

Ein Investitionsgerichtshof – Der große Wurf der EU-Kommission?

Sebastian Wuschka*

Inhalt	
A. Einleitung	154
B. Zeitenwende für Investitionsschutzverfahren?	156
C. Die Ausgestaltung der Investitionsgerichtshöfe nach dem Vorschlag der EU-Kommission	158
I. Der Verfahrensablauf nach dem Kommissionsmodell	159
II. Das Für und Wider eines Appeal Tribunals	160
III. Die Regelungen zu den Richtern und Mitgliedern des Appeal Tribunal	162
1. Auswahl und Anforderungen	162
2. Interessenkonflikte und Neutralität	163
a) Der „Code of Conduct“ im Lichte weiterer Verhaltenskodizes	163
b) Die Entscheidung über Befangenheitsanträge	165
c) Das Problem der „Issue Conflicts“	166
IV. Anerkennung und Vollstreckung	167
1. Vollstreckung nach der ICSID-Konvention	167
2. Vollstreckung nach dem New Yorker Übereinkommen von 1958	171
a) Ein „Schiedsspruch“ nach dem NYÜ	171
b) Permanente Schiedsinstitionen nach Art. 1 Abs. 2 NYÜ	172
3. Vollstreckung muss auf anderem Wege erfolgen	174
D. Schlussfolgerungen	174

* Sebastian Wuschka, LL.M. (Geneva MIDS), ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter der Praxisgruppe Internationale Schiedsgerichtsbarkeit der Luther Rechtsanwaltsgeellschaft, Hamburg, sowie Lehrbeauftragter und Doktorand an der Juristischen Fakultät der Ruhr-Universität Bochum. Ich danke Isabella Risini, LL.M. (Chicago-Kent), und Tobias Ackermann für ihre kritische Durchsicht dieses Beitrags. Der Beitrag gibt ausschließlich meine persönliche Meinung wieder. Eine Kurzfassung ist bereits am 21.12.2015 auf dem JuWiss-Blog erschienen.

A. Einleitung

Am 16. September 2015 erklärte EU-Kommissarin *Cecilia Malmström* ein neues Kapitel der EU-Investitionsschutzpolitik für eröffnet:¹ Ein Gerichtshof mit zwei Instanzen soll zu einer nachvollziehbaren, transparenten und demokratisch legitimierten Streitbeilegung in Investitionsschutzfragen führen. Im Voraus nach Kriterien wie am Internationalen Gerichtshof (IGH) oder dem WTO Appellate Body benannte Richter – keine Schiedsrichter – sollen die Verfahren entscheiden. Eine Auswahl der Entscheidungsträger durch die Parteien soll nicht mehr möglich sein. Zudem will die Kommission ein Appeal Tribunal errichten. All das soll, so Kommissarin *Malmström* bei Vorstellung des Modells, Vertrauen in die Durchsetzung des internationalen Investitionsrechts wiederherstellen.²

Mit dem Vorschlag des Investitionsschiedsgerichtshofs, wie insbesondere durch das deutsche Bundeswirtschaftsministerium,³ aber genauso auch das französische Außenhandelsministerium⁴ angeregt, begegnet die Kommission der nicht abebbenenden Kritik in der Öffentlichkeit und den Medien⁵ (aber auch der Rechtswissen-

1 *Malmström*, Blog-Post v. 16.9.2015, http://ec.europa.eu/commission/2014-2019/malmstrom/blog/proposing-investment-court-system_en (18.3.2016).

2 Ibid.; der relevante Ausschnitt lautet im Originalwortlaut: „*Today, I've presented a major change in our trade and investment policy. [...] Concretely, I want to restore trust by setting up an Investment Court System under TTIP – one that is accountable, transparent and subject to democratic principles. It will be judges, not arbitrators, who sit on these cases. They must have qualifications comparable to those found in national domestic courts, or in international courts such as the International Court of Justice or the WTO Appellate Body. Also – the judges will be publically appointed in advance. And, like in courts, you won't be able to choose which judges hear your case. Furthermore, we will guarantee there is no conflict of interest. Again, like in domestic and international courts, the judges won't be able to continue any activities which might interfere with their judicial functions. Finally, I want to introduce an Appeal Tribunal. Just like in domestic legal systems and the World Trade Organization.*“

3 Siehe für das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie *Krajewski*, Modell-Investitionsschutzvertrag mit Investor-Staat-Schiedsverfahren für Industriestaaten unter Berücksichtigung der USA, www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/M-O/modell-investitionsschutzvertrag-mit-investor-staat-schiedsverfahren-gutachten,property=pdf,bereich=bmwii2012,sprache=de,rwb=true.pdf (18.3.2016).

4 Vgl. hierzu *Fouchard Papaeftisiotou*, TTIP: The French Proposal For A Permanent European Court for Investment Arbitration, Kluwer Arbitration Blog v. 22.7.2015, <http://kluwerarbitrationblog.com/2015/07/22/ttip-the-french-proposal-for-a-permanent-european-court-for-investment-arbitration/> (18.3.2016).

5 Siehe nur *Härder/Henrich/Hielscher/Kroker*, Schattenjustiz im Nobelhotel, Wirtschaftswoche 18 (2013), S. 46; *Kohlenberg/Pinzler/Uchatius*, Im Namen des Geldes, Die Zeit v. 27.2.2014, S. 15-17 – siehe speziell zu diesem Beitrag auch *Griebel*, Im Namen der Wahrheit? – Kritische Anmerkungen zu der mit Otto-Brenner-Preis geehrten Berichterstattung zu TTIP und CETA, Verfassungsblog v. 6.11.2014.

schaft)⁶ gegenüber Investitionsschiedsverfahren in den derzeit ausgehandelten Freihandelsabkommen der Union. Diese richtet sich im Kern gegen Verhandlungen unter Ausschluss der Öffentlichkeit, Übertragung von Entscheidungsgewalt auf Einzelpersonen als Schiedsrichter, aber auch eine vermeintlich tendenziöse Spruchpraxis der Schiedsgerichte. Abwägungsentscheidungen zwischen öffentlichen und Investoreninteressen dürfe nicht eine „Schattenjustiz im Nobelhotel“⁷ treffen. Solche Entscheidungen müssten der innerstaatlichen Gerichtsbarkeit vorbehalten sein.⁸ Mit dem Gerichtshofmodell setzt die Kommission nun auf eine Institutionalisierung im Gegensatz zur Ad-hoc-Streitbeilegung vor Schiedsgerichten. Dieser Ansatz folgt so auch einem in der wissenschaftlichen Diskussion um das internationale Investitionsschutzrecht schon seit längerem geforderten „öffentlicht-rechtlichen Leitbild“.⁹

Der derzeitigen Kritik an Investitionsschiedsverfahren und dem internationalen Investitionsschutzrecht insgesamt wurde inhaltlich bereits an anderer Stelle entgegengetreten.¹⁰ Dieser Beitrag widmet sich nun Details des Gerichtshofmodells der Kommission.¹¹ Insbesondere geht er – zusätzlich zur institutionellen Ausgestal-

- 6 Broß, Freihandelsabkommen, einige Anmerkungen zur Problematik der privaten Schiedsgerichtsbarkeit, Report der Abteilung Mitbestimmungsförderung der Hans-Böckler-Stiftung Nr. 4, Januar 2015; Flessner, TTIP und Verfassungsrecht, Verfassungsblog v. 13.5.2014; ders., Die Anstoßlichkeit der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit aus verfassungs- und europarechtlicher Sicht, Vortrag im Rahmen der gemeinsamen Veranstaltung des Hamburg Arbitration Circle und des Max-Planck-Instituts am 4.2.2015; Grob/Khan, Rechtsgutachten zur Schiedsgerichtsbarkeit nach TTIP v. 9.3.2015; Krajewski, Investor-Staats-Schiedsgerichtsbarkeit im TTIP, EuZW 2015, S. 105.
- 7 Härder et al., (Fn. 5); nach einer weiteren Variation des Vorwurfs auch nicht im „Hinterzimmer“, vgl. dies., Justitia verzichtet sich ins Hinterzimmer, Wirtschaftswoche Online v. 3.7.2013, <http://www.wiwo.de/unternehmen/industrie/schiedsgerichte-justitia-verzieht-sich-ins-hinterzimmer/8126350.html> (18.3.2016).
- 8 Grob/Khan, (Fn. 6), S. 15; Deutscher Richterbund, Stellungnahme zur Errichtung eines Investitionsgerichts für TTIP – Vorschlag der Europäischen Kommission vom 16.9.2015 und 12.11.2015, Nr. 4/16, Februar 2012.
- 9 Siehe hierzu vor allem Schill, Internationales Investitionsschutzrecht und Vergleichendes Öffentliches Recht: Grundlagen und Methode eines öffentlich-rechtlichen Leitbildes für die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit, ZaöRV 2011, S. 247; sowie ders., Enhancing International Investment Law's Legitimacy: Conceptual and Methodological Foundations of a New Public Law Approach, Virginia Journal of Int'l. Law 2011, S. 57.
- 10 Siehe beispielsweise Schill, Investor-Staats-Schiedsgerichtsbarkeit im TTIP, EuZW 2015, S. 105; Risse, Wehrt Euch endlich! Wider das Arbitration-Bashing, SchiedsVZ 2014, S. 265; Wuschka, Investitionsschiedsverfahren: Individualrechtsschutz oder „anti-demokratische Herrschaft der Konzerne“?, in: Buszewski/Martini/Rahtke (Hrsg.), Freihandel vs. Demokratie, 2016, S. 15; im Grundsatz das derzeitige Schiedsgerichtssystem befürwortend mit Hinweisen auf Verbesserungsbedarf Classen, Die Unterwerfung demokratischer Hoheitsgewalt unter eine Schiedsgerichtsbarkeit, EuZW 2014, S. 611; siehe zudem aus niederländischer Perspektive Baetens/Tietje, The Impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership, Studie für den niederländischen Minister für Außenwirtschaft und Entwicklungszusammenarbeit und das niederländische Außenministerium, Referenznr. MINBUZA-2014.78850, S. 39-93; sowie in der Presse Bubrowski, Freihandel braucht Schiedsgerichte, FAZ/FAS v. 23.11.2014, S. 20; Göbel, Notwendiger Notbehelf, FAZ v. 27.10.2014, S. 15.
- 11 Zu einem kurzen Überblick über die grundlegenden Aspekte siehe Schill, Das TTIP-Gericht: Keimzelle oder Stolperstein für echte Multilateralisierung des internationalen Investitionsrechts?, Verfassungsblog v. 25.11.2015.

tung – der Frage nach, wie das Gerichtshofmodell die von Kommissarin *Malmström* in den Fokus gerückten Anforderungen an die Qualifikation und Neutralität der Entscheidungsträger in Investitionsstreitigkeiten umsetzt. Darüber hinaus greift der Beitrag mit der Vollstreckungsvorschrift des Modells einen Aspekt auf, für den die Kommission trotz des – nach der hier vertretenen Auffassung aus rechtsstaatlicher Perspektive nicht zwingenden – Wunsches nach der Abkehr von Schiedsverfahren offenbar noch keine adäquate Lösung gefunden hat.

B. Zeitenwende für Investitionsschutzverfahren?

Wenn auch der Schritt zur Institutionalisierung der Investitionsstreitbeilegung von Seiten der Kommission kam, so führte erst starker Druck durch das Europäische Parlament zu ihrer Abkehr von Schiedsverfahren für die EU-Investitionsschutzverträge. Zum Abschluss solcher Verträge ist eine Zustimmung des Parlaments erforderlich. Zwar erkennt Art. 207 AUEV, der die Zuständigkeit der Union für die gemeinsame Handelspolitik und als Unterfall auch die Investitionsschutzpolitik begründet, dem Parlament kein Beteiligungsrecht bei Abschluss der Abkommen zu. Jedoch ergibt sich ein Zustimmungsbedürfnis des Parlaments für Handels- und Investitionsschutzverträge der Union aus Art. 218 Abs. 6 lit. a) sublit. v) in Verbindung mit Art. 207 Abs. 2 AEUV.¹²

Das Parlament drohte deutlich mit einer Ablehnung des TTIP-Abkommens zwischen der EU (und ihren Mitgliedstaaten) und den USA, würde dieses weiterhin Schiedsverfahren für Investitionsstreitigkeiten enthalten. Am 8. Juli 2015 verabschiedete es eine Entschließung, die der Kommission diese Leitlinie vorgab.¹³ Konkret empfahl es der Kommission, im Rahmen der TTIP-Verhandlungen

„das ISDS-Verfahren durch ein neues Verfahren für die Beilegung von Streitigkeiten zwischen Investoren und Staaten zu ersetzen, das den demokratischen Grundsätzen entspricht und der demokratischen Kontrolle unterliegt, in dessen Rahmen etwaige Streitachen in öffentlichen Verfahren transparent von öffentlich bestellten, unabhängigen Berufsrichtern verhandelt werden, eine Berufungsinstanz vorgesehen ist, die Kohärenz richterlicher Urteile sichergestellt wird die Rechtsprechung der Gerichte der EU und der Mitgliedstaaten geachtet wird und die Ziele des Gemeinwohls nicht durch private Interessen untergraben werden können“¹⁴

Der Vorsitzende des Handelsausschusses des Parlaments, *Bernd Lange*, unterstrich die Machtposition des Parlaments mit Nachdruck:

12 Ausführlicher hierzu *Lorenzmeier*, Völkerrechtliche Übereinkommen der Europäischen Union und das ACTA-Übereinkommen, ZJS 2012, S. 323 f.

13 Entschließung des Europäischen Parlaments v. 8.7.2015 mit den Empfehlungen des Europäischen Parlaments an die Kommission zu den Verhandlungen über die Transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft (TTIP), 2014/2228(INI).

14 Ibid., Rn. 2 lit. d) sublit. xv).

„Wir haben der Kommission heute klar gesagt, welche Art von Abkommen wir wollen. Wenn tatsächlich ein gutes Abkommen dabei herauskommt, werden wir es unterstützen, wenn es schlecht ist, werden wir es ablehnen.“¹⁵

Ihren finalen Entwurf des TTIP-Investitionsschutzkapitels für die Vertragsverhandlungen mit den USA veröffentlichte die Kommission fünf Monate später, am 12. November 2015.¹⁶ Der Investitionsgerichtshof ist dort in Abschnitt 3 ausgestaltet. Ob er tatsächlich Teil des Abkommens wird, hängt freilich vom Ergebnis der Verhandlungen mit den USA ab.¹⁷ Diese haben sich dem Thema im Februar dieses Jahres zugewandt.¹⁸

Am 2. Dezember 2015 verkündete die Kommission bereits einen ersten Verhandlungserfolg hinsichtlich eines anderen Vertrags: Das Gerichtshofsystem werde Bestandteil des parallel verhandelten EU-Vietnam-Freihandelsabkommens.¹⁹ In den bislang zu diesem Abkommen veröffentlichten Texten²⁰ ist das Gerichtshofsystem ebenso in Abschnitt 3 des Investitionsschutzkapitels zu finden. Schließlich erklärte die Kommission am 29. Februar 2016, auch in das bereits ausgehandelte kanadisch-europäische Freihandelsabkommen CETA sei das Gerichtshofmodell nun – erstaunlicherweise angesichts der Bedeutsamkeit der Änderungen – während der formaljuristischen Überarbeitung (*legal scrubbing*) noch aufgenommen worden.²¹ Im zeitgleich veröffentlichten letzten Stand des Texts des Abkommens bildet das Gerichtshofmodell Teil F in Kapitel 8.²²

15 Zitiert nach Europäisches Parlament, Pressemeldung 20150702IPR73645 v. 8.7.2015, TTIP: Besserer Zugang zu US-Markt, Schutz von EU-Standards, neue Streitbeilegung.

16 Europäische Kommission, Entwurf des TTIP-Investitionsschutzkapitels für die Vertragsverhandlungen mit den USA (TTIP-Entwurf), http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf (18.3.2016).

17 Obwohl die USA bereits seit langem einen Verweis auf die mögliche Errichtung einer Berufungsinstanz in ihren Modellinvestitionsschutzverträgen verwenden (vgl. z.B. Art. 28 Abs. 10 Satz 1 des Model BIT aus dem Jahre 2012), stehen sie grundsätzlich – und auch in Bezug auf TTIP – internationalen Gerichten skeptisch gegenüber. Dies zeigte sich besonders deutlich im Statement des Staatssekretärs im US-Handelsministeriums, *Stefan Selig*, der im Mai 2015, konfrontiert mit der europäischen Idee eines Gerichtshofs für TTIP, keinen Grund sah, das Investitionsschutzkapitel des Abkommens derart zu ändern; vgl. US rejects EU proposal for investment court, insists on retaining ISDS, EurActiv.com v. 11.5.2015, www.euractiv.com/section/trade-society/news/us-rejects-eu-proposal-for-investment-court-insists-on-retaining-isds/ (18.3.2016).

18 Statement by the EU Chief Negotiator Ignacio Garcia Bercero Following the Conclusion of the 12th TTIP Negotiation Round v. 26.2.2016, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/february/tradoc_154325.pdf (18.3.2016), S. 3.

19 Malmström, Blog-Post v. 2.12.2015, https://ec.europa.eu/commission/2014-2019/malmstrom/blog/done-deal-vietnam_en (18.3.2016).

20 Europäische Kommission, Entwurf des Investitionsschutzkapitels für des EU-Vietnam-Freihandelsabkommens (EU-Vietnam-FTA-Entwurf), http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/february/tradoc_154210.pdf (18.3.2016).

21 Europäische Kommission, CETA: EU und Kanada verstündigen sich auf neuen Ansatz bei Investitionen, Pressemitteilung IP/16/399 v. 29.2.2016.

22 Europäische Kommission, Finaler CETA-Vertragstext vor Unterzeichnung durch die Vertragsparteien (nachfolgend der Einfachheit halber nur „CETA“), http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/february/tradoc_154329.pdf (18.3.2016).

Kann sich die Kommission mit ihrem Vorschlag auch auf internationalem Parkett gegen die USA durchsetzen, so stellt dies in der Tat eine Zeitenwende für Investitionsschutzverfahren dar. Zwar hat die Durchsetzung des internationalen Investitionschutzrechts in den vergangenen grob 200 Jahren diverse Formen der (schiedsrichterlichen) Streitbeilegung erlebt.²³ Eine Institutionalisierung der Verfahren fand bislang jedoch nur durch die Bildung von Schiedsinstitutionen, nicht aber von festen Gerichten statt. Selbst die vielfach eingerichteten Claims Commissions des 19. und beginnenden 20. Jahrhunderts waren nicht auf Dauer angelegt, sondern nur für die Beilegung eines speziellen Konflikts – wie auch im Grundsatz das Iran-US Claims Tribunal trotz seiner nun mehr als 30-jährigen Geschichte.

C. Die Ausgestaltung der Investitionsgerichtshöfe nach dem Vorschlag der EU-Kommission

Nach den derzeitigen Plänen der EU-Kommission soll für jedes Investitionsschutzabkommen der EU zunächst ein eigener Gerichtshof errichtet werden. Langfristig sollen diese zu einem zusammengelegt werden.²⁴ Die Vertragstexte für TTIP und CETA sehen für ihre jeweiligen Gerichtshöfe zunächst eine Besetzung mit je 15 Richtern vor.²⁵ Für TTIP sollen nach dem derzeitigen Entwurf sechs Appeal Tribunal-Mitglieder benannt werden,²⁶ für CETA wird deren Anzahl erst noch durch das CETA Joint Committee festgelegt.²⁷ Für das Vietnam-Abkommen plant die Kommission zwar mit dem gleichen Modell, allerdings ist eine geringere Zahl an Richtern angedacht. Dort sollen nur neun Richter,²⁸ aber genauso wie für TTIP und CETA auch sechs Appeal Tribunal-Mitglieder bestellt werden.²⁹ Gegen eine monatliche Pauschale von ca. 2.000 Euro für die Richter und ca. 8.000 Euro für die Appeal Tribunal-Mitglieder sollen diese „jederzeit und auf kurzfristige Anfrage“³⁰ zur Verfügung stehen.³¹ Zwar sieht der Vorschlag zunächst keine „Festbeschäftigung“ der

23 Hierzu Wuschka, (Fn. 10), S. 17-20 m.w.N.

24 Vgl. Art. 12 des TTIP-Entwurfs; Art. 8.29 CETA; Art. 15 des EU-Vietnam-FTA-Entwurfs.

25 Art. 9 Abs. 2 des TTIP-Entwurfs; Art. 8.27 Abs. 2 CETA. Terminologisch ist darauf hinzuweisen, dass nur der TTIP-Entwurf hier von Richtern („Judges“) spricht. Für den EU-Vietnam-FTA-Entwurf (vgl. dort Art. 14) und CETA (vgl. dort Art. 8.27) wurde die Formulierung Mitglieder des Tribunals („Members of the Tribunal“) gewählt. Inhaltlich macht dies keinen Unterschied.

26 Art. 10 Abs. 2 des TTIP-Entwurfs.

27 Art. 8.28 Abs. 7 lit. f) CETA.

28 Art. 12 Abs. 2 des EU-Vietnam-FTA-Entwurfs.

29 Art. 13 Abs. 2 des EU-Vietnam-FTA-Entwurfs.

30 Art. 9 Abs. 11 und Art. 10 Abs. 11 des TTIP-Entwurfs; Art. 12 Abs. 13 und Art. 13 Abs. 13 des EU-Vietnam-FTA-Entwurfs; der CETA-Text verzichtet auf diese strikte Formulierung.

31 Art. 9 Abs. 11 bzw. Art. 10 Abs. 11 TTIP-Entwurfs; nach Art. 8.27 Abs. 12 und Art. 8.28 Abs. 7 lit. d) CETA wird für dieses Abkommen der Betrag allerdings erst noch durch das CETA Joint Committee festgesetzt.

Entscheidungsträger vor, Prozessvertreter in Investitionsschutzverfahren sollen sie aber neben ihrem Amt am Gerichtshof nicht mehr sein.³²

I. Der Verfahrensablauf nach dem Kommissionsmodell

Die Ausgestaltung des Verfahrensablaufs vor den Investitionsgerichtshöfen nach den Entwürfen der Kommission folgt der vor Schiedsgerichten – bis auf das Element der Berufungsinstanz. Gültige Beilegung von Investitionsstreitigkeiten³³ und Mediation³⁴ werden als optionale Streitbeilegungsmöglichkeiten betont. Jedoch sind nur Konsultationen³⁵ verpflichtend, bevor ein Investor eine Klage einreichen kann.³⁶

Im Falle einer Klage kann der Investor – je nach Anwendbarkeit – zwischen der Einreichung seiner Klage nach der ICSID-Konvention,³⁷ den ICSID Additional Facility Rules oder den UNCITRAL-Regeln wählen.³⁸ Die Parteien können sich daneben auch auf spezielle Verfahrensregeln einigen.³⁹ Innerhalb von 90 Tagen nach Einreichung der Klage ernennt der Präsident des Tribunals sodann die drei Richter für den speziellen Fall. Innerhalb von 18 Monaten nach Einreichen der Klage soll wiederum das Tribunal nach dem TTIP-Entwurf sein vorläufiges Urteil (*Provisional Award*) erlassen.⁴⁰ Das Appeal Tribunal muss die unterliegende Partei innerhalb von 90 Tagen nach Erlass des vorläufigen Urteils anrufen, ansonsten wird dieses ein *Final Award*.⁴¹

Wird das Appeal Tribunal angerufen, so soll dessen Befassung mit dem einzelnen Fall nicht länger als 180 Tage,⁴² in keinem Fall länger als 270 Tage dauern.⁴³ Bestätigt

32 Art. 11 Abs. 1 Satz 6 des TTIP-Entwurfs; Art. 8.30 Abs. 1 Satz 6 CETA; Art. 14 Abs. 1 Satz 6 des EU-Vietnam-FTA-Entwurfs.

33 Art. 2 des TTIP-Entwurfs; Art. 8.20 Satz 1 CETA; Art. 3 des EU-Vietnam-FTA-Entwurfs.

34 Art. 3 des TTIP-Entwurfs; Art. 8.20 CETA; Art. 5 des EU-Vietnam-FTA-Entwurfs.

35 Art. 4 des TTIP-Entwurfs; Art. 8.19 CETA; Art. 4 des EU-Vietnam-FTA-Entwurfs.

36 Art. 6 Abs. 1 des TTIP-Entwurfs; Art. 8.22 Abs. 1 lit. b) CETA; Art. 6 Abs. 1 des EU-Vietnam-FTA-Entwurfs, siehe dort auch Art. 9 Abs. 1 lit. b) bzgl. einzuhaltender Mindestzeiträume.

37 Konvention über die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Staaten und Staatsangehörigen anderer Staaten, BGBL. 1969 II, 369 – 575 UNTS 159.

38 Art. 6 Abs. 2 lit. a)-c) des TTIP-Entwurfs; Art. 8.23 Abs. 2 lit. a)-c) CETA; Art. 7 Abs. 2 lit. a)-c) des EU-Vietnam-FTA-Entwurfs; hierauf wird noch im Abschnitt zur Anerkennung und Vollstreckung näher einzugehen sein.

39 Art. 6 Abs. 2 lit. d) des TTIP-Entwurfs; Art. 8.23 Abs. 2 lit. d) CETA; Art. 7 Abs. 2 lit. d) des EU-Vietnam-FTA-Entwurfs.

40 Art. 28 Abs. 6 Satz 1 des TTIP-Entwurfs; Art. 27 Abs. 6 Satz 1 des EU-Vietnam-FTA-Entwurfs; in Ausnahmefällen kann diese Frist verlängert werden, vgl. Art. 28 Abs. 6 Satz 2 des TTIP-Entwurfs bzw. Art. 27 Abs. 6 Satz 2 des EU-Vietnam-FTA-Entwurfs; Art. 8.39 Abs. 7 CETA sieht hier eine grundsätzliche Frist von 24 Monaten vor.

41 Art. 28 Abs. 6 Satz 3 des TTIP-Entwurfs; Art. 8.28 Abs. 9 lit. c) sublit. i) CETA; Art. 27 Abs. 7 des EU-Vietnam-FTA-Entwurfs.

42 Art. 29 Abs. 3 Satz 1 des TTIP-Entwurfs; Art. 28 Abs. 5 Satz 1 des EU-Vietnam-FTA-Entwurfs; im CETA-Text ist hierfür eine Frist nicht ersichtlich.

43 Art. 29 Abs. 3 Satz 3 des TTIP-Entwurfs; Art. 28 Abs. 5 Satz 3 des EU-Vietnam-FTA-Entwurfs; im CETA-Text ist hierfür eine Frist nicht ersichtlich.

die Berufungsinstanz das vorläufige Urteil des Tribunals, gilt dieses als final.⁴⁴ Verweist das Appeal Tribunal die Sache dagegen zurück an das Tribunal, so hat dieses innerhalb von 90 Tagen die Streitigkeit unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Berufungsinstanz erneut zu entscheiden.⁴⁵

Die Gründe, die für den Gang zur Berufungsinstanz dargelegt werden müssen, sind:

- „(a) dass das Tribunal in der Auslegung oder Anwendung des anwendbaren Rechts einen Fehler begangen hat,
- (b) dass das Tribunal einen manifesten Fehler in der Einschätzung von Fakten, einschließlich des nationalen Rechts, begangen hat, oder
- (c) die Gründe, die in Artikel 52 der ICSID-Konvention niedergelegt sind, soweit sie nicht bereits von (a) und (b) erfasst sind.“⁴⁶

II. Das Für und Wider eines Appeal Tribunals

Die Diskussion um die Notwendigkeit einer Berufungsinstanz in Investitionsschiedsverfahren wird bereits seit mehr als zehn Jahren geführt. Zwar sind Investitionschiedssprüche einer Überprüfung unterworfen. Im Rahmen des ICSID-Systems erfolgt diese im Aufhebungsverfahren nach Art. 52 der ICSID-Konvention und in Verfahren außerhalb des ICSID-Systems im Rahmen von Anerkennungs- bzw. Aufhebungsverfahren nach dem New Yorker Übereinkommen von 1958 (NYÜ)⁴⁷ sowie dem Recht des Sitzstaates des Schiedsgerichts oder des Forums, in dem die Vollstreckung begeht wird. Diese Überprüfung findet jedoch nur in einem eingegrenzten Rahmen statt.

Art. V NYÜ beschränkt die Widerspruchsgründe gegen die Vollstreckung eines Schiedsspruchs auf Formalia bezüglich des Verfahrens⁴⁸ sowie die fehlende Schiedsfähigkeit des Streitgegenstands oder einen *ordre public*-Verstoß.⁴⁹ Art. 52 der ICSID-Konvention sieht fünf Aufhebungsgründe vor: die fehlerhafte Zusammensetzung des Schiedsgerichts, eine manifeste Kompetenzüberschreitung des Schiedsgerichts, die Bestechlichkeit eines Schiedsrichters, schwerwiegende Abweichung von einer grundlegenden Verfahrensvorschrift und das Fehlen der Begründung des Schiedsspruchs.

Gerade die Sachentscheidung der Schiedssprüche unterliegt innerhalb des ICSID-Systems und genauso des Systems des NYÜ so nur einer sehr begrenzten Überprüfung. Insbesondere während der Verhandlungen zur ICSID-Konvention war bewusst auf eine einstufige Streitbeilegung – mit dem Aufhebungsverfahren als außergewöhnlichem Rechtsmittel – gesetzt worden, um die Verfahren möglichst schnell und kost-

44 Art. 29 Abs. 2 Satz 1 des TTIP-Entwurfs; Art. 8.28 Abs. 9 lit. c) sublit. ii) CETA; Art. 29 Abs. 2 des EU-Vietnam-FTA-Entwurfs.

45 Art. 28 Abs. 7 Satz 5 des TTIP-Entwurfs; Art. 29 Abs. 4 Satz 3 des EU-Vietnam-FTA-Entwurfs; im CETA-Text ist hierfür eine Frist nicht ersichtlich.

46 Freie Übersetzung durch den Autor des gleichlautenden Texts von Art. 29 Abs. 1 des TTIP-Entwurfs, Art. 28 Abs. 1 des EU-Vietnam-FTA-Entwurfs und Art. 8.28 Abs. 2 CETA.

47 New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche v. 10.6.1958, BGBl. 1961 II, 122 – 330 UNTS 38.

48 Art. V Abs. 1 NYÜ.

49 Art. V Abs. 2 NYÜ.

tengünstig durchführen zu können.⁵⁰ Schon 2004, zu einem Zeitpunkt als die ICSID-Streitbeilegung gerade begann aufzublühen, machte jedoch das ICSID-Sekretariat Vorschläge zur Verbesserung des Systems, die auch die Frage einer Berufungsinstanz beinhalteten.⁵¹ Die Einführung einer solchen wurde mit der Vermeidung von Inkonsistenz und Inkohärenz in der aufkommenden ICSID-Spruchpraxis begründet.⁵² Gleichwohl stellte das Sekretariat auch klar, dass Inkonsistenz und Inkohärenz ein für die Zukunft zu erwartendes, aber kein damals bereits existierendes Phänomen waren.⁵³ Genauso äußerte das Sekretariat Zweifel, ob eine Berufungsinstanz nicht auch zu einer Fragmentierung der Spruchpraxis führen könnte.⁵⁴ Der Vorstoß des ICSID-Sekretariats wurde schlussendlich aus politischen und rechtstechnischen Gründen nicht weiter verfolgt.⁵⁵ Die Diskussion – gestützt auf dieselben Argumente – dauert jedoch weiter an.⁵⁶

Mittlerweile existieren auch Entscheidungen, die belegen, dass eine Uneinheitlichkeit der Spruchpraxis aufkommen kann. Das betrüglichste Beispiel hierfür sind wohl die Entscheidungen in *CME v. Czech Republic*⁵⁷ und *Lauder v. Czech Republic*.⁵⁸ Auf Grundlage eines nahezu gleichen Sachverhalts sowie der gleichen investitionsrechtlichen Norm sprach in einem Fall das Schiedsgericht dem Kläger aufgrund einer Enteignung fast 270 Mio. US-Dollar plus Zinsen zu, während in dem anderen Fall ein anderes Schiedsgericht keine Enteignung feststellte.

Im Gegensatz zum WTO-Recht, das nach dem *single undertaking*-Ansatz aus einem festen Bestand an Abkommen besteht, die alle WTO-Mitglieder binden, ist das Investitionsrecht derzeit bereits in grob 3.000 verschiedene Abkommen aufgesplittert. Eine Konsistenz der Rechtsprechung muss hier immer auch den unterschiedlichen Wortlaut der einzelnen Verträge beachten. Akzeptiert man Inkonsistenz und Inkohärenz dennoch als ein Problem, das auch durch eine konsequente Anwendung der Auslegungsregeln der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVRK)⁵⁹ nicht überwunden werden kann (was verschiedene Schiedssprüche nahelegen),⁶⁰ so ist zu fragen, ob ein Appeal Tribunal das richtige Mittel ist, dieses Problem zu lösen.

50 Vgl. *Tams, Is There A Need for an ICSID Appellate Structure?*, in: Hofmann/Tams (Hrsg.), *The International Convention on the Settlement of Investment Disputes (ICSID) – Taking Stock after 40 Years*, 2007, S. 227–229, der ebenso beschreibt, dass die Väter und Mütter der ICSID-Konvention zudem großes Vertrauen in die nach dem Übereinkommen zu bestimmenden Schiedsrichter hatten.

51 ICSID, Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration, Diskussionspapier v. 22.10.2004, S. 14 f.

52 Ibid., Rn. 21.

53 Ibid.

54 Ibid.

55 Vgl. ICSID, Suggested Changes to the ICSID Rules and Regulations, Working Paper v. 12.5.2005, Rn. 4.; zu den rechtstechnischen Problemen *Tams*, (Fn. 50), S. 224–231.

56 Siehe insbesondere *ibid.*, S. 224 ff. m.w.N.

57 *CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award, 13.9.2001/Final Award, 14.3.2003.

58 *Ronald S. Lauder v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Final Award, 3.9.2001.

59 Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge v. 23.5.1969, BGBl. 1985 II, 926–1155 UNTS 331.

60 So die Analyse von *Tams*, (Fn. 50), S. 235–237.

Jedenfalls mehrere Appeal Tribunale sind es indes nicht. Eine Multiplizierung von Berufungsinstanzen, sei es auch nur unter den Abkommen, die die EU derzeit mit ihren Verhandlungspartnern vorbereitet, würde im Zweifel statt zu einer einheitlichen Gesamtspruchpraxis nur zu einer konsistenten Spruchpraxis unter einem der Abkommen führen. Das Risiko einer inkonsistenten Spruchpraxis zwischen den einzelnen Berufungsinstanzen bliebe in dem Maße bestehen, wie derzeit das Risiko inkonsistenter Schiedsgerichtsentscheidungen im Raum steht. Hierfür hat auch die Kommission trotz des Hinweises auf eine zukünftige Zusammenführung der Gerichtshöfe zu einer multilateralen Institution⁶¹ in ihren Entwürfen keinen „Rettungsanker“ an Bord. Zumaldest die Personalunion der Richter wäre hierfür nötig. Allein diese zu erreichen ist aber nach den derzeitigen Entwürfen schon größtenteils nicht möglich, wie der nächste Part dieses Beitrags zeigt.

III. Die Regelungen zu den Richtern und Mitgliedern des Appeal Tribunal

1. Auswahl und Anforderungen

An die Richter und Appeal Tribunal-Mitglieder stellt der Kommissionsentwurf nahezu gleichlautende Anforderungen.⁶² Diese sollen

„über die Qualifikationen verfügen, die zur Ernennung für das [höchste] Richteramt in ihren jeweiligen Ländern gefordert sind, oder Juristen von anerkannter Kompetenz sein. Sie sollen über nachgewiesene völkerrechtliche Expertise verfügen. Es ist wünschenswert, dass sie insbesondere über Expertise im internationalen Investitionsrecht, internationalem Handelsrecht und der Streitbeilegung im Rahmen von internationalen Investitionsschutz- oder Handelsverträgen verfügen.“⁶³

In der Tat folgt der Kommissionsentwurf – wie von Kommissarin *Malmström* angekündigt – damit den Vorbildern in Art. 2 des IGH-Statuts⁶⁴ und Art. 17 Abs. 3 des WTO Dispute Settlement Understanding.⁶⁵ Einen Rückgriff auf die Anforderungen an die Mitglieder der WTO-Panels nach Art. 8 Abs. 1 DSU hat die Kommission wohl bewusst unterlassen – schließlich wird in der WTO bei der Besetzung der „ersten Instanz“ weniger Wert auf juristische Qualifikationen als auf handelspolitische Kenntnisse gelegt.

Angesichts der Formulierung des Kommissions-Entwurfs fällt es andererseits schwer, einen Unterschied zu Art. 14 der ICSID-Konvention zu erkennen, der bereits

61 Art. 12 des TTIP-Entwurfs; Art. 8.29 CETA; Art. 15 des EU-Vietnam-FTA-Entwurfs.

62 Vgl. Art. 9 Abs. 4 bzw. Art. 10 Abs. 7 des TTIP-Entwurfs sowie Art. 8.27 Abs. 4 bzw. Art. 8.28 Abs. 4 i.V.m. Art. 8.27 Abs. 4 des CETA-Texts und Art. 12 Abs. 4 bzw. Art. 13 Abs. 7 des EU-Vietnam-FTA-Entwurfs. Die Vertragswerke nutzen insoweit einen identischen Wortlaut, lediglich die Voraussetzung der Zulassung zum höchsten Richteramt ist für die Appeal Tribunal-Mitglieder in CETA gestrichen worden.

63 Freie Übersetzung der entsprechenden Artikel durch den Autor.

64 Statut des Internationalen Gerichtshofs v. 26.6.1945, BGBL. 1973 II, 431 – 557 UNTS 143.

65 Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes v. 15.4.1994, 1869 UNTS 401.

heute auf den Großteil der Investitionsschiedsverfahren Anwendung findet – insbesondere, da die Anforderung der Befähigung zum Richteramt dadurch relativiert wird, dass sie bei „*anerkannter Kompetenz*“ des Kandidaten hinfällig ist. Nach Art. 14 müssen ICSID-Schiedsrichter

„ein hohes sittliches Ansehen sowie eine anerkannte Befähigung auf den Gebieten des Rechts, des Handels, der Industrie oder des Finanzwesens besitzen und jede Gewähr dafür bieten, dass sie ihr Amt unabhängig ausüben werden. Bei den [...] benannten Personen ist die Befähigung auf dem Gebiet des Rechts besonders wichtig.“

Die von Kommissarin *Malmström* beschworene „größere Veränderung“⁶⁶ bleibt vor diesem Hintergrund bezüglich der Anforderungen an die Entscheidungsträger zunächst Rhetorik. Die Standards, auf die sie sich stützt, sind auch in heutigen Verfahren bereits gang und gäbe.

2. Interessenkonflikte und Neutralität

Art. 11 des Entwurfs für TTIP, Art. 14 Abs. 1 des EU-Vietnam-FTA-Entwurfs und Art. 8.30 Abs. 1 des CETA-Texts sowie der in den Entwürfen für TTIP und das EU-Vietnam-FTA enthaltene *Code of Conduct* stellen Regeln für die Neutralität der Entscheidungsträger auf:

„Kandidaten und Mitglieder sollen ungehörliches Verhalten sowie den Anschein ungebührlichen Verhaltens vermeiden, unabhängig und unparteiisch sein, direkte und indirekte Interessenkonflikte vermeiden und hohe Verhaltensstandards befolgen, sodass die Integrität und Unparteilichkeit des Streitbeilegungsmechanismus‘ bewahrt wird.“⁶⁷

a) Der „*Code of Conduct*“ im Lichte weiterer Verhaltenskodizes

Neu sind solche Verhaltenskodizes nicht. Bereits in derzeitigen Investitionsschutzverfahren werden Unparteilichkeits- und Unabhängigkeitsvorgaben nach festgeschriebenen Maßstäben ausgelegt. Eine dem *Code of Conduct* gleichkommende Re-

66 *Malmström*, (Fn. 1).

67 Art. 2 des *Code of Conduct* (Übersetzung durch den Autor) nach dem derzeitigen TTIP- und EU-Vietnam-FTA-Entwurf.

gelung findet sich beispielsweise in Art. 6 der ICSID-Verfahrensregeln.⁶⁸ Insbesondere sieht dieser vor, dass jeder Schiedsrichter, der nicht bis zur ersten Sitzung des Schiedsgericht mit den Parteien seine Bindung an die dort niedergelegten Unabhängigkeit- und Unparteilichkeitsverpflichtungen erklärt, hierdurch implizit seinen Rücktritt vom Amt ausdrückt.

Als Indikator für Konflikte werden in derzeitigen Investitionsschiedsverfahren die IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration⁶⁹ herangezogen. Im Grundsatz fordern auch die IBA Guidelines von Schiedsrichtern,

„im Zeitpunkt der Annahme eines Schiedsrichtermandats, unparteiisch und von den Parteien unabhängig zu sein, und dies während der gesamten Dauer des Schiedsverfahrens zu bleiben bis das endgültige Schiedsurteil erlassen oder das Verfahren in anderer Weise endgültig beendet wurde.“⁷⁰

Die IBA Guidelines bieten ein ausdifferenziertes System zum Umgang mit potenziellen Defiziten der schiedsrichterlichen Unparteilichkeit oder Unabhängigkeit.⁷¹ Dazu nutzen die Guidelines einen „Ampel-Ansatz“: Sie unterscheiden zwischen den Kategorien der „unverzichtbaren roten Liste“, der „verzichtbaren roten Liste“, der „orangen Liste“ und der „grünen Liste“. Bezuglich bestimmter Fallkonstellationen legen diese Listen den Schiedsrichtern einerseits Offenlegungspflichten auf. Andererseits bestimmen Sie auch, wann ein Mandat abzulehnen ist. Für Fälle der beiden „roten Listen“ ist dies grundsätzlich der Fall. Nur bei Fällen der „verzichtbaren roten Liste“ können sich die Parteien einigen, einen Schiedsrichter dennoch zu akzeptieren. Die „orange Liste“ definiert Konstellationen, die unter Berücksichtigung des Einzelfalls

68 ICSID Arbitration Rule 6 Abs. 2 (*Constitution of the Tribunal*) besagt: „(2) Before or at the first session of the Tribunal, each arbitrator shall sign a declaration in the following form: *To the best of my knowledge there is no reason why I should not serve on the Arbitral Tribunal constituted by the International Centre for Settlement of Investment Disputes with respect to a dispute between _____ and _____. I shall keep confidential all information coming to my knowledge as a result of my participation in this proceeding, as well as the contents of any award made by the Tribunal. I shall judge fairly as between the parties, according to the applicable law, and shall not accept any instruction or compensation with regard to the proceeding from any source except as provided in the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States and in the Regulations and Rules made pursuant thereto. Attached is a statement of (a) my past and present professional, business and other relationships (if any) with the parties and (b) any other circumstance that might cause my reliability for independent judgment to be questioned by a party. I acknowledge that by signing this declaration, I assume a continuing obligation promptly to notify the Secretary-General of the Centre of any such relationship or circumstance that subsequently arises during this proceeding. Any arbitrator failing to sign a declaration by the end of the first session of the Tribunal shall be deemed to have resigned.*“

69 IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration v. 23.10.2014.

70 Ibid., General Standard 1.

71 Dazu bereits Wuschka, (Fn. 10), S. 31.

die Ablehnung des Mandats erfordern. Die „grüne Liste“ stellt im Gegenzug klar, bei welchen Fällen generell keine Bedenken bestehen.⁷²

Allerdings gelten die Guidelines bislang lediglich als *Soft Law*. Der erste veröffentlichte Entwurf des CETA⁷³ löste dieses Geltungsproblem jedoch bereits. Er sah in Art. X.25 Abs. 6 die Bindung von CETA-Schiedsrichtern an die IBA Guidelines vor. Ein Schritt, der zumindest zusätzlich zu dem *Code of Conduct* auch für das Investitionsgerichtshofsystem sinnvoll wäre. In Art. 8.30 Abs. 1 Satz 5 CETA wurde dieser bemerkenswerterweise auch wieder – anders als im TTIP-Entwurf und dem EU-Vietnam-FTA-Entwurf – in das Gerichtshofsystem aufgenommen und der geplante selbständige *Code of Conduct* gestrichen.

Der fehlende Verweis auf die IBA Guidelines in den anderen Vertragswerken mag darin begründet sein, dass die Kommission gerade von Schiedsverfahren abkehren will. Problematisch wird dies auch noch an anderer Stelle.⁷⁴ In Bezug auf die Ausgestaltung der Unabhängigkeits- und Unparteilichkeitsregeln bleibt der *Code of Conduct* jedenfalls nach seiner derzeitigen Ausgestaltung weit hinter den IBA Guidelines zurück.

b) Die Entscheidung über Befangenheitsanträge

Zudem bietet der Kommissionsentwurf für TTIP und das EU-Vietnam-FTA leider keine Lösungen für weitere in Schiedsrechtlerkreisen intensiv diskutierte Probleme: Sanktionen für Verstöße gegen die Unabhängigkeits- und Unparteilichkeitsstandards werden nicht normiert. Ebenso wird die Methode der Entscheidung über Schiedsrichteranfechtungen neutraler gestaltet. Entscheiden nach Art. 58 der ICSID-Konvention die nicht-angefochtenen Schiedsrichter (ein Modus, mit dem sich die wenigen ICSID-Schiedsrichter nach eigener Aussage wohl fühlen), so tut das nach dem Kommissionsentwurf für TTIP und das EU-Vietnam-FTA der Präsident der jeweiligen Instanz des jeweiligen Gerichtshofs.⁷⁵

Eine solche Zuordnung der Entscheidungsgewalt ist zwar in völkerrechtlichen Streitbeilegungsinstitutionen üblich. Eine Befangenheitsentscheidung ergeht beispielsweise nach dem IGH-Statut durch die gesamte Richterschaft selbst.⁷⁶ Am IGH

72 Zugegebenermaßen haben die IBA Guidelines auch immer wieder Kritik erfahren. Nach der letzten Revision der Guidelines im Jahr 2014 scheint diese aber eher darauf abzustellen, dass die Guidelines mit ihrem Listen-Ansatz zu strikt seien und so auch eine Situation als Interessenkonflikt eingestuft werden müsste, bei der eine Einzelfallwürdigung ebenso zu dem Ergebnis kommen könnte, dass gerade kein Konflikt vorliegt; vgl. hierzu jüngst *W Limited v. M SDN BHD*, 2.3.2016, EWHC 2016, 422 (Comm).

73 Europäische Kommission, EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement, Consolidated CETA Text, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf (18.3.2016).

74 Siehe unter C.IV.

75 Art. 11 Abs. 3 des TTIP-Entwurfs; Art. 14 Abs. 3 des EU-Vietnam-FTA-Entwurfs.

76 Vgl. Art. 16 Abs. 2 und Art. 17 Abs. 3 des IGH-Statuts; allerdings beziehen sich die Regelungen des IGH-Statuts nicht auf persönliche Verbindungen, sondern einen professionellen (vorherigen) Bezug des einzelnen Richters zum speziellen Fall.

besteht jedoch ein weitaus größeres Quorum an Richtern, das entscheidet. Zumindest die Verlagerung dieser Entscheidung aus der Richterschaft hinaus würde dieser einen deutlichen höheren Grad an Neutralität und damit Legitimität verschaffen.⁷⁷ Im Falle der durch die EU ausgehandelten Abkommen wäre eine Instanz außerhalb der Richterschaft mit dem jeweiligen Joint Committee der Abkommen auch gegeben.⁷⁸

Auch dies greift allerdings der überarbeitete CETA-Text bereits auf. Als gelungener Fortschritt gegenüber dem TTIP-Entwurf und dem Entwurf des EU-Vietnam-FTA ist zu werten, dass dieser in Art. 8.30 Abs. 2 und 3 den Präsidenten des Internationalen Gerichtshofs dazu bestimmt, über Richteranfechtungen zu entscheiden.

c) Das Problem der „Issue Conflicts“

In der derzeitigen Form läuten daher – jedenfalls in Bezug auf den TTIP-Entwurf und das EU-Vietnam-FTA – auch die vorgesehenen Neutralitätsregeln nicht den von Kommissarin Malmström beschworenen Systemwechsel ein. Es scheint in jedem Fall sinnvoll, dass die Kommission hier auch dem Vorbild des neuen CETA-Texts folgt.

Zusätzlich machen die Neutralitätsregeln – in diesem Fall auch in CETA nach derzeitigem Stand – aber eine weitere Flanke auf: Sie sehen vor, dass die Entscheidungsträger sowohl direkte als auch indirekte Interessenkonflikte vermeiden müssen.⁷⁹ Diese unbestimmte Formulierung legt den Grund für Argumente, die auf der Annahme sogenannter *Issue Conflicts* fußen. Als solche werden Interessenkonflikte verstanden, die darauf beruhen, dass sich eine Person bereits als Schiedsrichter oder Prozessvertreter in einem vergleichbaren Fall oder durch eine Publikation eine Meinung über spezielle Rechtsprobleme gebildet hat.⁸⁰

Das Argument einer mangelnden Unparteilichkeit aufgrund eines solchen Konflikts ist zwar ein schwaches, insbesondere mit Blick auf Gerichte. Es ist schließlich bei staatlichen Gerichten bzw. Richtern üblich, dass deren Entscheidungspraxis bekannt ist – im angloamerikanischen Bereich ist nach der *stare decisis*-Doktrin zudem grundsätzlich keine Abweichung von gefestigter Rechtsprechung möglich. Das Ausbilden einer vorgefestigten Meinung ist also gerade etwas, das von staatlichen Richtern gefordert oder zumindest erwartet wird. Dies in Bezug auf Investitionsschiedsrichter anders zu handhaben ist nicht zu begründen. Jedoch zeigt die Argumentationslinie, dass bei der Auswahl von Investitionsschiedsrichtern heutzutage jedenfalls potenziell noch weitreichendere Standards in Bezug auf Unabhängigkeit und Unparteilichkeit angewandt werden als in Bezug auf staatliche Richter.

Die Richter und Appeal Tribunal-Mitglieder sind – solange die Kommission in ihren Entwürfen und Vertragstexten nicht klarstellt, dass *Issue Conflicts* keinen Zweि-

77 Hierzu Nappert, Escaping from Freedom? The Dilemma of an Improved ISDS Mechanism, The 2015 EFILA Inaugural Lecture v. 26.11.2015, S. 22.

78 Ibid.

79 Vgl. Art. 11 des TTIP-Entwurfs, Art. 30 Abs. 1 CETA.

80 Ausführlich zu dieser Problematik Hwang/Lim, Issue Conflict in ICSID Arbitrations, TDM 8 (2011).

fel an der Unabhängigkeit der Entscheidungsträger begründen⁸¹ – weiterhin der geschilderten Argumentation ausgesetzt.⁸² Sie müssten so in Zukunft noch stärker darauf achten, welche Schiedsrichtermandate sie beispielsweise außerhalb des Gerichtshofsystems annehmen. Auch eine Tätigkeit an mehreren der nach dem Vorgehen der Kommission entstehenden Gerichtshöfe scheint zweifelhaft. Um eine kohärente Rechtsprechung zu erreichen, wäre aber eben das wünschenswert. Angesichts der zudem geringen Pauschalen wird eine Tätigkeit am TTIP-Gerichtshof für viele der derzeit schon in Investitionsschutzverfahren erfahrenen Personen so unattraktiv – ganz zu schweigen vom Konflikt ihres engen Terminkalenders mit der Verpflichtung zur ständigen Verfügbarkeit. Diese Personen will der Kommissionsentwurf jedoch – nimmt man die Anforderungen an die Richter ernst – gerade gewinnen.

IV. Anerkennung und Vollstreckung

Noch größere Probleme offenbart die Vorschrift zur Vollstreckung der *Final Awards*. Nach allen drei hier untersuchten Texten sind diese zunächst für die Vertragsparteien bindend.⁸³ Daneben strebt aber der Entwurf auch eine Vollstreckung außerhalb der Staatsgebiete der jeweiligen Parteien an. Die Formulierungen dazu scheinen jedoch missglückt.

1. Vollstreckung nach der ICSID-Konvention

Art. 30 Abs. 6 des TTIP-Entwurfs⁸⁴ bestimmt, dass – verhandelt der Investitionsgerichtshof auf Basis der ICSID-Regeln – der *Final Award* nach der ICSID-Konvention vollstreckbar ist. Die relevante Vollstreckungsvorschrift der ICSID-Konvention (Art. 54) sieht vor, dass einem ICSID-Schiedsspruch in jedem Vertragsstaat der Konvention der Status eines rechtskräftigen Urteils eines der Gerichte dieses Staates zu kommt.⁸⁵ Diese Vorschrift ist daher vielfach als die weitreichendste Vollstreckungsvorschrift, die bislang für internationale Schiedssprüche vereinbart worden ist, beschrieben worden.⁸⁶ Nationale Gerichte werden nur im Wege des Exequatur, der

- 81 Eine ähnliche Klarstellung nahm die Kommission bereits in Fn. 6 zu Art. 11 des TTIP-Entwurfs bzw. Fn. 10 zu Art. 30 Abs. 1 CETA und Fn. 27 zu Art. 14 Abs. 1 des EU-Vietnam-FTA-Entwurfs vor. Diese erläutert das Merkmal der „Affiliation mit einer Regierung“ näher und stellt klar, dass Personen (beispielsweise hier Professoren) nicht aufgrund staatlicher Bezüge vom Richteramt ausgeschlossen werden.
- 82 Auch der Ausschluss der Tätigkeit als Prozessvertreter hilft hier nicht weiter, da als Grundlage für die Annahme eines *Issue Conflicts* immer auch noch bereits abgeschlossene Verfahren angeführt werden können.
- 83 Art. 30 Abs. 1 des TTIP-Entwurfs; Art. 8.41 Abs. 1 CETA; Art. 31 Abs. 1 des EU-Vietnam-FTA-Entwurfs.
- 84 Ebenso Art. 8.41 Abs. 6 CETA; Art. 31 Abs. 6 des EU-Vietnam-FTA-Entwurfs.
- 85 Art. 54 Abs. 1 Satz 1 der ICSID-Konvention.
- 86 Siehe nur Lörcher, ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit, SchiedsVZ 2005, S. 20.

formellen Bestätigung des Schiedsspruchs für die jeweilige Rechtsordnung,⁸⁷ tätig. Eine gerichtliche Überprüfung des Inhalts des Schiedsspruchs schließt die ICSID-Konvention aus.⁸⁸ Lediglich seine Authentizität kann nach Art. 54 Abs. 2 der ICSID-Konvention überprüft werden.⁸⁹ Daher geht Art. 54 auch deutlich über das NYÜ hinaus, das eine begrenzte Überprüfung von Schiedssprüchen im Vollstreckungsverfahren zulässt.

Für eine Vollstreckung nach Art. 54 ist allerdings ein Schiedsspruch im Sinne der ICSID-Konvention nötig. Hiervon werden nur Endschiedssprüche umfasst.⁹⁰ Vorgelagerte Entscheidungen eines Schiedsgerichts wie Zuständigkeitsentscheidungen oder verfahrensleitende Verfügungen können nicht alleinstehend über Art. 54 der ICSID-Konvention vollstreckt werden.⁹¹ Der Kommissionsvorschlag für TTIP finanziert daher in Art. 30 Abs. 6, dass es sich bei den *Final Awards* um ICSID-Schiedssprüche handelt.⁹² Fraglich ist aber, ob dies vor dem Hintergrund der ICSID-Konvention selbst wie auch anderer völkervertragsrechtlicher Regeln so Geltung entfalten kann.

An dieser Stelle kommt dem Zusammenspiel der ICSID-Konvention mit den Regelungen des jeweiligen Investitionsgerichtshofs große Bedeutung zu. Nach Art. 6 Abs. 2 lit. a) des Kommissionsentwurfs für TTIP können die Verfahren vor dem Gerichtshof nach der ICSID-Konvention geführt werden. Verweise dieser Art, die sich schlicht und ohne weitere Spezifikationen auf ein Schiedsverfahren nach der ICSID-Konvention beziehen, sind üblich in Investitionsschutzverträgen.⁹³

ICSID selbst dient nie als Schiedsgericht. Es ist eine Institution, die Schiedsverfahren administriert und betreut – vergleichbar dem London Court of International Arbitration, dem Court of Arbitration der Internationalen Handelskammer in Paris oder der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit.⁹⁴ Das Verfahren führen die *ad hoc* zusammengesetzten Schiedsgerichte mit Unterstützung von ICSID in administrativen Fragen. Der übliche Verweis in Investitionsschutzabkommen auf die ICSID-Konvention ist als ein Verweis auf ein durch ICSID administriertes Schiedsverfahren

87 Zum Exequatur-Verfahren mit Blick auf Investitionsschiedssprüche aus der Perspektive des deutschen Rechts siehe *Bubrowski*, Internationale Investitionsschiedsverfahren und nationale Gerichte, 2013, S. 279–285.

88 Vgl. Art. 54 Abs. 3 i.V.m. Art. 54 Abs. 1 Satz 1 der ICSID-Konvention; *Schreuer u.a.*, The ICSID-Convention – A Commentary, 2. Aufl. 2009, Art. 54, Rn. 42; *Kröll*, Enforcement of Awards, in: *Bungenberg/Griebel/Hobe/Reinisch* (Hrsg.), International Investment Law – A Handbook, 2015, S. 1482, Rn. 51.

89 So auch *Schreuer u.a.*, (Fn. 88), Rn. 42.

90 *Ibid.*, Rn. 30.

91 *Ibid.*

92 Vgl. die Parallelvorschriften in Art. 8.41 Abs. 6 CETA und Art. 31 Abs. 6 des EU-Vietnam-FTA-Entwurfs.

93 Siehe beispielsweise Art. 10 Abs. 2 Nr. 1 und 2 des deutschen Model BITs von 2009; Art. 11.20 Abs. 1 lit. a) des North American Free Trade Agreements v. 17.12.1992, 32 ILM 1993, 605; Art. 10.16 Abs. 3 lit. a) des Dominican Republic-Central America FTA v. 5.8.2004, 43 ILM 2005, 514.

94 *Happ*, Aktuelle Rechtsprechung der ICSID-Schiedsgerichte, SchiedsVZ 2005, S. 21.

anzusehen. Die Frage der institutionellen Ausgestaltung kommt in dieser Konstellation nicht auf.

In Bezug auf den Investitionsgerichtshof stellt sie sich aber. Hätte dieser seine eigene Registratur, würde ICSID als Administrationseinheit abgelöst. Der Gerichtshof könnte seine administrativen Fragen selbst klären und die ICSID-Konvention und weitere Regelungen lediglich als Verfahrensrecht anwenden. Zwar beinhaltet die ICSID-Konvention keine ähnlich strikte Exklusivitätsregel wie Art. 6 Abs. 2 der ICC-Schiedsregeln, nach der ICC-Schiedsverfahren nur vom ICC Court of Arbitration administriert werden dürfen. Dennoch verweist die Konvention an vielen Stellen auf das Tätigwerden der/s ICSID-Generalsekretärs/in oder weiterer Weltbank-Offizialler. Eine Verwaltung von Schiedsverfahren nach der ICSID-Konvention scheint daher auch generell nur durch ICSID stattfinden zu können. Einem „echten“ Investitionsgerichtshof müssten die EU und ihre Vertragspartner daher wohl auch eigene Regeln ähnlich der ICSID-Konvention in Form eines Statuts an die Hand gegeben – auch als Grundlage für Verfahrensregeln, die sich der Gerichtshof dann noch selbst geben könnte.

Diese Frage kann allerdings vorerst dahinstehen, da der Kommissionsentwurf für CETA, TTIP und das EU-Vietnam-FTA kein eigenes Sekretariat und keine Registratur für die Verfahren vor dem Gerichtshof vorsieht.⁹⁵ Sollte die Wandlung des Gerichtshofs in eine permanente Institution vollzogen werden, wie es beispielsweise die Normen der Richtervergütung andeuten, könnte dies allerdings zu einem Problem werden.

Problematisch ist nach den derzeitigen Entwürfen schon jetzt, wie sich die Abweichungen von den Vorgaben der ICSID-Konvention durch die Kommissionsentwürfe auf von ICSID administrierte Verfahren vor den jeweiligen Gerichtshöfen auswirken werden.

Im *inter se*-Verhältnis zwischen den Vertragsparteien der jeweiligen Abkommen dürften diese Abweichungen keine Schwierigkeiten bereiten.⁹⁶ Art. 41 Abs. 1 lit. b) WVRK gestattet Modifikationen von mehrseitigen Verträgen im Verhältnis zweier Staaten untereinander, „wenn die betreffende Modifikation durch den Vertrag nicht verboten ist“. Ferner darf die Modifikation nach Art. 41 Abs. 1 lit. b) sublit. i) WVRK nicht „die anderen Vertragsparteien in dem Genuss ihrer Rechte auf Grund des Vertrags oder in der Erfüllung ihrer Pflichten“ beeinträchtigen und sich nach Abs. 1 lit. b) sublit. ii) WVRK nicht auf eine Bestimmung beziehen, „von der abzuweichen mit der vollen Verwirklichung von Ziel und Zweck des gesamten Vertrags unvereinbar ist“.

95 Vgl. Art. 9 Abs. 16 bzw. Art. 10 Abs. 15 des TTIP-Entwurfs; Art. 12 Abs. 18 bzw. Art. 13 Abs. 18 des EU-Vietnam-FTA-Entwurfs; Art. 8.27 Abs. 16 CETA, der explizit vorsieht, dass das ICSID-Sekretariat als Sekretariat des Tribunals fungieren soll. Der Vorschlag von Krajewski in seinem im Auftrag des BMWi entwickelten Modelinvestitionsschutzabkommen, (Fn. 3), sieht hier folgerichtig bereits ein Sekretariat vor, das dem permanenten Investitionsgerichtshof nach dem dort vorgeschlagenen Modell zur Seite steht, vgl. dort Art. 16 Abs. 2.

96 So schon Tams, (Fn. 50), S. 230.

Im Verhältnis der EU, hier insbesondere ihrer Mitgliedstaaten,⁹⁷ und den Vertragsparteien in den Freihandelsabkommen zu den übrigen ICSID-Vertragsstaaten führen die Modifikationen des ICSID-Verfahrens durch das Gerichtshofmodell jedoch zu Problemen. Zwar werden die anderen Vertragsstaaten der ICSID-Konvention nicht im Sinne des Art. 41 Abs. 1 lit. b) WVRK in der Erfüllung ihrer Pflichten beeinträchtigt werden. Genauso scheint die Vollstreckung eines *Final Award* durch drittstaatliche Gerichte zunächst nur zu Lasten der im Schiedsverfahren unterlegenen Partei zu gehen. Eine Pflicht zur Vollstreckung für drittstaatliche Gerichte kann völkerrechtlich aber nicht ohne die Zustimmung des jeweiligen Drittstaates entstehen. Es ist eine Grundregel des Völkervertragsrechts, dass ein Vertrag nur in dem Rahmen bindet, wie ihm die Vertragsparteien auch zugestimmt haben.

In diesem Lichte steht der Vollstreckung der *Final Awards* des Gerichtshofs nach der ICSID-Konvention deren Art. 53 entgegen. Dieser schließt für ICSID-Schiedssprüche jegliche Berufung klar und absolut aus.⁹⁸ Der Kommissionsvorschlag führt mit dem Appeal Tribunal aber gerade eine Berufungsinstanz ein. Die übrigen Vertragsstaaten der ICSID-Konvention unterfallen so plötzlich einer Pflicht zur Vollstreckung eines vorgeblichen ICSID-Schiedsspruchs, der in einem modifizierten Verfahren im Vergleich zu demjenigen zustande gekommen ist, welches die ICSID-Konvention eigentlich vorsieht. Eine solche Modifikation des Verfahrens für das Zustandekommens eines ICSID-Schiedsspruchs schließt eine Vollstreckung der *Final Awards* nach der sehr weitreichenden Vollstreckungsvorschrift des Art. 54 der ICSID-Konvention aus.

Ob dies der Grund war, aus dem die Kommission bereits in ihrem TTIP-Entwurf eine Klausel eingefügt hat, die besagt, dass nur Entscheidungen nach Appeal bzw. verstrichener Ausschlussfrist als *Final Awards* gelten,⁹⁹ bleibt nur zu mutmaßen. Über

97 Zu betonen ist hier, dass es um das Verhältnis der jeweiligen EU-Mitgliedstaaten zu den anderen ICSID-Mitgliedstaaten geht. Die EU ist nicht und kann auch derzeit nicht ICSID-Mitglied werden; vgl. Art. 67 der ICSID-Konvention. Entsprechend kann die ICSID-Konvention ohnehin nur auf Verfahren Anwendung finden, die ein EU-Investor initiiert oder für die ein Mitgliedsstaat, nicht aber die EU selbst, als *Respondent* agiert. Die Ausführungen beziehen sich daher nur auf diese Konstellationen. Dies setzt freilich voraus, dass all die diskutierten Freihandelsabkommen als gemischte Abkommen abgeschlossen werden. In der Diskussion dazu scheint sich aber ein Trend abzuzeichnen, der die Notwendigkeit der Unterzeichnung der Abkommen auch durch die Mitgliedstaaten vorsieht; siehe zu CETA *Mayer*, Rechtsgutachten für das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie v. 28.8.2014, www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/C-D/ceta-gutachten-einstufung-als-gemischtes-abkommen.property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf (18.3.2016); siehe auch Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten *Klaus Ernst*, *Dr. Diether Dehm*, *Alexander Ulrich*, weiterer Abgeordneter und der Fraktion Die Linke v. 28.1.2014, BT-Drs. 18/351, S. 7f.; allgemein zu gemischten Abkommen siehe *Schwichtenberg*, Die Kooperationsverpflichtung der Mitgliedstaaten der Europäischen Union bei Abschluss und Anwendung gemischter Verträge, 2014, S. 39 f. Der zuletzt veröffentlichte CETA-Text listet zumindest, wenn auch eingeklammert, alle EU-Mitgliedstaaten als Vertragsstaaten des Abkommens auf, vgl. CETA, (Fn. 22), S. 1 f.

98 *Sands/Mackenzie/Shany*, Manual of International Courts and Tribunals, 1999, S. 90; *Tams*, (Fn. 50), S. 229.

99 Siehe Art. 28 Abs. 6 Satz 3 und Art. 29 Abs. 2 Satz 1 des TTIP-Entwurfs.

die Existenz einer Appeal-Möglichkeit mag dieser rechtstechnische Schritt nicht hinwegzutäuschen. Das Ergebnis bleibt das gleiche.

2. Vollstreckung nach dem New Yorker Übereinkommen von 1958

Art. 30 Abs. 5 des TTIP-Entwurfs und die Parallelvorschriften der anderen Abkommenstexte¹⁰⁰ sehen vor, dass die *Final Awards* der Investitionsgerichtshöfe Schiedssprüche im Sinne des NYÜ darstellen. Ob es sich bei den in einem Vollstreckungsverfahren vorgelegten *Final Awards* wirklich um nach dem NYÜ vollstreckbare Schiedssprüche handelt, werden die Gerichte des Staates, in dem die Vollstreckung begehrte wird, immer selbst prüfen. Die EU und die USA (bzw. Vietnam oder Kanada) können diesen Gerichten das Ergebnis ihrer Prüfung nicht durch die Fiktion des Art. 30 Abs. 5 bzw. der jeweiligen Parallelvorschriften vorwegnehmen.

a) Ein „Schiedsspruch“ nach dem NYÜ

Das NYÜ selbst definiert den Begriff des Schiedsspruchs nicht. Betrachtet man die Entstehungsgeschichte der Konvention, so äußerte während der Vertragsverhandlungen zum NYÜ der österreichische Delegierte die Auffassung, diese Definition sei stets vom Recht des Staates abhängig, in dem die Vollstreckung begehrt würde, also der *lex fori*.¹⁰¹ In der Praxis der Anwendung der Konvention durch staatliche Gerichte und im Rahmen der wissenschaftlichen Auseinandersetzung wurden zudem auch die Anwendung der *lex arbitri* sowie eine Mischform aus *lex fori* und *lex arbitri* praktiziert bzw. erwogen.¹⁰² Vor allem kam aber der Ansatz auf, die Bestimmung einer Rechtsentscheidung als Schiedsspruch anhand oder jedenfalls auch unter Beachtung eines autonomen Standards nach der Konvention und im Sinne ihres Sinns und Zwecks vorzunehmen.¹⁰³ Die Bezeichnung des Schiedsspruchs als solcher ist nicht ausschlaggebend. Vielmehr kommt es auf den tatsächlichen Gehalt der entsprechenden Ent-

100 So auch Art. 8.41 Abs. 5 CETA; Art. 31 Abs. 5 des EU-Vietnam-FTA-Entwurfs.

101 Travaux préparatoires zum NYÜ, Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards – Report by the Secretary-General, Annex I, Comments by Governments, E/2822 v. 31.1.1956, S. 10.

102 Ausführlicher zu dieser Thematik Ebhe, in: Wolff (Hrsg.), New York Convention, 2012, Art. 1, Rn. 14-19.

103 BGH NJW 1982, 1224, 1225; *Merck & Co Inc. et al. v. Tecnoquimicas S.A.*, Supreme Court of Justice, Colombia, 26.1.1999, E-7474; Gaillard/Savage, Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration, 1999, S. 735-780; van den Berg, The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation Kluwer, 1981, S. 49; Lörcher, Enforceability of Agreed Awards in Foreign Jurisdictions, Arb. Int'l 17 (2001), S. 280.

scheidung an.¹⁰⁴ Weder bedeutet ein Fehlen dieser Bezeichnung, dass eine Entscheidung kein Schiedsspruch ist,¹⁰⁵ noch bedeutet die Bezeichnung als Schiedsspruch, dass Gerichte sie auch als solchen anerkennen werden.

Das NYÜ verlangt in dieser Hinsicht eine Entscheidung durch Schiedsrichter.¹⁰⁶ Eine Vollstreckung nach dem NYÜ dürfte sodann daran scheitern, dass der Kommissionsvorschlag nun schlicht keine Entscheidung mehr durch Schiedsrichter, sondern durch Richter vorsieht. Aber der Logik des NYÜ folgend kann hier letztlich auch nicht die Form, die Kommissarin *Malmström* beschreibt, entscheidend sein, sondern nur die tatsächliche Ausgestaltung des Gerichtshofs bzw. der Gerichtshöfe.

Allgemeinen Definition folgend ist die Bestimmung von einem oder mehreren Schiedsrichtern durch eine Schiedsvereinbarung zwischen den Parteien zur finalen Beilegung deren Streitigkeit konstitutives Merkmal eines Schiedsgerichts.¹⁰⁷

Die Finalität der *Final Awards* könnte – würde man das Appeal Tribunal als Teil der Schiedsverfahrens begreifen (wie auch der Kommissionsentwurf es ausgestaltet) – noch als gegeben angesehen werden. Die *Final Awards*, die nach dem NYÜ vollstreckt werden sollen, sind nach dem Durchlaufen des Gerichtshofs in der Tat final – sie unterliegen keiner externen Überprüfung mehr. Es sind allerdings auch schlicht keine Schiedssprüche mehr, da andere wesentliche schiedsverfahrenstypische Elemente dem Verfahren vor dem Investitionsgerichtshof fehlen. Eine Benennung der (Schieds-)Richter durch die Parteien findet im Falle des Investitionsgerichtshofs nicht statt. Dies ist jedoch gerade der wesentliche Unterschied zwischen Schiedsverfahren und Gerichtsverfahren. Auch seine Zuständigkeit basiert nicht auf einer Parteivereinbarung, sondern ist durch den jeweiligen Vertrag vorgegeben. Eine Vollstreckung der *Final Awards* nach dem NYÜ scheidet so aus.

b) Permanente Schiedsinstitutionen nach Art. 1 Abs. 2 NYÜ

Daran ändert auch Art. 1 Abs. 2 NYÜ nichts, der klarstellt, dass auch institutionalisierte Einrichtungen Schiedsverfahren abhalten können. Dieser klarstellende Absatz wurde von der Mehrheit der Delegierten bei der Vertragskonferenz nicht als notwen-

104 *Blackwater Security Consulting LLC et al. v. Richard P. Nordan*, District Court for the Eastern District of North Carolina, Northern Division, 21.1.2011, 2:06-CV-49-F; *Merck & Co Inc. et al. v. Tecnoquímicas S.A.*, Supreme Court of Justice, Colombia, 26.1.1999, E-7474, Fn. 103; *Publicis Communication v. Publicis S.A., True North Communications Inc.*, US Court of Appeals for the Seventh Circuit, 14.3.2000, 206 F.3d 725; implizit auch BGH, NJW-RR 2007, 1008; *Ehle*, (Fn. 102), Art. 1, Rn. 24-27.

105 Siehe hierzu *Blackwater Security Consulting LLC et al. v. Richard P. Nordan*, District Court for the Eastern District of North Carolina, Northern Division, 21.1.2011, 2:06-CV-49-F, Fn. 104; *Braspetro Oil Services Company – Brasoil v. The Management and Implementation Authority of the Great Man-Made River Project*, Court of Appeal of Paris, 1.7.1999, XXIV Y.B. COM. ARB. 1999, 296.

106 Vgl. Art. 1 Abs. 2 NYÜ.

107 Vgl. *Ehle*, (Fn. 102), Art. 1, Rn. 28 m.w.N.

dig erachtet.¹⁰⁸ Lediglich auf Insistieren der sowjetischen und tschechoslowakischen Delegierten wurde der Absatz zur Stärkung des Übereinkommens aufgenommen.¹⁰⁹

Die Gerichtspraxis mit Bezug zu Art. 1 Abs. 2 NYÜ ist klar zu der Frage, welche permanenten Institutionen unter diesen Absatz zu subsumieren sind. Dies sind all solche Schiedsgerichtsbarkeitsinstitutionen, die mit der Administration von Schiedsverfahren betraut sind. So fallen beispielsweise der bereits erwähnte Court of Arbitration der Internationalen Handelskammer (ICC) in Paris,¹¹⁰ das Schiedsinstut der finnischen Zentralhandelskammer,¹¹¹ das Singapore International Arbitration Centre¹¹² und auch der Internationale Handelsschiedsgerichtshof der ukrainischen Industrie- und Handelskammer¹¹³ unter diese Norm. Aus heutiger Sicht ist die klarstellende Funktion des Art. 1 Abs. 2 NYÜ obsolet geworden. Früher waren allerdings manche Schiedsinstitutionen stärker in die tatsächliche Entscheidung der Streitigkeiten eingebunden, was die Aufnahme der permanenten Schiedsgerichtinstitutionen in das NYÜ erklärt.¹¹⁴

Allerdings wurde auch die Vollstreckung von Schiedssprüchen des Iran-US Claims Tribunals bereits über das NYÜ betrieben. In Bezug auf Art. 1 Abs. 2 waren diese Bemühungen teilweise erfolgreich,¹¹⁵ als problematisch wurden sie vorrangig aus anderen Gründen angesehen.¹¹⁶ Andererseits sprach der High Court in England in einem *obiter dictum* den Schiedssprüchen des Tribunals ihre Vollstreckbarkeit ab.¹¹⁷

Aus der Reihe der erwähnten permanenten Schiedsinstitutionen ist das Iran-US Claims Tribunal am ehesten mit dem Gerichtshofmodell der EU-Freihandelsabkommen vergleichbar – insbesondere mit Blick auf die materiell-rechtlichen Fragen, die die Investitionsgerichtshöfe zu klären haben werden. Schließlich hatte die Rechtspre-

108 Besonders klar geht dies aus dem Statements des französischen Delegierten hervor: „*during all the years of the application of the Geneva Protocol and the 1927 Convention, no suggestion had ever been made that the term ‚arbitral award‘ did not include an award made by a private permanent arbitral body*; Travaux préparatoires, United Nations Conference on International Commercial Arbitration, Summary Record of the Eight Meeting, E/CONF.26/SR.8 v. 12.9.1958, S. 4; ebenso äußerte sich der Vorsitzende der Konferenz: „*no need to state that the convention would apply to awards made by permanent arbitral bodies, for their awards were no different from those made by specially appointed arbitrators*“.

109 Ibid., S. 6-8.

110 *FG Hemisphere Associates LLC v. Democratic Republic of Congo*, Supreme Court of New South Wales, 1.11.2010, [2010] NSWSC.

111 BrandbOLG, Beschl. v. 13.6.2002, 8 Sch 02/01.

112 *Transpac Capital Pte Ltd v. Buntoro*, Supreme Court of New South Wales, 7.7.2008, 11373/2008.

113 BrandbOLG, Beschl. v. 2.9.1999, 8 Sch 01/99.

114 Vgl. Ehle, (Fn. 102), Art. 1, Rn. 87.

115 Vgl. *Ministry of Defense of the Islamic Republic of Iran v. Gould Inc. et al.*, Court of Appeals for the Ninth Circuit, 23.10.1989, 887 F.2d 1357.

116 Dies war die Frage, ob die Schiedssprüche des Tribunals als „*awards made in the territory of a State*“ gelten konnten oder ob sie losgelöst vom Recht des Sitzstaats, in diesem Falle der Niederlande, ergehen; ausführlicher hierzu *Caron, The Nature of the Iran-United States Claims Tribunal and the Evolving Structure of International Dispute Resolution*, Am. J. Int'l L. 84 (1990), S. 104.

117 *Dallal v. Bank Mellat*, 1 All E.R. 1986, 239.

chung des Tribunals in manchen Fragen großen Einfluss auf die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit. Abseits der Frage, ob schon das Iran-US Claims Tribunal vom NYÜ umfasst sein sollte oder nicht,¹¹⁸ kann jedenfalls Art. 1 Abs. 2 NYÜ nicht derart interpretiert werden, dass er auch gesetzlich errichtete „Schiedsgerichte“ umfasst.¹¹⁹ Ein solches – wenn auch nicht durch ein einfaches Gesetz, sondern durch völkerrechtlichen Vertrag errichtet – werden aber die Investitionsgerichtshöfe gerade sein.

3. Vollstreckung muss auf anderem Wege erfolgen

Die Vollstreckung der *Final Awards* der Investitionsgerichtshöfe kann im Ergebnis weder nach der ICSID-Konvention noch nach dem NYÜ erfolgen. Der Rückgriff der Kommission auf diese Vorschriften offenbart ihr Bestreben, auch das Verfahren vor den Gerichtshöfen so durchsetzungskräftig zu gestalten wie vor Schiedsgerichten. Der Systemwechsel von der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit hin zur Investitionsgerichtsbarkeit, den die Kommission unternehmen will, bedingt aber auch, dass andere, neu zu schaffende Normen die Vollstreckung der entstehenden Investitionsschutzurteile regeln. Will sich die Kommission nicht nur auf die Vollstreckung zwischen den Mitgliedstaaten der jeweiligen Verträge beschränken, so muss sie dies in Angriff nehmen. Ein erster Schritt könnte sein, eine Norm in all die Freihandelsabkommen, die bereits das Gerichtshofmodell enthalten, aufzunehmen, die die Anerkennung und Vollstreckung der Urteile der jeweils anderen Investitionsgerichtshöfe ermöglicht. Letztlich zeigt aber auch dies nur wieder, dass eine direkte multilaterale Lösung gegenüber der bilateralen Errichtung der Investitionsgerichtshöfe vorzugswürdig wäre.

D. Schlussfolgerungen

Im Ergebnis mag Kommissarin *Malmström* ihr Ziel, Vertrauen in die Investitionsrechtsdurchsetzung wiederherzustellen, mit ihrem Vorschlag erreichen. Auf Grundlage der vorhergegangen Analyse schließt dieser Beitrag jedoch damit, dass das derzeitige Gerichtshofmodell der Kommission ein politischer Schachzug bleibt – wenn auch ein Schachzug, der zur Überzeugung des Europäischen Parlaments nötig war. Der Erhalt von Investor-Staat-Streitbeilegung könnte – würde die Kommission weiterhin auf Schiedsverfahren bestehen – möglicherweise im Europäischen Parlament scheitern. So sind die Defizite der Ausgestaltung des Gerichtshofmodells letztlich nicht zwingend nur der Kommission anzulasten, die in kurzer Zeit ein umfassendes Regelwerk aufzustellen hatte. Die Beteiligten an Investitionsschutzstreitigkeiten dürfte das Kommissionsmodell – sollte es so umgesetzt werden – jedoch vor größere Probleme stellen, als es löst. Insbesondere die Vollstreckungsvorschriften des Gerichtshofmodells erweisen sich als inoperabel.

Da schon das bestehende Investitionsschiedssystem über viele der von Kommissarin *Malmström* als Neuerungen beworbenen Charakteristika verfügt, täte die Kom-

118 *Ehle*, (Fn. 102), Art. 1, Rn. 91, verneint sie allerdings mit derselben Argumentation.

119 *Ibid.*, Rn. 30.

mission gut daran, zunächst über die Vorzüge dieses Systems¹²⁰ – insbesondere im Europäischen Parlament – aufzuklären und der derzeitigen Kritik entgegenzutreten. Will sie – und das ist wiederum eine langfristige politische Frage – ihr Gerichtshofmodell tatsächlich und sinnvoll etablieren, scheint in einem nächsten Schritt statt einer einstweiligen Fragmentierung der Investitionsschutzverfahren durch viele Gerichtshöfe eine direkte multilaterale Lösung sinnvoller.¹²¹ Dies könnte beispielsweise im Rahmen einer Verhandlungsrunde mit allen Vertragsparteien zur Novellierung der ICSID-Konvention geschehen – wenn auch sicherlich die Hürde der Zustimmungsbedürftigkeit durch alle ICSID-Vertragsstaaten¹²² eine sehr hohe ist. In einem Jahr, in dem die Konvention ihr 50-jähriges Jubiläum feiert, scheint ein solcher Vorschlag jedoch nicht unangebracht. Das Manko, dass die EU derzeit nicht ICSID-Mitglied werden kann, könnte in dieser Verhandlungsrunde auch direkt adressiert werden.

120 Siehe hierzu bereits *Wuschka*, (Fn. 10), *passim*; sowie *ders.*, Investitionsschiedsverfahren: Individualrechtsschutz oder „anti-demokratische Konzernherrschaft“?, Völkerrechtsblog v. 20.4.2015.

121 In diesem Sinne auch *Schill*, (Fn. 11).

122 Vgl. Art. 66 der ICSID-Konvention.

