

ROBERT BÄHR

Die Einhegung der
Investor-Staat-
Schiedsgerichtsbarkeit

*Veröffentlichungen
zum Verfahrensrecht
195*

Mohr Siebeck

Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht

Band 195

herausgegeben von

Rolf Stürmer



Robert Bähr

Die Einhegung der Investor- Staat-Schiedsgerichtsbarkeit

Mohr Siebeck

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

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

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

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

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

© 2023 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen aus der Times gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

Für Maïke

Vorwort

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

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

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

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

Hannover, im September 2022

Robert Bähr

Inhaltsübersicht

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

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

Inhaltsverzeichnis

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Abkürzungsverzeichnis

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

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

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

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

Einleitung

A. Problemaufriss

Unter dem Aspekt des Rechtsstaatsprinzips (*the rule of law*) hat *Hersch Lauterpacht*, einer der bedeutendsten Völkerrechtler des 20. Jahrhunderts¹, in seinem Buch „The Function of Law in the International Community“ die These aufgestellt, dass internationale Gerichte und Schiedsgerichte sowie deren Richter² die wichtigsten Institutionen des Völkerrechts seien. *Lauterpacht* war ein überzeugter Verfechter der bindenden und obligatorischen, völkerrechtlichen Streitbeilegung und sah in der internationalen Gerichtsbarkeit die Grundlage für die Existenz einer internationalen Gemeinschaft unter der *rule of law*³.

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

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

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

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

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

⁴ *Lauterpacht*, *The Function of Law in the International Community*, S. 240.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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