Zuständigkeit des Schiedsgerichts gerügt, da das ukrainische Unternehmen keine Investition in Moldau nach dem ECT getätigt hatte. Die Cour d'appel de Paris leitete daher ein Vorlageverfahren ein um zu klären, ob die in Rede stehenden Verträge den Investitionsbegriff des ECT erfüllten, was der EuGH im Fall Komstroy verneinte. In der Folge hob die Cour d'appel de Paris den Schiedsspruch auf, vgl. CA Paris, Urteil v. 10.1.2023, RG n° 18/14721.

66 BGH, Urteil v. 12.10.2023, Az. I ZB 12/23, ZIP 2024, 777 (Rn. 12 ff.).

2. Effektive Durchsetzung im Binnenmarkt

Im Gebiet des Binnenmarktes kann die *Achmea/Komstroy*-Rechtsprechung effektiv implementiert werden. Dies liegt auf der Hand, soweit es um „hybride“ Investor-Staat-Verfahren in der EU geht, z. B. um SCC-Verfahren oder Ad-hoc-Verfahren nach den UNCITRAL-Schiedsverfahrensregeln. In diesen Fällen haben die nationalen Gerichte am Schiedsort die Möglichkeit der Nachkontrolle des Schiedsspruchs, und zudem kann die Vollstreckung in der EU verhindert werden. Dementsprechend wurde der *Achmea*-Schiedsspruch mangels wirksamer Schiedsunterwerfung nach § 1059 Abs. 2 Nr. 1 lit. a) ZPO vom BGH aufgehoben.⁶⁷ Eine dagegen gerichtete Verfassungsbeschwerde wurde vom Bundesverfassungsgericht zurückgewiesen, da es sich bei dem EuGH-Urteil nicht um einen Ultra-Vires-Akt gehandelt habe.⁶⁸ Gerichte in anderen EU-Staaten haben ebenfalls Schiedssprüche mangels wirksamer Schiedsunterwerfung von EU-Staaten durch ein Intra-EU-BIT kassiert.⁶⁹

Schwieriger gestaltet sich die Rechtslage in Bezug auf ICSID-Schiedssprüche. Aufgrund der gezeigten Besonderheiten des ICSID-Systems (supra II. 3.) haben diese Schiedsverfahren keinen Schiedsort. Es gibt für diese „anationalen Schiedsverfahren“ an sich auch kein nationales Gericht, das zur Nachprüfung eines ICSID-Schiedsspruchs befugt wäre.⁷⁰ ICSID-Schiedsgerichte haben daher eine völkerrechtlich abgesicherte „Kompetenz-Kompetenz“, um ihre Zuständigkeit selbst zu klären (vgl. Art. 41 ICSID-Übereinkommen).⁷¹ Zudem ist bei der Vollstreckung von ICSID-Schiedssprüchen, anders als im Rahmen des New Yorker Übereinkommens zur Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen von 1958 (New Yorker Übereinkommen), auch kein Ordre-public-Vorbehalt vorgesehen. Diese Abschirmung sollte die Durchsetzung der ICSID-Schiedssprüche sicherstellen, die häufig zu politisch hoch brisanten Streitfragen ergehen. Diese Prämisse wurde lange Zeit von Gerichten akzeptiert. In jüngerer Zeit wird das Völkerrecht aber durchbrochen, um Vorgaben des EU-Rechts zu beachten.⁷²

Besondere Aufmerksamkeit verdient die Rechtsprechung des BGH. Dieser hat in zwei Verfahren, gestützt auf § 1032 Abs. 2 ZPO, die Unzulässigkeit der Einleitung von ICSID-Verfahren in Intra-EU-Streitigkeiten festgestellt.⁷³ Es ging um einen Antrag

67 BGH, Urteil v. 31.10.2018, Az. I ZB 2/15, WM 2018, 2294 (Rn. 14 ff.).

68 BVerfG, Urteil v. 23.7.2024, Az. 2 BvR 557/19, EuZW 2024, 1055 (Rn. 65 ff.). Zurückgewiesen wurde auch eine Verfassungsbeschwerde gegen das deutsche Umsetzungsgesetz zum Übereinkommen zur Beendigung bilateraler Investitionsschutzverträge zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union (oben Fn. 58), da die „[...] Beschwerdeführerin durch das Zustimmungsgesetz nicht unmittelbar beschwert [war]. Auf das Außerkrafttreten des BIT und die damit geltend gemachten grundrechtlichen Belastungen der Beschwerdeführerin haben allein die Zustimmungssakte der Slowakischen Republik und des Königreichs der Niederlande Einfluss. Diese sind allerdings keine Akte der deutschen öffentlichen Gewalt und folglich einer Überprüfung durch das Bundesverfassungsgericht entzogen.“, vgl. BVerfG, Urteil v. 23.7.2024, Az. 2 BvR 141/22, BeckRS 2024, 23649 (Rn. 27).

69 CA Paris (Fn. 65) (Aufhebung eines Schiedsspruchs, der auf Grundlage des polnisch-tschechischen BITs von 1994 ergangen war).

70 Thilo Rensmann, *Anationale Schiedssprüche: Eine Untersuchung zu den Wirkungen anationaler Schiedssprüche im nationalen Recht*, Berlin: Duncker & Humblot 1997, 184 und 201.

71 Kriebaum, *Schreuer's Commentary* (Fn. 52), Rn. 2 und 25.

72 Vgl. dazu Marc Bungenberg/Andrés E. Alvarado-Garzón/Bianca Böhme, *Recognition and Enforcement of ICSID Convention Awards*, in: Katia Flach Gómez/Catharine Titi (Hrsg.), *The Award in International Investment Arbitration*, Oxford: Oxford University Press 2024, 467–480 (474).

73 In einem dritten Verfahren der Niederlande gegen Uniper wurde der Antrag nach § 1032 Abs. 2 ZPO im Ergebnis zurückgewiesen, da keine konkrete Schiedsvereinbarung mit einem potenziell daraus resultierenden Verfahren vorlag. Die Schiedsklägerin hatte im ICSID-Verfahren einen Antrag auf Be-

Deutschlands (gegen irische Investoren)⁷⁴ und einen Antrag der Niederlande (gegen die RWE AG)⁷⁵ wegen Verfahren auf Grundlage des ECT.

Die internationale Zuständigkeit für diesen Antrag leitet der BGH aus einer analogen Anwendung von § 1025 Abs. 2 ZPO her. Nach dieser Vorschrift ist ein Antrag auf Feststellung der unzulässigen Verfahrenseinleitung auch dann statthaft, „wenn der Ort des schiedsrichterlichen Verfahrens im Ausland liegt oder noch nicht bestimmt ist.“ Im delokalisierten ICSID-Verfahren gibt es aber keinen Schiedsort, da das Verfahren rein völkerrechtlich strukturiert ist.⁷⁶ Das erkennt der BGH, der aber (in wenig überzeugender Weise) von einer planwidrigen Regelungslücke im deutschen Gesetz ausgeht⁷⁷ und § 1025 Abs. 2 ZPO daher entsprechend auf das delokalisierte ICSID-Verfahren anwenden will. Dass die Sperrwirkung aus Art. 41 ICSID-Übereinkommen bereits ab Einleitung des Schiedsverfahrens der Anwendung von § 1032 Abs. 2 ZPO eigentlich entgegensteht, wird vom BGH korrekt erkannt.⁷⁸ In der besonderen Konstellation von Intra-EU-Verfahren müsse diese Sperrwirkung nach Ansicht des BGH allerdings „wegen des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts – auch gegenüber dem Völkerrecht – ausnahmsweise“ weichen.⁷⁹

Ganz davon abgesehen, dass die kreative Rechtsfortbildung durch den BGH die Geschlossenheit des ICSID-Verfahrens missachtet und dazu beiträgt, eine Art europäische „Calvo-Doktrin“ in neuem Gewand zu etablieren,⁸⁰ setzt sich der BGH gar nicht mit dem Umstand auseinander, dass Deutschland als ICSID-Staat verpflichtet ist, die Konvention gegenüber allen Vertragspartnern einzuhalten. Zwar hat der EuGH in Bezug auf ICSID-Schiedssprüche, deren Vollstreckung das europäische Beihilfenrecht verletzen würde, einen Vorrang des Unionsrechts gegenüber der Vollstreckung dieser Schiedssprüche postuliert.⁸¹ Ob der Gerichtshof allerdings in Intra-EU-Fällen von den EU-Mitgliedstaaten zudem verlangt, unter Verletzung des ICSID-Übereinkommens die Einleitung von Schiedsverfahren zu unterbinden, steht auf einem anderen Blatt.⁸² Al-

endigung des Schiedsverfahrens gestellt, dem das Schiedsgericht nachgekommen war. Für ein neues Verfahren war das „stehende Angebot“ im ECT von der Schiedsklägerin noch nicht angenommen worden, vgl. BGH, Urteil v. 27.7.2023, Az. I ZB 74/22, MDR 2023, 1578 (Rn. 49 ff.).

74 BGH, Urteil v. 27.7.2023, Az. I ZB 43/22, SchiedsVZ 2023, 289 (Rn. 95 ff.) (Antrag wegen der Einleitung des Schiedsverfahrens ICSID, *Mainstream Renewable Power Ltd and others v. The Federal Republic of Germany*, Case No. ARB/21/26).

75 BGH, Urteil v. 27.7.2023, Az. I ZB 75/22, BeckRS 2023, 19633 (Rn. 98 ff.) (Antrag wegen Einleitung des Schiedsverfahrens ICSID, *RWE AG and RWE Eemshaven Holding II v. The Kingdom of the Netherlands*, Case No. ARB/21/4).

76 Happ (Fn. 53), Rn. 13; vgl. auch Burkhard Hess, *Implementing Achmea*, IPRax 2024, 193–196 (195).

77 Dass eine solche Lücke vorliegt, wird im Schrifttum zu Recht verneint, vgl. Lukas Schultze-Moderow, Anmerkung zu BGH, Urteil v. 27.7.2023, Az. I ZB 43/22, IWRZ 2023, 285–288 (286); Eva-Maria Wettstein/Lisa Schöttmer, Anmerkung zu BGH, Urteil v. 27.7.2023, Az. I ZB 43/22, EuZW 2023, 1004–1005 (1004 f.).

78 BGH, Urteil v. 27.7.2023, Az. I ZB 75/22, BeckRS 2023, 19633 (Rn. 65); a. A. (§ 1032 Abs. 2 ZPO mangels Sperrwirkung auf ICSID-Verfahren anwendbar) Ben Steinbrück/Justin Friedrich Krahé, § 1032 Abs. 2 ZPO, das ICSID-Übereinkommen und Achmea – eine Kollision oder zwei Kollisionen?, IPRax 2023, 36–42 (38); Tim Maxian Rusche, Abwehr rechtsmissbräuchlicher innereuropäischer Investoren-Staaten-Schiedsverfahren durch Verfahren vor deutschen Gerichten, IPRax 2021, 494–502 (500).

79 BGH, Urteil v. 27.7.2023, Az. I ZB 75/22, BeckRS 2023, 19633 (Rn. 68).

80 Christian Tietje, EU-Recht bricht Völkerrecht? Der Trugschluss der europäischen Calvo-Doktrin, Verfassungsblog v. 16.6.2023, www.verfassungsblog.de.

81 EuGH, Urteil v. 25.1.2025, Rs. C-638/19 P, ECLI:EU:C:2022:50, Rn. 138 ff. – Kommission/European Food u. a.; EuGH, Urteil v. 21.9.2022, Rs. C-333/19, ECLI:EU:C:2022:749 – Romatsa u. a.

82 Vgl. die Kritik von Tietje, Anmerkung zu BGH (Rn. 55), 306.

lerdings legen die Ausführungen in *Komstroy* nahe, dass der EuGH auch Eingriffe in das ICSID-System zum Schutz des Unionsrechts befürworten würde.⁸³ Da es eine § 1032 Abs. 2 ZPO vergleichbare Regelung nicht unbedingt in anderen Prozessrechten gibt, könnten deutsche Gerichte für viele EU-Staaten ein interessantes Forum sein, um die *Achmea/Komstroy*-Rechtsprechung durchzusetzen.⁸⁴

In der Gesamtschau wird die *Achmea/Komstroy*-Schranke somit im Binnenmarkt sehr weitgehend umgesetzt. Die Auswirkungen auf delokalisierte ICSID-Verfahren hängen dann aber von der Auslegung durch das Schiedsgericht ab. So wurde das Verfahren gegen die Niederlande wegen des Kohleausstiegs nach der Entscheidung des BGH von den Parteien für erledigt erklärt („discontinuance of the proceeding“), wobei den Niederlanden allerdings auferlegt wurde, die eigenen Verfahrenskosten zu tragen, da der Investor das Verfahren *bona fide* einleiten durfte.⁸⁵ Das Verfahren der irländischen Investoren gegen Deutschland wird hingegen bislang weiterbetrieben, allerdings wird ein möglicher Schiedsspruch nicht in der EU vollstreckt werden können.

3. Überwiegende Ablehnung in Drittstaaten

ISDS-Verfahren gegen EU-Staaten werden auch vor Schiedsgerichten mit Sitz in Drittstaaten geführt. Zudem versuchen die Kläger, Schiedssprüche in Drittstaaten zu vollstrecken. Außerhalb der EU stößt die Entscheidung des EuGH überwiegend auf Ablehnung. Dies soll exemplarisch an Fällen aus der Schweiz und einigen Common-Law-Staaten erläutert werden.

In einem sehr prägnant formulierten Entscheid vom April 2024 hat das schweizerische Bundesgericht im Rahmen eines Aufhebungsverfahrens gegen einen Schiedsspruch, den ein Schiedsgericht mit Sitz in Genf gegen Spanien erlassen hatte, hervorgehoben, dass es die EuGH-Rechtsprechung zur Kenntnis nehme, sie aber nicht teile. Sie überzeuge nicht, so das Bundesgericht, „da sie sich hauptsächlich, wenn nicht sogar ausschließlich, auf das Erfordernis der Wahrung der Autonomie und Eigenständigkeit des EU-Rechts stützt, ohne das Völkerrecht oder die Regeln zur Auslegung völkerrechtlicher Verträge zu berücksichtigen“.⁸⁶ Das schweizerische Gericht legte daher den

83 Für eine Anwendung von § 1032 Abs. 2 ZPO zur gerichtlichen Überprüfung der ICSID-Schiedsunterwerfung daher Steinbrück/Krahé (Fn. 78), 41.

84 Rusche (Fn. 78), 499; Sebastian Seelmann-Eggebert, Too much of a good thing? – The exorbitant scope of § 1032(2) of the German Code of Civil Procedure, *SchiedsVZ* 2023, 32–38 (38).

85 ICSID, *RWE AG and RWE Eemshaven Holding II BV v. The Kingdom of the Netherlands*, Order on Discontinuance and Decision on Costs v. 12.1.2024, Case No. ARB/21/4, Rn. 63: „In these circumstances, the Tribunal considers that it would be inequitable for the Claimants to have to bear the Respondent’s costs in this arbitration. The Claimants initiated the arbitration in January 2021, in reliance on rights they believed they possessed under the ICSID Convention and the ECT before the September 2021 *Komstroy* decision. The Netherlands went outside the ICSID Convention regime to pursue its *Achmea/Komstroy* objection before the German courts. Having succeeded in establishing under German procedural law that this Tribunal effectively lacks jurisdiction, the Netherlands cannot fairly be allowed now to invoke the very jurisdiction it disavowed to claim its arbitration – and German court litigation – costs under the ICSID Convention [...]. It is inherently contradictory for the Netherlands to challenge the jurisdiction of this ICSID Tribunal outside of the ICSID regime by proceeding before the EU domestic courts and then come back to this ICSID Tribunal to claim costs“.

86 BG, *EDF* (Fn. 10), Rn. 7.8.2: „Le Tribunal fédéral n’ignore pas que la CJUE a abouti, dans l’affaire *Komstroy*, à la conclusion que l’art. 26 TCE était incompatible avec le droit de l’UE. Il n’est toutefois pas convaincu par le raisonnement adopté par la CJUE dans l’arrêt *Komstroy*, puisqu’il se base essentiellement, sinon exclusivement, sur l’exigence de préservation de l’autonomie et du caractère propre du droit de l’UE, sans nullement tenir compte du droit international ni des règles d’interprétation des

ECT auf Grundlage der Wiener Vertragsrechtskonvention aus, um die Wirksamkeit der Schiedsunterwerfung zu prüfen. Das Ergebnis war, dass Spanien wirksam der Schiedsunterwerfung zugestimmt habe und daher der Schiedsspruch nicht aufgehoben werden könne.⁸⁷

In Common-Law-Staaten ist die Ablehnung bislang ebenfalls sehr deutlich. So hatte der britische Supreme Court bereits 2020 die Aussetzung der Vollstreckung beihilfeschadrigender ICSID-Schiedssprüche unter Verweis auf seine völkerrechtlichen Verpflichtungen abgelehnt.⁸⁸ Diese Linie haben Untergerichte in Bezug auf die *Achmea/Komstroy*-Schranke fortgeführt.

Justice Fraser, der als Richter des High Court über einen Antrag Spaniens gegen die Vollstreckung eines Intra-EU-ICSID-Schiedsspruchs⁸⁹ auf Grundlage des ECT in Großbritannien zu entscheiden hatte, brachte es auf den Punkt. Dass die EU und Spanien Bedenken gegen die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit haben, so *Fraser*, sei nicht relevant, sondern allein die geltenden Rechtsregeln für derartige Schiedsverfahren. Es gäbe nämlich in vielen Staaten alle möglichen Arten von Bedenken gegen eingegangene Verpflichtungen aus völkerrechtlichen Verträgen, die aber nicht durchschlagen dürften.⁹⁰ Zwar sehe er das „juristische Dilemma“ Spaniens, das nicht gleichzeitig die Streitbeilegungsregeln des ECT und seine EU-Verpflichtungen einhalten könne,⁹¹ doch sei der EuGH – „with the greatest of respect“ – nicht der „ultimate arbiter“ in Bezug auf die Auslegung des ICSID-Übereinkommens und des ECT. Auch könne das Dilemma Spaniens nicht durch britische Gerichte gelöst werden, da das Vereinigte Königreich eigene völkerrechtliche Verpflichtungen aus dem ICSID-Übereinkommen gegenüber allen anderen Teilnehmern der Konvention habe, die es zu respektieren gelte.⁹²

traités.“ Es verwundert nicht, dass dieses Urteil in der Schiedswelt auf breite Zustimmung stößt, vgl. nur Stephan Wilske/Noelle V. Krahn, Eine Klatsche für den EuGH für ausschließlich ergebnisorientierte und nicht völkerrechtskonforme Auslegung von Völkervertragsrecht, IWRZ 2024, 171–172 (172).

87 BG, EDF (Fn. 10), Rn. 7.7 ff.

88 *Micula and others v. Romania* [2020] UKSC 5, [86]. Da der Supreme Court die Vollstreckung in der Übergangsperiode gestattete, in der nach dem Austrittsabkommen das Vereinigte Königreich noch das EU-Recht anwenden sollte, hat die Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet, das zwar in ihrem Sinne entschieden wurde, aber keine Auswirkungen auf die Vollstreckung des Schiedsspruchs hatte, vgl. EuGH, Urteil v. 14.3.2024, Rs. C-516/22, ECLI:EU:C:2024:231 Rn. 171 ff. – Kommission/Vereinigtes Königreich von Großbritannien und Nordirland.

89 *Infrastructure Services Luxembourg & Anor v. Kingdom of Spain* [2023] EWHC 1226 (Comm).

90 *Infrastructure Services Luxembourg & Anor v. Kingdom of Spain* (Fn. 89) [49 f.]: „The fact that the EU and/or Spain is concerned that international arbitration [...] dilutes or undermines the CJEU’s role in affairs, is not relevant. [...] There are likely to be all kinds of wider policy considerations of an international nature for countries when it comes to their treaty obligations. There are also going to be a number of different pros and cons within the EU when the CJEU interprets EU law, or makes rulings on matters that affect Member States. None of those, with respect to the way that Spain has argued its case on this application, have primacy on the issues before this court on this application to set aside the Order“.

91 *Infrastructure Services Luxembourg & Anor v. Kingdom of Spain* (Fn. 89) [80]: „One can well understand that Spain finds itself on the horns of a juridical dilemma, with its obligations under the ECT for dispute resolution (which treaty plainly incorporates the ICSID Convention) now found by the CJEU to conflict with the law of the EU as set out in the EU Treaties“.

92 *Infrastructure Services Luxembourg & Anor v. Kingdom of Spain* (Fn. 89) [80]: „However, with the greatest of respect to the CJEU, it is not the ultimate arbiter under the ICSID Convention, nor under the ECT, and the difficulties in which Spain finds itself does not assist it here, given the United Kingdom’s own treaty obligations under the ICSID Convention, which are owed to all signatories of the ICSID Convention“.

Ferner könne sich Spanien nicht generell auf den Grundsatz der Staatenimmunität berufen, um grundsätzlich eine Vollstreckung zu verhindern, da das ICSID-Übereinkommen eine solche generelle Ausnahme nicht vorsehe (anders als die Immunität der Vollstreckung in bestimmte Vermögenswerte, die hoheitlichen Zwecken dienen). Letzteres hat der UK Court of Appeal mittlerweile bestätigt.⁹³ Zu diesem Ergebnis war zuvor schon der Australische High Court gelangt,⁹⁴ so dass Intra-EU-ICSID-Schiedssprüche in diesen Staaten vollstreckt werden können, soweit dort Vermögen belegen ist, in das vollstreckt werden darf. Da Staaten aber im Ausland über wenig Vermögen verfügen werden, das nicht der Erfüllung hoheitlicher Tätigkeiten dient, ist das nur ein schwacher Trost für Investoren aus der EU, denen zudem eine Rückforderung nach den Regeln des europäischen Beihilferechts drohen kann.⁹⁵

Als Zwischenergebnis ist eine zweigeteilte Entwicklung festzuhalten. Da die Schiedsgerichte bislang die *Achmea/Komstroy*-Schranke kaum akzeptiert haben,⁹⁶ verlagert sich die Durchsetzung vornehmlich auf die staatlichen Gerichte. In diesem Kontext wird die EuGH-Auffassung im Binnenmarkt effektiv durchgesetzt. Außerhalb der EU stößt diese überwiegend auf feste Ablehnung. Schiedsgerichte mit Sitz in der EU werden sich aber künftig gut überlegen müssen, ob sie die *Achmea/Komstroy*-Einwendung zurückweisen, da andernfalls die Aufhebung des Schiedsspruchs droht. Dies ist der Hintergrund für den ersten Teil meiner These 6.

4. Bewertung

Die durch den EuGH angestoßene Rechtsentwicklung gibt Anlass zu vier Bemerkungen.

Erstens wäre die Rezeption der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs in Drittstaaten vermutlich leichter gefallen, wenn der EuGH seine Entscheidung ebenfalls mit völkerrechtlichen Erwägungen begründet hätte.⁹⁷

Zweitens birgt der europäische Kampf gegen die Schiedsgerichtsbarkeit die Gefahr, dass auch andere Staaten aus internen (verfassungsrechtlichen) Gründen Einschränkungen für ISDS-Verfahren postulieren (so der zweite Teil meiner These 6). Dies wäre der Kohärenz des Systems sehr abträglich. Es ist auf jeden Fall bezeichnend, dass sich mittlerweile selbst Russland in einem Verfahren vor einem US-Gericht zur Vollstreckung eines UNCITRAL-Schiedsspruchs, den ein Schiedsgericht in Den Haag erlassen

93 Infrastructure Services Luxembourg & Anor v. Kingdom of Spain [2024] EWCA Civ 1257.

94 Kingdom of Spain v. Infrastructure Services Luxemburg [2023] HCA 11.

95 Hess, Implementing Achmea (Fn. 76), 196.

96 Nach einer Übersicht mit Stand von 2023 haben sich EU-Staaten in über 60 Verfahren mit dieser Einrede verteidigt, die aber nur einmal akzeptiert wurde, vgl. Laurence Shore/Luca De Rosa, Enforcement of Intra-EU Awards outside of the EU, 1–5 (1), <www.belex.com>; vgl. auch Tietje, Anmerkung zu BGH (Fn. 55), 306.

97 Vgl. allg. Wilske/Krahn (Fn. 86), 172: „Wie möchte man Russland dafür kritisieren, dass es den Yukos-Schiedsspruch nicht respektiert wegen angeblichem Verstoß gegen russisches Verfassungsrecht, was möchte man der Volksrepublik China entgegenhalten, wenn diese einen internationalen Schiedsspruch zum Status des Südchinesischen Meer[es] mit Hinweis auf den Vorrang der eigenen Rechtsauffassung nicht respektiert, wenn der EuGH den Vorrang des eigenen Rechtes auch nur behauptet und dabei Art. 27 WVRK ignoriert“.

hat, auf die Argumente der EU-Kommission und Spaniens beruft, um die Unwirksamkeit seiner Schiedsunterwerfung zu begründen.⁹⁸

Drittens stellt sich die Frage nach einem Ausweg aus der Konfrontation zwischen der EU und der Schiedswelt, die immer noch zu Prozessen im In- und Ausland führt. Da der ECT eine „Fortwirkungsklausel“ enthält (vgl. Art. 47 Abs. 3 ECT), ist das Investitionsschutzregime nicht mit Kündigung hinfällig. Auch künftig werden daher noch Intra-EU-Fälle vor Schiedsgerichte gelangen können, zumindest wenn die Fortgeltung des ECT oder anderer Verträge nicht in völkerrechtlich zulässiger Weise eingeschränkt wird. Über kurz oder lang wird sich daher die Frage stellen, ob Gerichte in Europa Schiedsklägerinnen verbieten müssen, Intra-EU-Schiedssprüche in Drittstaaten zu vollstrecken. Diesem Schritt stehe ich skeptisch gegenüber. Ein solches Verbot nimmt nämlich – auch wenn es sich an eine (inländische) Partei und nicht (was völkerrechtswidrig wäre) an ein ausländisches Gericht richtet⁹⁹ – „[mittelbar] Einfluss auf die Justizhoheit eines Drittstaates“, wie es das Landgericht Essen unlängst richtig festgestellt hat.¹⁰⁰ Das Landgericht hat daher einen Antrag abgelehnt, mit dem Spanien es zwei siegreichen Schiedsklägerinnen (es handelte sich um Tochtergesellschaften von RWE) verbieten wollte, den erstrittenen ICSID-Schiedsspruch in den USA (oder andernorts) zu vollstrecken. Hervorzuheben ist, dass das Landgericht der Ansicht war, dass das unionsrechtliche Gebot der loyalen Zusammenarbeit, also die *Achmea*-Rechtsprechung, eine solche Anordnung nicht vorschreibe. Das Unionsrecht verlange nämlich, die Souveränität von Drittstaaten zu achten.¹⁰¹ „Wenn aber durch die Verhängung eines Prozessführungsverbotes außerhalb der Europäischen Union diese fremde Souveränität beeinträchtigt wird, [so das Landgericht,] wird ein Teil der gemeinsamen Werte preisgegeben. Gemeinsame Werte können nicht durch einen Bruch ihrer selbst gewahrt werden.“¹⁰² Mich überzeugt diese Begründung, auch vor dem Hintergrund, dass sich Gerichte zur Vermeidung von Justizkonflikten nicht in ausländische Verfahren einmischen sollten.¹⁰³ Die Lösung des Landgerichts ermöglicht zudem eine gewisse Koexistenz der unterschiedlichen Rechtsauffassungen: In der EU können Intra-EU-Schiedssprüche aufgrund der EuGH-Rechtsprechung keinen Bestand haben. In Drittstaaten hingegen schon, sofern die Schiedsunterwerfung nach Völkerrecht wirksam erklärt wurde.¹⁰⁴ Ein solcher Schiedsspruch könnte dann zwar nicht in der EU, aber ggf. in Drittstaaten vollstreckt werden, sofern dort Vermögen belegen ist, in das vollstreckt werden darf.

98 Vgl. Respondent's Notice of Supplemental Authorities, eingereicht im Verfahren *Hulley Enterprises, Yukos Universal & Veteran Petroleum v. The Russian Federation*, No. 1:14-cv-01996-BAH (D. D. C. Aug. 9, 2023), Doc. 267, 7.

99 Haimo Schack, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, 8. Aufl., München: C. H. Beck 2021, Rn. 917.

100 LG Essen, Urteil v. 12.4.2024, Az. 2 O 447/22, BeckRS 2024, 9781 Rn. 78.

101 Das Gericht leitet diesen Grundsatz u. a. aus Art. 2, Art. 3 Abs. 5 und Art. 8 EUV ab.

102 LG Essen, Urteil v. 12.4.2024, Az. 2 O 447/22, BeckRS 2024, 9781 Rn. 91.

103 Schack (Fn. 99), Rn. 917. Die Gefahr solcher Justizkonflikte zeigt sich ferner daran, dass vor der Entscheidung des LG Essen die ICSID-Schiedsklägerinnen in den USA ein Verfahren eingeleitet hatten, um Spanien durch ein Prozessführungsverbot daran zu hindern, das Verfahren vor dem LG Essen zu betreiben, worauf das OLG Hamm den Schiedsklägerinnen im Wege einer einstweiligen Verfügung wegen der Beeinträchtigung des „Justizgewährungsanspruchs“ Spaniens sowie der Verletzung der „Justizhoheit Deutschlands“ untersagte, das Verfahren in den USA fortzuführen, vgl. OLG Hamm, Urteil v. 2.5.2023, Az. 9 W 15/23, EuZW 2023, 1062 (Rn. 6).

104 Philipp Fölsing, Kein Anspruch auf Unterlassung des Antrags auf Vollstreckbarerklärung eines intra-europäischen Investitionsschiedsspruchs vor Gericht in Nicht-EU-Drittland, ZIP 2024, 2081–2082 (2082).

Viertens muss die EU-Kommission nach der Abschaffung des völkervertragsrechtlichen Investitionsschutzes in Intra-EU-Fällen sicherstellen, dass auch das Unionsrecht ausreichende Regelungen und Mechanismen zum Schutz von Investitionen bereithält.¹⁰⁵

IV. Legitimationskrise II: Die Kritik am völkerrechtlichen Investitionsschutz

Damit komme ich zum dritten Teil des Vortrags. Auch wenn die völkerrechtliche Schiedsidee zum Schutz von Investoren in der Welt noch zahlreiche Unterstützer hat, ist es nicht so, dass solche Verfahren frei von Kritik wären. Das Gegenteil ist der Fall. Die eingangs erwähnte „Legitimationskrise“ resultiert aus einer Reihe von Schwächen des tradierten Systems, das, anders als rein private Schiedsverfahren, drei Interessenspole zu berücksichtigen hat: die Interessen von Investoren, Gaststaaten und der jeweiligen Öffentlichkeit.¹⁰⁶

Die aus meiner Sicht zentralen Kritikpunkte am tradierten ISDS-Modell lassen sich wie folgt zusammenfassen:¹⁰⁷

1. Mangelnde Transparenz

Zunächst wird die mangelnde Transparenz beklagt. Schiedsverfahren sind im Grundsatz der Öffentlichkeitskontrolle entzogen, soweit die Verträge oder Schiedsordnungen keine anderen Bestimmungen treffen oder die Parteien einer Freigabe von Informationen oder Dokumenten zustimmen.

Damit können Verfahren nicht öffentlich nachkontrolliert werden, wenn sich eine Partei dagegen verwahrt. Die Streitgegenstände von Investitionsschutzverfahren können aber auch Verfahren in Zusammenhang mit Fragen der Daseinsvorsorge, des Umweltschutzes oder der Verteilung von Ressourcen betreffen. Solche Streitigkeiten berühren regelmäßig Drittinteressen, so dass in der Zivilgesellschaft und bei ihren Vertretern ein gesteigertes Interesse an Informationen über das ISDS-Verfahren und seinen Ausgang besteht.¹⁰⁸

105 In diese Richtung auch Hess, Implementing Achmea (Fn. 76), 196: „Achmea wird letztendlich als ein Zwischenschritt in der Ausformung des unionsrechtlichen Rechtsschutzes in die Geschichte der europäischen Integration eingehen. Die Europäische Kommission bleibt dabei aufgerufen, über die effektive Durchsetzung der investorenfreundlichen Marktfreiheiten in den EU-Mitgliedsstaaten zu wachen“.

106 Zu Interessen- und Wertungsunterschieden der privaten Handelsschiedsgerichtsbarkeit und der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit siehe Huber (Fn. 54), 326–327.

107 Ausführlich zur Kritik am ISDS-System und zu den Gegenargumenten Dederer (Fn. 23), 287–294.

108 Vgl. nur Steinbach (Fn. 11), 15 ff. (Kontrollrechte des Bundestags über Gebühr beschränkt); Gus Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford: Oxford University Press 2007, 159: „[O]penness is a precondition of both accountability and independence“; Radosveta Vassileva, *Investment Arbitration and the Rule of Law: How Transparency Impacts on Domestic Accountability*, in: Mads Andenas/Maren Heidemann (Hrsg.), *Commercial Contract Law and Arbitration: From Assignments to Unfair Terms*, London: Routledge 2024, 46–77 (49 f.): „The involvement of civil society is considered a vital mechanism of ‘checks and balances’ in modern democracies“.

2. Mangelnde Kohärenz

Der zweite Kritikpunkt betrifft die mangelnde Kohärenz der Schiedsgerichtsbarkeit.

Werden Schiedssprüche nicht veröffentlicht, so kann die Rechtsentwicklung nur von einem kleinen Personenkreis, nämlich den Schiedsrichtern und Schiedsrichterinnen, nachvollzogen werden. Dies ist im Privatrecht nicht anders als im Völkerrecht. Ist es nicht möglich, die Überzeugungskraft von Schiedssprüchen durch Wissenschaft und Praxis evaluieren zu lassen, kann dies zu Fehlentwicklungen und mangelnder Kohärenz führen.¹⁰⁹

Darüber hinaus werden nach geltendem Recht Schiedsgerichte in der ganzen Welt tätig, um völkerrechtliche Schutzstandards auszulegen. Da es bei ICSID-Verfahren keine Nachkontrolle der Rechtsanwendung gibt (vgl. supra I. 3.) und bei sonstigen Schiedsverfahren der Inhalt des Schiedsspruchs nur auf Grundlage des Ordre public nachgeprüft werden kann, gibt es keine Rechtsmittelinstanz, wie man sie von staatlichen Gerichten her kennt. In der aktuellen Diskussion wird geltend gemacht, dass das Fehlen einer solchen Instanz ein weiterer Grund für die mangelnde Kohärenz von Schiedssprüchen sei.¹¹⁰

Dass Schiedsgerichte zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen, hängt sicherlich auch damit zusammen, dass zentrale Rechtsbegriffe und Schutzstandards – zumindest in älteren Verträgen – sehr abstrakt gefasst sind.¹¹¹ Ausgelegt werden sie – ähnlich wie im Common Law – unter Berücksichtigung anderer Entscheidungen von Schiedsgerichten oder völkerrechtlichen Gerichten. In den bereits erwähnten Fällen gegen Spanien geht es u. a. darum, ob die Reform von Einspeisevergütungen aus erneuerbaren Energien die in Art. 10 ECT niedergelegte Verpflichtung zur Schaffung „stabile[r], gerechte[r], günstige[r] und transparente[r] Bedingungen für Investoren anderer Vertragsparteien“ verletzt hat. Der Umfang dieses Stabilitätsgebots wird nicht näher definiert. Dessen Reichweite muss daher durch einzelne Schiedsgerichte festgelegt werden, wobei unterschiedliche Begründungsansätze zum Tragen kommen können.¹¹² Neuere Abkom-

109 Eingehend zu den Kosten der „Heimlichkeit der Schiedsgerichtsbarkeit“ für die Fortbildung des Rechts im Allgemeinen Chris Thomale, Rechtsprechung als Öffentliches Gut – Über die gesellschaftlichen Kosten der Schiedsgerichtsbarkeit, in: Christoph Benicke/Stefan Huber (Hrsg.), National, International, Transnational: Harmonischer Dreiklang im Recht: Festschrift für Herbert Kronke zum 70. Geburtstag am 24. Juli 2020, Bielefeld: Ernst und Werner Gieseking 2020, 1597–1605 (1602 f.).

110 Befürwortet wird ein Rechtsmittelsystem etwa von *Julien Chaisse*, The Appeal in International Investment Arbitration, in: Katia Flach Gómez/Catharine Titi (Hrsg.), The Award in International Investment Arbitration, Oxford: Oxford University Press 2024, 443–465 (465); *Anna De Luca/Giorgio Sacerdoti*, Investment dispute settlement, in: Markus Krajewski/Rhea Tamara Hoffmann (Hrsg.), Research Handbook on Foreign Direct Investment, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2019, 193–240 (234); *Erin E. Gleason*, International Arbitral Appeals: What Are We So Afraid Of?, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal* 7 (2007), 269–293 (281 ff., 293). Gegen eine solche Institution insb. im Hinblick auf Finalität, Schnelligkeit und Kosteneffizienz etwa *Christian J. Tams*, An Appealing Option?: The Debate about an ICSID Appellate Structure, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht 57 (2006), 1–50 (12 ff., 23 ff., 41 f.); vgl. auch *Christoph Schreuer/Andrea de la Brena Meléndez*, Does ISDS Need an Appeals Mechanism?, *Austrian Yearbook on International Arbitration*, Wien: Manz 2019, 493–500 (der auf die praktischen Schwierigkeiten der Einführung einer Rechtsmittelinstanz hinweist).

111 August Reinisch, Die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten, in: Christian Tietje/Karsten Nowrot (Hrsg.), Internationales Wirtschaftsrecht, 3. Aufl., Berlin/Boston: Walter de Gruyter 2022, 1089–1112 (Rn. 43).

112 Für eine Haftung Spaniens etwa ICSID, *Antin Infrastructure Services Luxembourg and Antin Energia Termosolar v. Kingdom of Spain*, Award v. 15.6.2018, Case No. ARB/13/31, Rn. 573; ICSID,

men wie das CETA oder das EU-Vietnam Investment Protection Agreement definieren Schutzstandards allerdings schon sehr viel präziser und begrenzen damit sinnvoll die Auslegung.

3. Mangelnde Balance

In der Debatte wird ferner geltend gemacht, dass bestehende Schutzstandards die Regulierungshoheit des Staates über Gebühr beschnitten.¹¹³ Es wird bisweilen von einem gewissen „Droh- und Druckpotential“ auf staatliche Stellen gesprochen,¹¹⁴ das sogar zu einem „regulatory chill“ führen könne,¹¹⁵ doch ist fraglich, ob ein solcher Effekt wirklich besteht, da er schwer empirisch zu fassen ist.¹¹⁶ Die Statistiken zeigen zumindest, dass Investoren nur knapp 30 % der Fälle gewinnen und sich die Parteien in 17 % der Fälle vergleichen.¹¹⁷ Aber selbst wenn Investoren gewinnen, erhalten sie regelmäßig nur einen Teil der Summen zugesprochen, die sie eingefordert haben.¹¹⁸ Zudem ist auch im Völkerrecht anerkannt, dass Staaten grundsätzlich die Freiheit haben, wirtschaftliche Aktivitäten nach ihrem Gusto im Allgemeininteresse zu regulieren.¹¹⁹

4. Mangelnde Ethik bzw. „Waffengleichheit“

Investitionsschutzverfahren sind aufwendige Streitigkeiten mit oftmals hohen Streitwerten, die mittlerweile im Milliardenbereich liegen können.¹²⁰ Für die Anwaltschaft (und sicherlich auch die Schiedsrichter, dazu sogleich) sind dies sehr lukrative Verfah-

BayWa r.e. Renewable Energy (Fn. 1), Rn. 591; abgelehnt wurde eine Haftung in SCC, Charanne and Construction Investments v. Kingdom of Spain, Final Award v. 21.1.2016, Case No. V 062/2012, Rn. 573.

113 Bauerle Danzman (Fn. 6), 31: „[P]olitical economists have generally become increasingly concerned that the potential benefits of maintaining BIT obligations are not worth the associated sovereignty trade-offs“.

114 So Markus Krajewski, Umweltschutz und internationales Investitionsschutzrecht am Beispiel der Vattenfall-Klagen und des Transatlantischen Handels- und Investitionsabkommens (TTIP), ZUR 2014, 396–403 (402).

115 Kerkemeyer (Fn. 11), 156.

116 So allg. Stoll/Holterhus/Gött (Fn. 11), 115 f., die allerdings „Warnungen vor einem regulatory chill [...] auch nicht völlig unplausibel“ finden.

117 Nach Angaben der UNCTAD haben die verklagten Staaten in 385 erfassten Fällen gewonnen (38 %) und die Investoren in 286 Fällen (28,2 %). In 26 Fällen (2,6 %) wurde zwar ein Verstoß des Staates festgestellt, aber kein Schadensersatz zugesprochen. In 179 Fällen (17,7 %) haben sich die Parteien verglichen und in 138 Fällen (13,6 %) wurde das Verfahren nicht fortgeführt. Vgl. UNCTAD, Investment Dispute Settlement Navigator, <<https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>>.

118 Bungenberg (Fn. 38), 123; vgl. auch Christoph Schreuer, The Future of International Investment Law, in: Marc Bungenberg/Jörn Griebel/Stephan Hobe/August Reinisch (Hrsg.), International Investment Law, Baden-Baden: Nomos 2015, 1904–1911 (1906 f.): „Even where tribunals find against host States, quantum calculations are conservative often differing dramatically from the claims put forward by investors“.

119 Zur Regulierungshoheit siehe nur ICSID, Antin Infrastructure Services Luxembourg (Fn. 112), Rn. 555: „The requirement of stability under the Treaty does not equate to the immutability of the legal framework. The State is certainly entitled to exercise its sovereign power to amend its regulations to respond to changing circumstances in the public interest.“; ICSID, NextEra Energy Global Holdings and NextEra Energy Spain Holdings v. Kingdom of Spain, Decision on Annulment v. 18.3.2022, Case No. ARB/14/11, Rn. 651: „[The regulatory framework] was based on legislation and legislation can be changed“.

120 Vgl. ICSID, Tethyan Copper Company Pty Limited v. Islamic Republic of Pakistan, Award v. 12.7.2019, Case No. ARB/12/1, Rn. 1858. (Entschädigung von über 4 Mrd. USD wegen Versagung einer Abbaukonzession nach dem Fund weiterer Goldvorkommen).

ren. Da in allen gängigen Verfahren jede Partei ihren eigenen Schiedsrichter benennen kann und es kein Verbot gibt, Schiedsrichter zu benennen, die Unternehmen auch anwaltlich vertreten, wird Schiedsgerichten bisweilen ein gewisser „Pro-Investor-Bias“ unterstellt und vermutet, dass sie das Recht so auslegen, dass sie weitere Mandate bzw. Bestellungen zum Schiedsrichter bekommen.¹²¹ Auch wenn dieser Aspekt empirisch nicht klar nachzuweisen ist,¹²² sollte unstreitig sein, dass aus solchen Doppeltätigkeiten zumindest Interessenkonflikte resultieren können, die die Neutralität eines Schiedsrichters beeinflussen können.¹²³

Ein weiterer Kritikpunkt betrifft die hohen Verfahrenskosten. Vereinfacht ausgedrückt werden im Schnitt rund 800.000–1.000.000 Euro an Verfahrenskosten (Schiedsinstitution, Schiedsrichter) fällig und mehrere Millionen für die Anwaltsteams, wobei Staaten weniger für die Anwälte zahlen als die klagenden Investoren.¹²⁴ Da die Verfahren immer aufwendiger geführt werden, sind die Kosten in den letzten Jahrzehnten gestiegen. Für Entwicklungsländer, aber auch für kleinere Investoren sind dies hohe Summen, so dass zumindest in Bezug auf einzelne Verfahren die „Waffengleichheit“ des Verfahrens bzw. der effektive Zugang zum Recht in Frage steht.¹²⁵ Beschränkungen der Verfahrensführung (Schriftsatzobergrenzen, begrenzte Anzahl von Schriftsatzrunden etc.) zur Senkung der Kosten können wiederum das Recht auf ein faires Verfahren verletzen.¹²⁶ Eine massive Kostensenkung kann daher nicht erwartet werden, selbst wenn Schiedsgerichte die Kosten natürlich nicht ausufern lassen dürfen.¹²⁷ Daher scheint mir die Abhilfe darin zu liegen, dass Investoren ohne ausreichende Mittel Prozessfinanzierer einschalten, deren Beteiligung offenzulegen ist,¹²⁸ und für Entwicklungsländer eine Organisation geschaffen wird, die sie bei der Prozessführung unterstützen kann. An einem solchen Advisory Center für Entwicklungsstaaten wird auch gerade im Rahmen der UNCITRAL gearbeitet, wobei die Pläne auf großen Zuspruch stoßen.¹²⁹

Zusammenfassend lautet daher These 7: Das traditionelle Streitbeilegungssystem zwischen Investoren und Staaten weist einige Schwächen auf. Neben sehr allgemein ge-

121 Vgl. die Nachweise bei Gabrielle Kaufmann-Kohler/Michele Potestà, Can the Mauritius Convention serve as a model for the reform of investor-State arbitration in connection with the introduction of a permanent investment tribunal or an appeal mechanism?, CIDS Research Paper v. 3.6.2016, Rn. 20 f; vgl. auch die Studie von Gus Van Harten, Arbitrator Behaviour in Asymmetrical Adjudication: An Empirical Study of Investment Treaty Arbitration, Osgoode Hall Law Journal 50 (2012), 211–268.

122 Vgl. nur Anna De Luca/Giorgio Sacerdoti (Fn. 110), 233: „[T]here is no evidence that the arbitrators are biased in favour of claimant investors“.

123 Hess, Legitimationskrise (Fn. 9), 172; Huber (Fn. 54), 313; Feichtner (Fn. 17), 102. Sehr kritisch zur Unabhängigkeit von Ad-hoc-Schiedsrichtern Rolf Stürner, Rechtspflege durch unabhängige Organe oder Institutionen – ein Grundprinzip der Rechtsstaatlichkeit?, JZ 72 (2017), 905–964 (911).

124 Vgl. die sehr detaillierte Aufschlüsselung in der Übersicht von Matthew Hodgson/Yarik Kryvoi, Costs, damages and duration in investor-State arbitration, Article v. 2.6.2021, <www.aoshearman.com> (Auswertung von 400 Fällen).

125 Vgl. allg. Huber (Fn. 54), 313–314; ILA, Rule of Law and International Investment Law (Athens Conference 2024), Final Report, Rn. 35. Eingehend zur faktischen Beeinträchtigung des Zugangs von KMU zur Investitionsschiedsgerichtsbarkeit Julian Kimmerle, Kleine und mittlere Unternehmen im internationalen Investitionsrecht, Tübingen: Mohr Siebeck 2023, 229–265.

126 ILA (Fn. 125), Rn. 36.

127 Vgl. ILA (Fn. 125), sub IV. C. Recommendations.

128 Eine solche Offenlegungsobliegenheit wird etwa in Art. 8.26 CETA und Art. 3.37 EU-Vietnam Investment Protection Agreement statuiert. Zu den Gründen der Offenlegungspflicht Dederer (Fn. 23), 336–337.

129 Vgl. UNCITRAL (Working Group III), Statute of the Advisory Centre on International Investment Dispute Resolution (adopted in principle), <<https://uncitral.un.org/en/multilateraladvisorycentre>>.

fassten Schutzstandards passen Strukturen, die sich in der privaten Schiedsgerichtsbarkeit bewährt haben, für ISDS-Verfahren nur bedingt. Dies gilt insbesondere für den Grundsatz der Vertraulichkeit, aber auch für die Bestellung von Schiedsrichtern, die zugleich anwaltlich beraten dürfen.

V. Auf dem Weg zu einem neuen System für Investor-Staat-Streitigkeiten

Im letzten Teil des Beitrags soll der Frage nachgespürt werden, wie das bestehende System verändert werden soll, um die gezeigten Defizite abzustellen. Um die Lösung dieser Frage wird seit Jahren gerungen, wobei ganz unterschiedliche Ansätze präferiert werden. Nachfolgend sollen drei Aspekte aus der Debatte herausgegriffen werden.

1. Direkter Zugang von Investoren zu einer außerstaatlichen Instanz

Die erste Frage lautet: Sollte Investoren überhaupt Zugang zum Recht außerhalb der nationalen (staatlichen) Gerichte gewährt werden? Einige Staaten verneinen dies. So ist Brasilien mittlerweile lediglich durch Investitionsschutzverträge gebunden, die ohne einen Rechtsschutz nach dem klassischen ISDS-Modell auskommen. Geschädigte Investoren können daher – sofern nicht in einem Vertrag eine entsprechende Schiedsklausel vereinbart wurde – keine internationalen Schiedsgerichte anrufen. Sie müssen sich entweder mit dem Gaststaat außergerichtlich einigen oder nach Möglichkeit vor nationalen Gerichten Rechtsschutz suchen. Bleiben sie erfolglos, können sie nur ihren Heimatstaat um die Gewährung diplomatischen Schutzes ersuchen. Auch Indien steht dem tradierten ISDS-Modell sehr kritisch gegenüber, ist aber noch durch einzelne BITs mit Streitbeilegungsklauseln gebunden.

Man kann sicherlich für eng verbundene Wirtschaftsräume wie die EU diskutieren, ob besondere Regeln für den Schutz von Investitionen erforderlich sind, da sich aus den Grundfreiheiten, die den Europäischen Binnenmarkt konstituieren, sowie aus der EU-Grundrechtecharta bestimmte Investitionsschutzstandards ableiten lassen.¹³⁰

Außerhalb solcher durch gemeinsame Verfassungsstandards verbundenen Wirtschaftsräume ist – wie in These 8 niedergelegt – ein besonderer Investitionsschutz mit direktem Zugang zu einem internationalen Streitbeilegungsorgan zwingend erforderlich, um Schutzlücken nach nationalem Recht auszuschließen,¹³¹ und zwar auch gegenüber

130 Ob dieses Schutzniveau ausreichend ist, wird aber bezweifelt, vgl. Schreuer, *Future of International Investment Law* (Fn. 118), 1908: „Standards of European law deal mostly with the admission of investments rather than with their treatment. Domestic courts are not a viable substitute for international arbitration [...]“; Peter Behrens, *Die Zukunft des EU-internen Investitionsschutzes nach dem EuGH-Urteil in der Rs. Achmea*, RIW 2018, 701–712 (707): Ob Intra-EU-BITs nicht länger notwendig sind, wie es die EU-Kommission behauptet, „ließe sich nur dadurch feststellen, dass die schiedsgerichtlich entschiedenen Fälle einmal nach den Maßstäben des Unionsrechts beurteilt würden. Ohne eine solche vergleichende Analyse bleibt die Feststellung der Kommission einseitig und nicht zwingend schlüssig“.

131 Die Verweisung von Investoren auf den innerstaatlichen Rechtsweg ist ebenfalls keine Option, da diese Lösung Unternehmen zwingen würde, etwaige Entschädigungsansprüche „unter Bedingungen der rechtlichen Machtasymmetrie“ durchzusetzen. So treffend Vöney (Fn. 30), 348, auch mit dem zutreffenden Hinweis (auf S. 351), dass der Umstand, dass allein ausländische (nicht aber inländische) Investoren Zugang zu einer internationalen Instanz haben, keine ungerechtfertigte Dis-

Staaten mit entwickelten Rechtssystemen.¹³² Anderenfalls würde man Investoren auf das völkerrechtliche Instrument des diplomatischen Schutzes durch den Heimatstaat verweisen, das – und das dürfte heute unstrittig sein – keinen angemessenen Schutz gegenüber dem Gaststaat gewähren kann.¹³³ Nach den Regeln des diplomatischen Schutzes haben die Heimatstaaten des Investors ein weites Ermessen, ob sie einen Fall überhaupt aufgreifen, so dass politische Erwägungen rechtliche Gesichtspunkte überlagern.¹³⁴ Ferner schützt dieser Mechanismus im Falle von gesellschaftsrechtlich organisierten Investoren nur die Gesellschaft, nicht aber deren Gesellschafter als mittelbar geschädigte Personen.¹³⁵ Schließlich kommen bei Verhandlungen zwischen Heimat- und Gaststaat etwaige politische und wirtschaftliche Machtungleichgewichte und politische Zwänge zum Tragen. Investorinnen aus kleineren bzw. wirtschaftlich eher unbedeutenden Heimatstaaten könnten daher trotz Fehlverhaltens des Gaststaates benachteiligt werden.¹³⁶ Nicht ohne Grund sind es in Europa gerade die kleineren Staaten wie etwa die skandinavischen Länder oder die Schweiz, die großes Interesse an der Beibehaltung von ISDS-Regeln haben. Darüber hinaus darf nicht vergessen werden, dass die (schieds)gerichtliche Streitbeilegung in den letzten Dekaden politische Konflikte zwischen Heimat- und Gaststaaten über die Behandlung von Investoren erheblich verringert hat.¹³⁷ Die Verrechtlichung nebst einer funktionierenden „Vergerichtlichung“ der Streitbeilegung auf internationaler Ebene ist ein hohes Gut, das nicht aufgegeben werden darf.¹³⁸

kriminierung darstellt. Zu den Schwächen der Verweisung auf nationale Gerichte vgl. ferner Dolzer/Kriebaum/Schreuer (Fn. 25), 339–340. Allgemein zur Beeinträchtigung des fairen Verfahrens durch Prozesse vor ausländischen Gerichten Rolf A. Schütze, Effektivität des Rechtsschutzes vor den Schiedsgerichten, in: Peter Gottwald (Hrsg.), Effektivität des Rechtsschutzes vor staatlichen und privaten Gerichten, Bielefeld: Gieseking 2006, 171–202 (176 f.). Eine andere Frage ist, ob zunächst Rechtsschutz vor nationalen Gerichten gesucht werden muss, bevor man in einem Investitionsschutzfall ein Schiedsgericht anrufen darf. Hierfür plädiert Dederer (Fn. 23), 315. Die Erschöpfung des nationalen Rechtswegs würde aber das Verfahren sehr stark verzögern.

132 Bungenberg (Fn. 38), 124–125.

133 Näher dazu Paulsson (Fn. 32), 145 ff.; vgl. auch Stephan W. Schill, Private Enforcement of International Investment Law: Why We Need Investor Standing in BIT Dispute Settlement, in: Michael Waibel/Asha Kaushal/Liz Kyo-Hwa Chung/Claire Solk-Balchin (Hrsg.), The Backlash Against Investment Arbitration, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2010, 29–50 (41): „[D]iplomatic protection is also insufficient to effectively protect and encourage foreign investment activities [...]“; August Reinisch, Protecting Individuals in International Investment Law: Plans for an Investment Court in the Past and Today, in: Philipp B. Donath/Alexander Heger/Moritz Malkmus/Orhan Bayrak (Hrsg.), Der Schutz des Individuums durch das Recht: Festschrift für Rainer Hofmann zum 70. Geburtstag, Berlin: Springer 2023, 671–683 (672): „Providing direct access to dispute settlement mechanisms helped avoiding the politically charged atmosphere of diplomatic protection“.

134 Vgl. nur Charles N. Brower/Lee A. Steven, Who Then Should Judge? Developing the International Rule of Law under NAFTA Chapter 11, Chicago Journal of International Law 2 (2001), 193–202 (196 f.); Hobe (Fn. 39), 336.

135 IGH, Barcelona Traction, Light and Power Company (Belgium v. Spain), Urteil v. 24.7.1964, ICJ Reports 1970, 3 (Rn. 46 f., 88).

136 Zum Ganzen Wurmnest (Fn. 22), i. E.

137 Kriebaum, Depoliticization (Fn. 36), 26: „[T]he number of inter-State conflicts in the context of investment disputes has decreased substantially since the introduction of investment arbitration“.

138 Bungenberg (Fn. 38), 123. Deutlich auch Dederer (Fn. 23), 311: „[Eine Abschaffung der internationalen (schieds-)gerichtsförmigen Streitbeilegung] käme einem zivilisatorischen Rückschritt des modernen Völkerrechts gleich“.

2. Mehr Transparenz wagen

Änderungsbedarf besteht aber in Bezug auf die Transparenzanforderungen. Der Ruf nach einer stärkeren Beteiligung der Öffentlichkeit ist berechtigt. Streitigkeiten unter Beteiligung von Staaten benötigen aufgrund der Auswirkungen auf Dritte und die Allgemeinheit andere Rahmenbedingungen als die vertrauliche zivilrechtliche Schiedsgerichtsbarkeit, selbst wenn sich der Staat freiwillig dem Schiedsgericht unterworfen hat.¹³⁹ Der Grundsatz der Öffentlichkeit ist ein wichtiges Element der Legitimierung von Streitentscheidungsorganen.¹⁴⁰ Mit gutem Grund schreiben etwa Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 47 Abs. 2 GRCh daher vor, dass gerichtliche Verfahren öffentlich verhandelt werden müssen. Dies hat aufgrund des Streitgegenstands auch für Investitionsschiedsgerichte zu gelten.

Die klassische Schiedsidee war in den 1960er/1970er Jahren sicherlich so stark, weil man davon ausging, dass etwa Fälle von Enteignungen nach staatlichen Umbrüchen nur durch Schiedsverfahren auf friedliche Weise und ohne Ansehensverlust der Beteiligten gelöst werden könnten. Vertraulichkeit wurde sicherlich als zentraler Aspekt angesehen, um bei sehr politisierten Prozessen überhaupt zu einer Lösung und möglicherweise sogar zu einer gütlichen Einigung zu kommen.¹⁴¹ Das Geheimhaltungsinteresse entsprach – zumindest damals – eher den Interessen der Staaten, die dadurch der politischen Aufarbeitung in ihren Heimatländern entkommen bzw. diese Debatte besser steuern konnten.¹⁴² Aber Private konnten ebenfalls vom Heimlichkeitsgrundsatz profitieren, da sie Dritten den Zugang zum Verfahren verwehren und eine politische Diskussion weitgehend ausschließen konnten. Ohne Einwilligung der Parteien wusste die Öffentlichkeit oftmals noch nicht einmal, dass überhaupt ein Verfahren eröffnet wurde.¹⁴³

Heute dominiert im Diskurs die Idee, dass transparente ISDS-Verfahren und eine damit einhergehende Kontrolle durch die Öffentlichkeit die Akzeptanz und Legitimität von Investitionsstreitigkeiten stärken können.¹⁴⁴ Zudem gewinnt die Idee der „zwingenden Transparenz“ immer stärker an Bedeutung.

Der Hebel zur Stärkung der Transparenz sind die völkerrechtlichen Verträge selbst. Schiedsgerichte legen BITs oder andere völkerrechtliche Verträge aus, so dass die

139 Hess, Legitimationskrise (Fn. 9), 171; Vassileva (Fn. 108), 49–51; Van Harten, Investment Treaty Arbitration (Fn. 108), 159; vgl. auch Joachim Münch, Vertraulichkeit im Schiedsverfahren, ZZPInt 20 (2015), 431–455 (455).

140 Steinbach (Fn. 11), 24, 35 f.; vgl. auch Classen (Fn. 24), 614.

141 Dass vertrauliche Verfahren eine Einigung erleichtern können, ist auch in der zivilrechtlichen Schiedswelt anerkannt, vgl. Schack (Fn. 99), Rn. 1361.

142 Dies kann auch heute noch der Fall sein. So wurde ein Vergleich in einem ICSID-Verfahren in Bulgarien von staatlichen Stellen und beteiligten Kanzleien im Vertrauenskreis des damaligen Ministerpräsidenten Bojko Borisov als erfolgreiche „Klageabweisung“ bzw. „juristischer Sieg“ dargestellt, vgl. Vassileva (Fn. 108), 57 f.

143 Steinbach (Fn. 11), 24.

144 Auch in der privatrechtlichen Schiedsgerichtsbarkeit gibt es Überlegungen, die Kohärenz der Rechtsentwicklung durch eine Veröffentlichungspflicht (anonymisierter) Schiedssprüche zu stärken, da in bestimmten Gebieten des privaten Wirtschaftsrechts fast alle Streitigkeiten von Schiedsgerichten entschieden werden, vgl. Christian Duve/Moritz Keller, Privatisierung der Justiz – bleibt die Rechtsfortbildung auf der Strecke? – Ein Beitrag zur Auflösung des Spannungsverhältnisses von Privatautonomie und Rechtsfortbildung in der Schiedsgerichtsbarkeit, SchiedsVZ 2005, 169–178 (178); Gerhard Wagner, Die Schiedsgerichtsbarkeit im Kreuzfeuer der Kritik, DRiZ 2015, 264–269 (268); Thomale (Fn. 109), 1605; vgl. auch Münch (Fn. 139), 452.

Anforderungen an das Verfahren in diesen Instrumenten selbst geregelt werden können. Vor dem Hintergrund, dass in den ersten BITs überhaupt keine ISDS-Regelungen enthalten waren (supra II. 2.) und später die Idee herrschend war, dass eine von der Öffentlichkeit weitgehend abgeschirmte Instanz die besten Aussichten habe, den Streit in einer Art und Weise zu entscheiden, die auch von dem unterlegenen Staat akzeptiert werden konnte, haben ältere BITs den Öffentlichkeitsgrundsatz allerdings überhaupt nicht adressiert, so dass die allgemeinen Grundsätze galten.

Regelt der völkerrechtliche Vertrag die Reichweite des Vertraulichkeitsgrundsatzes nicht, so ist für das Schiedsgericht der Wille der Verfahrensbeteiligten maßgeblich, da der Grundsatz der Parteiautonomie das Schiedsverfahren beherrscht.¹⁴⁵ Gegen den Willen einer Partei dürfen der Schiedsspruch oder andere Dokumente nicht von der Schiedsorganisation veröffentlicht werden. Immerhin sehen die neugefassten ICSID-Schiedsregeln von 2022 nunmehr vor, dass die Zustimmung zur Veröffentlichung als erteilt gilt, wenn eine Partei nicht 60 Tage nach Versendung des Dokuments widerspricht.¹⁴⁶

Mittlerweile ist die Publikation von ISDS-Schiedssprüchen allerdings eher die Regel als die Ausnahme. Waren in den 1980er Jahren veröffentlichte ICSID-Schiedssprüche Raritäten,¹⁴⁷ ist heute in der Praxis nur noch wenig Vertraulichkeit vorhanden, auch weil Schiedssprüche – ggf. ohne Einwilligung beider Parteien – durch am Verfahren beteiligte Personen weitergegeben und in der Folge im Internet veröffentlicht werden.¹⁴⁸ Eine recht aktuelle Studie von *Rodrigo Polanco* kommt zu dem Ergebnis, dass mittlerweile ca. 80 % der Schiedssprüche veröffentlicht werden.¹⁴⁹ Selbst Schriftsätze können nach den ICSID-Schiedsverfahrensregeln mit dem Einverständnis der Parteien publiziert werden,¹⁵⁰ doch wird dies bislang kaum praktiziert, so dass insbesondere Klageschriften nicht öffentlich werden.¹⁵¹

Es zeichnet sich aber ab, dass der tradierte Grundsatz, nach dem die Parteiautonomie den Umfang der Transparenz im Schiedsverfahren bestimmt, in Zukunft noch zurückgedrängt werden wird. Künftig wird der Öffentlichkeitsgedanke oftmals zwingend vorgegeben sein. Vorreiter dieser Bewegung waren unter anderem die USA und Kanada, die bereits relativ früh in völkerrechtlichen Verträgen Transparenzanforderungen festgelegt hatten.¹⁵²

Einen weiteren Schub brachten die UNCITRAL-Transparenzregeln für ISDS-Verfahren, die 2013 angenommen wurden.¹⁵³ Dieses Regelwerk sieht die öffentliche Registrie-

145 Vgl. allg. Bubrowski (Fn. 49), 25; Münch, (Fn. 139), 441; Nassim Eslami, Die Nichtöffentlichkeit des Schiedsverfahrens, Tübingen: Mohr Siebeck 2016, 208–209 (zum deutschen Recht); Schack (Fn. 99), Rn. 1363.

146 Rule 62 f. ICSID-Arbitration Rules.

147 Christian J. Tams/Carl-Sebastian Zoellner, *Amici Curiae* im internationalen Investitionsschutzrecht, AVR 45 (2007), 217–243 (224).

148 Karl-Heinz Böckstiegel, The Future of International Investment Law – Substantive Protection and Dispute Settlement, in: Marc Bungenberg/Jörn Griebel/Stephan Hobe/August Reinisch (Hrsg.), *International Investment Law*, Baden-Baden: Nomos 2015, 1863–1872 (1868 f.).

149 Rodrigo Polanco, *Empirical Dimensions of Investment Awards*, in: Katia Flach Gómez/Catharine Titi (Hrsg.), *The Award in International Investment Arbitration*, Oxford: Oxford University Press 2024, 521–540 (538).

150 Rule 64 ICSID-Arbitration Rules.

151 So schon Krajewski, *Umweltschutz* (Fn. 114), 398.

152 Vgl. dazu Böckstiegel, *Aktuelle Probleme* (Fn. 37), 118; Steinbach (Fn. 11), 36.

153 UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration v. 11.7.2013, 52 ILM 1303 (2013) (nachfolgend: „UNCITRAL-Transparenzregeln“).

rung von Verfahren vor,¹⁵⁴ eine öffentliche Verhandlung¹⁵⁵ sowie die Veröffentlichung von Urteilen und sonstigen Prozessdokumenten (Schriftsätze, Protokolle, Beschlüsse etc.),¹⁵⁶ sofern nicht vertrauliche oder sonstige geschützte Informationen betroffen sind.¹⁵⁷ Darüber hinaus werden Eingaben von interessierten Dritten (*amicus curiae briefs*) gestattet, etwa von NGOs oder anderen Staaten, so dass die Öffentlichkeit auf das Verfahren einwirken kann.¹⁵⁸ *Amicus curiae briefs* waren aber zuvor schon unter bestimmten Voraussetzungen in den ICSID-Schiedsregeln und der sonstigen Schiedspraxis anerkannt.¹⁵⁹ Um die Balance zwischen öffentlichen und privaten Interessen im Schiedsverfahren zu bewahren, müssen Dritte aber ihre Verbindungen zu den Streitparteien und dem Schiedsgericht offenlegen, die Parteien die Möglichkeit haben, auf ihre Eingaben zu reagieren, und zudem muss eine gewisse Kontrolle des Schiedsgerichts über solche Eingaben bestehen bleiben.¹⁶⁰ Richtigerweise ist das Schiedsgericht auch nicht verpflichtet, die Rechtsauffassung (oder Tatsachenhinweise) dieser Eingaben bei der Entscheidungsfindung zu berücksichtigen.¹⁶¹

Die UNCITRAL-Transparenzregeln können nur für BITs gelten, die nach dem 31. März 2014 geschlossen wurden, sofern die Vertragsparteien nicht etwas anderes vereinbart haben.¹⁶² Die Übernahme dieser Regeln liegt also in den Händen der Staaten, die im BIT auf sie verweisen können. Viele BITs wurden vor diesem Stichtag geschlossen. Daher ist das Mauritius Übereinkommen aufgelegt worden.¹⁶³ Dieses Übereinkommen soll die UNCITRAL-Transparenzregeln auf alle Altverträge zum Investitionsschutz erstrecken, die von den Vertragspartnern geschlossen wurden. Die Zustimmung der EU zum Mauritius Übereinkommen ist mittlerweile fast abgeschlossen.¹⁶⁴ Nunmehr liegt es in der Hand der EU-Mitgliedstaaten, das Übereinkommen zu ratifizieren, um auf diese Weise den Altvertragsbestand dem neuen Transparenzrecht zu unterwerfen.¹⁶⁵

154 Art. 2 UNCITRAL-Transparenzregeln.

155 Art. 6 UNCITRAL-Transparenzregeln.

156 Art. 3 UNCITRAL-Transparenzregeln.

157 Art. 7 UNCITRAL-Transparenzregeln.

158 Art. 4 UNCITRAL-Transparenzregeln. Gegen die Möglichkeit der Eingabe von Dritten (außerhalb von streng „adversatorisch“ geführten Verfahren) Dederer (Fn. 23), 325 f. mwN.

159 Eingehend dazu Tams/Zoellner (Fn. 147), 227–234.

160 Vöneky (Fn. 30), 355–356 (mit Fn. 94). Vgl. auch Loretta Malintoppi/Natalie Limbasan, *Living in Glass Houses? The Debate on Transparency in International Investment Arbitration*, Bahrain Chamber for Dispute Resolution International Arbitration Review 2 (2015), 31–58 (57): „More generally, [...] the practice of international investment tribunals points to a greater acceptance of third-party submissions, [...] at least to the extent that these can assist the tribunal in its findings in factual or legal issues related to the proceedings, and as long as they do not disrupt the proceedings, risk aggravating the dispute, or unfairly burden or prejudice the disputing parties“.

161 Vgl. allg. Friederike Stumpe, *Participation of Amici Curiae in Investment Treaty Arbitration*, SchiedsVZ 2008, 125–135 (135) (bezogen u. a. auf die ICSID-Regeln).

162 Art. 1 UNCITRAL-Transparenzregeln.

163 United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration v. 10.12.2014, 54 ILM 751 (2015) (nachfolgend: „Mauritius Übereinkommen“).

164 Das EU-Parlament hat am 18.12.2024 der Annahme zugestimmt, es fehlt nun noch die formale Bestätigung durch den Rat, vgl. European Parliament, Procedure 2015/0012(NLE), <www.europarl.europa.eu>.

165 Die Transparenzregeln sollen gelten, wenn Gaststaat und Heimatstaat des Investors dem Übereinkommen beigetreten sind, können aber auch angewendet werden, wenn der Gaststaat dem Übereinkommen beigetreten ist und der klagende Investor sich einverstanden erklärt, vgl. Art. 2 Mauritius Übereinkommen.

Bislang haben aber nur sehr wenige Staaten das Mauritius Übereinkommen gezeichnet oder sogar schon ratifiziert.¹⁶⁶ Die geringe Bereitschaft der Zeichnung hat offenbar mit Unsicherheiten bezüglich der Anwendung der Transparenzregeln in der Praxis zu tun, und zumindest einige Staaten befürchten, dass zu viel Transparenz ihre Verteidigungsstrategie beeinträchtigen bzw. die Rolle von NGOs zu sehr stärken könnte.¹⁶⁷ Um zu verhindern, dass das Verfahren als politische Schaubühne für Außenstehende genutzt werden kann,¹⁶⁸ ist es auch denkbar, dass Staaten es bevorzugen, den Maßstab der Transparenz in einzelnen BITs näher zu umschreiben (z. B. durch die Beschränkung der Veröffentlichungspflicht auf bestimmte Dokumente oder eine Beschränkung des Zugangs von Dritten), wenn diese zur Aktualisierung anstehen.

Die EU hat sich allerdings voll dem Grundsatz der Transparenz verschrieben. Daher basieren die (noch nicht in Kraft getretenen) Investitionsschutzregeln für die neuen Freihandelsabkommen bereits auf den UNCITRAL-Transparenzregeln.¹⁶⁹ Mit der rechtlichen Verankerung des Öffentlichkeitsprinzips in Investitionsschutzverfahren wird ein gewichtiger Kritikpunkt an der Legitimität der Schiedsverfahren beseitigt.

These 9 lautet daher: Die von der UNCITRAL angestoßene Steigerung der Transparenz von ISDS-Verfahren ist mit Blick auf die Akzeptanz solcher Verfahren zu begrüßen. Die Regeln dürfen aber nicht so angewendet werden, dass schützenswerte Geheimhaltungsinteressen der Verfahrensbeteiligten verletzt werden oder Dritte sich de facto zu Verfahrensbeteiligten aufschwingen können.

3. Die Systemfrage: Gerichtshof vs. (reformiertes) Schiedsgerichtssystem

a) Grundlagen

Die sicherlich spannendste Frage, die derzeit debattiert wird, ist die Frage nach der Abschaffung des bestehenden Schiedsgerichtssystems und dessen Ersetzung durch ein Gerichtssystem. Diese Idee wird sehr stark von der EU-Kommission verfolgt. Sie geht zurück auf die Verhandlungen der Freihandelsabkommen TTIP und CETA, in denen sich erst Interessengruppen¹⁷⁰ und später einzelne Mitgliedstaaten, insbesondere Frankreich und Deutschland,¹⁷¹ sowie das Europäische Parlament¹⁷² sehr kritisch gegenüber Schiedsgerichten positioniert haben. Die EU-Kommission schwenkte daher in den Verhandlungen um. Im CETA wurde (wie auch in anderen neuen Freihandelsabkommen

166 Vgl. „Status of Treaties“ der United Nations Treaty Collection, Chapter XXII Commercial Arbitration and Mediation: 3. United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration, <<https://treaties.un.org>>.

167 Malintoppi/Limbasan (Fn. 160), 57. Die Beteiligung der Öffentlichkeit durch Eingaben von „Freunden des Gerichts“ wird auch abgelehnt von Dederer (Fn. 23), 340.

168 S. zu diesem Problem bei einzelnen Gerichtsprozessen Schütze (Fn. 131), 195–196, der daher das Vertraulichkeitsprinzip als wichtigen Pfeiler der (zivilrechtlichen) Schiedsgerichtsbarkeit ansieht.

169 Vgl. nur Art. 8.36 CETA; Art. 3.46 EU-Vietnam Investment Protection Agreement.

170 Vgl. nur Pia Eberhardt/Cecilia Olivet, Profiting From Injustice: How Law Firms, Arbitrators and Financiers Are Fuelling an Investment Arbitration Boom, Brüssel/Amsterdam: Corporate Europe Observatory and the Transnational Institute 2012, 7–73.

171 Näher dazu Bungenberg (Fn. 38), 122.

172 Ziff. 2. d) xv) der Entschließung des Europäischen Parlaments vom 8. Juli 2015 mit den Empfehlungen des Europäischen Parlaments an die Kommission zu den Verhandlungen über die Transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft (TTIP) (2014/2228(INI)), ABl. 2017 C 265/35. Zu den Hintergründen Sebastian Wuschka, Ein Investitionsgerichtshof – Der große Wurf der EU-Kommission?, ZEuS 2016, 153–175 (156 f.).

der EU) ein gerichtsähnliches „hybrides“ System etabliert, das im politischen Sprachgebrauch als „Investment Court System“, kurz ICS, bezeichnet wird.¹⁷³ In diesem Zusammenhang wurde zudem der Wunsch geäußert, ein multilaterales Gericht zu schaffen.¹⁷⁴ Die UNCITRAL-Arbeitsgruppe hat diesen Gedanken aufgegriffen, der wichtige Impulse durch eine Machbarkeitsstudie¹⁷⁵ nebst einem Draft Statute¹⁷⁶ von *Marc Bungenberg* und *August Reinisch* erhalten hat. Derzeit arbeiten die Staatenvertreter an einem Statut für ein Multilaterales Investitionsschutzgericht (Multilateral (Permanent) Investment Court, MIC), das über eine Rechtsmittelinstanz verfügen soll. Daneben wird über ein gesondertes Instrument zur Schaffung einer Rechtsmittelinstanz in der Gestalt eines „Appellate Mechanism“ beraten, der für die Schiedswelt greifen könnte.¹⁷⁷

Auch wenn die Strukturen des MIC noch nicht endgültig feststehen und die ICS-Regeln der neuen europäischen Freihandelsabkommen noch nicht in Kraft sind, lassen sich bestimmte Grundzüge des neuen MIC-Systems ausmachen, zumindest nach den Vorstellungen der EU-Kommission. Das neue System soll auf folgenden Grundpfeilern aufbauen:

- Ein vorab eingesetzter fester Richterkreis mit Kenntnissen im Völker- und Investitionsschutzrecht soll die Streitigkeiten entscheiden.¹⁷⁸
- Allein die Staaten als Vertragsparteien des MIC/ICS sollen für die Besetzung der Richter verantwortlich sein, wie es bei anderen internationalen Gerichten ebenfalls der Fall ist.¹⁷⁹ Die Streitparteien sollen die Richter daher weder vorschlagen noch anderweitig auswählen können, etwa aus einem Richterpanel.¹⁸⁰
- Zumindest in ICS sollen Richter ab Ernennung nicht mehr als Anwalt oder Sachverständiger für die Parteien von Investitionsschutzverfahren tätig sein dürfen,¹⁸¹ wie es im Moment in der Schiedspraxis noch möglich ist.
- Zudem soll eine Rechtsmittelinstanz die Entscheidungen des Gerichts nachkontrollieren können, auch in Bezug auf Rechtsfehler.¹⁸²

173 Nachfolgend wird das ICS-System allein auf Grundlage der CETA-Bestimmungen dargestellt.

174 Vgl. Art. 8.29 CETA.

175 Vgl. Marc Bungenberg/August Reinisch, Von bilateralen Schieds- und Investitionsgerichten zum multilateralen Investitionsgerichtshof: Optionen für die Institutionalisierung der Investor-Staat-Streitbeilegung, Baden-Baden: Nomos 2018; dies., From Bilateral Arbitral Tribunals and Investment Courts to a Multilateral Investment Court: Options Regarding the Institutionalization of Investor-State Dispute Settlement, 2. Aufl., Berlin: Springer 2020.

176 Marc Bungenberg/August Reinisch, Draft Statute of the Multilateral Investment Court, Baden-Baden: Nomos 2021.

177 Zum Stand der Arbeiten s. UNCITRAL (Working Group III), Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS): Appellate mechanism, Note by the Secretariat v. 17.11.2022, Dok. A/CN.9/WG.III/WP.224.

178 MIC: UNCITRAL (Working Group III), Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS): Standing multilateral mechanism: Selection and appointment of ISDS tribunal members and related matters, Note by the Secretariat v. 8.12.2021, Dok. A/CN.9/WG.III/WP.213, Rn. 19, 22; ICS: Art. 8.27 Abs. 2, Abs. 4 CETA.

179 MIC: UNCITRAL (Working Group III), Note by the Secretariat v. 8.12.2021 (Fn. 178), Rn. 5; ICS: Art. 8.27 Abs. 2 CETA i. V. m. Art. 26.1 CETA.

180 Im MIC wird aber erwogen, ob die Streitparteien ggf. einen Ad-hoc-Richter benennen können, vgl. UNCITRAL (Working Group III), Note by the Secretariat v. 8.12.2021 (Fn. 178), Rn. 26.

181 So Art. 8.30 Abs. 1 CETA.

182 MIC: vgl. allg. UNCITRAL (Working Group III), Note by the Secretariat v. 8.12.2021 (Fn. 178), Rn. 8; ICS: Art. 8.28 Abs. 2 lit. a) CETA.

- Rechtstechnisch ist im Reformprozess die Frage der Rechtsmittelinstanz von der Gerichtsstruktur zu unterscheiden, da für Schiedsgerichte ebenfalls eine zweite Instanz errichtet werden kann.

Sollten diese Ideen von vielen Staaten unterstützt werden, kann von einem Paradigmenwechsel in der Streitbeilegung zum Investitionsschutz gesprochen werden.¹⁸³

b) Kein Systembruch

Eine Bewertung dieser Pläne hat mit dem Hinweis zu beginnen, dass die Streitbeilegung nicht zwingend Schiedsgerichten vorbehalten werden muss. Wie eingangs dargelegt (supra II. 2.), erfolgte die Ausbreitung der Schiedsidee losgelöst von der Verbreitung des Investitionsschutzes. Vielmehr haben sich Schiedsverfahren sehr viel später zum gängigen Verfahren entwickelt, maßgeblich durch den Einfluss der Weltbank und das ICSID-Übereinkommen. Es ist daher kein Systembruch, die Streitbeilegung künftig auf ein Gerichtssystem zu übertragen.¹⁸⁴

c) Effizienz vs. Kohärenz und Akzeptanz

Ob die Schaffung eines Gerichtssystems überzeugt, hängt von einer Reihe von Faktoren ab, die bei einer Entscheidung zu gewichten sind. Nachfolgend sollen drei Aspekte herausgegriffen werden.

aa) Richterbestellung

Im ICS/MIC-System sollen die Richter allein durch die Staaten bestimmt werden, und zwar vorab, also ohne Bezug zur konkreten Streitigkeit. Damit soll die Neutralität und Unabhängigkeit der Entscheider gestärkt, aber sicherlich auch die Rechtsposition der Investoren beschnitten werden. Die Einbeziehung der Parteien bei der Auswahl der Schiedsrichter wird in der privaten Schiedsgerichtsbarkeit mit zwei Vorteilen begründet: Zum einen kann auf diese Weise die Sachkunde des Spruchkörpers sichergestellt werden, zum anderen wird ein faires Verfahren gewahrt, da beide Parteien die Zusammensetzung des Spruchkörpers gleichermaßen bestimmen können.¹⁸⁵ Diese Vorteile fallen bei einem institutionalisierten Gericht weg.

In Handelsschiedsverfahren ist die Beteiligung der Parteien zur Sicherung der Sachkunde des Gerichts sogar von zentraler Bedeutung für den Erfolg der Schiedsgerichtsbarkeit. Selbst wenn die völkerrechtlichen Schiedsrichterinnen vielleicht etwas weniger auf bestimmte Branchen (z. B. Bergbaulizenzen) oder einzelne Schutzstandards (z. B. Enteignungen) spezialisiert sind – immerhin ist das Investitionsschutzrecht bereits eine Spezialmaterie des Völkerrechts –, darf doch nicht übersehen werden, dass solche Verfahren ebenfalls sehr spezielle Fragen betreffen können (z. B. Konzessionsrecht, Umweltrecht, Gesellschaftsrecht etc.). Die Parteibenennung kann daher auch bei Investitionsschutzverfahren sicherstellen, dass im Schiedsgericht Entscheiderinnen mit Kenntnissen in bestimmten Rechtsgebieten oder Rechtskreisen vertreten sind. Diese

¹⁸³ Von Arnault (Fn. 15), Rn. 1020 (bezogen auf das CETA-System).

¹⁸⁴ Toby T. Landau/Chester Brown/Michael Waibel, A World Without Investment Arbitration?, in: Cavinder Bull/Loretta Malintoppi/Constantine Partasides (Hrsg.), *Arbitration's Age of Enlightenment?*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2023, 907–940 (913 f.).

¹⁸⁵ Vgl. nur Rolf A. Schütze/Roderich C. Thümmel, *Schiedsgericht und Schiedsverfahren*, 7. Aufl., München: C. H. Beck 2021, 16; zum Sachkundeaspekt auch Schack (Fn. 99), Rn. 1362.

Art von Spezialisierung kann es bei einem institutionalisierten Gericht nicht geben, selbst wenn die Richter für den konkreten Fall aus einer vorab festgelegten Liste ausgewählt würden.¹⁸⁶ Allgemeine völkerrechtliche Sachkunde wird natürlich auch bei einem solchen Gericht sichergestellt werden können, aber es werden eher „Generalistinnen“ als „Spezialistinnen“ entscheiden.

Zudem wird die „Waffengleichheit“ durch das neue System einseitig zu Lasten der Investoren ausgehebelt. Selbst wenn die Gerechtigkeitsidee es nicht erfordert, dass (einzelne) Schiedsrichter von den Parteien bestimmt werden müssen, sofern die Entscheider unabhängig und unparteiisch sind,¹⁸⁷ haben die Staaten eine Verantwortung, ein Gericht so zu besetzen, dass es das Vertrauen der geschädigten Investoren gewinnen kann. Sollte durch die Auswahl der Richter oder deren Rechtsprechung der Eindruck eines „Pro-Staat-Bias“ entstehen,¹⁸⁸ wäre dies fatal für die „rule of law“.

Positiv ist allerdings, dass die Auswahlkriterien für die Richter sehr streng sein sollen, so dass – zumindest unter dem ICS-Modell – Anwälte nicht parallel zu ihrem Beratungsgeschäft auf der Richterbank sitzen können. Diese Reform könnte man aber ggf. auch im Schiedsmodell implementieren, etwa durch strengere Offenlegungs-/Ethikregeln.

bb) Kosten-/Verfahrenseffizienz

Neben der Gefahr eines „Pro-Staat-Bias“ sprechen ferner die Kostenperspektive und die Verfahrensdauer eher gegen ein institutionalisiertes Gericht, wobei genaue Aussagen erst möglich sind, wenn die Strukturen und die Fallzahlen der neuen Gerichte feststehen.

Allgemein lässt sich aber sagen, dass Schiedsgerichte auf schlanken Strukturen basieren, da sie nur bei eingehenden Fällen konstituiert und vergütet werden müssen. Bei einem permanenten Gericht bleiben die Fixkosten gleich, selbst wenn nur wenige Fälle eingehen.¹⁸⁹ Allerdings sind die Kosten für die Schiedsorganisation und die Schiedsrichter nicht unerheblich (supra IV. 4.), so dass die Fallzahlen nicht sehr hoch sein müssten, um die Fixkosten eines Gerichts zumindest anteilig zu decken.

Schiedsgerichte dürften allerdings besser geeignet sein, um Änderungen der Fallzahlen effizient zu absorbieren. Sinken die Fallzahlen, so wird sich ein Teil der Schiedsrichter neue Aufgaben suchen. Steigen die Fallzahlen, können neue Schiedsrichter zügig rekrutiert werden. Die Veränderung der Richterzahl ist dagegen aufgrund der Einbeziehung der Vertragsparteien im Regelfall schwerfälliger, zumal weil Richter regelmäßig für einen bestimmten (längeren) Zeitraum berufen werden. Schiedsgerichte dürften aufgrund ihrer Flexibilität im Regelfall Verfahren zudem schneller abarbeiten. Dies ist zumindest die Erfahrung aus dem innerstaatlichen Recht.

Ob ein permanentes Gericht die Fälle effizienter bearbeiten kann als es bisher die Schiedsgerichte getan haben, ist somit fraglich. Auf jeden Fall müsste eine signifikante Anzahl an Staaten einen MIC tragen, damit eine gewisse Kostenneutralität eintritt. *Bungenberg* und *Reinisch* nennen in ihrer Studie einen Richtwert von 40 Staaten.¹⁹⁰

186 Bungenberg (Fn. 38), 127.

187 Vöneky (Fn. 30), 352; vgl. auch Dederer (Fn. 23), 338.

188 Zu dieser Gefahr Reinisch, *Protecting Individuals* (Fn. 133), 674, 676, 680.

189 Reinisch, *Protecting Individuals* (Fn. 133), 674, 676.

190 Bungenberg/Reinisch, *Multilateral Investment Court* (Fn. 175), 3.

Eine hohe Anzahl wird auch deshalb als notwendig erachtet, damit der MIC eine zentrale Funktion bei der Streitbeilegung einnehmen kann, die ebenfalls sinnvoll ist, zumal dann Urteile dieses Gerichts in die übrige Schiedswelt ausstrahlen könnten.¹⁹¹

cc) Vollstreckungsfragen

Bei der Einführung eines Gerichtssystems muss schließlich die Vollstreckungsebene bedacht werden. Das ICSID-Übereinkommen legt eigene Vollstreckungsregeln fest. Durch die weite Verbreitung ist daher in all diesen Staaten die Anerkennung und Vollstreckung von ICSID-Schiedssprüchen möglich. Schiedssprüche von sonstigen Schiedsgerichten können nach dem New Yorker Übereinkommen vollstreckt werden. Eine Vollstreckung außerhalb des Territoriums des verurteilten Staates wird notwendig, wenn ein Staat seine Verpflichtungen nicht freiwillig erfüllt bzw. die Vollstreckung auf seinem Territorium blockiert, z. B. wegen der *Achmea*-Rechtsprechung des EuGH (s. supra III.).

Ob der MIC großen Zuspruch erhält, steht noch nicht fest. Gleichwohl sollte die Vollstreckung auch in Staaten möglich sein, die nicht dem MIC beigetreten sind. Im CETA löst man dieses Problem dadurch, dass Entscheidungen des CETA-Gerichtshofs nach den Vorstellungen der CETA-Verhandler als Schiedssprüche i. S. v. Art. I des New Yorker Übereinkommens anzusehen sind.¹⁹² Das New Yorker Übereinkommen, das in über 150 Staaten gilt, erfasst nämlich auch Schiedssprüche von ständigen Schiedsgerichten (Art. I Abs. 2 New Yorker Übereinkommen). Ob der CETA-Gerichtshof noch als ein solches Schiedsgericht angesehen werden kann, ist schon sehr fraglich, aber noch vertretbar, wenn man die Freiwilligkeit der Unterwerfung unter die Jurisdiktion des Streitbeilegungsorgans als das maßgebliche Kriterium ansieht, das die Schiedswelt von der Gerichtswelt unterscheidet,¹⁹³ wobei die Gerichte in den Vollstreckungsstaaten an die Auslegung, die im CETA niedergelegt ist, allerdings nicht gebunden sind.¹⁹⁴

Wurde das Verfahren vor dem CETA-Gericht auf Grundlage der Verfahrensregeln des ICSID durchgeführt, so soll eine Vollstreckung über das ICSID-Übereinkommen ermöglicht werden,¹⁹⁵ was ebenfalls eine Reihe von Fragen aufwirft, etwa weil die EU kein ICSID-Mitglied ist, die Schiedsrichterbestellung vom ICSID-Modell abweicht und ICSID-Schiedssprüche ferner nicht durch eine Rechtsmittelinstanz überprüft werden können.¹⁹⁶

Wird der MIC als echtes internationales Gericht ausgestaltet, würde der Weg über eine internationale Vollstreckungskonvention für Schiedssprüche sicherlich versperrt sein,

191 Zum letzten Aspekt Markus Krajewski, „One Court to rule them all“? – Der Vorschlag der EU für einen Multilateralen Investitionsgerichtshof und die Reform des internationalen Investitionsschutzrechts, in: Markus Ludwigs/Oliver Remien (Hrsg.), Investitionsschutz, Schiedsgerichtsbarkeit und Rechtsstaat in der EU, Baden-Baden: Nomos 2018, 113–128 (124).

192 Vgl. Art. 8.41 Abs. 4 und Abs. 5 CETA.

193 Kaufmann-Kohler/Potestà, Mauritius Convention (Fn. 121), Rn. 83 ff.; befürwortend auch Huber (Fn. 54), 309; a. A. Wuschka, Investitionsgerichtshof (Fn. 172), 172–174; Siegfried H. Elsing, The New Approach to ISDS – Improvement or Setback?, in: Christoph Benicke/Stefan Huber (Hrsg.), National, International, Transnational: Harmonischer Dreiklang im Recht: Festschrift für Herbert Kronke zum 70. Geburtstag am 24. Juli 2020, Bielefeld: Ernst und Werner Gieseking 2020, 1387–1398 (1397) (Entscheidungen von ICS-Institutionen wohl nicht vom New Yorker Übereinkommen erfasst).

194 Wuschka, Investitionsgerichtshof (Fn. 172), 171.

195 Art. 8.41 Abs. 6 CETA.

196 Näher dazu Wuschka, Investitionsgerichtshof (Fn. 172), 169–171; Elsing (Fn. 193), 1397 m. Fn. 60, die eine Vollstreckung nach dem ICSID-Übereinkommen daher weitgehend ablehnen. Zweifelnd auch Huber (Fn. 54), 309.

so dass die Vollstreckung in Drittstaaten (anders als die Vollstreckung von MIC-Urteilen in Vertragsstaaten) durch ein gesondertes Übereinkommen geregelt werden müsste.¹⁹⁷

Zusammenfassend sprechen also Effizienz-, Kosten-, Spezialisierungs- und Vollstreckungserwägungen eher gegen einen MIC, doch sind diese Aspekte zurückzustellen, wenn ein solches Gericht für mehr Kohärenz und Akzeptanz von Entscheidungen sorgen kann (These 10). Ob das der Fall ist, kann man m. E. im Moment noch nicht sicher beurteilen, doch stehen die Chancen dafür nicht schlecht. Auf jeden Fall sollte aus Kostengründen eine signifikante Zahl an Staaten für einen solchen Gerichtshof gewonnen werden. Dadurch könnte zudem ein erheblicher Teil der BITs abgedeckt werden, was wiederum die Basis dafür ist, dass dieses Streitbeilegungsorgan eine gewichtige Rolle bei der Auslegung des Investitionsschutzrechts einnehmen kann.

d) Rechtsmittelinstanz zur Sicherung von Kohärenz

Deutlich positiver beurteile ich die Idee einer Rechtsmittelinstanz, die sogar unabhängig von einem MIC für Schiedsgerichte etabliert werden könnte. Auch wenn die weitreichende Finalität von Schiedssprüchen in der zivilrechtlichen Schiedsgerichtsbarkeit sehr sinnvoll ist und es in der Praxis keine Nachfrage nach einem „Rechtsmittel-Schiedsgericht“ gibt,¹⁹⁸ glaube ich, dass im Investitionsschutzrecht eine Rechtsmittelinstanz grundsätzlich hilfreich wäre, um die Kohärenz der Rechtsanwendung zu steigern.

Zwar wird diese Instanz die Verfahrensdauer sowie die Verfahrenskosten deutlich erhöhen, da zumindest die Staaten regelmäßig Rechtsmittel einlegen werden, um Zahlungen zu Lasten der Steuerzahler zu vermeiden.¹⁹⁹ Zudem ist eine solche Instanz nur durch umfangreiche Vertragsänderungen zu implementieren, insbesondere, um die Vollstreckung von Entscheidungen sicherzustellen, wobei dann wieder fraglich ist, wie viele Staaten sich an dem reformierten System beteiligen würden.

Diese Nachteile sind aber gleichwohl hinzunehmen, wenn es gelingen würde, eine nicht unerhebliche Zahl von Staaten für diese Idee zu gewinnen. Eine solche Instanz kann, wenn sie personell-kontinuierlich besetzt wird, für mehr Rechtseinheit sorgen.²⁰⁰ Ruft man sich in Erinnerung, welche Mittel im innerstaatlichen Recht die Gleichförmigkeit der Rechtsanwendung sicherstellen sollen, so wird man im Civil Law den Kodifikationsgedanken, im Common Law die „doctrine of precedent“ und in beiden Rechtssystemen

197 So auch Bungenberg/Reinisch, Draft Statute (Fn. 176), 76 (Art. 57 Draft Statute of the Multilateral Investment Court).

198 Wagner (Fn. 144), 267.

199 Vgl. allg. Bungenberg (Fn. 38), 126; Rolf Knieper, Investitionsschiedsgerichtsbarkeit: Warum reparieren was nicht kaputt ist?, SchiedsVZ 2020, 60–64 (64); Siehe zudem den Vergleich zu den Verzögerungen durch die WTO-Rechtsmittelinstanz Carolyn B. Lamm/Rocío Ines Digón/Caitlin Walczyk, The World Is Better with Investment Arbitration, in: Cavinder Bull/Loretta Malintoppi/Constantine Partasides (Hrsg.), Arbitration's Age of Enlightenment?, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2023, 941–980 (975).

200 Hess, Legitimationskrise (Fn. 9), 175 (Berufungsinstanz bei inkonsistenten Schiedssprüchen sinnvoll); Dederer (Fn. 23), 328. Vgl. auch Carsten Kern, Schiedsgericht und Generalklausel: Zur Konkretisierung des Gebots des fair and equitable treatment in der internationalen Investitionsschiedsgerichtsbarkeit, Tübingen: Mohr Siebeck 2017, 247–254, der aber an einer politischen Umsetzbarkeit einer Lösung, die eine große Zahl der Schiedssprüche abdeckt, zweifelt.

men hierarchisch aufgebaute permanente Gerichte nennen müssen, die das Recht prägen. All dies fehlt im bisherigen ISDS-System, so dass ein Umdenken angezeigt ist.²⁰¹

VI. Schluss

Vor einigen Jahren wurde auf einer Schiedsrechtskonferenz in Edinburgh die Frage diskutiert, ob die Welt ohne Investitionsschiedsgerichtsbarkeit eine bessere wäre.²⁰² Meine Antwort darauf ist klar: Die Welt kann auf einen außerstaatlichen Streitbeilegungsmechanismus zum Schutz von Investitionen nicht verzichten. Das bestehende System muss aber fortentwickelt werden. Daran wird im Moment sehr intensiv gearbeitet. Bereits die Debatte über Reformen setzt wiederum die Schiedswelt unter Druck, auf die Kritik zu reagieren.²⁰³ Da verfahrensrechtliche Reformen innerhalb des bestehenden Schiedssystems sehr viel einfacher zu implementieren sind als permanente Gerichte zu etablieren und das Schiedssystem auch noch zahlreiche Fürsprecher hat,²⁰⁴ wird die Streitbeilegung künftig sehr wahrscheinlich vielfältiger werden. Möglicherweise werden auf mittlere Sicht bestimmte Investitionsschutzstreitigkeiten durch die Gerichtshöfe der EU-Freihandelsabkommen (oder sogar durch einen MIC) entschieden werden und andere Streitigkeiten durch klassische Schiedsgerichte. Dies wäre keine schlechte Entwicklung. Im Wettbewerb entstehen bekanntlich die besten Lösungen zur Ausgestaltung des Rechts.

201 Zum ganzen Argument Robert Basedow, Eine Reform von Investitionsschutz und Schiedsgerichtsbarkeit unter CETA und TTIP, Diskussionspapier für die Sitzung des TTIP-Beirates des Bundeswirtschaftsministeriums am 14. Januar 2015, 4, <www.bmwk.de>.

202 Vgl. Landau/Brown/Waibel (Fn. 184), 907–940; Lamm/Digón/Walczyk (Fn. 199), 941–980.

203 Vgl. allg. Langford/Creamer/Behn (Fn. 9), 284: „Turning to investment, we then demonstrated that there has been a significant drop in claimant-investor success across time and found suggestive evidence that investor-state arbitrators have moderately shifted their behaviour on some types of outcomes“. Vgl. auch Schreuer, *Future of International Investment Law* (Fn. 118), 1906: „Tribunals have read the signs and have become more cautious“.

204 So stehen einige lateinamerikanische und asiatische Staaten einem MIC eher skeptisch gegenüber, vgl. Dederer (Fn. 23), 308.

Thesen

zum Referat von Prof. Dr. Wolfgang Wurmnest, Hamburg

1. Auslandsinvestitionen können einen wichtigen Beitrag zur Entwicklung von Volkswirtschaften leisten, auch in Bezug auf Entwicklungsländer. Investitionsabkommen auf bi- und multilateraler Ebene sichern Investoren seit vielen Jahrzehnten völkerrechtlichen Schutz vor bestimmten, in weiten Teilen der Welt als problematisch anerkannten Eingriffen durch den Staat.
2. Eine strenge kausale Verbindung von Investitionsschutzabkommen und Auslandsinvestitionen lässt sich nicht eindeutig feststellen. Solche Übereinkommen sind aber sicherlich ein Faktor, der ein positives Klima für Investitionen schaffen kann.
3. Die Ausgestaltung der Rechtsdurchsetzung in Investor-Staat-Verfahren ist von der Frage der materiellen Schutzstandards zu trennen. Dass Schiedsgerichte über Investitionsstreitigkeiten entscheiden, ist eine neuere Rechtsentwicklung und nicht zwingend mit der Herausbildung des materiellen Investitionsschutzrechtes verwoben.
4. Um das Schiedsverfahren vor staatlicher Einflussnahme zu schützen, ist das ICSID-Verfahren als weitgehend geschlossenes völkerrechtliches System ausgestaltet. Damit unterscheidet es sich signifikant von Verfahren vor anderen Schiedsorganisationen (ICC, SCC etc.), die in das nationale Recht eingebettet sind.
5. Der EuGH hält die Schiedsunterwerfung eines EU-Mitgliedstaats durch einen völkerrechtlichen Vertrag für Intra-EU-Investor-Staat-Streitigkeiten für unwirksam, selbst wenn der völkerrechtliche Vertrag unter Beteiligung von Drittstaaten geschlossen wurde. Begründet wird die Unwirksamkeit allein mit unionsrechtlichen Wertungen.
6. Die Entscheidungen *Achmea* und *Komstroy* des EuGH stoßen außerhalb der EU auf breite Ablehnung durch staatliche Gerichte und Schiedsgerichte, so dass die EuGH-Vorgaben nur in der EU effektiv durchgesetzt werden können. Gleichzeitig besteht die Gefahr, dass das ICSID-System weiter unter Druck gerät, wenn andere Staaten ebenfalls versuchen, das Verfahren einzuschränken oder Zahlungen zu verweigern.
7. Das traditionelle Streitbeilegungssystem zwischen Investoren und Staaten (ISDS) weist einige Schwächen auf. Neben sehr allgemein gefassten Schutzstandards passen Strukturen, die sich in der privaten Schiedsgerichtsbarkeit bewährt haben, für ISDS-Verfahren nur bedingt. Dies gilt insbesondere für den Grundsatz der Vertraulichkeit, aber auch für die Bestellung von Schiedsrichtern, die zugleich anwaltlich beraten dürfen.
8. Ein direkter Zugang von Investoren zu einem außerstaatlichen Streitbeilegungsorgan sollte beibehalten werden, um Schutzlücken nach nationalem Recht auszuschließen.
9. Die von der UNCITRAL angestoßene Steigerung der Transparenz von ISDS-Verfahren ist mit Blick auf die Akzeptanz solcher Verfahren zu begrüßen. Die neuen Transparenzregeln dürfen aber nicht so angewendet werden, dass schützenswerte Geheimhaltungsinteressen der Verfahrensbeteiligten verletzt werden oder Dritte sich de facto zu Verfahrensbeteiligten aufschwingen können.

10. Schiedsgerichte werden Investitionsstreitsachen sehr wahrscheinlich kostengünstiger und effizienter bearbeiten können als ein permanenter Investitionsgerichtshof. Zudem ist die Vollstreckung von Schiedssprüchen aufgrund bestehender Abkommen sichergestellt. Diese Aspekte sind aber nicht entscheidend, wenn ein Gerichtssystem für mehr Akzeptanz und Kohärenz sorgen kann. Die Schaffung einer Rechtsmittelinstanz kann ein sehr sinnvolles Instrument sein, um die Kohärenz der Rechtsanwendung zu steigern.

Summary

Investment arbitration in times of crisis
by Prof. Dr. Wolfgang Wurmnest, Hamburg

1. Foreign investments contribute significantly to the development of national economies, also with regard to developing countries. For many decades, investment agreements at bilateral and multilateral level have provided investors with protection under international law against certain state interventions that are recognized as problematic in many parts of the world.
2. A strict causal link between investment protection agreements and foreign investment cannot be established. However, such agreements are certainly a factor that can create a positive environment for investment.
3. The form of dispute resolution in investor-state proceedings must be distinguished from the substantive protection standards. The fact that arbitral tribunals decide on investment disputes is a recent legal development and is not necessarily intertwined with the emergence of investment protection law.
4. In order to protect the arbitration proceedings from state interference, ICSID proceedings are designed as an enclosed system under international law. This distinguishes ICSID significantly from proceedings of other arbitral institutions (ICC, SCC, etc.), which are embedded into national law.
5. The CJEU considers the submission of an EU member state to an intra-EU investor-state arbitration by means of an international treaty to be null and void, even if the international treaty binds not only EU member states but also third countries. This invalidity is based solely on concerns of EU law.
6. The CJEU's *Achmea* and *Komstroy* judgments are widely rejected by state courts and arbitral tribunals outside the EU, meaning that the invalidity can only be effectively enforced within the EU. At the same time, there is a risk that the ICSID system will face further pressure if other states also attempt to restrict proceedings or refuse payments.
7. Traditional investor-state dispute settlement („ISDS”) proceedings have a number of flaws. Besides having very broad protection standards, instruments that worked well in private arbitration are also only partially suitable for ISDS. This is particularly the case with regard to the principle of confidentiality, but also applies to the appointment of arbitrators who work as legal counsels in other ISDS cases.
8. Direct access of investors to an international dispute resolution mechanism should be maintained in order to exclude protection gaps under national law.
9. UNCITRAL's initiative to increase transparency in ISDS is to be welcomed as it leads to a greater acceptance of such proceedings. However, the transparency rules must not be applied in such a way that confidentiality interests are violated or that third parties effectively become parties to the proceedings.
10. Arbitral tribunals will most likely handle investment disputes more cost-effectively and efficiently than a permanent investment court. In addition, the enforcement of

arbitral awards is ensured on the basis of existing international agreements. However, these benefits are not decisive if an investment court system can ensure greater acceptance and consistency of decision practice. The establishment of an appellate body can be a very useful instrument for increasing the consistency in the application of the law.