

Investor-Staat-Streitbeilegung – Suche nach alternativen Lösungsansätzen und -wegen

Ludwig Gramlich und Claudia Conen*

Internationales Investitionsrecht steht (nunmehr bereits seit vielen Monaten) in der Kritik vor allem der Zivilgesellschaft und scheint in einem Wandel begriffen. Gegenstand der Kritik ist in erster Linie die traditionelle Investor-Staat-Streitbeilegung. Diese hat die bi- und teils auch multilateralen Investitionsschutzabkommen der vergangenen Jahrzehnte geprägt und soll aktuell zumindest nach mancher Auffassung¹ auch in der Transatlantischen Handels- und Investitionspartnerschaft (Transatlantic Trade and Investment Partnership, TTIP) zwischen der Europäischen Union und den USA ihren Niederschlag finden. Um den Abschluss des Freihandelsabkommens TTIP insgesamt nicht zu gefährden, sucht die Politik (zwischenzeitlich) national wie auf EU-Ebene verstärkt nach Alternativen zum bisherigen ‚investor-state dispute settlement‘ (ISDS). Wie grundlegend anders diese Alternativen sein können, gegebenenfalls auch sein werden und inwieweit die bisherige ISDS-Systematik ins Wanken gerät, wird (zumindest) in der Wissenschaft nicht unterschätzt: Marc Bungenberg, Jörn Griebel, Stephan Hobe und August Reinisch weisen in der allgemeinen Einführung zu dem von ihnen herausgegebenen Werk über „International Investment Law“² nicht nur darauf hin, dass die „sustainability of the current system“ in Gefahr sein könne. Sie benennen auch „the future design of the investor-state dispute settlement“ als eines von zwei zentralen Problemen, darin eingeschlossen die Klärung der Rolle von „Transparenz“.³ Die dort geleistete Reflektion über die Zukunft von „investment arbitration“⁴ aufgreifend werden im Folgenden zunächst die ‚bewährte‘ Investor-Staat-Streitbeilegung kurz skizziert und anschließend alternative Lösungsansätze in institutioneller wie auch prozeduraler Hinsicht aufgezeigt. Abschließend wird aus den Erkenntnissen ein Fazit

* Univ.-Prof. Dr. jur. Ludwig Gramlich, Professur für Öffentliches Recht und Öffentliches Wirtschaftsrecht, Technische Universität Chemnitz.
Dr. jur. Claudia Conen, Wirtschaftsjuristin und Wirtschaftsmediatorin, Lehrbeauftragte für Außergerichtliche Streitbeilegung an der Goethe-Universität Frankfurt a.M.; Präsidiumsmitglied der Europa-Union Deutschland, Berlin.

- 1 Vgl. etwa Volker Treier/Stephan Wernicke: Die Transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft (TTIP) – Trojanisches Pferd oder steiniger Weg zum Olymp?, in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 9/2015, S. 334-339, hier S. 337-338; Joachim Karl: Investor-Gaststaat-Streitschlichtung – ein Auslaufmodell, in: Recht der internationalen Wirtschaft 1/2015, S. 41-46; offener Ulrich Karpenstein/Matthias Kottmann: Prozessführung, Haftung und Regress in Schiedsstreitigkeiten auf Grundlage von EU-Investitionsabkommen, in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 7/2015, S. 256-260, hier S. 257; Mansur Pour Rafsэндjani: Der Investitionsschutz im transatlantischen Handels- und Investitionspartnerschaftsabkommen (TTIP), in: juris – Die Monatszeitschrift 6/2015, S. 222-228, hier S. 228; befürwortend generell auch (noch?) Deutscher Bundestag: Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Thilo Hoppe, Kerstin Andreae, Dr. Gerhard Schick, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN. Auslandsinvestitionspolitik der Bundesregierung und der Europäischen Union, Drucksache 17/7473 vom 26.10.2011, S. 8, 10.
- 2 Marc Bungenberg/Jörn Griebel/Stephan Hobe/August Reinisch (Hrsg.): International Investment Law. A Handbook, Baden-Baden 2015.
- 3 Ebenda, S. 3-4.
- 4 Kaj Hobér: Does Investment Arbitration have a Future?, in: Bungenberg/Griebel/Hobe/Reinisch: International Investment Law, 2015, S. 1873-1878; und Catherine Kessedjian: Where Public meets Private: a Few Thoughts on Investment Law and Arbitration, in: Bungenberg/Griebel/Hobe/Reinisch: International Investment Law, 2015, S. 1879-1883.

gezogen und ein Ausblick gegeben auf den Verfassern als realisierbar erscheinende Modifizierungen einer ISDS.

Investor-Staat-Streitbeilegung als Sonderweg

Seit mehreren Jahrzehnten finden sich in zahlreichen Investitionsschutzabkommen Regelungen nicht nur für den Fall von Meinungsverschiedenheiten zwischen den Vertragsparteien (herkömmliche zwischenstaatliche Streitbeilegung⁵), sondern auch für Konflikte in Bezug auf Investitionen beziehungsweise Kapitalanlagen zwischen einer Vertragspartei (dem ‚Gastland‘) und einem Investor aus dem anderen Vertragsstaat.⁶ Scheitert eine vorab anzustrebende gütliche oder freundschaftliche Beilegung der Kontroverse, so wird jedenfalls auch dem Investor selbst, obwohl er kein Völkerrechtssubjekt ist,⁷ völkervertraglich das Recht auf Durchführung eines (Investor-Staat-)Schiedsverfahrens eingeräumt. Sehr oft wird aber eine Inanspruchnahme der Fazilitäten des „International Centre for Settlement of Investment Disputes“ (ICSID) vorgesehen, wenn Heimat- und Gaststaat das Übereinkommen zur Errichtung dieser Organisation⁸ der Weltbank-Gruppe ratifiziert haben. Damit wird häufig, anknüpfend an Art. 26 der ICSID-Konvention, nicht nur jede andere Form der Streitbeilegung ausgeschlossen, sondern erübrigt sich auch und gerade eine alternative oder vorhergehende ‚local remedy‘ (durch Gerichte des Gastlandes).⁹ ‚Arbitration‘ nach Artt. 36-55 des Übereinkommens mündet in einen endgültigen und bindenden Schiedsspruch, der nur sehr eingeschränkt überprüft werden kann, aber auch dem beteiligten (Gast-)Staat gegenüber vollstreckbar ist.¹⁰ Ist ein Staat daher Partei sowohl eines Investitionsschutz- als auch des ICSID-Übereinkommens, hat er sich hierdurch, unabhängig von Art und Ausmaß der Mitwirkung der Volksvertretung oder gar des Staatsvolkes direkt,¹¹ strikten Bindungen unterworfen. Im Rahmen des persönlichen, sachlichen und zeitlichen Anwendungsbereichs dieser Verträge sind die Kompetenzen sowohl der nationalen Judikative als auch des Parlaments nachhaltig betroffen. Fremde Investoren beziehungsweise aus dem Ausland stammende Investitionen¹² werden damit im Verhältnis zu auf andere Weise grenzüberschreitend tätigen (nicht-staatlichen) Akteuren abweichend behandelt und zu-

5 Government-to-government dispute settlement (GGDS) ist auch für die WTO-Streitbeilegung das alleinige Verfahren. Vgl. Understanding on rules and procedures governing the settlement of disputes, WTO Dispute Settlement Understanding (DSU), Anhang 2 des WTO-Gründungsübereinkommens vom 15.4.1994, Art. 1, 10, in: Bundesgesetzblatt Teil II, Nr. 40 vom 9. September 1994, S. 1598-1622 (englisch) beziehungsweise S. 1749-1763 (deutsch), hier S. 1598, 1605 beziehungsweise S. 1749, 1753.

6 Zum Beispiel Art. 11 des deutschen Mustervertrags (1998), abgedruckt bei Christoph von Reyher: Die bilateralen Konzepte der Bundesrepublik Deutschland und der Vereinigten Staaten von Amerika sowie deren Bedeutung für die Entwicklung des Schutzes von Auslandsinvestitionen, Frankfurt am Main 2005, S. 381-389.

7 Auch wenn es um „öffentliche“ Investitionen geht; siehe Beispiele bei von Reyher: Bilaterale Konzepte, 2005, S. 106-107; Sabine Konrad: Protection of Investments Owned by States, in: Bungenberg/Griebel/Hobe/Reinisch: International Investment Law, 2015, S. 545-554, hier S. 546-553.

8 Übereinkommen zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Staaten und Angehörigen anderer Staaten vom 18. März 1965 (ICSID-Übereinkommen), in: Bundesgesetzblatt Teil II, Nr. 12 vom 4. März 1969, S. 371-393.

9 Vgl. Michael Waibel: Investment Arbitration: Jurisdiction and Admissibility, in: Bungenberg/Griebel/Hobe/Reinisch: International Investment Law, 2015, S. 1212-1287, hier S. 1282-1284.

10 Art. 54 ICSID-Übereinkommen.

11 Im Hinblick auf Artt. 27 und 46 der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK) vom 23. Mai 1969, in: Bundesgesetzblatt Teil II, Nr. 28 vom 13. August 1985, S. 927-960, hier S. 937, 944-945.

12 Detailliert hierzu die Beiträge in Kapitel 6, Abschnitte II. (‚Ratione Materiae‘) und III. (‚Ratione Personae‘), in: Bungenberg/Griebel/Hobe/Reinisch: International Investment Law, 2015, S. 495-613 und S. 614-652.

mindest prozedural besser gestellt. Wird dann sogar völkervertraglich eine einvernehmliche Einzelfalllösung zur Streitbeilegung eröffnet, ist zudem anders als im Rahmen des ICSID die Diskussion um dadurch geschaffene ‚Privilegien‘ einzelner (mächtiger) Unternehmen naheliegend.¹³ Folglich ist eine Analyse angezeigt, ob es Möglichkeiten einer Konsolidierung gibt oder aber wesentliche Änderungen des Status quo erfolgen sollten.

Institutionelle Maßnahmen

Langfristige Maßnahmen

Unabhängig von der Existenz und Ausgestaltung privater internationaler Schiedsgerichte mit oder ohne detailliertem Regelwerk sowie der bisherigen Praxis zwischenstaatlicher Schiedsgerichtsbarkeit wird der Bedarf eines zuständigen ‚Welthandelsgerichts‘ in der Öffentlichkeit offenbar immer stärker gesehen, wobei zentrale Aspekte wie optionale oder obligatorische Einschaltung (und damit in Deutschland die Relevanz von Art. 24 Abs. 3 Grundgesetz¹⁴) bisher kaum erörtert werden. Wäre die zuletzt genannte (supranationale) Variante beabsichtigt, würden sich hieraus alsbald Fragen der Kompetenzabgrenzung im Verhältnis zum Europäischen Gerichtshof wie zu nationalen Verfassungsgerichten der Parteien eines diesbezüglichen multilateralen Vertrags ergeben.

Im Frühjahr 2015 haben Vertreter der Politik wie etwa Bundeswirtschaftsminister Sigmar Gabriel im Kontext des „Comprehensive Economic and Trade Agreement“ (CETA)¹⁵ die Schaffung eines internationalen Handelsgerichts mit „neuem Schiedsmechanismus“¹⁶ vorgeschlagen.¹⁷ Die ehemalige EU-Kommissarin Viviane Reding ging weiter und forderte einen „Internationalen (Schieds-)Gerichtshof für Investitionsstreitigkeiten“¹⁸ (wohl zwischenstaatlich-intergouvernementaler Natur). Daran knüpfte auch ein von dem neuen zuständigen Kommissionsmitglied Cecilia Malmström vorgelegtes Konzeptpapier an.¹⁹ Gabriel schlug auch einen ständigen europäisch-amerikanischen Handelsgerichtshof vor.²⁰

13 Pointiert Anträge der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN: Keine Klageprivilegien für Konzerne – CETA-Vertragsentwurf ablehnen, Deutscher Bundestag, Drucksache 18/2620 vom 24.9.2014, S. 1; und der Fraktion DIE LINKE: Keine Paralleljustiz für internationale Konzerne durch Freihandelsabkommen, Deutscher Bundestag, Drucksache 18/5094 vom 9.6.2015, S. 1.

14 Dazu näher Ludwig Gramlich/Claudia Conen: Verfassungs- und unionsrechtliche Aspekte einer Investor-Staat-Streitbeilegung, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 4/2015, S. 779-800.

15 Consolidated CETA Text, 26. September 2014, abrufbar unter: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf (letzter Zugriff: 29.12.2015).

16 EurActiv: EU-Sozialdemokraten beschließen CETA-Kompromiss, 23.2.2015.

17 SPD: Verbesserungen an CETA und darüber hinaus – Meilensteine für modernen Investitionsschutz setzen, Positionspapier, 23.2.2015, abrufbar unter: http://www.spd.de/linkableblob/127484/data/20150223_ceta_isds_papier_madrid.pdf (letzter Zugriff: 29.12.2015); Eckpunkte hierbei sind öffentlich-rechtliche Schiedsgerichte bestehend aus Berufsrichtern, Berufungsmöglichkeiten gegen Urteile und Strafzahlungen bei „unberechtigten Klagen“ aufgrund nicht offensichtlicher Diskriminierung, siehe auch EurActiv: TTIP: Gabriel hält Streit um Schiedsgerichte für lösbar, 20.3.2015.

18 Viviane Reding: ISDS muss durch staatliches Gericht ersetzt werden, in: EurActiv, 18.3.2015.

19 Europäische Kommission: Investment in TTIP and beyond – the path for reform, Konzeptpapier, Mai 2015, S. 4, abrufbar unter: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF (letzter Zugriff: 29.12.2015).

20 Michael Baumüller: Gabriel plädiert für ständigen TTIP-Gerichtshof, in: Süddeutsche Zeitung, 2.5.2015; Antrag der Fraktion DIE LINKE: Keine Paralleljustiz, 2015, S. 2.

Im Herbst 2015 präsentierte die Europäische Kommission, gestützt auf das Malmström-Papier und eine Auswertung der öffentlichen Konsultation zum Investitionsschutz,²¹ einen Vorschlag für ein „investment court system“, wie es Teil von TTIP und aller künftigen ähnlichen Handelsabkommen werden könnte.²² Dem Entwurf zufolge sollen ein „First Instance Tribunal“²³ und ein „Appeal Tribunal“²⁴ geschaffen werden, Letzteres im Verfahren an den Appellate Body der Welthandelsorganisation (WTO)²⁵ angelehnt. Für die Qualifikation der öffentlich ernannten (Schieds-)Richter sollen hohe Anforderungen (wie beim Internationalen Gerichtshof, IGH, oder der WTO) gelten.²⁶ Auch solle der Zugang zu diesem System Investoren nur unter klar definierten, materiell begrenzten Voraussetzungen eröffnet werden.²⁷ Es bleibt abzuwarten, ob Rat und Europäisches Parlament diese Konzeption mittragen werden – und wie sich die USA dazu stellen.

Die Wahrnehmung eines Rechtsschutzdefizits in Teilen der Öffentlichkeit und die (darauf basierenden) Forderungen der Politik nach Remedur sind durchaus nachvollziehbar.

In der Sache müssten dazu allerdings – langfristig – vorhandene internationale Schiedsgerichtsinstitutionen und -verfahren in ein neu geschaffenes Internationales Investitions(schieds)gericht (IIG) überführt werden und zwar von möglichst allen Vertragsstaaten, die derzeit die ICSID-Konvention unterzeichnet oder/und das UNCITRAL-Modellgesetz²⁸ übernommen beziehungsweise sich auf die UNCITRAL-Schiedsgerichtsordnung²⁹ verständigt haben. Dies sind immerhin mehr als 150 Staaten weltweit, welche allesamt dieser Bereinigung zustimmen müssten.

Ein spezifischer – neuer – internationaler Schiedsgerichtshof für ISDS³⁰ bedürfte der Aushandlung eines diesbezüglichen multilateralen Abkommens. Daran beteiligt sein müssten nicht nur Staaten, sondern auch intergouvernementale Organisationen, wenn sie –

- 21 Europäische Kommission: Transatlantic Trade and Investment Partnership. Trade in Services, Investment and E-Commerce, Entwurf, abrufbar unter: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc_153807.pdf (letzter Zugriff: 29.12.2015); dazu auch Europäische Kommission: Reading Guide. Draft text on Investment Protection and Investment Court System in the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP), 16.9.2015, abrufbar unter: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-5652_en.htm (letzter Zugriff: 29.12.2015); sowie als Überblick Europäische Kommission: Kommission schlägt Investitionsgerichtsbarkeit für TTIP und andere EU-Handels- und Investitionsabkommen vor, Pressemitteilung, 16.9.2015, IP/15/5651.
- 22 Hierzu Europäische Kommission: Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen. Handel für alle. Hin zu einer verantwortungsbewussteren Handels- und Investitionspolitik, COM(2015) 497, S. 18-19.
- 23 Europäische Kommission: TTIP, Entwurf, Kap. II, Abschn. 3, Art. 9.
- 24 Ebenda, Art. 10.
- 25 WTO DSU, Art. 17.
- 26 Vgl. Europäische Kommission: TTIP, Entwurf, Annex II, Code of Conduct for Members of the Tribunal, the Appeal Tribunal and Mediators, der zugleich für Mediatoren gilt, Art. 9.
- 27 Europäische Kommission: TTIP, Entwurf, Kap. II, Abschn. 2, Art. 3, 6.
- 28 United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL): Model Law on International Commercial Arbitration, abrufbar unter: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf (letzter Zugriff: 29.12.2015), basierend auf Vereinte Nationen: Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10. Juni 1958, abrufbar unter: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-E.pdf> (letzter Zugriff: 29.12.2015).
- 29 UNCITRAL: Arbitration Rules, verabschiedet durch UN-Resolution 31/98 (1976), grundlegend geändert zum 15. August 2010 mit UN-Resolution 65/22 (2010) sowie ergänzt 2013 mit Wirkung vom 1. April 2014, abrufbar unter: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-2013/UNCITRAL-Arbitration-Rules-2013-e.pdf> (letzter Zugriff: 29.12.2015).
- 30 So SPD: Verbesserungen an CETA, 2015; als „Ideal“ erachtet dies Stephan Schill: Investor-Staats-Schiedsgerichtsbarkeit im TTIP, in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 3/2015, S. 105; in diese Richtung auch Hilde Mattheis: Beim Investorenschutz weiterdenken, in: Frankfurter Rundschau, 17./18.1.2015; Claus Dieter Classen: Die Unterwerfung demokratischer Hoheitsgewalt unter eine Schiedsgerichtsbarkeit, in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 16/2014, S. 611-616, hier S. 616.

wie die „supranationale“ Europäische Union³¹ – im Hinblick auf internationales Investitionsrecht vormals mitgliedstaatliche Kompetenzen wahrnehmen. Wesentlich wäre auch eine Verbindung zu, wenn nicht gar eine Verschmelzung mit bereits vorhandenen Institutionen und Mechanismen. Nicht zuletzt wäre zu klären, welches Verhältnis zu privater internationaler Schiedsgerichtsbarkeit besteht, wenn und soweit auch dort identische Parteikonstellationen (privater beziehungsweise öffentlicher Investor gegen Staat) auftreten (können).³² Die Schaffung eines (bilateralen) ständigen europäisch-amerikanischen Handelsgerichtshofs dagegen würde auf europäischer Seite zunächst die Zustimmung aller Mitgliedstaaten beziehungsweise hierdurch die Übertragung der entsprechenden Kompetenzen auf die Europäische Union voraussetzen.

Zusätzlich müssten sich neben den Investoren auch und vor allem die Staaten grundsätzlich von der bisherigen Vorgehensweise lösen, sich in der internationalen Handelspolitik jeweils ad hoc auf (private oder zwischenstaatliche) Schiedsgerichtsinstitutionen beziehungsweise -verfahren zu verständigen. Denn neben den im Vordergrund stehenden Vorteilen für Investoren bringt der Einsatz nicht-öffentlicher Schiedsgerichtsverfahren auch der staatlichen Seite durchaus nennenswerten Nutzen und schützt sie vor wenig willkommener Neugier oppositioneller politischer Kräfte.

Ein suprastaatliches IIG erfordert seinerseits zunächst die Einigung möglichst vieler interessierter Staaten (beziehungsweise anderer Völkerrechtssubjekte) auf die Schaffung (nur) eines Gerichts beziehungsweise einer ähnlichen Streitbeilegungsinstitution, einen Gerichtsort, ein konkretes Regelwerk, gegebenenfalls qualitative und quantitative Anforderungen an die (Schieds-)Richter, ihre Bestellung und etwaige Abberufung sowie die Präzisierung eines einheitlichen Entscheidungsmaßstabs. Zudem müssten sich die Gründer auf die Finanzierung dieses IIG einschließlich seiner Richter, eine entsprechende Personal- und Sachausstattung und gegebenenfalls die Zuweisung weiteren Personals einigen. Die daraus abzuleitende Konsequenz wäre die (bei früheren Versuchen stets gescheiterte³³) möglichst universelle Konzipierung eines ‚Weltinvestitionsrechts‘.

Errichtung und Ausgestaltung eines IIG könnten sich dabei vielfach an der bisherigen Ausgestaltung der internationalen privaten und zwischenstaatlichen Schiedsgerichtsbarkeit orientieren. Mit der Übernahme von (einzelnen) ICSID³⁴ und/oder UNCITRAL-Kriterien³⁵ für den IIG könnten etwa bereits bewährte Verfahrensparameter als ‚Mindeststandards‘ übernommen werden, auf die sich bislang mehr als 150 beziehungsweise mehr als

31 Zur Erweiterung der Kompetenzen nach Art. 207 AEUV auf „Direktinvestitionen“ siehe Christoph Ohler: Die Vereinbarkeit von Investor-Staat-Schiedsverfahren mit deutschem und europäischem Verfassungsrecht, in: JuristenZeitung 7/2015, S. 337-346, hier S. 337-338; insofern ungenau Classen: Die Unterwerfung demokratischer Hoheitsgewalt, 2014, S. 615.

32 Im Hinblick auf den Permanent Court of Arbitration (PCA) vgl. PCA: Arbitration Rules 2012, Art. 1, abrufbar unter: http://www.pca-cpa.org/PCA%20Arbitration%20Rules%202012%20%28as%20adopted%20on%20December%2017,%202012%29e259.pdf?fil_id=2054 (letzter Zugriff: 29.12.2015); zum Yukos-Fall siehe PCA: PCA Case No. AA 227, Final Award vom 18. Juli 2014, abrufbar unter: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3279.pdf> (letzter Zugriff: 29.12.2015); und Hansjörg Stutzer: Spektakuläre Schadenssumme – mustergültiger Prozess, in: Neue Zürcher Zeitung, 13.8.2014.

33 Zur Historie nur Chester Brown: The Evolution of the Regime of International Investment Agreements: History, Economics and Politics, in: Bungenberg/Griebel/Hobe/Reinisch: International Investment Law, 2015, S. 153-185.

34 Insbesondere Regeln zu „conciliation“ und „arbitration“ in Art. 28-35, 36-55 des ICSID-Übereinkommens.

35 UNCITRAL: Arbitration Rules (2010/2013).

60 Staaten im Rahmen von ICSID und UNCITRAL geeinigt haben.³⁶ Dazu zählen beispielsweise (wenn auch jeweils im Detail unterschiedlich ausgestaltet beziehungsweise durch das jeweilige Schiedsgericht und nach dem zugrunde liegenden Rechtsverständnis unterschiedlich ausgelegt³⁷) Dokumentenherausgabeverlangen („discovery“) des Gerichts,³⁸ die Beteiligung Dritter („amici curiae“) im Verfahren³⁹ oder die Veröffentlichung von (Schieds-)Urteilen.⁴⁰

Bei einem IIG könnten anerkannte Handels- und/oder Rechtsexperten auch aus dritten Staaten in weitgehend transparenten Verfahren⁴¹ über die Einhaltung der Investitionsschutzregeln durch Gastland und ausländischen Investor wachen. Die Unparteilichkeit der (Schieds-)Richter könnte durch die Auswahl und (zeitlich befristete) Ernennung jeweils durch die Vertragsstaaten erfolgen. Die notwendige allgemeine (juristische, möglichst auch ökonomische) Qualifikation könnte bereits durch die Aufnahme in eine beim IIG geführte Liste gesichert werden. Die Kritik,⁴² durch Mitwirkung der Konfliktparteien an der Richterbenennung würden mittelbar die Interessen der Streitenden (vor allem, aber nicht nur der staatlichen Seite) in Verfahren und Entscheidung einfließen, kann zwar nicht völlig entkräftet werden, muss mangels besserer Alternativen jedoch wohl in Kauf genommen werden. Dass von Parteien ausgewählte Vertreter als „Parteienanwälte“ eine andere Rolle einnehmen als neutrale Richter, macht die einmal bestellten Personen nicht per se unfähig, entsprechend ihrer „(schieds)richterlichen“ Funktion zu agieren, sofern offensichtliche Interessenkonflikte durch Befangenheitsregeln minimiert werden. Denn der „subjektive Faktor“ der Richter-Persönlichkeit ist generell vorhanden und nicht völlig auszublenden. Unabhängigkeit, Unparteilichkeit und angemessene Qualifikation sind wichtige Postulate wirksamer friedlicher Streitbeilegung, denen jedoch in unterschiedlicher Weise so weit wie möglich Rechnung getragen werden sollte.⁴³ Schließlich erhalten Richter und Anwälte oft (auch in Deutschland) die gleiche (juristische) Ausbildung – und beide sind auch glei-

36 Unterzeichnerstaaten des ICSID-Übereinkommens sind abrufbar unter: <http://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/about/Pages/Database-of-Member-States.aspx> (letzter Zugriff: 29.12.2015) beziehungsweise der UNCITRAL: http://www.uncitral.org/uncitral/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html (letzter Zugriff: 29.12.2015).

37 Zum Beispiel in Bezug auf die Dokumentenherausgabe Gabrielle Kaufmann-Kohler/Philippe Bärtsch: *Discovery in international arbitration: How much is too much?*, in: *SchiedsVZ* 1/2004, S. 13-21; ebenso Klaus Sachs: *Use of documents and document discovery: „Fishing expeditions“ versus transparency and burden of proof*, in: *SchiedsVZ* 5/2003, S. 193-198.

38 Beispielsweise International Centre for Settlement of Investment Disputes: *Rules of Procedure for Arbitration Proceedings (Arbitration Rules)*, Art. 34 Abs. 2, abrufbar unter: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/partF.htm> (letzter Zugriff: 29.12.2015).

39 Beispielsweise UNCITRAL: *Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration*, Art. 4, abrufbar unter: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/rules-on-transparency/Rules-on-Transparency-E.pdf> (letzter Zugriff: 29.12.2015); siehe dazu im Grundsatz schon Friederike Stumpe: *Participation of Amici Curiae in Investment Treaty Arbitration*, in: *SchiedsVZ* 3/2008, S. 125-135, hier S. 128-129.

40 Diese werden zwischenzeitlich sowohl von ICSID als auch von UNCITRAL veröffentlicht, siehe ausführlich bei ICSID: <http://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/about/Pages/AdvancedSearch.aspx> (letzter Zugriff: 29.12.2015) und (eingeschränkt) bei UNCITRAL: www.uncitral.org/clout/index.jsp (letzter Zugriff: 29.12.2015).

41 Zur Diskrepanz mit deutschem Datenschutzrecht siehe Markus Burianski/Martin Reindl: *Truth or Dare? The Conflict Between E-discovery in International Arbitration and German Data Protection Rules*, in: *SchiedsVZ* 4/2010, S. 187-200.

42 Vgl. zum Beispiel Andreas Zielcke: *Transatlantisches Freihandelsabkommen TTIP – Sieg über das Gesetz*, in: *Süddeutsche Zeitung*, 2.5.2014.

43 Vgl. nur Art. 97 des Grundgesetzes (GG), § 1 und 5 des Deutschen Richtergesetzes (DRiG); Art. 253 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), Art. 2-8 der Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH-Satzung); ferner Rafsendsjani: *Investitionsschutz*, 2015, S. 227.

chermaßen zu einer wirtschaftsrelevanten Vertiefung beziehungsweise Spezialisierung befähigt. Es ist zudem (in Deutschland) nicht unüblich, dass Anwälte ins Richteramt berufen werden oder es (umgekehrt) zugunsten einer anwaltlichen Tätigkeit wieder verlassen. Maßgeblich und zugleich hinreichend erscheint vor allem, dass in angemessener Weise (institutionell-prozedural) gewährleistet ist, dass die jeweilige Aufgabe sachgerecht und fair, das heißt ‚nach bestem Wissen und Gewissen‘, wahrgenommen wird.

Um ein Mehr gegenüber ICSID und UNCITRAL zu erreichen, müssten die an dem hier skizzierten Fortschritt interessierten Staaten noch weitere, darüber hinausgehende einheitliche prozedurale Standards vereinbaren, die sich zum Beispiel auf Korrekturmechanismen („annulment“ oder „appeal mechanism“⁴⁴) oder Transparenzregeln (Öffentlichkeit als Regel) beziehen könnten. Auch die Rechtsgrundsätze, auf die ein IIG seine Entscheidungen im konkreten Streitfall stützen soll, müssten so weit wie möglich zu klaren Regeln präzisiert und veröffentlicht werden.

Bereits in der Vergangenheit hat sich gezeigt, dass es erhebliche Unterschiede gibt etwa in Bezug auf das Verständnis, ob und in welchem Umfang ein Schiedsgericht Dokumente nutzen und deren Herausgabe verlangen darf, ob und inwieweit Grundsätze der Beweisaufnahme mit nationalem Datenschutz beziehungsweise Geheimhaltungsbestimmungen im Zielkonflikt stehen⁴⁵ oder ob und in welchem Umfang die Beteiligung Dritter am Verfahren in Betracht kommt beziehungsweise die Befugnisse des Schiedsgerichts dazu ermächtigen, eine solche Beteiligung zuzulassen.⁴⁶ Solche Divergenzen bestehen in erster Linie im Vergleich der kontinentaleuropäischen, der angelsächsischen und der angloamerikanischen Rechtsordnungen und -kulturen sowie ihrer historischen Prägungen. Sie werden angesichts neuer bedeutsamer Akteure aus anderen Weltregionen auf der internationalen Ebene eher größer. Zudem ist eine direkte Mitwirkung der Europäischen Union an ICSID derzeit nicht möglich⁴⁷ und auch die Inanspruchnahme der „Additional Facility“⁴⁸ setzt eine am Streit beteiligte staatliche Partei voraus.⁴⁹ Hingegen ermöglicht die Mauritius-Konvention auch der Europäischen Union die Übernahme der UNCITRAL-Transparenzregeln.⁵⁰

Aufgrund dieser unterschiedlichen Rechtstraditionen, -kulturen und -systeme erscheint die Schaffung eines IIG (oder auch nur eines europäisch-amerikanischen Handelsgerichts) als alternative Lösung zu der kritisierten Investor-Staat-Streitbeilegung derzeit wenig aussichtsreich und allenfalls auf lange Sicht erreichbar. Vielmehr droht mit der Schaffung eines IIG zunächst eher ein Nebeneinander von mehreren Institutionen und Verfahren, damit ein (zusätzlicher) Wettbewerb um die jeweils passendste Streitbeilegung und zudem deren weitere Ausdifferenzierung im Sinne einer Verkomplizierung.

44 Zu Art. 52 des ICSID-Übereinkommens näher Jean-Christophe Honlet/Barton Legum/Anna Crevon: ICSID Annulment, in: Bungenberg/Griebel/Hobe/Reinisch: International Investment Law, 2015, S. 1431-1459; zur Unterscheidung auch Ohler: Die Vereinbarkeit von Investor-Staat-Schiedsverfahren, 2015, S. 341.

45 Siehe dazu ausführlich Burianski/Reindl: Truth or Dare?, 2010.

46 Siehe dazu ausführlich Stumpe: Amici Curiae, 2008.

47 Art. 67 des ICSID-Übereinkommens.

48 ICSID: Additional Facility Rules (2006), abrufbar unter: https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/icsidocs/Documents/AFR_English-final.pdf (letzter Zugriff: 29.12.2015).

49 Siehe Art. 2 der ICSID Additional Facility Rules.

50 Vgl. Europäische Kommission: The European Commission tables proposals to improve transparency in Investor-to-State Dispute Settlement (ISDS) based on existing investment treaties, Fact Sheet, 29.1.2015, MEMO/15/3882.

Zudem zeigt gerade die TTIP-Diskussion,⁵¹ dass es an einem Grundvertrauen zwischen den Staaten in eine an einheitlichen Prinzipien und Regeln ausgerichtete, für alle offenstehende und damit letztlich global angelegte Streitbeilegung zu mangeln scheint. Somit bleibt abzuwarten (und ist eher zweifelhaft), ob es den Verhandlungspartnern gelingt, im Zuge von TTIP den „Embryo“⁵² für ein IIG beziehungsweise ein europäisch-amerikanisches Handelsgericht zu schaffen.

Mittelfristige Maßnahmen

Internationale Handels- und Wirtschaftsabkommen, die mit dem bisher gängigen ISDS-Mechanismus versehen sind, könnten gekündigt und neu verhandelt werden, um dann aktuelle Forderungen nach mehr Verfahrenstransparenz und Öffentlichkeit besser zu berücksichtigen.

Durch ein die bisherigen Verträge ergänzendes beziehungsweise modifizierendes Abkommen zwischen möglichst vielen Vertragsstaaten (in Form von Musterregelungen) könnten bestehende Übereinkommen auch (ohne einseitige Kündigung⁵³) im Verhandlungswege abgeändert und verschärften Transparenzvorschriften⁵⁴ unterworfen werden, zum Beispiel im Hinblick auf die öffentliche Registrierung von Verfahren, die Veröffentlichung von Schriftsätzen, öffentliche Verhandlungen oder die Publizierung von Urteilen.⁵⁵ Die Verfahren würden dann sogar teils transparenter als Prozesse vor deutschen Verwaltungsgerichten.⁵⁶

Einen ersten Schritt in die (letztenannte) Richtung eines (auf verbesserte Verfahren abzielenden) ‚Multilateral Investment Treaty‘ (MIT) hat das deutsche Bundeskabinett in seiner Sitzung am 25. Februar 2015 gemacht: Es stimmte der Unterzeichnung der sogenannten Mauritius-Konvention (Übereinkommen der Vereinten Nationen über Transparenz in Investor-Staat-Schiedsverfahren auf der Grundlage von Verträgen) zu,⁵⁷ die alsbald parla-

51 Vgl. die divergierenden Positionen von Markus Krajewski: Investor-Staats-Schiedsgerichtsbarkeit im TTIP, in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 3/2015, S. 105; und Stephan Schill: Investor-Staats-Schiedsgerichtsbarkeit, 2015; hingegen explizit die fehlende Notwendigkeit mit den „hochentwickelten Rechtssystemen der EU und der USA“ begründend Europäisches Parlament, Ausschuss für internationalen Handel: Entwurf eines Berichts mit den Empfehlungen des Europäischen Parlaments an die Kommission zu den Verhandlungen über die transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft (TTIP) (2014/2228(INI)), 5.2.2015, Berichterstatter: Bernd Lange, PE549.135v 01-00, Ziff. 1 c) xiv); ähnlich (früher?) die Bundesregierung, siehe Deutscher Bundestag: Soziale, ökologische, ökonomische und politische Effekte des EU-USA Freihandelsabkommens, Drucksache 18/2100 vom 10. Juli 2014, S. 7, 10 und 14; Rafsendsjani: Investitionsschutz, 2015, S. 226.

52 Vgl. Reding: ISDS muss durch staatliches Gericht ersetzt werden, 2015.

53 Zur Regelung in deutschen Investitionsschutzverträgen (erst nach Mindestlaufzeit) von Reyher: Bilaterale Konzepte, 2005, S. 108-111; zur US-Praxis ebenda S. 249-250; allgemein Noah Rubins/Ben Love: The Scope of Application of International Investment Agreements – Ratione Temporis, in: Bungenberg/Griebel/Hobe/Reinisch: International Investment Law, 2015, S. 481-494, hier S. 492-493.

54 Generell dazu Monique Sasson: Investment Arbitration: Procedure, in: Bungenberg/Griebel/Hobe/Reinisch: International Investment Law, 2015, S. 1288-1372, hier S. 1292, 1350-1353.

55 Siehe UNCITRAL: Transparenzregister, abrufbar unter: <http://www.uncitral.org/transparency-registry/registry/index.jsp> (letzter Zugriff: 29.12.2015).

56 Vgl. § 99 der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) und speziell § 138 des Telekommunikationsgesetzes (TKG); dazu Bundesverwaltungsgericht: Beschluss 6 B 43.13 vom 21.1.2014, Rn. 10-24.

57 Unterzeichnung am 17.3.2015; Text in Vereinte Nationen: Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration, 2015, abrufbar unter: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/transparency-convention/Transparency-Convention-e.pdf> (letzter Zugriff: 29.12.2015).

mentarisch gebilligt werden soll.⁵⁸ Mit ihr können die UNCITRAL-Transparenzregeln von 2013/14 auf bereits bestehende, diesen jüngeren Vorgaben bislang nicht unterliegende Investitionsschutzverträge erstreckt werden. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass der beklagte Staat die Mauritius-Konvention ratifiziert hat und auch der Investor einem (anderen) Staat angehört, der an dieses Abkommen gebunden ist. Bislang haben (nur) 16 Staaten⁵⁹ die Mauritius-Konvention unterzeichnet. Bis zu dem angestrebten „Meilenstein auf dem Weg zu mehr Transparenz bei Schiedsverfahren“, wie Bundeswirtschaftsminister Gabriel die Unterzeichnung dieses Abkommens bezeichnete, ist es daher noch ein weiter Weg.⁶⁰ Insbesondere erscheint es problematisch, bereits weit gediehene spezifische Regelungswerke (wie die Mauritius-Konvention⁶¹) oder zumindest weiterführende Vorschläge (wie einen ISDS-Schiedsgerichtshof) mit schon abgeschlossenen oder noch laufenden Verhandlungen (wie TTIP) zu verknüpfen, nur weil hier gewisse Gemeinsamkeiten gesehen werden. Dadurch wird zum einen zusätzliche Komplexität eintreten, vor allem verursacht durch die nun entstandene Teilschnittmenge von Staaten, die mit ICSID oder/und via Mauritius mit UNCITRAL verbunden sind. Zum anderen wird mit der Transparenzlösung über Abkommen wie die Mauritius-Konvention eher an Symptomen kuriert, weil Verfahrensverbesserungen allein materielle Streitpunkte nicht ausräumen können. Insoweit bleibt auch abzuwarten, ob diese Übereinkunft eher ein bloßes ‚Marketinginstrument‘ internationaler und nationaler (insbesondere deutscher) Politik bleiben wird.

Für den Neuabschluss beziehungsweise die Modifikation bestehender Verträge ist neben erneuten Verhandlungen mit allen Vertragsstaaten notwendig, dass alle bisherigen Parteien einer an deren Ende erreichten Änderung zustimmen. Sollte sich ein Staat einem erneuten Abschluss beziehungsweise der Änderung verweigern, wäre statt der Kündigung durch die eine oder andere Partei sicherlich der Status quo das ‚geringere Übel‘, um der Gefahr vorzubeugen, dass ein Abkommen gar nicht mehr neu abgeschlossen wird. Allerdings sind ‚herkömmliche‘ Investitionsschutzverträge oft befristet,⁶² sodass auch hierdurch ein gewisser Druck zu Gesprächen vor Ablauf der vereinbarten Dauer entsteht. Die Gefahren der Kündigung und Neuverhandlung bestehen darin, den einmal mühsam errungenen Kompromiss unter den neuen ‚Vorzeichen‘ wie zum Beispiel einem geänderten politischen oder gesellschaftlichen Umfeld im Verhältnis zur Situation beim ursprünglichen Vertragschluss nicht mehr zu erreichen beziehungsweise beizubehalten, geschweige denn einen Konsens über weitere, neue Themen zu erzielen.

58 Vgl. Antwort der Bundesregierung: Deutscher Bundestag: Schriftliche Fragen mit den in der Woche vom 26. Mai 2015 eingegangenen Antworten der Bundesregierung, in: Drucksache 18/5040 vom 29.5.2015, S. 7-8.

59 Siehe Status per 1.10.2015 unter: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency_Convention_status.html (letzter Zugriff: 29.12.2015).

60 Siehe Bundesministerium für Wirtschaft und Energie: Gabriel: Mauritius-Konvention ist Meilenstein für mehr Transparenz bei Schiedsverfahren, Pressemitteilung, 18.3.2015.

61 Dazu Europäische Kommission: Europäische Kommission setzt sich für volle Transparenz von Investor-Staat-Schiedsverfahren in bestehenden Investitionsabkommen ein, Pressemitteilung, 29.1.2015, IP/15/3881; und Europäische Kommission: The European Commission tables proposals, 2015; Patricia Sarah Stöbener: Investitionsschutzrecht: Kommissionsforderung zur Unterzeichnung des UN-Transparenzabkommens, in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 4/2015, S. 123; Bundesministerium für Wirtschaft und Energie: Gabriel: Schiedsverfahren transparent gestalten, Pressemitteilung, 25.2.2015.

62 Zehn Jahre beim US-Modell BIT 2012, danach gilt eine einjährige Kündigungsfrist. Vgl. U.S. Department of State: 2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty, Art. 22 Abs. 1, 2.

Kurzfristige Maßnahmen

Auf kurze Sicht (und damit aktuell am wichtigsten) bleibt die Möglichkeit, bei noch nicht endgültig geschlossenen Abkommen⁶³ neue klare und gegebenenfalls strengere Regeln im Bereich der ISDS auszuhandeln. Dies könnte künftig auch verhindern, dass Schiedsgerichte als Institutionen die Kritik der Öffentlichkeit ernten,⁶⁴ die eigentlich den Vertragsparteien selbst (insbesondere den Staaten) zukommen sollte für ‚lax‘ verhandelte Zusagen/Zusicherungen in (bi- oder multilateralen) Handelsabkommen, zum Beispiel weil die Definition von Investition in Art. 25 ICSID-Übereinkommen nicht näher ausgestaltet ist und folglich (zu) breiten Raum für unterschiedliche Interpretation durch Schiedsgerichte lässt. Umgekehrt könnten hierdurch Diskrepanzen ausgeglichen werden, die sich derzeit aus divergenter Rechtsentwicklung und unterschiedlichem Rechtsverständnis ergeben und mangels Vorrangs des Unionsrechts gegenüber dem Völkerrecht⁶⁵ zu (parallelen) unterschiedlichen Schutzstandards führen. Zum Beispiel ist Vertrauensschutz im Investitionsrecht je nach Schutzziel nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes aus generalpräventiven Gründen einschränkbar und damit anders, wenn auch nicht notwendig auf niedrigerem Niveau, normiert als im Völker(vertrags)recht, bei dem der Investor (schon) darauf vertrauen kann und soll, dass der Gaststaat rechtmäßig handelt.⁶⁶

Klare, einheitliche und gegebenenfalls strengere Regeln im Bereich der ISDS könnten (und sollten) zudem als gemeinsame Standards auch für ähnliche Verträge mit anderen Staaten als Modell herangezogen werden und daher die Wahrung aller berechtigten Belange hinreichend berücksichtigen. Ziel der Verhandlungspartner könnte insoweit die Ausgestaltung von allgemeinen prozeduralen (Mindest-)Standards sein, die den Schutz von materiellen Rechtspositionen durch faire Verfahren sicherstellen und Öffentlichkeit beziehungsweise Transparenz bei der Streitbeilegung hierüber ebenso gewährleisten, wie sie andererseits den berechtigten Interessen der Investoren und Staaten an Geheimhaltung (Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, Datenschutz) und Vertraulichkeit (Staatsgeheimnisse) angemessen Rechnung tragen. Dafür gibt es in nationalen Prozessordnungen durchaus Vorbilder (Zwischen- beziehungsweise In-camera-Verfahren;⁶⁷ spezifische Modalitäten betreffend ‚discovery‘ beziehungsweise ‚disclosure‘ von Schriftstücken und anderen Dokumenten etc.).

Primär geht es also um eine Globalisierung rechtsstaatlicher Prinzipien und Maximen. Durch deren immer ex- und intensivere Verankerung wird auch für die letztlich betroffenen Bevölkerungen die Legitimität der bei der Streitbeilegung erreichten Resultate herbeigeführt oder doch verstärkt. Dass Transparenz bei hoheitlich eingerichteten Institutionen

63 Ein Wiedereintritt in Verhandlungen nach deren Abschluss, aber vor Beendigung der internen Willensbildung über den vereinbarten Text (wie insbesondere bei CETA zuweilen geäußert) ist zwar zulässig und würde gegebenenfalls einem Scheitern der Inkraftsetzung vorbeugen können, wäre aber der anderen Seite gegenüber überaus „unfreundlich“.

64 Dazu Jörg Risse: Wehrt Euch endlich! Wider das Arbitration-Bashing, in: SchiedsVZ 6/2014, S. 265-274.

65 Argument aus Art. 216 Abs. 2 AEUV. Vgl. unlängst EuGH verb. Rs. C-404/12 P und C-405/12 P, Urteil vom 13. Januar 2015, Rn. 44-52; Ohler: Die Vereinbarkeit von Investor-Staat-Schiedsverfahren, 2015, S. 345.

66 Anders gewertet von Stephan Schill: Auswirkungen der Bestimmungen zum Investitionsschutz und zu den Investor-Staat-Schiedsverfahren im Entwurf des Freihandelsabkommens zwischen der EU und Kanada (CE-TA) auf den Handlungsspielraum des Gesetzgebers (Kurzgutachten), S. 7-8, abrufbar unter: <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/C-D/ceta-gutachten-investitionsschutz,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf> (letzter Zugriff: 29.12.2015).

67 Vgl. schon BVerfGE 101, S. 106-132; BVerfGE 115, S. 205-259, hier S. 232-235; ferner BVerwG, 2. 11. 2010 – 20 F 2/10: In-camera-Verfahren in Streitigkeiten nach dem VIG, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 4/2011, S. 233-235.

und Verfahren zugleich die korrekte Vorgehensweise der Akteure manifestieren kann und so jedem bösen Anschein von Missbrauch entgegenwirkt,⁶⁸ wäre ein wesentlicher weiterer positiver Effekt.

Aus Sicht der betroffenen Bevölkerung in beiden an einem Investor-Staat-Konflikt beteiligten Ländern würde schließlich hier auch die politische Verantwortlichkeit von Heimat- und Gaststaat für die jeweilige Kontroverse deutlich und damit könnten die demokratische Rückkopplung an den Wählerwillen und demokratisch zustande gekommene Regulierungen angemessene Beachtung finden. Solche normativen Maßstäbe, die einerseits klar, andererseits hinreichend allgemein formuliert werden sollten, könnten allmählich zu Weltstandards werden und damit maßgeblich die künftige Ausgestaltung von Handels- und/oder Investitionsabkommen auch mit und in anderen Weltregionen als dem europäisch-atlantischen Raum beeinflussen.

Prozedurale Maßnahmen

Schlichtungs- statt oder vor Schiedsgerichtsverfahren

Zusätzlich zu den lang-, mittel- und kurzfristigen Maßnahmen, die sich vornehmlich auf Streitbeilegungsinstitutionen und die Ausgestaltung ihrer Regelwerke beziehen, könnten anstelle von intergouvernemental gebildeten (Schieds-)Gerichten beziehungsweise dazu gehörenden (Schieds-)Regelwerken gänzlich andere, alternative Streitbeilegungsverfahren eingeführt oder aber stärker genutzt werden. So könnten unter bestimmten Voraussetzungen neben oder statt Schieds-⁶⁹ auch Schlichtungs- und Mediationsverfahren zum Tragen kommen.

Der wesentliche Unterschied zwischen Schiedsgerichtsbarkeit und Schlichtung besteht darin, dass sich die zuletzt genannte Vorgehensweise auf die Bearbeitung und Bereinigung von Beschwerden konzentriert (zum Beispiel auf nationaler Ebene Ombudsverfahren der öffentlichen oder privaten Banken⁷⁰ und ihre jeweiligen Regelwerke). Die Schlichtung selbst ist dabei nicht auf eine, zumindest nicht eine für beide Seiten verbindliche, Entscheidung eines Konflikts angelegt. Macht der Schlichter einen gegebenenfalls die eine (stärkere) Seite bindenden Lösungsvorschlag, orientiert sich dieser in der Regel am materiellen Recht.⁷¹ Hingegen spielen Billigkeitsgesichtspunkte („*aequitas*“) meist nur eine untergeordnete Rolle.

68 Zum Kontext der Korruption(-sbekämpfung) etwa Klaus Herrmann: Kommunale Wahlbeamte und das Geschenk(-verbot), in: Landes- und Kommunalverwaltung 12/2012, S. 537-543.

69 In den „Meilensteinen“ vom Februar 2015 wird auch Mediation und ähnliches angesprochen, vgl. SPD: Verbesserungen an CETA, 2015, S. 3; hingegen nicht im „Konzeptpapier“ der Kommission vom Mai 2015, vgl. Europäische Kommission: Investment in TTIP and beyond, 2015.

70 Ombudsstelle des Bundesverbands Öffentlicher Banken Deutschlands (VÖB): Das Schlichtungsverfahren der Öffentlichen Banken, abrufbar unter: <http://www.voeb.de/de/verband/ombudsmann> (letzter Zugriff: 29.12.2015); beziehungsweise des Bundesverbandes deutscher Banken: Ombudsmann-Verfahrensordnung, abrufbar unter: <https://bankenverband.de/publikationen/ombudsmann-verfahrensordnung/> (letzter Zugriff: 29.12.2015).

71 Zur Rolle des materiellen Rechts in der Schlichtung siehe Claudia Conen: Wirtschaftsmediation. Juristische und betriebswirtschaftliche Aspekte zum Einsatz der Mediation in Unternehmen, Frankfurt am Main 2014, S. 67.

Im ISDS-Kontext werden zuweilen ‚amicable negotiations‘ sowie (nachfolgend) Konsultationen, aber auch diese nur allgemein genannt, wie zum Beispiel in CETA⁷² und jetzt im Entwurf der Kommission zu TTIP.⁷³ Detaillierte Verfahrensvorgaben finden sich dort kaum: Allein das ICSID-Übereinkommen enthält im einschlägigen Kapitel III nach Abschnitten zu ‚request for conciliation‘ und zur ‚constitution of the Conciliation Commission‘ zumindest vier Bestimmungen (in Artt. 32-35) zu hierfür relevanten Verfahren (‚proceedings‘),⁷⁴ bezogen auf die Beurteilung der eigenen Zuständigkeit, subsidiäre Anwendung der ‚conciliation rules‘ und das ernsthafte Bestreben zur Einigung ‚upon mutually acceptable terms‘, das auch dadurch gefördert wird, dass Erklärungen, Stellungnahmen etc. der Parteien allein für dieses Verfahren relevant sind.

Mediation

Im Vergleich zu der (ebenfalls an der materiellen Rechtsanwendung orientierten und auf einen Urteilsspruch angelegten) Schiedsgerichtsbarkeit ist Mediation auf Ausgleich zwischen den Konfliktparteien ausgerichtet, weshalb dem Mediator als neutralem unabhängigen Dritten auch keine Entscheidungskompetenz in der Sache zugewiesen wird.⁷⁵ Mediationsverfahren sind als Konfliktlösungsmechanismus eher auf Fairness und Interessenausgleich als auf Rechtsanwendung im Einzelfall gerichtet. Dass beide Streitbeilegungsarten voneinander zu trennen sind, zeigt sich auch in anderen europäischen Rechtsordnungen, zum Beispiel in Großbritannien.⁷⁶ Billigkeitserwägungen nehmen in der Mediation – wie bereits Erwägungen im Rechtsetzungsverfahren zur europäischen Mediationsrichtlinie zeigen⁷⁷ – einen großen Raum ein. Allerdings ist eine Berücksichtigung rechtlicher Vorgaben (sofern sie sich nicht als eine Rechtsberatung seitens des Mediators darstellt⁷⁸) im Verfahren auch nicht untersagt.

Die Einbeziehung von Mediation oder Schlichtung auf völkerrechtlicher Ebene in eine ISDS- beziehungsweise GGDS-Streitbeilegung (wie in CETA) würde die Entwicklung des Rechtsschutzes in Europa widerspiegeln, lässt dieser doch eine fortschreitende Verlagerung der Streitbeilegung auf Einrichtungen erkennen, die außerhalb der staatlichen (wie

72 Consolidated CETA Text, September 2014, Kap. 10, Art. X.18 und Kap. 33, Art. 14.4; ferner Europäische Kommission: EU-Singapore Free Trade Agreement, 20. September 2013, Artt. 9.15, 9.16, abrufbar unter: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=961> (letzter Zugriff: 11.1.2016).

73 Europäische Kommission: TTIP, Entwurf, Kap. II, Abschn. 3, Artt. 2, 4.

74 Kritisch Jan K. Schäfer: Alternatives to Investment Arbitration, in: Bungenberg/Griebel/Hobe/Reinisch: International Investment Law, 2015, S. 1186-1211, hier S. 1195.

75 Vgl. für den europäischen und nationalen Bereich: Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vom 21. Juli 2012, § 1 Abs. 2, in: Bundesgesetzblatt Teil I, Nr. 35 vom 25. Juli 2012, S. 1577-1579. Dagegen geht der Wortlaut in Art. 3 der Mediations-Richtlinie davon aus, dass eine Entscheidung beziehungsweise Lösung durch die Parteien erfolgt, weshalb der Mediator nicht zu entscheiden braucht, vgl. Richtlinie 2008/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2008 über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen, in: Amtsblatt der EU, Nr. L 136 vom 24. Mai 2008, S. 3-8; für ein auch verbindliches Vorschreiben der Problemlösung durch den Mediator noch die diesem Rechtsakt zugrunde liegenden EU-Kommissionsdokumente, zum Beispiel Empfehlung 2001/310/EG der Kommission vom 4. April 2001 über die Grundsätze für an der einvernehmlichen Beilegung von Verbraucherrechtsstreitigkeiten beteiligte außergerichtliche Einrichtungen, in: Amtsblatt der EU, Nr. L 109 vom 19. April 2001, S. 56-61, Erwägungsgrund 9.

76 Hinweis von Jürgen Basedow: Postmoderner Rechtsschutz und der Dialog mit dem Gerichtshof der Europäischen Union, in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1/2015, S. 1-2, hier S. 1.

77 Zur Verfahrenstransparenz, -effizienz und -fairness siehe Europäische Kommission: Empfehlung 2001/310/EG, insbesondere II. B-D.

78 Zur Rolle des Rechts in der Mediation siehe Conen: Wirtschaftsmediation, 2014, S. 59.

der privaten Schieds-)Gerichtsbarkeit entstanden und angesiedelt sind.⁷⁹ Belege dafür stellen neben Institutionen wie etwa die P.R.I.M.E. Finance⁸⁰ oder das FIN-NET⁸¹ vor allem (europäische und nationale) Normativakte dar, so die Mediationsrichtlinie beziehungsweise (auf nationaler Ebene) das deutsche Mediationsgesetz, aber auch die ODR-Verordnung⁸² und die ADR-Richtlinie⁸³ beziehungsweise das deutsche Verbraucherstreitbeilegungsgesetz.⁸⁴ Gleichzeitig gestalten sich Rechtsgewährleistung und Rechtsschutz in Europa damit zunehmend diversifizierter und dies macht eine Bewertung der verschiedenen Verfahren in ihren Vor- und Nachteilen nicht zuletzt (aber insbesondere) für die am Konflikt betroffenen Streitparteien schwierig.

Eine stärkere Nutzung solcher (nicht abschließend) genannter alternativer Streitbeilegungsverfahren, die gegebenenfalls auch in einem aufeinander aufbauenden Verhältnis eingesetzt werden können (Hybridverfahren), würde sich überdies an die Praxis privater Schiedsgerichtsinstitutionen und ihrer Regelwerke anlehnen können. So sehen zum Beispiel die Regularien der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (DIS)⁸⁵ oder der International Chamber of Commerce (ICC)⁸⁶ zwischenzeitlich einen adäquat abgestuften Mechanismus von (unter anderem) Schlichtung, Mediation und Schiedsgerichtsverfahren vor.

Den drei genannten Verfahren ist gemeinsam, dass sie vertraulich stattfinden können,⁸⁷ während sich die Unterschiede im Verfahrensgang vor allem aus der unterschiedlichen Rolle rechtlicher Regeln innerhalb der jeweiligen Verfahren und ihrer je verschiedenen Zielrichtungen (einschließlich der Bedeutung des Rechts für die Konfliktlösung selbst) ergeben. So sind beispielsweise aufgrund der (im deutschen und im EU-Recht vorgesehenen) fehlenden Entscheidungsbefugnis des Mediators⁸⁸ gegen das Mediationsergebnis im Unterschied etwa zur Schiedsgerichtsbarkeit erst gar keine Rechtsbehelfe gegeben, weil nicht erforderlich. Umgekehrt kommt der Vorlage von Beweismitteln im vermittelnden Mediationsverfahren im Vergleich zum Schiedsgerichtsverfahren eine wesentlich geringere (unter Umständen sogar keine) Bedeutung zu.

79 Basedow: Postmoderner Rechtsschutz, 2015.

80 Mediation als Ergänzung des UNCITRAL-Verfahrens durch das Panel of Recognised International Market Experts in Finance bei Streitigkeiten im Finanzsektor, vgl. <http://primefinancedisputes.org/mediation/> (letzter Zugriff: 29.12.2015).

81 Netzwerk der Schlichtungsstellen für Finanzdienstleistungen, vgl. http://ec.europa.eu/finance/fin-net/index_d_e.htm (letzter Zugriff: 11.1.2016).

82 Verordnung (EU) Nr. 524/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2013 über die Online-Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten, in: Amtsblatt der EU, Nr. L 165 vom 18. Juni 2013, S. 1-12.

83 Richtlinie 2013/11/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2013 über die alternative Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten, in: Amtsblatt der EU, Nr. L 165 vom 18. Juni 2013, S. 63-79.

84 Vgl. Deutscher Bundestag: Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD. Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über alternative Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten, Drucksache 18/5089 vom 9.6.2015; Deutscher Bundestag: Gesetzentwurf der Bundesregierung. Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über alternative Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten und zur Durchführung der Verordnung über Online-Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten, Drucksache 18/5295 vom 22.6.2015.

85 DIS-Regeln, Übersicht: <http://www.dis-arb.de/de/16/rules/overview-id0> (letzter Zugriff: 29.12.2015).

86 ICC Rules of Arbitration, Übersicht: <http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Rules-of-arbitration/Download-ICC-Rules-of-Arbitration/ICC-Rules-of-Arbitration-in-several-languages/> (letzter Zugriff: 29.12.2015).

87 Basierend auf dem Ansatz, dass die Streitparteien auf den ihnen eingeräumten Schutz der Vertraulichkeit auch verzichten können müssen.

88 Vgl. § 2 Abs. 3, 6 Mediationsgesetz; Art. 3, 4 und Erwägungsgrund 10 der Mediations-Richtlinie.

Wahl zwischen mehreren Möglichkeiten

Für die ISDS- beziehungsweise die GGDS-Konstellation bedeutet dies, dass derartige Konflikte ebenfalls nicht nur mittels (suprastaatlicher oder privater) Schiedsgerichte gelöst werden können; Mediation wird denn dort zunehmend einbezogen und das einzuschlagende Verfahren hierbei auch näher ausgestaltet.⁸⁹ Daher kann und sollte überlegt werden, welche alternativen Verfahren sich für den jeweiligen Konflikt und die beteiligten Streitparteien am besten eignen. Dann müssten entsprechende Optionen für diese eingeräumt werden. Verfahren, die sich auf einen friedlichen Ausgleich konzentrieren und die Entscheidungsbefugnis bei den Streitparteien (also auch den beteiligten Staaten) selbst belassen, müssten sich nicht in gleichem Maße der Kritik der etwaigen mangelnden demokratischen Kontrolle⁹⁰ aussetzen.

Die beschriebene „Diversifizierung der Rechtsschutzmechanismen“⁹¹ macht, jedenfalls im EU-Kontext, einen Dialog der jeweiligen Institution mit dem Europäischen Gerichtshof bei Entscheidungsbefugnissen unter Billigkeitsgesichtspunkten immer dann notwendig, wenn (striktes) Recht – ‚ius‘ – angewendet werden soll beziehungsweise kann. Dies ist allein schon geboten, um sicherzustellen, dass das Unionsrecht (weiterhin) einheitlich implementiert und so der Zerfaserung der nationalen Rechtssysteme entgegengewirkt wird. Auch Schiedsgerichtsklauseln in Handels- und Investitionsverträgen können aber so ausgestaltet werden, dass sie den hohen Anforderungen, die nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofs⁹² das Unionsrecht, insbesondere Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EUV,⁹³ hieran stellt, gerecht werden.⁹⁴ Dass bei typischen Klauseln in herkömmlichen bilateralen Investitionsschutzabkommen offensichtlich keine Konflikte im Hinblick auf Art. 344 und/oder Art. 267 AEUV auftreten,⁹⁵ dürfte allerdings zumindest als stark zugespitzte Auffassung zu bezeichnen sein.

Insofern bedeutet eine grundsätzliche Abkehr von Schiedsgerichtsvereinbarungen nicht per se die Entscheidung für eine bessere Alternative. Vielmehr gibt die Suche nach und Eröffnung von alternativen Lösungsinstrumenten den Handlungsakteuren beziehungsweise Streitparteien (weiterhin) und damit vor allem dem staatlichen Kontrahenten auf, vom

89 WTO DSU, Art. 5; Consolidated CETA Text, September 2014, Kap. 10, Art. X.19 und Kap. 33, Art. 14.5 (einschränkend wieder Art. 14.2 Abs. 2) mit Annex III; EU-Singapore Free Trade Agreement, September 2013, Art. 9.17 mit Anhängen 9-A und 9-B; Europäische Kommission: TTIP, Entwurf, Kap. II, Abschn. 3, Art. 3 in Verbindung mit Annex I; vertiefend, auch zu den IBA Rules 2012 for Investor-State Mediation, Schäfer: Alternatives to Investment Arbitration, 2015, S. 1203-1209; Frauke Nitschke: The IBA's Investor-State Mediation Rules and the ICSID Dispute Settlement Framework, in: ICSID Review 1/2014, S. 112-132, hier S. 126-131.

90 Zum Beispiel Andreas Fischer-Lescano: Freihandelsabkommen verstoßen gegen Grundgesetz, in: DIE ZEIT, 29.10.2014.

91 Basedow: Postmoderner Rechtsschutz, 2015, S. 2.

92 EuGH: Gutachten 1/91 des Gerichtshofes vom 14. Dezember 1991, Slg. 1991-I, S. 6079; EuGH: Gutachten 1/09 des Gerichtshofes vom 8. März 2011, Slg. 2011 I-01137; Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht International 2011, S. 309-314, hier S. 312-314; so auch Andreas Fischer-Lescano mit Bezug auf die EMRK und ihr Erstes Zusatzprotokoll (ZP I) in seinem Gutachten für attac, vgl. Andreas Fischer-Lescano: Europa- und verfassungsrechtliche Vorgaben für das Comprehensive Economic and Trade Agreement der EU und Kanada (CETA), Oktober 2014, S. 18.

93 Vgl. nur Anthony Arnall: The Court of Justice of the European Union, in: Hermann-Josef Blanke/Stelio Mangiameli (Hrsg.): The Treaty on European Union (TEU). A Commentary, Berlin/Heidelberg 2013, S. 759-783.

94 Vgl. Claus Dieter Classen: Der EuGH und die Schiedsgerichtsbarkeit in Investitionsschutzabkommen, in: Europarecht 6/2012, S. 611-627, hier S. 615-617; ferner Classen: Die Unterwerfung demokratischer Hoheitsgewalt, 2014, S. 614; OLG Frankfurt am Main Beschluss vom 10. Mai 2012 – Az. 26 SchH 11/10, in: openJur 2012, 68499, Rn. 86-115.

95 So OLG Frankfurt a.M. Beschluss vom 18.12.2014 – Az. 26 Sch 3/13, in: BeckRS 2015, 06323, Rn. 51-60.

Recht (und zugleich einer Pflicht?) der Vertragsgestaltung umfänglich und im Sinne einer demokratischen Legitimation dem Staatsvolk als Souverän gegenüber verantwortlich Gebrauch zu machen.

Wesentliche offene Fragen

Eigentlich war und ist das erklärte Ziel neuerer, thematisch umfassend angelegter regionaler Handels- beziehungsweise Investitionsabkommen die Beseitigung von überholten, irrationalen, nicht (mehr) zu rechtfertigenden Hindernissen für den gegenseitigen Wirtschaftsverkehr – zum Wohl der gesamten Bevölkerung aller Vertragsparteien, nicht zuletzt der (End-)Verbraucher. Dass sich der Fokus seit 2013 auf bislang wenig medienwirksame prozedurale Themen (speziell die ISDS-Verfahren) richtet, darf den Blick auf das größere Ganze nicht verstellen. Jedoch scheinen über diesen Umweg jetzt allgemein wichtige Fragen aufs Tapet gebracht worden zu sein, deren vertiefte Diskussion dogmatisch-theoretisch wie ob ihrer enormen Praxisrelevanz nicht nur als Modethema begriffen werden sollte.

Anscheinend ist zumindest teilweise das Vertrauen in die Effizienz staatlicher Justiz (nicht nur in gewissen „unterentwickelten“ Ländern⁹⁶) erschüttert, sei dies wegen der nicht nur dem mehrstufigen Instanzenzug allein geschuldeten, allzu oft als übermäßig empfundenen Dauer von Prozessen⁹⁷ oder sei es im Hinblick auf Verteilung und Höhe der damit verbundenen Kosten.⁹⁸ Dass freilich auch der staatliche (streitparteiliche) Einfluss auf Schiedsgerichte als von vornherein ‚böser Anschein‘ von Parteilichkeit der Schiedsrichter gedeutet werden kann,⁹⁹ und dies wohlgerne genutzt auf traditionell rechtsstaatlichen wie demokratischen Grundsätzen verpflichtete Länder, ist mehr als bedenklich, ja, insbesondere kaum vereinbar mit Forderungen der Politik nach einem stabileren suprastaatlichen Handelsgericht.

Es scheint daher an der Zeit, jeweils auch die aktuelle ISDS-Konstellation im Blickfeld behaltend, über einige Grundprobleme erneut vertieft nachzudenken, etwa: Wer kann beziehungsweise sollte ein tauglicher Initiator eines Streitbeilegungsverfahrens sein – auch der Gaststaat? Wie weit reichen (verfassungsrechtliche) Funktionsvorbehalte zugunsten staatlicher Gerichtsbarkeit (beziehungsweise das grundrechtsähnliche Recht auf den gesetzlichen Richter¹⁰⁰)? Kann der ausländische Investor stets nur Kläger, nie auch Beklagter sein – und wer wäre dann Kläger? Welche Rolle kann beziehungsweise sollte die zur Streitbeilegung berufene Einrichtung im völkerrechtlichen Kontext spielen? Wie wirken sich hierauf der Status der ‚dritten‘ Entscheider und der Modus zu deren Auswahl aus? Wer sollte die endgültige Entscheidung treffen (und nach welchem Maßstab kann bezie-

96 Wie dies ursprünglich durchaus ein Motiv der ISDS-Klauseln in Abkommen zwischen Industrie- und Entwicklungsländern war; vgl. Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses zum Thema Investitionsschutz und Beilegung von Streitigkeiten zwischen Investor und Staat in Handels- und Investitionsabkommen der EU mit Drittländern, in: Amtsblatt der EU, Nr. C 332 vom 8. Oktober 2015, S. 45-63, hier S. 51-53, Abschn. 5, insbesondere 5.4.

97 So Dieter Zetsche nach Uli Gericke: TTIP ist gut, in: *BörsenZeitung*, 29.1.2015; siehe auch Christoph Jehle: Warum sehen viele Industrieverbände TTIP so positiv?, in: *telepolis*, 5.4.2015.

98 Sie trägt der Kläger bei Unterliegen; zum „loser pays principle“ auch „Konzeptpapier“ der Kommission, vgl. Europäische Kommission: *Investment in TTIP and beyond*, 2015.

99 Über einen Umkehrschluss aus dem Auswahlrecht eines Schiedsrichters durch den Staat als Streitpartei.

100 Vgl. etwa Entscheidung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (BGHZ), 3.4.2000 – II ZR 373/98: Zur Unwirksamkeit einer Unterwerfung unter eine Schiedsklausel, in: Band 144, 146-149, hier S. 148-149; BGH, 27.5.2004 – III ZB 53/03: Vereins- oder Verbandsgericht als „Schiedsgericht“ – Landseer-Hunde, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 31/2004, S. 2226-2228, hier S. 2227; Ohler: Die Vereinbarkeit von Investor-Staat-Schiedsverfahren, 2015, S. 344.

ungsweise muss das erfolgen)? Sollte diese Entscheidung einer erneuten Kontrolle auf Richtigkeit oder Zweckmäßigkeit hin unterliegen (trotz der damit notwendig einhergehenden Verzögerung)? Welche Modalitäten sollten für die Durchsetzung einer Entscheidung (insbesondere einer staatlichen Partei gegenüber) gelten? Und auch wenn dies nicht der in der Sache wichtigste Punkt sein sollte, so könnten doch die Vor- beziehungsweise Nachteile der einzelnen Streitbeilegungsmechanismen auch unter Kostenaspekten verglichen werden. Offengelegt werden sollte in der Diskussion freilich stets: Wem nützt welche Art der Streitbeilegung eher oder mehr?¹⁰¹

101 Leider wird allenfalls ein Teil dieser Punkte im „Konzeptpapier“ der Kommission vom Mai 2015 thematisiert, vgl. Europäische Kommission: Investment in TTIP and beyond, 2015, S. 6-12; und auch das im Herbst 2015 von ihr vorgeschlagene System geht insoweit kaum weiter als das frühere Konzept.