

Marc Bungenberg/August Reinisch

Von bilateralen Schieds- und Investitionsgerichten zum multilateralen Investitionsgerichtshof

Optionen für die Institutionalisierung der
Investor-Staat-Streitbeilegung



Nomos

facultas



DIKE 

Studien zum Internationalen Investitionsrecht

herausgegeben von

Prof. Dr. Marc Bungenberg, LL.M., Universität des Saarlandes

Prof. Dr. Stephan Hobe, LL.M., Universität zu Köln

Prof. Dr. August Reinisch, LL.M., Universität Wien

Prof. Dr. Andreas R. Ziegler, LL.M., Universität Lausanne

Band 28

Marc Bungenberg/August Reinish

Von bilateralen Schieds- und Investitionsgerichten zum multilateralen Investitionsgerichtshof

Optionen für die Institutionalisierung der
Investor-Staat-Streitbeilegung



Nomos



DIKE

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-5211-9 (Nomos Verlag, Baden-Baden, Print)

ISBN 978-3-8452-9400-1 (Nomos Verlag, Baden-Baden, ePDF)

ISBN 978-3-7089-1744-3 (facultas Verlag, Wien)

ISBN 978-3-03891-067-1 (Dike Verlag, Zürich/St. Gallen)

1. Auflage 2018

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2018. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Am 20. März 2018 hat der Rat der EU-Kommission ein Mandat für Verhandlungen über die Errichtung eines neuen multilateralen Gerichtshofes für Investitionsstreitigkeiten erteilt. Schon 2017 hatte auch UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law) entschieden, an einer Reform der Investitionsstreitbeilegung einschließlich der möglichen Gründung eines multilateralen Investitionsgerichts (Multilateral Investment Court – MIC) zu arbeiten. Diese neue Entwicklung soll eine Antwort auf die in den vergangenen Jahren vor allem im Zusammenhang mit CETA und TTIP geäußerte Kritik am internationalen Investitionsschutzrecht im Allgemeinen und an der ad hoc Schiedsgerichtsbarkeit zwischen Investoren und Staaten im Besonderen geben.

Umfassende Studien zu der Frage, wie ein derartiges Streitbeilegungssystem ins Werk gesetzt werden könnte, gibt es bislang allerdings nicht. Die vorliegende „Machbarkeitsstudie“ ist im Laufe des Jahres 2017 entstanden und soll zu einer breiteren Diskussion der Ausgestaltungsmöglichkeiten eines neuen internationalen Spezialgerichtshofes für Investitionsschutzangelegenheiten beitragen. Entsprechend werden in dieser Publikation erste Vorschläge zur Ausgestaltung eines solchen MIC gemacht.

„Eckpunkte“ dieses neuen ständigen Gerichtshofs sind dessen streng rechtsstaatliche Ausgestaltung, wozu höchste Anforderungen an das richterliche Ernennungsverfahren ebenso zählen wie an die persönliche Integrität, Unabhängigkeit und Qualifikation der Richterinnen und Richter. Zweitens sollten die Kosten im Vergleich zum Status Quo deutlich geringer ausfallen. Drittens sollten Transparenzgesichtspunkte und Aspekte der Einheitlichkeit der Rechtsprechung besondere Beachtung finden. Entscheidungen eines MIC müssten viertens effektiv vollstreckbar sein.

Wir freuen uns, dass diese Studie Aufnahme in unsere Schriftenreihe zum internationalen Investitionsrecht findet. Sie wurde erstellt mit Unterstützung durch Dr. Anja Trautmann, LL.M., Mag. Céline Braumann, LL.M. und Mag. Sara Mansour Fallah, LL.M. Alle Internetquellen wurden hinsichtlich ihrer Abrufbarkeit zuletzt am 13. Juli 2018 kontrolliert.

Juli 2018

Marc Bungenberg

August Reinisch

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	15
Kurzzusammenfassung	17
Executive Summary	27
Einführung	35
I. Zielvorgaben für die Neugestaltung des Investitionsrechtsschutzregimes	41
1. Positive Auswirkungen durch einen Neuansatz	41
a) Konsistenz von Entscheidungen	42
b) Stärkere Legitimation	44
c) Unabhängigkeit und Neutralität von Richtern	45
d) Fehlender Kontrollmechanismus	46
e) Kosteneffizienz	46
f) Zugang von KMU	47
g) Transparenz	48
h) Zeiteffizienz	49
2. Vorteile der zweiinstanzlichen MIC-Lösung	50
II. Ausgestaltung und Umsetzung eines zweiinstanzlichen MIC	53
1. Organisations- und Verfahrensausgestaltung	54
a) Organisatorische Vorgaben, insbesondere Mitglieder und Organe des MIC	55
aa) Mitglieder eines MIC	55
bb) Plenarorgan	56
(1) Richterwahl durch das Plenarorgan	58
Anzahl der MIC-Richter	58
Nominierung der Richterkandidaten	59
Evaluierungsausschuss	63
Diversität bei der Wahl der Richter	64

(2) Verabschiedung von spezifischen sekundärrechtlichen Regelungen	69
Verabschiedung von internen Verfahrensregelungen, Haushalt etc.	69
Auslegung, auch nachträgliche Auslegung	70
Nachträgliche Erweiterung der Richterzahl	71
(3) Mehrheiten bei der Beschlussfassung	71
(4) Transparenz des Plenarorgans	72
(5) Sitz des Plenarorgans und Sitzungshäufigkeit	72
cc) Richter am MIC	73
(1) Voll- oder Teilzeitrichter	73
(2) Qualifikation	75
(3) Unabhängigkeit	77
(4) Ethics	78
(5) Verfügbarkeit	83
(6) Vergütung	83
(7) Amtseid	85
(8) Immunität	85
(9) Nebentätigkeit	86
(10) Ernennung/Wahl durch die Vertragsparteien	88
(11) Amtszeit der Richter sowie rotierende Neubesetzung	89
(12) Entscheidung über die Befangenheit von Richtern	90
(13) Beendigung des Amtes	91
(14) Amtsenthebung	91
dd) Gerichtspräsident und Vizegerichtspräsident	92
ee) Plenarentscheidungen, Kammern und Einzelrichter	93
ff) Berufungsinstanz	96
gg) Sekretariat	97
hh) Advisory Centre	99
2. Das formelle Beschwerdeverfahren vor dem zweiinstanzlichen MIC	101
a) Zuständigkeit des MIC	101
aa) Mitgliedschaft des Beklagten und Heimatstaat des Investors im MIC	102
bb) (Schriftliche) Zustimmung zur Zuständigkeit des MIC	105

cc) Zuständigkeit <i>ratione personae</i> (persönliche Zuständigkeit)	107
dd) Zuständigkeit <i>ratione materiae</i> (sachliche Zuständigkeit)	108
ee) Zuständigkeit <i>ratione temporis</i> (zeitliche Zuständigkeit)	110
ff) Vermeidung missbräuchlicher Verfahren und negative Zuständigkeitsvoraussetzungen	111
Zurückweisung offensichtlich unzulässiger oder unbegründeter Klagen	111
Keine Zuständigkeit bei nach politischen Gesichtspunkten handelnden SOEs und Staatsfonds	114
Ausschluss von Treaty Shopping	115
Denial of Benefits und Klagezurückweisung bei Korruption	117
b) Verhältnis des MIC zu anderen Gerichten und zur „herkömmlichen“ Schiedsgerichtsbarkeit	119
c) Das Verhältnis zur nationalen Gerichtsbarkeit	122
d) Das Verhältnis zur Staat-Staat-(Schieds-)Gerichtsbarkeit	123
e) Allgemeiner Verfahrensablauf vor dem MIC	125
aa) Obligatorische Konsultationen?	127
bb) Verfahren der ersten Instanz	130
(1) Der allgemeine Verfahrensablauf	130
(2) Einzelfragen	133
Antragsverfahren, Klageeinreichung und Klageschrift	133
Zuweisung der Klage zu einer Kammer	134
Prüfung der Zuständigkeit sowie offensichtlicher Unzulässigkeit oder Unbegründetheit	135
Klagefrist	135
Klagegegner	136
Bestimmung des richtigen Beklagten bei internationalen Organisationen mit Rechtssetzungskompetenz und deren Mitgliedern	137
Klagebefugnis und Klagegegenstand	141

Anspruch auf rechtliches Gehör	143
Mündliche Verhandlung und freie Beweiswürdigung	143
Gerichtsgebühren	144
Kostenverteilungsregelungen, Prozesskostenfinanzierung und Prozesskostenhilfe	147
Nichterscheinen vor Gericht und Versäumnisurteil	150
Streitbeitritt und Anhörung von interessierten Dritten	150
Sachverständige	152
Klagerücknahme	152
Entscheidungsbegründung und Minderheitenvoten	153
Vorläufiger Rechtsschutz und Sicherung der Klägerrechte	154
Counterclaims	155
Massenklagen	156
Rechtskraft und Rechtswirkung der Urteile	157
Prozessvertretung	158
cc) Verfahren der zweiten Instanz/Rechtsmittelinstanz	158
(1) Der allgemeine Verfahrensablauf	160
(2) Einzelfragen	164
Verfahrensdauer	164
Reichweite der Prüfungs- und Ermittlungskompetenz	165
Kammern oder Plenarentscheidungen	167
Präcedenzwirkung von Urteilen der zweiten Instanz?	168
f) Verbindung von Verfahren	169
III. Anwendbares Recht	171
1. Anwendbares materielles Recht	175
a) EU-Recht als anwendbares materielles Recht?	178
b) Einheitliche Auslegung von Schutzstandards	181
aa) Personelle Identität der Vertragsausleger am MIC	183
bb) Harmonisierender Auslegungsauftrag	185

c)	Sicherstellung einer neutralen und objektiven Auslegung von Schutzstandards	187
aa)	Präzisierung und Limitierung der Investitionsschutzstandards in Investitionsabkommen	188
bb)	Limitierender Auslegungsauftrag	191
cc)	„Authentische“ Interpretation durch die Vertragsparteien	193
dd)	Besetzung des MIC durch neutrale und unabhängige Richter	195
2.	Anwendbares Verfahrensrecht und Verfahrensgrundsätze	198
a)	Transparenz	201
b)	Effizienz	205
c)	Untersuchungsgrundsatz und Begrenzung des Streitgegenstandes	209
IV.	Entscheidungsausspruch und seine Folgen	215
1.	Rechtswirkungen von Entscheidungen internationaler Streitbeilegungsinstanzen	215
2.	Entscheidungswirkungen von Investitionsschiedsgerichten	218
V.	Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen	223
1.	Entscheidungen des MIC als Schiedssprüche im Sinne der ICSID-Konvention	229
2.	Entscheidungen des MIC als Schiedssprüche im Sinne der New Yorker Konvention	231
a)	Freiwillige Unterwerfung der Parteien	234
b)	Endgültige, verbindliche Streitbeilegung	237
c)	Nichtstaatlicher Entscheidungsträger	238
d)	Von den Parteien gewählte Schiedsrichter	240
e)	Außerstaatliche, nicht-inländische und a-nationale Schiedssprüche	241
f)	Rechtsstreitigkeiten zwischen natürlichen oder juristischen Personen	245
g)	MIC als „ständiges Schiedstribunal“ unter Art. I Abs. 2 NYK	245

h) Vertragsvorbehalt zur Beschränkung auf „Handelssachen“ unter Art. I Abs. 3 NYK	246
3. Die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen des MIC	248
VI. Möglichkeiten der Errichtung eines MIC und etwaige Anbindung an bestehende Institutionen und Systemkonformität	251
1. Die praktische Umsetzung der Errichtung eines MIC	251
2. Konkrete Ausgestaltung des MIC als internationale Organisation	253
3. Anbindung an bestehende Institutionen	257
4. Inkrafttreten des MIC-Statuts erst bei einer Mindestanzahl an Mitgliedern	261
5. MIC-Zuständigkeitsbegründung über ausdrückliche Änderung existierender und neu abzuschließende IIAs	262
a) Abschluss neuer IIAs und FTAs mit Investitionskapiteln	263
b) Nachverhandlung und Reform bestehender EU- Wirtschaftsabkommen	264
c) Einbeziehung der mitgliedstaatlichen IIA-„Netzwerke“ in die MIC-Zuständigkeitsbegründung	264
6. MIC-Statut als Opt-in-Konvention zur Änderung bestehender IIAs	265
a) Der Normalfall: Konsensuale Zuständigkeitsbegründung des MIC	267
b) Ausnahmefälle – Zuständigkeit des MIC auch, wenn Heimatstaat des Investors kein MIC-Mitglied ist?	270
c) Zuständigkeit des MIC bei multilateralen IIAs	270
d) Zusammenfassung der Zuständigkeitsbegründung des MIC	271
7. Übergangsvorschriften und Systemkonformität eines MIC	272
8. Arbeits- und Verfahrenssprachen des MIC	274
9. Kostentragung des neuen Systems	275
10. Überblick über notwendige Abkommen und Nebeninstrumente	277

VII. Reine Berufungsinstanz – „Multilateral Investment Appeals Mechanism“ (MIAM)	279
1. Organisatorischer Aufbau	279
2. Allgemeiner Verfahrensablauf	281
3. Einzelfragen	285
a) Verfahrensdauer	285
b) Reichweite der Prüfungs- und Ermittlungskompetenz	285
c) Kammern oder Plenarentscheidungen	287
d) Entscheidung über die Befangenheit von Schiedsrichtern des Grundverfahrens und des MIAM	288
e) Präcedenzwirkung von Urteilen der zweiten Instanz?	289
4. Entscheidungsausspruch des MIAM	290
5. Vollstreckung von Entscheidungen des MIAM	290
6. Möglichkeiten der Errichtung eines MIAM	292
a) Errichtung als eigenständige internationale Organisation	292
b) Notwendigkeit einer Mindestanzahl von Mitgliedern	294
c) Zuständigkeitsbegründung des MIAM	294
aa) MIAM-Zuständigkeitsbegründung über ausdrückliche Änderung existierender und neu abzuschließende IIAs	294
bb) MIAM-Statut als Opt-in-Konvention zur Änderung bestehender IIAs	297
7. Übergangsvorschriften und Systemkonformität eines MIAM	300
8. Arbeits- und Verfahrenssprachen des MIAM	301
9. Kostentragung des neuen Systems	302
10. Überblick über notwendige Abkommen etc.	302
Literaturverzeichnis	305

Abkürzungsverzeichnis

AB	Appellate Body
ACtHPR	Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Establishment of the African Court on Human and Peoples' Rights
Protocol	
ASEAN	Association of Southeast Asian Nations
ADR	Alternative Dispute Resolution
BIT	Bilateral Investment Treaty
BIPA	Bilateral Investment Promotion and Protection Agreement
CCJ	
Agreement	Agreement establishing the Caribbean Court of Justice
CEPA	Comprehensive Economic Partnership Agreement
CECA	Comprehensive Economic Co-operation Agreement
CETA	Comprehensive Economic and Trade Agreement
DSU	Dispute Settlement Understanding
ECT	Energy Charter Treaty
EP	Europäisches Parlament
EU	Europäische Union
FTA	Free Trade Agreement
FHA	Freihandelsabkommen
IACtHR	Inter-American Court of Human Rights
ICC	International Chamber of Commerce
ICS	Investment Court System
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes
ICSID-Konvention	Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States, 1965
IFV	bilateralen Investitionsförderungs- und -schutzverträge
IIA	International Investment Agreement
ISDS	Investor-State Dispute Settlement
IUSCT	Iran-United States Claims Tribunal
KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
MFN	Most Favoured Nation
MIAM	Multilateral Investment Appellate Mechanism
MIC	Multilateral Investment Court
MNE	Multinational Enterprises
New York	Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958
Konvention	
OAS	Organization of American States
OECD	Organisation of Economic Co-operation and Development
PCA	Permanent Court of Arbitration
SCC	Stockholm Chamber of Commerce
SOEs	State Owned Enterprises
TPP	Trans Pacific Partnership
Transparency	
Rules	UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration
Transparency	United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration
Convention	
TTIP	Transatlantic Trade and Investment Partnership
UN	United Nations
UNCITRAL	United Nations Commission for International Trade Law

Abkürzungsverzeichnis

UNCTAD	United Nations Conference for Trade and Development
WTO	World Trade Organisation
WVRK	Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge

Kurzzusammenfassung

1. Der Rat der Europäischen Union hat im März 2018 der Kommission ein Mandat zur Verhandlung eines Multilateralen Investitionsgerichtshofes erteilt. Seit dem Herbst 2017 diskutiert auch die UNCTRAL Working Group III eine Reform der Investor-Staat-Streit-schlichtung im Investitionsschutzbereich. In dieser Studie werden die Alternativen eines zweinstanzlichen multilateralen Investitionsgerichtshofes (*Multilateral Investment Court – MIC*) und eines multilateralen Berufungsmechanismus für Investitionsschutzstreitigkeiten (*Multilateral Investment Appellate Mechanism – MIAM*) umfassend beleuchtet. In beiden Varianten wird von einem festen, vorab ernannten Richterkreis¹ ausgegangen, wobei an das Ernennungsverfahren der Richter sowohl eines MIC als auch eines MIAM aus *Rule of Law*-Gesichtspunkten hohe Anforderungen gestellt werden.
2. Die hier vorgestellten Modelle wurden bislang in der Literatur nur vereinzelt untersucht, entsprechende Überlegungen wurden als visionär bzw. revolutionär bezeichnet, so dass hiermit eine erste Machbarkeitsstudie erarbeitet wird.
3. Ansatzpunkt der Untersuchungen sind die Ankündigungen der EU-Kommission sowie dementsprechende Ansätze im CETA, dem EU-Vietnam-FTA sowie zuletzt dem EU-Singapur-Investitionsabkommen, einen multilateralen Investitionsgerichtshof errichten zu wollen. Die UNCTAD führt zu dieser Thematik aus:²

“A standing investment court would be an institutional public good serving the interests of investors, States and stakeholders. The court would

1 Sämtliche Bezeichnungen in dieser Studie sind als geschlechtsneutral zu verstehen. Die vorliegende Studie verwendet sprachlich zumeist das generische Maskulinum (z.B. Investor) zur sprachlichen Vereinfachung und impliziert damit aber gleichermaßen die weibliche Form (Investorin).

2 UNCTAD, Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap, IIA Issues Note No. 2, June 2013, S. 9; vgl. auch Howse, International Investment Law and Arbitration: A Conceptual Framework, IILJ Working Paper 2017/1: „*A multilateral court system is best suited to offering standing or intervention to a wide range of actors who have concerns of international justice that relate to foreign investment*“.

address most of the problems outlined above; it would go a long way to ensure the legitimacy and transparency of the system, facilitate consistency and accuracy of decisions and ensure independence and impartiality of investors. However, this solution would also be the most difficult to implement as it would require a complete overhaul of the current regime through a coordinated action by a large number of states. [...]"

4. Eine multilaterale Lösung, wie immer diese ausgestaltet sein mag, kann zu einer größeren inhaltlichen Konsistenz der Entscheidungen, zu verstärkter Rechtssicherheit für alle Verfahrensbeteiligten und damit auch zu größerer Akzeptanz führen, auch wenn das zumeist bilaterale Netzwerk an Investitionsschutz- und -förderungsverträgen (*Bilateral Investment Treaties*, BITs und andere *International Investment Agreements*, IIAs), welches die materiellrechtlichen Schutzstandards beinhaltet, weiter anwendbar bliebe.
5. Sofern eine Multilateralisierung dieser Standards zu einem späteren Zeitpunkt notwendig und machbar erscheinen sollte, könnte diese in einer gesonderten Opt-in-Konvention erfolgen. Dabei dürfte sich ein MIC langfristig einfacher mit einer solchen Opt-in-Konvention über Schutzstandards verbinden lassen als ein MIAM.
6. Die Errichtung eines MIC oder eines MIAM bedeutet einen erheblichen Verhandlungs-, aber in der Folge auch finanziellen Aufwand aller Beteiligten. Im Vergleich mit anderen internationalen Gerichtshöfen kann für die Errichtung ein niedriger zweistelliger Millionenbetrag anzusetzen sein. Sollten Einrichtungen und Personal/Sekretariat anderer Institutionen wie ICSID, Seegerichtshof oder Permanent Court of Arbitration (PCA) in Anspruch genommen werden, dürften sich die Kosten nicht unerheblich senken lassen. Unter Berücksichtigung der Annahme, dass Schiedsverfahren heute Verwaltungs- und Gerichtskosten von durchschnittlich ca. 800.000 Euro verursachen, kann bereits eine Umlagerung nur eines geringeren Teils der derzeit jährlich neu anhängig gemachten Schiedsverfahren auf den MIC zu einer Kostenneutralität führen, wenn unterlegene Verfahrensbeteiligte diese Kosten über entsprechende Gebührenregelungen zu tragen hätten.
7. Ein MIC/MIAM erfordert im Vergleich zu dem derzeitigen bilateralen *Investment Court System* (ICS) in CETA, dem EU-Vietnam-FTA und zuletzt auch im EU-Singapur-Investitionsabkommen einen fundamentalen Neuansatz. Zwar bietet das ICS in vielen Einzelpunkten bereits gute Reformansätze, allerdings bedarf ein multilateraler Streitschlichtungsmechanismus im Investitionsbereich darüber hin-

ausgehender, insbesondere institutionell verfestigter Ansätze. Nur mit einem entsprechend hohen Einsatz kann ein funktionsfähiges, effizientes, umfassend legitimiertes und insbesondere den *Rule of Law*-Anforderungen genügendes institutionalisiertes Rechtsschutzsystem auch im Investitionsrecht geschaffen werden.

8. Ein zweiinstanzlicher Gerichtshof bietet gegenüber einer reinen Berufungsinstanz insbesondere Vorteile bei der Umsetzung von *Rule of Law*-Anforderungen und der Systemkohärenz, da nicht zwischen Schiedsgerichtsbarkeit und internationaler Gerichtsbarkeit gewechselt werden müsste. Auch unter Legitimitäts Gesichtspunkten wäre die zweiinstanzliche gerichtliche MIC-Lösung gegenüber dem MIAM vorzugswürdig, da der MIC das derzeitige Schiedsgerichtssystem ganzheitlicher und konsequenter reformieren würde. Der MIAM wäre demgegenüber zwar auch bereits als eine deutliche Verbesserung zu bewerten, jedoch sollte versucht werden einen MIC anzustreben, wenn erkennbar ist, dass dessen Umsetzung realistisch möglich ist.

Grundüberlegungen zur Errichtung

9. MIC wie auch MIAM könnten als eigenständige internationale Organisationen ausgestaltet werden, d.h. basierend auf einem völkerrechtlichen Vertrag, mit eigenen Organen und eigenständiger Rechtspersönlichkeit.
10. Aus ökonomischer Sicht erscheint ein MIC erst bei einer kritischen Masse von zumindest ca. 40 Vertragsstaaten – neben der EU mit ihren 28 Mitgliedstaaten also gut 10 weiteren Staaten – sinnvoll, da erst dann die Kosten unter anderem für eine weitaus höhere Anzahl von Richtern in bilateralen Investitionsgerichten ebenso wie die Kosten, die der Staatengemeinschaft derzeit durch Schiedsrichtervergütungen im Rahmen der gängigen Schiedsverfahren entstehen, tatsächlich eingespart werden könnten. Um zu vermeiden, dass lediglich ein weiteres Streitschlichtungsforum entsteht, sollte das MIC-Statut daher erst in Kraft treten, wenn eine bestimmte Anzahl an Ratifizierungen vorliegt.

Organisationsstruktur

11. Eine Anbindung des MIC wie auch des MIAM an bestehende Organisationen bietet sich nicht an; diese sind entweder in ihrer Struktur komplett unterschiedlich ausgestaltet oder sehen nur schwer umsetzbare Abänderungsmöglichkeiten ihrer jeweiligen Statuten vor. Dies bedeutet aber nicht, dass sich der MIC nicht die notwendige Infrastruktur mit anderen Einrichtungen, Gerichten oder Institutionen teilen könnte.
12. Bei dem Statut zur Errichtung eines MIC bzw. MIAM würde es sich um einen völkerrechtlichen Vertrag handeln, der allen Staaten und selbständigen Zollgebieten bzw. Organisationen regionaler Wirtschaftsintegration (*Regional Economic Integration Organisations – REIOs*) sowie Gebietskörperschaften mit eigenständigen Hoheitsbefugnissen (Hongkong, Macao, Taiwan) zum Beitritt offen stehen sollte.
13. Die Mitglieder der neu zu gründenden internationalen Organisation MIC/MIAM wären in einem Plenarorgan vertreten. Das Plenarorgan wäre zuständig für die Richterwahl, den Haushalt und könnte unter anderem notwendiges Sekundärrecht – wie insbesondere das Verfahrensrecht, die Höhe der Richtervergütungen, und die Anhebung der Anzahl der Richter – bestimmen.
14. Die neu zu berufenden Richter müssen eine hohe Qualifikation, insbesondere im Völkerrecht, Wirtschaftsrecht sowie Öffentliches Recht/Verfassungsrecht aufweisen, Unabhängigkeit verkörpern und als Vollzeitrichter ständig verfügbar sein. Diese Qualifikationsanforderungen müssen sich in einem entsprechend ausgestalteten Ernennungs- und Wahlverfahren widerspiegeln. Das MIC/MIAM-Statut sollte zudem einen Verhaltenskodex für die Richter enthalten.
15. Der MIC/MIAM sollte einen Gerichtspräsidenten und einen Vizepräsidenten haben, welche das Gericht nach außen vertreten; zudem sollten vorab und für einen längeren Zeitraum feste Kammern zur Entscheidung gebildet werden, nur in Fällen besonderer Bedeutung sollten auf Antrag Plenarentscheidungen vorgesehen werden. Die Kriterien für die Kammerbildung sollten in einer Verfahrensordnung niedergelegt werden.
16. Des Weiteren sollte ein Sekretariat eingerichtet werden, das unter anderem die Richter unterstützt, die Verfahren verwaltet und die Öff-

fentlichkeitsarbeit übernimmt. Das Sekretariat ist entscheidend für die Transparenz des MIC/MIAM.

17. Darüber hinaus könnte ein Investment Advisory Center als eigenständiges Organ eingerichtet werden; dieses könnte kleine und mittlere Unternehmen (KMU) ebenso wie Entwicklungsländer bei der Vermeidung und einvernehmlichen Beilegung von Streitigkeiten sowie in strittigen Verfahren durch Rechtsberatung unterstützen.
18. Als Arbeitssprache der neuen internationalen Organisation MIC/MIAM empfiehlt sich Englisch. Mit dem ebenfalls im Vertrag festzulegenden Sitzstaat sollte ein Sitzabkommen über Privilegien und Immunitäten abgeschlossen werden.
19. Der MIC/MIAM wird durch die Mitglieder finanziert; als Kostenaufteilungsschlüssel bietet sich der Anteil der Mitglieder an den globalen Auslandsinvestitionen als erster Ansatzpunkt an.

Verfahren des MIC

20. Das Verfahren vor dem MIC sollte zweiinstanzlich ausgestaltet werden. Der Verfahrensablauf könnte dabei verwaltungsgerichtlichen Verfahren ähneln; es könnte sich um ein Antragsverfahren handeln, bei dem der Beschleunigungs-, ebenso wie der Untersuchungsgrundsatz Anwendung finden sollte. Die Vorgaben der Mauritius-Konvention zur Transparenz sollten umfassend in das Verfahrensrecht übertragen werden, d.h. Verfahrensdokumente sollten grundsätzlich veröffentlicht werden, soweit dem nicht wesentliche Interessen wie Geschäftsgeheimnisse oder Sicherheitsfragen der Verfahrensbeteiligten entgegenstehen, Verhandlungen sollten öffentlich sein und Dritte die Möglichkeit haben, sich in anhängigen Verfahren zur Sache zu äußern.
21. Für beide Instanzen sollten Verfahrenshöchstdauern festgelegt werden, von denen nur in Ausnahmefällen abgewichen werden dürfte; da es sich um Vollzeitrichter handelt, sollte die Verfahrensdauer entsprechend kurz bemessen werden.
22. Der MIC entscheidet über seine Zuständigkeit, die sich in persönlicher und sachlicher Hinsicht vornehmlich aus den IIAs, deren Verletzung durch den Kläger geltend gemacht wird, ergeben sollte. Es sollte eine Zustimmung zur Gerichtsbarkeit des MIC von Seiten der Kläger und der Beklagten gegeben sein; diese kann dabei auf Investo-

renseite durch die Klageeinleitung unterstellt werden. Auf Beklagenseite können neue IIAs die Zuständigkeit des MIC ausdrücklich vorsehen; daneben könnte das MIC-Statut auch selbst bestimmen, dass sich seine Zuständigkeit auf bestimmte Gruppen von Altverträgen erstreckt. Im Hinblick auf die Zuständigkeitsbegründung ist ferner zu entscheiden, ob eine Zuständigkeit des MIC auch gegeben wäre, wenn der Heimatstaat des Klägers kein MIC-Mitglied ist, sowie ob bei Nichtmitgliedschaft von Beklagtem und Heimatstaat des Investors *ad hoc* eine Zuständigkeit begründet werden könnte. Dies sollte aber grundsätzlich abgelehnt werden, es sei denn, eine solche Möglichkeit spiegelt sich in Kostentragsregeln wider.

23. Im MIC-Statut könnten zudem negative Zuständigkeitsvoraussetzungen festgelegt werden, um unter anderem einen Missbrauch von Klagemöglichkeiten oder *Treaty Shopping* auszuschließen.
24. Die Verfahrenskosten sollten nach Obsiegen bzw. Unterliegen zwischen den Seiten aufgeteilt werden. Die ständigen Verwaltungskosten des Gerichts sollten dagegen von den MIC-Mitgliedern getragen werden, da eine Allokation auf bestimmte Verfahren schwierig ist. Allerdings könnten feste Gerichtsgebühren erhoben werden, um die ständigen Kosten teilweise auf die Streitparteien umzulegen. Bei den Regelungen zur Kostentragung und der Festsetzung der Gerichtsgebühren sollte darauf geachtet werden, dass KMU und Einzelinvestoren nicht von einer Inanspruchnahme des MIC in berechtigten Fällen abgehalten werden.
25. Entscheidungen sollten schriftlich abgefasst und aus Gründen der Nachvollziehbarkeit auch umfassend begründet werden. Soweit gegen Urteile keine Rechtsmittel eingelegt werden, können diese Bindungswirkung entfalten und grundsätzlich vollstreckbar sein.
26. Rechtsmittel gegen Urteile der ersten Instanz sollten einen Suspensiveffekt haben. Die zweite Instanz könnte Urteile in rechtlicher wie tatsächlicher Sicht überprüfen, die Prüfungskompetenz der Berufungsinstanz sollte über die Annullierungskompetenz, wie zum Beispiel nach Art. 52 ICSID-Konvention hinausgehen. Eine Rückverweisung an die erste Instanz zur Neuentscheidung ist grundsätzlich abzulehnen. Die zweite Instanz sollte daher mit umfassenden eigenständigen Ermittlungskompetenzen ausgestattet werden.
27. Die zweite Instanz sollte ebenso wie die erste Instanz im Grundsatz durch Kammern entscheiden, nur im Ausnahmefall sollten auf Antrag Plenarentscheidungen ergehen.

28. Prozesskostenfinanzierung und Prozesskostenhilfe sollten im Statut zugelassen werden. Details könnten in einem vom Plenarorgan oder den Mitgliedern später erlassen Sekundärrechtsakt beschlossen werden. Im Sekundärrecht könnte außerdem die Zulässigkeit von Gegenklagen, des einstweiligen Rechtsschutzes sowie von Massenklagen geregelt werden.

Anwendbares Recht des MIC

29. Anwendbares materielles Recht eines MIC sollten insbesondere geltende Investitionsschutzverträge mit den in ihnen enthaltenen Schutzstandards sein. Diese würden durch eine hohe personelle Identität der entscheidenden Richter tatsächlich einheitlicher ausgelegt als in der Vergangenheit; ein entsprechender Auftrag zu einer, soweit möglich, einheitlichen Auslegung kann auch im MIC-Statut festgeschrieben werden. Daneben könnte das MIC-Statut die Berücksichtigung der allgemeinen Grundsätze des Völkerrechts in der Rechtsprechung des MIC einfordern. Auch könnte eine Vorgabe zur Berücksichtigung des *Right to Regulate* in das Statut aufgenommen werden.
30. EU-Recht – mit Ausnahme des MIC-Statuts und spezifischer Freihandels- und Investitionsabkommen mit Investitionskapiteln sowie Investitionsschutzverträge der EU³ – sollte wegen der besonderen Rolle des EuGH im unionalen Rechtssystem nicht als anwendbares materielles Recht qualifiziert werden.
31. Der MIC könnte durch sein Plenarorgan ein eigenes Verfahrensrecht erlassen. Verfahrensleitende Grundsätze könnten bereits im Statut selbst festgelegt werden, so unter anderem Transparenz-, Öffentlichkeits-, Effizienz- und Beschleunigungs- sowie Untersuchungsgrundsatz, Vorgaben zur Kostentragung und zur Vermeidung missbräuchlicher Verfahren.

3 Diese sind aus EU-Perspektive jeweils als integraler Bestandteil auch des Unionsrechts zu qualifizieren.

Entscheidungsausspruch und Vollstreckung eines MIC

32. Die Entscheidungen des MIC sollten auf die Feststellung von Verletzungen der anwendbaren IIAs und das Zusprechen von Schadenersatz bzw. Entschädigung beschränkt werden.
33. Das MIC-Verfahren kann dabei nicht als ICSID-Verfahren angesehen werden, so dass keine Vollstreckung von MIC-Urteilen nach der ICSID-Konvention in Betracht kommt.
34. Eine Vollstreckung nach der New Yorker Konvention setzt voraus, dass es sich bei Urteilen des MIC um Schiedssprüche im Sinne dieser Konvention handeln würde. Dies könnte zwar im Statut bestimmt werden (ähnlich wie in Art. 8.41 Abs. 5 CETA). Allerdings ist gegenwärtig unklar, ob eine solche Festlegung von den nationalen Gerichten am jeweiligen Vollstreckungsort anerkannt würde, insbesondere dann wenn die Vollstreckung in einem Nicht-Mitglied des MIC erfolgen soll. Aus Gründen der Rechtssicherheit sollte daher der MIC ein eigenständiges Vollstreckungssystem vorsehen, welches bei einer größeren Anzahl von Mitgliedern auch entsprechend effektiv sein wird.
35. Angedacht werden kann darüber hinaus die Einrichtung eines von den MIC-Mitgliedern finanzierten Fonds (Vollstreckungsfonds), aus dem endgültige Urteile zeitnah befriedigt werden könnten. Die Ansprüche gegen den Beklagten aus dem Urteil würden dann auf den Fonds übergehen. Der Fonds bzw. der MIC könnte die entsprechenden Summen dann gegenüber dem säumigen Mitglied geltend machen.

Errichtung „nur“ einer multilateralen Berufungsinstanz (MIAM)

36. Eine „kleinere“ Lösung würde hingegen die Errichtung einer multilateralen Berufungsinstanz darstellen. Eine solche ließe sich als einstufiges Gerichtsverfahren innerhalb einer eigenständigen neu zu gründenden internationalen Organisation errichten.
37. Die Organe des MIAM wären mit denen eines MIC deckungsgleich, dies gilt insbesondere für das Richtergremium und das Plenarorgan; das Sekretariat kann entsprechend kleiner ausgestaltet werden.

38. Verfahrensrecht und anwendbares materielles Recht, ebenso wie die Vollstreckungsmöglichkeiten eines MIAM könnten ebenfalls ähnlich wie beim MIC ausgestaltet werden.

Executive Summary

1. In March 2018 the Council of the European Union gave the Commission a mandate to negotiate a Multilateral Investment Court. Furthermore, since 2017 the UNCITRAL Working Group III is discussing different options of a reform of Investor State Dispute Settlement. This report assesses both the option of a two-tiered Multilateral Investment Court (MIC) and of a Multilateral Investment Appellate Mechanism (MIAM). Both models provide for a permanent, pre-appointed judiciary according to rule of law standards.
2. As yet there are only few in-depth analyses in academic literature regarding the models put forward in this report which have been deemed visionary or even revolutionary. This report is a first comprehensive feasibility study considering both models.
3. The starting point of this analysis is to take a look at the announcements of the EU Commission and the respective plans in CETA, the EU-Vietnam FTA and now also the EU-Singapore Investment Agreement to establish a multilateral investment court. UNCTAD made the following observation:¹

“A standing investment court would be an institutional public good serving the interests of investors, States and stakeholders. The court would address most of the problems outlined above; it would go a long way to ensure the legitimacy and transparency of the system, facilitate consistency and accuracy of decisions and ensure independence and impartiality of investors. However, this solution would also be the most difficult to implement as it would require a complete overhaul of the current regime through a coordinated action by a large number of states. [...]”
4. A multilateral solution, whatever the form it might take, could result in increased substantive coherence and predictability as well as legal certainty for all concerned and thus lead to increased acceptance of decisions. However, the existing network of mostly bilateral invest-

1 UNCTAD, Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap, IIA Issues Note No. 2, June 2013, S. 9; see also Howse, International Investment Law and Arbitration: A Conceptual Framework, IILJ Working Paper 2017/1: „A multilateral court system is best suited to offering standing or intervention to a wide range of actors who have concerns of international justice that relate to foreign investment“.

- ment treaties, which contain the substantive standards of protection, would remain applicable.
5. Should a multilateralisation of these standards appear necessary and feasible at some point in the future, it could be attained by a separate opt-in convention. It would probably be easier to combine such an opt-in convention on standards of protection with an MIC than with a mere appellate mechanism.
 6. Establishing an MIC or a MIAM entails challenging negotiations and significant financial costs. Compared to other international courts, it could be budgeted with an amount within the low double-digit millions. By sharing the premises and staff/secretariat of institutions like ICSID, the International Tribunal for the Law of the Sea or the PCA, costs could be decreased even further. Under the assumption that investment arbitration costs approximately 800.000 Euro per case, even shifting only a small fraction of the currently initiated cases to the MIC could lead to cost neutrality if the losing party had to pay for those costs through appropriate rules on fees.
 7. An MIC/MIAM requires a new approach in contrast to the current bilateral Investment Court System (ICS) as stipulated in CETA, the EU-Vietnam-FTA and lately also the EU-Singapore Investment Agreement. Although the ICS offers a good approach for reform in many aspects, a multilateral mechanism for dispute settlement calls for additional, institutionally reinforced methods. A system of legal redress for investment disputes that is functioning, efficient, broadly legitimized and that follows the rule of law can only be created with considerable commitment.
 8. A two-tiered court offers certain advantages compared to a mere appellate mechanism in terms of the implementation of rule of law considerations and systemic coherence, as there would be no shift from investment arbitration to international adjudication between the first and second instance. A two-tiered MIC is also preferable to a MIAM as a MIC would reform the current system of investment arbitration more holistically and coherently. The MIAM would still be a significant improvement; however, it is advisable to pursue the creation of a MIC if this proves to be realistic.

Preliminary Considerations regarding the Establishment of the MIC/ MIAM

9. The MIC as well as the MIAM could take the form of be an independent international organisation on the basis of a treaty, with their own organs and with separate legal personality.
10. From an economic perspective, a MIC might only make sense with a minimum of approx. 40 members – thus, in addition to the EU with its 28 members an extra 10 or so member states – as only then could the costs of judges in bilateral bodies such as ICS and the costs that states pay for the remuneration of arbitrators in the current system be saved. The Statute for an MIC should only enter into force once it has a certain number of ratifications in order to prevent the mere addition of another dispute settlement institution.

Organisational Structure

11. Incorporating the MIC or the MIAM into another organisation does not appear advisable; other organisations are either completely different in their structure or require procedures to amend their statutes which are difficult to achieve in practice. This is not to suggest that the MIC could not share the infrastructure of other institutions.
12. A statute for the establishment of an MIC or a MIAM would constitute an international treaty that should allow the accession of all states, independent customs unions or regional economic integration organisations (REIOs) as well as dependent territories with independent powers (Hong Kong, Macao, Taiwan).
13. The members of the new international organisation, the MIC/MIAM, would be represented in a plenary organ. This plenary organ would be responsible for the appointment of judges and would set the budget. It could also adopt necessary secondary law, in particular procedural rules, the remuneration of judges and increase the number of judges.
14. The new judges would have to be highly qualified, particularly in international law, economic law and public/constitutional law, independent and, as full-time judges, be available on a permanent basis. Appropriate procedures for the election and appointment of judges must

reflect these qualifications. The MIAC/MIAM statute should entail a code of conduct for the judges.

15. The MIC/MIAM should have a president and a vice-president who represent the court externally. Additionally, for the purposes of decision making, chambers should be established in advance and for an extended period of time, a party should only be able to apply for a decision by the plenary (or grand chamber) under special circumstances. The criteria for the formation of the chambers should be stipulated in the rules of procedure.
16. There should also be a Secretariat. Among other tasks, the Secretariat supports the judges, administers the procedures and is in charge of the public relations work of the court. The Secretariat is crucial to the transparency of the MIC or MIAM.
17. Furthermore, an Investment Advisory Centre could be established as an independent organ; it could support small and medium-sized enterprises and developing countries through preventing and settling disputes and offering legal advice during arbitration.
18. It is recommended that the working language of the MIC/MIAM be English. In addition to establishing a legal seat in the treaty, a headquarters agreement with the host state covering privileges and immunities should be concluded.
19. The members will fund the MIC/MIAM; the concrete shares of the budget paid by each member could be determined by reference to the respective member's share of global foreign direct investment.

Procedure of the MIC

20. The procedure of the MIC should be two-tiered and similar to the procedure of administrative courts; it could be an application procedure, the parties should have a right to an efficient and expedient procedure and it should be conducted in an inquisitorial manner. The requirements of the Mauritius Convention regarding transparency should be fully incorporated in the procedural rules. Thus, procedural documents should generally be published as long as this does not prejudice essential interests like business secrets or the security interests of the parties. Hearings should be open to the public and third parties should have the opportunity to deliver statements.